



Bech-Bruun
Advokatpartnerselskab
Langelinie Allé 35
2100 København Ø

**Forhåndsudtalelse vedrørende
affaldsforbehandlingsanlæg – Bech-Bruuns sagsnr.
028672-0017**

29-06-2018

Bech-Bruun har på vegne af Bornholms Affaldsbehandling rettet henvendelse til Ankestyrelsen, som i medfør af kommunestyrelseslovens § 47 fører tilsynet med kommunerne.

J.nr. 2017-86179

Ankestyrelsen
7998 Statsservice

Bech-Bruun har bedt Ankestyrelsen om at tage stilling til, om Bornholms Affaldsbehandling kan opføre en bygning, som derefter skal udlejes til en privat aktør.

Tel +45 3341 1200

ast@ast.dk
sikkermail@ast.dk

Resumé

EAN-nr:
57 98 000 35 48 21

Det er Ankestyrelsens vurdering, at de praktiske og økonomiske forhold, som Bech-Bruun har beskrevet, ikke udgør en tilstrækkelig tungtvejende årsag til, at Bornholms Affaldsbehandling kan opføre og udleje en bygning til en privat aktør med det formål, at den private aktør blandt andet skal behandle genanvendeligt erhvervsaffald.

Åbningstid:
man-fre kl. 9.00-15.00

Her følger en gennemgang af sagens baggrund og en nærmere begrundelse for Ankestyrelsens opfattelse.

Sagens baggrund

Bech-Bruun har oplyst, at Bornholms Regionskommune ønsker at etablere et forbehandlingsanlæg til affaldsbehandling til gavn for affaldshåndteringen i hele kommunen. Kommunen vil ikke få medejerskab til forbehandlingsanlægget, da anlægget både skal behandle kommunalt affald og erhvervsaffald. Det fremgår af affaldsbekendtgørelsens § 84, stk. 1, at kommuner som udgangspunkt ikke må varetage indsamling og behandling af genanvendeligt erhvervsaffald.

Bornholms Affaldsbehandling, som er en del af Bornholms Regionskommune, vil erhverve en ejendom med henblik på at opføre en bygning, som skal udlejes til en privat aktør. Formålet er at facilitere rammerne for etableringen af forbehandlingsanlægget.

Bornholms Affaldsbehandling vil udbyde opgaven med at etablere og drive et affaldsforbehandlingsanlæg. Den private aktør kan efter udbuddet selv bestemme dimensioneringen af anlægget, så den pågældende også kan tiltrække erhvervsaffald. Lejeaftalen vedrørende bygningen bliver en del af udbuddet, og udlejningen vil ske på markedsvilkår.

Bech-Bruun har oplyst, at opførelsen af anlægget vil sikre en mere bæredygtig affaldshåndtering af biologisk affald. Anlæggets placering i umiddelbar nærhed af det kommunale biogasanlæg, hvor det biologiske affald skal anvendes, er af væsentlig betydning for økonomien i projektet og for tilrettelæggelsen af behandlingen af det biologiske affald.

Bech-Bruun har vurderet, at Bornholms Affaldsbehandling lovligt kan opføre og udleje en bygning som anført efter kommunalfuldmagtsreglerne.

Bech-Bruun har henvist til, at Bornholms Affaldsbehandling har en særlig kommunal interesse i at sikre bedre og mere hensigtsmæssig behandling af det biologiske affald i kommunen. Ved at opføre og udleje bygningen kan kommunen sikre denne interesse. Kommunen kan for eksempel gennem en tidsbegrænset lejekontrakt sikre, at opførelse og drift af et forbehandlingsanlæg kan udbydes, så der sker udskiftning af anlægget til nyere teknologi. Behandlingen af det biologiske affald forventes desuden at blive billigere som følge af projektet.

Bech-Bruun har videre anført, at kommunen har en særlig interesse i at sikre, at opførelsen af forbehandlingsanlægget sker til den mest favorable pris. Ved at opføre bygningen bliver etableringen billigere for kommunen, fordi en privat part ville indregne en risikopræmie, hvis den private part skulle opføre bygningen.

Endelig har Bech-Bruun peget på, at der består en særlig kommunal interesse i at sikre, at forbehandlingsanlægget både kan behandle kommunalt affald og erhvervsaffald. Forbehandlingen kan på denne måde drives mest hensigtsmæssigt, også økonomisk. Det er nødvendigt at udbyde driften af forbehandlingsanlægget til en privat part, hvis kommunen skal drage de stordrifts- og vidensmæssige fordele, som vil følge af en samlet behandling af kommunalt affald og erhvervsaffald.

Bech-Bruun har oplyst, at mængden af relevant affald på Bornholm betyder, at der alene er grundlag for at etablere ét forbehandlingsanlæg på øen, og at det således er en forudsætning for en business case for et forbehandlingsanlæg, at anlægget både behandler kommunalt affald og erhvervsaffald.

Bech-Bruun har henvist til praksis fra Statsforvaltningen Midtjylland og Indenrigsministeriet, som vedrører kommuners mulighed for at opføre bygninger og lokaler med henblik på udlejning til private.

Ankestyrelsens kompetence

Ankestyrelsen fører tilsyn med, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, jf. kommunestyrelseslovens § 48, stk. 1.

Ankestyrelsen kan udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser, jf. kommunestyrelseslovens § 50.

Ankestyrelsen kan også efter anmodning afgive en vejledende udtalelse om lovligheden af en påtænkt kommunal disposition, inden kommunen træffer beslutning.

Ankestyrelsens udtalelse

Den skrevne lovgivning

På baggrund af Bech-Bruuns henvendelse lægger Ankestyrelsen til grund, at den skrevne lovgivning ikke indeholder hjemmel til, at Bornholms Affaldsbehandling opfører og udlejer en bygning med det formål at facilitere etableringen af et forbehandlingsanlæg til både kommunalt affald og erhvervsaffald.

§ 45, stk. 1, i miljøbeskyttelsesloven er sålydende:

”Kommunalbestyrelsen forestår håndteringen af affald, medmindre andet er fastsat i loven eller i regler udstedt i medfør af loven.”

Bestemmelsen blev ændret ved lov nr. 513 af 12. juni 2009 med det formål at præcisere, at kommunalbestyrelsens pligt til at forestå affaldshåndteringen med hensyn til affaldstyper, affaldsmaterialer og affaldsprodukter kan modificeres i medfør af bestemmelser i loven eller i regler udstedt i medfør af loven.

Af forarbejderne til bestemmelsen (de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 152, fremsat den 26. februar 2009) fremgår blandt andet følgende:

"2.1.1.4. Lovforslaget

Forslaget om frit valg af genanvendelses anlæg for virksomheder har til hensigt at give affaldsproducerende virksomheder mulighed for selv at vælge, på hvilket registreret genanvendelses anlæg, de ønsker deres genanvendelige affald behandlet. For nogle af de affaldsfraktioner, der er omfattet af producentansvarsordninger, vil der være undtagelser fra det frie valg, uanset at affaldet er genanvendeligt og stammer fra virksomheder. Nærmere regler herom fastsættes i de relevante bekendtgørelser.

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 genanvendelses anlæg 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.

Med forslaget præciseres bl.a. som følge heraf i § 45, stk. 1, at affaldshåndtering alene er en kommunal opgave, såfremt der ikke er fastsat andre ordninger enten i loven eller i regler udstedt i medfør af loven."

Følgende fremgår af § 84, stk. 1, i affaldsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1309 af 18. december 2012 med senere ændringer):

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

Forholdet mellem kommunalfuldmagtsreglerne og den skrevne lovgivning

De almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse, de såkaldte kommunalfuldmagtsregler, er i den retlige trinfølge placeret på lovs niveau. Kommunalfuldmagtsreglerne kan derfor gennembrydes ved lov, således at der enten sker en indskrænkning eller udvidelse af kommunernes dispositionsadgang i forhold til kommunalfuldmagtsreglerne.

Kommunalfuldmagtens rækkevidde udvikler sig under påvirkning af lovgivningen. Lovgivningen udgør en væsentlig retskilde ved fastlæggelsen af kommunalfuldmagten og de retsgrundsætninger, som afgrænser den, fordi der fra lovene og deres forarbejde kan drages en række indirekte slutninger om, hvad kommunerne kan og ikke kan beskæftige sig med. Revsbech s. 41 ff.

Der henvises herved til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave 2015, s. 41 ff.

Generelt om kommuners adgang til at varetage erhvervsvirksomhed

En kommune kan kun udføre eller støtte en aktivitet i det omfang, der er en kommunal interesse i aktiviteten. En kommunal interesse kan danne grundlag for, at en kommune lovligt kan yde støtte til en aktivitet, som normalt ikke kan støttes af kommuner. Derved bliver en kommunal disposition, som ud fra generelle afgrænsningsprincipper er retsstridig, alligevel lovlig, fordi der efter en konkret vurdering kan konstateres en kommunal interesse i dispositionen.

Efter kommunalfuldmagtsreglerne er kommuner – med mindre der foreligger lovhjemmel - som udgangspunkt afskåret fra alene eller i samarbejde med andre at varetage erhvervsvirksomhed, herunder handel, håndværk, industri og finansiell virksomhed.

Denne afgrænsning beror på principielle overvejelser om, hvilke opgaver der henhører under henholdsvis den private sektor og den offentlige sektor. Herudover beror afgrænsningen på hensynet til lige konkurrence på erhvervsmarkedet, til at undgå indgreb i de markedsmekanismer, der regulerer erhvervslivet, samt hensyn til kommunens økonomi.

Det antages dog i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis og i den juridiske litteratur, at en kommune som en modifikation til det nævnte udgangspunkt har en almindelig adgang til at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser. Det antages endvidere, at en kommune på visse betingelser – for at undgå værdispild – i et vist omfang lovligt kan udnytte overkapacitet og således varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale.

Efter de kommunale tilsynsmyndigheders praksis er det blandt andet en betingelse for udnyttelsen af overkapacitet, at den pågældende opgave ikke er dimensioneret med det formål at opnå mulighed for at varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale, samt at overkapaciteten af hensyn til løsningen af den kommunale opgave ikke kan afskaffes. Ved afgørelsen af, om en kommune lovligt kan sælge overkapacitet, indgår det efter de kommunale tilsynsmyndigheders praksis endvidere som et element i afvejningen, om opgaven i forvejen varetages på rimelig måde af private erhvervsdrivende.

Der henvises herved til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 137 ff.

Udgangspunktet om, at en kommune ikke kan varetage erhvervsvirksomhed, gælder også for kommuners erhvervelse, opførelse og udleje (og salg) af bygninger/lokaler, og det er således som udgangspunkt ikke lovligt for en kommune at varetage disse opgaver, jf. herved Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 2004, Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 95.

I det omfang kommuner varetager lovlige kommunale opgaver, antages dog at gælde visse modifikationer til dette udgangspunkt.

Kommuners adgang til at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser med hjemmel i kommunalfuldmagtsregler omfatter således også opførelse af bygninger, som skal udgøre den fysiske ramme for varetagelse af kommunale opgaver, jf. Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 198.

En kommunes adgang til at opføre bygninger omfatter således alene bygninger, som skal anvendes til varetagelse af kommunens opgaver.

Indenrigsministeriet udtalte dog den 28. december 1993, at en kommune kunne stå som bygherre for et statsligt byggeri – en stationsbygning – fordi kommunen havde en særlig interesse i

bygningens beliggenhed, udseende og indretning, og idet stationsbygningen hovedsageligt skulle anvendes til kommunale formål.

Det antages, at kommuner i et vist omfang kan udleje ledige lokaler på markedsvilkår, når der er tale om ejendom, som kommunen for en kortere eller længere periode ikke skal benytte til kommunale formål.

Overvejelser herom må tage udgangspunkt i de oven for nævnte overkapacitetsbetragtninger.

Der henvises herved til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 215.

Social- og Indenrigsministeriet udtalte den 28. september 2015, at det var ulovligt, at Århus Kommune opførte en overkapacitet på 10.000 m² i tilknytning til byggeriet af et multimediehus, uden at der var et konkret kommunalt formål hermed.

Ministeriet udtalte i den forbindelse, at opførelse af bygninger ikke kan sidestilles med ejendomserhvervelse. Ministeriet fandt på den baggrund, at en kommune er forpligtet til at sandsynliggøre, at et kommunalt byggeri skal anvendes til kommunale opgaver.

Ministeriet lagde i sagen vægt på, at kommunen ikke havde oplyst, hvilke kommunale opgaver der skulle varetages ved opførelsen af de 10.000 m².

Statsforvaltningen Midtjylland udtalt den 23. oktober 2008, at Randers Kommune kunne etablere et sundhedscenter ud fra en konstruktion, hvor kommunen var bygherre på hele projektet og udlejede lokaler til private.

Statsforvaltningen lagde vægt på, at Randers Kommune havde en særlig kommunal interesse i, at der blev opført et sundhedscenter, som også rummede de servicefunktioner for borgerne, som ikke blev tilvejebragt af kommunens egne lovbestemte opgaver. Statsforvaltningen lagde desuden vægt på, at kommunen med centeret forventede at opnå synergi, innovation og vidensdeling på sundhedsområdet ved at skabe rammer, inden for hvilke sundhedsaktører kunne samles på tværs af organisatoriske skel.

Statsforvaltningen inddrog endelig ved sin vurdering, at der var støtte for dette synspunkt i forarbejderne til sundhedsloven.

Indenrigsministeriet udtalte den 4. februar 2003, at Thisted Kommune kunne opføre en bygning med henblik på udløjning til et privat seminarium, fordi der forelå en særlig kommunal interesse, der kunne begrunde, at kommunen ville kunne yde et anlægstilskud til det pågældende pædagogseminarium.

Ministeriet lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at kommunen havde en særlig interesse i, at der blev etableret en afdeling af pædagogseminariet i kommunen, idet der tidligere var mangel på uddannede pædagoger med den konsekvens, at det gentagne gange havde været nødvendigt at ansætte ikke-uddannet personale i stedet for.

Endelig lagde ministeriet vægt på, at seminariet i udstrakt grad blev anvendt af kommunen i forbindelse med efter- og videreuddannelse inden for børne- og ungeområdet, samt at en stor del af seminariets elever i øvrigt kom fra kommunen.

Det indebar efter Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse, at kommunen med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne kunne opføre lokaler i det planlagte uddannelseshus med henblik på efterfølgende udløjning til pædagogseminariet

Statsforvaltningen udtalte den 19. december 2014, at Sønderborg Kommune ikke med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne kunne købe et areal med henblik på at udleje det til byggeudviklere med det formål, at der blev etableret et hotel på arealet.

Statsforvaltningen lagde vægt på, at uanset formålet med kommunens engagement var at realisere en kommunal planlægning, var det ikke et sagligt kommunalt formål at medvirke til at etablere et hotel, medmindre det skete som led i varetagelsen af hensyn til kommunens infrastruktur.

Ankestyrelsens vurdering

Ankestyrelsen har ingen bemærkninger til det forhold, at Bornholms Affaldsbehandling vil erhverve en ejendom for at opføre en bygning til brug for den kommunale affaldsbehandling.

Ankestyrelsen har desuden ingen bemærkninger til, at opgaven med at etablere og drive et affaldsforbehandlingsanlæg, som skal behandle kommunalt affald, udbydes til en privat aktør.

Det kan efter Ankestyrelsens opfattelse give anledning til tvivl, om Bornholms Affaldsbehandling efter kommunalfuldmagtsreglerne kan opføre og udleje en bygning til en privat aktør med det formål at facilitere et affaldsforbehandlingsanlæg, som – udover kommunalt affald – skal behandle genanvendeligt erhvervsaffald.

Det fremgår således af den oven for beskrevne praksis fra tilsynsmyndighederne, at en kommune ikke kan opføre byggeri med en overskudskapacitet, som ikke skal anvendes til lovlige kommunale formål.

Dette udgangspunkt er imidlertid fraveget i tilsynsmyndighedernes praksis i tilfælde, hvor der har foreligget en særlig kommunal interesse.

Bech- Bruun har redegjort for en række forhold, som betyder, at Bornholms Regionskommune har en interesse i at udleje en bygning til en privat aktør, som både skal behandle kommunalt affald og erhvervsaffald.

Det er Ankestyrelsens vurdering, at de praktiske og økonomiske forhold, som Bech-Bruun har beskrevet, ikke udgør en tilstrækkelig tungtvejende årsag til, at Bornholms Affaldsbehandling kan opføre og udleje en bygning til en privat aktør med det formål, at den private aktør blandt andet skal behandle genanvendeligt erhvervsaffald.

Det er således Ankestyrelsens opfattelse, at de driftsmæssige fordele ved etableringen af et sådant anlæg, som Bech-Bruun har peget på, ikke udgør en særlig kommunal interesse.

Vi har ved denne vurdering lagt vægt på, at der ikke er oplysninger i sagen om, at den beskrevne konstruktion er afgørende for kommunens mulighed for at etablere et affaldsforbehandlingsanlæg til behandling af kommunalt affald.

Vi har desuden lagt vægt på, at det følger af affaldslovgivningen, at kommuner ikke må håndtere genanvendeligt erhvervsaffald eller dimensionere kapaciteten på eventuelle kommunale genanvendelsesanlæg efter mængden af genanvendeligt erhvervsaffald.

Udtalelsen vil blive offentliggjort på www.ast.dk i anonymiseret form.

Venlig hilsen

Christina Vestergaard Themsen