

Modernisering af affaldssektoren

(Redegørelse for problemstillinger om anvendelse af provenu ved frasalg, modregning i bloktilskud og finansiering af stranded costs)

1. INDLEDNING OG KONKLUSION

1.1 Indledning

I dette notat vurderes det, om et eventuelt provenu ved frasalg af kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg kan anvendes på kommunens skattefinansierede område, eller om kommunen er forpligtet til at anvende provenuet på affaldsområdet ved nedsættelse af affaldsgebyret eller ved udbetaling til forbrugerne.

Såfremt kommunerne kan anvende et provenu ved frasalg på det skattefinansierede område, melder spørgsmålet sig, om dette provenu omfattes af reglerne i elforsyningsloven og varmemforsyningsloven om modregning i kommunernes bloktilskud. Notatet indeholder derfor en beskrivelse af, hvornår affaldsforbrændingsanlæg omfattes af disse regler.

Endelig indeholder notatet en vurdering af, om stranded costs som følge af en modernisering af affaldssektoren kan finansieres over affaldsgebyrerne, eller om finansieringen skal komme fra det skattefinansierede område.

1.2 Konklusion og anbefaling

Det er samlet min vurdering, at:

- et provenu ved frasalg af kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg kan anvendes på kommunens skattefinansierede område, og
- finansieringen af stranded cost skal komme fra det skattefinansierede område.

Reglerne på området er uklare. Henset til de betydelige konsekvenser for affaldssektoren og samfundet mere generelt, som en modernisering af sektoren indebærer, bør der tilvejebringes mere robuste regler, som regulerer spørgsmålene. Jeg anbefaler på denne baggrund, at der i forbindelse med en ny regulering (modernisering) af affaldssektoren tages eksplicit stilling til disse spørgsmål.

Det er endvidere min vurdering på baggrund af de oplysninger, jeg har modtaget fra Miljøstyrelsen om fra revisionsfirmaet PwC om de enkelte forbrændingsanlægs aktiviteter, at samtlige kommunalt ejede forbrændingsanlæg omfattes af reglerne i elforsyningsloven og varmforsyningsloven om modregning i kommunernes bloktilskud.

2. BAGGRUND

I rapporten "Afrapportering fra den tværministerielle arbejdsgruppe vedrørende organisering af affaldsforbrændingsområdet" (december 2012) vurderede en tværministeriel embedsmandsgruppe mulighederne for en ny organisering af affaldsforbrændingssektoren, navnlig liberaliseringsmulighederne.

I rapporten identificerede og vurderede embedsmandsgruppen fire forskellige organiseringsscenarier: Basisscenariet, prisloftscenariet, licitationsscenariet og mix-scenariet. Rapporten konkluderede, at licitationsscenariet beskrev den bedste måde at organisere affaldsforbrændingen på.

Efter licitationsscenariet får virksomhederne selv ansvar for håndteringen af deres forbrændingsegnede affald, mens kommunerne fortsat indsamler og håndterer husholdningsaffaldet. Kommunerne skal udbyde opgaven med at forbrænde husholdningsaffald, så der opstår fri konkurrence om de samlede affaldsmængder. Konkurrenceudsættelse indebærer, at hvile i sig selv-princippet ophæves. Endvidere forudsættes det i rapporten, at de kommunalt ejede forbrændingsanlæg selskabsgøres.

Blandt andet på baggrund af rapporten overvejes det at modernisere affaldssektoren.

3. PWC'S UNDERSØGELSER AF AFFALDSSEKTOREN

Til brug for Miljøstyrelsen overvejelser om modernisering af affaldssektoren har revisionsfirmaet PwC i en række notater til Miljøstyrelsen undersøgt forskellige forhold i sektoren.

PwC's undersøgelser viser blandt andet, at

- de samlede værdier i affaldsforbrændingssektoren pr. 31. december 2011 beløber sig til ca. 8,8 mia. kr. og ca. 5,7 mia. kr. efter fradrag for anlæggenes netto-rentebærende gæld,
- I/S Vestforbrænding er det klart mest værdifulde anlæg i sektoren med en indikativ værdi på 2.230 mio. kr. efter fradrag af gældsforpligtelser,
- 7 af sektorens anlæg forventes at være problemramte i et liberaliseringsscenario,

- 2 af disse 7 anlæg, nemlig Horsens Kraftvarmeværk A/S og Måbjergværket A/S (begge ejet af DONG), giver isoleret betragtet indikation på stranded costs.

PwC har endvidere foretaget en beregning af, hvilket konsekvenser det vil have, hvis et provenu ved salg af I/S Vestforbrænding anvendes til at reducere affaldsgebyret. I/S Vestforbrænding er et fælleskommunalt affaldsselskab, som ejes af 19 kommuner. PwC har i sin beregning taget udgangspunkt i Egedal Kommune, som ejer 4,7 pct. af I/S Vestforbrænding.

Egedal Kommunes andel af salgsprovenuet vil udgøre ca. 105 mio. kr. Hvis dette beløb skal tilbageføres til affaldskunderne gennem en reduktion af affaldsgebyret for affaldskunderne på området for husholdningsaffald, vil det ifølge PwC's beregninger indebære gratis affaldshåndtering for kunderne i periode på næsten to år. Vælger kommunen i stedet at "slide" provenuet af over en 5-årig periode, indebærer det en reduktion på ca. 30 pct. i perioden.

PwC's beregninger viser, at der formentlig ikke er nogen af de kommunalt ejede anlæg, som vil have stranded cost efter en modernisering af affaldssektoren. Der er imidlertid kommunalt ejede anlæg, som er "problemramte", idet de i et liberaliseret marked ikke vil kunne generere afkast på markedsniveau til ejerne. For disse "problemramte anlæg" gælder, at de er forbundet med en vis risiko for stranded costs, hvis forudsætningerne i PwC's beregningsmodel viser sig ikke at holde stik.

PwC har foretaget en beregning af, hvilket konsekvenser det vil have, hvis I/S Nordforbrænding lukkes ned, og det viser sig, at nedlukningen - til trods for PwC's beregninger - alligevel indebærer stranded costs.

PwC har beregnet en indikativ negativ værdi af I/S Nordforbrænding på 378,1 mio. kr. I/S Nordforbrænding ejes af 5 kommuner. PwC har i sin beregning taget udgangspunkt i Hørsholm Kommune, som ejer 14 pct. af I/S Nordforbrænding. Hørsholm Kommunes andel i den negative værdi i I/S Nordforbrænding udgør ca. 53 mio. kr. Hvis dette beløb i en situation med stranded costs skulle finansieres af den affaldstakst, som betales af affaldskunderne på området for husholdningsaffald, vil det ifølge PwC's beregninger medføre en takststigning på 230 pct. i 1 år eller en takststigning på 46 pct. over en 5-årig periode.

4. REGULERING AF AFFALDSOMRÅDET

4.1 De kommunale affaldsordninger

Håndteringen af affald er reguleret i miljøbeskyttelseslovens kapitel 6 og i en række bekendtgørelser, herunder navnlig affaldsbekendtgørelsen.

Miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1 - 4, lyder således:

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

Stk. 2. Miljøministeren fastsætter regler om kommunale affaldsordninger, herunder om:

- 1) kommunalbestyrelsens pligt til at anvise behandlingsmuligheder for affald,*
- 2) kommunalbestyrelsens pligt til at forestå indsamling og behandling af affald,*
- 3) kommunalbestyrelsens pligt til at give adgang til genbrugspladser i kommunen, herunder pligten til at begrænse denne adgang, og foretage brugerundersøgelser og*
- 4) borgeres, grundejeres og virksomheders pligt til at benytte kommunale affaldsordninger.*

Stk. 3. Når en kommunal indsamlingsordning er etableret, må indsamling af det af ordningen omfattede affald kun finde sted ved kommunalbestyrelsens foranstaltning eller bemyndigelse.

Stk. 4. Kommunalbestyrelsen fastsætter i et regulativ forskrifter om de kommunale affaldsordningers omfang og tilrettelæggelse m.v."

Det er således som udgangspunkt kommunalbestyrelsen, som forestår håndteringen af affald. Som led i markedsudsættelsen af det kildesorterede erhvervsaffald til materialenytiggørelse, har kommunerne med enkelte undtagelser efter 1. januar 2010 ikke ansvar for hverken anvisning af eller sikring af kapacitet til behandling af erhvervsaffald. Endvidere regulerer en række bekendtgørelser ved siden af affaldsbekendtgørelsen specifikke affaldsfraktioner, hvor det ikke er kommunerne, som har ansvaret for håndteringen af affaldet, eller hvor kommunerne kun har ansvaret for dele af håndteringen, f.eks. reglerne om producentansvar.

Miljøministeren har i medfør af bemyndigelsesbestemmelsen i § 45, stk. 2, fastsat regler om de kommunale affaldsordninger i affaldsbekendtgørelsen. Efter disse regler har kommunalbestyrelsen pligt til at etablere ordninger om anvisning af behandlingsmuligheder for affald og om kommunens indsamling og behandling af affald, ligesom kommunen har ansvaret for at sikre behandlingskapacitet til størstedelen af det affald, som frembringes af husholdninger og virksomheder i kommunen (kapacitetsansvar samt ret og pligt til indsamling og anvisning af affald).

Borgere og virksomheder er som udgangspunkt forpligtet til at benytte de kommunale affaldsordninger¹, og der må ikke iværksættes konkurrerende indsamling, når en kommunal indsamlingsordning er etableret, jf. miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 3.

Miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen regulerer ikke, hvordan kommunen skal opfylde sin kapacitetsforpligtelse. Det står kommunerne frit for, om de vil løfte deres kapacitetsansvar ved (helt eller delvis) selv at eje forbrændingsanlæg, eller om de vil udbyde affaldsmængderne. Typisk vil de kommuner, som alene eller i fællesskab med andre kommuner ejer et affaldsforbrændingsanlæg, i interessentskabskontrakten have forpligtet sig til at anvise alt forbrændingsegnet affald fra kommunens husholdninger og virksomheder til det pågældende anlæg.

4.2 Kapacitetsansvar

Det er et grundlæggende princip i affaldsreglerne, at anvisningsret og –pligt indebærer et kapacitetsansvar for den enkelte kommune. Det vil sige en pligt for kommunerne til at sikre, at der er den fornødne kapacitet til behandling af kommunens affald. Forpligtelsen indebærer blandt andet, at kommunen skal sikre, at der er tilstrækkelig forbrændingskapacitet for forbrændingsegnet affald. Forpligtelsen omfatter også kapacitet til forbrændingsegnet erhvervsaffald, selvom virksomhederne kan eksportere deres affald til nyttiggørelse. Forpligtelsen kan enten opfyldes ved, at kommuner selv tilvejebringer kapaciteten, eller ved at en kommune køber forbrændingskapacitet hos andre anlæg, herunder privatejede anlæg.

Det følger af miljøbeskyttelseslovens § 50 b, stk. 1, at kommunalbestyrelsen kun må godkende nye affaldsforbrændingsanlæg eller udvidelse af eksisterende affaldsforbrændingsanlæg, hvis ministeren har godkendt, at det fornødne affaldsgrundlag er til stede i området, hvorfra anlægget forventes at modtage affald.

Bestemmelsen i § 50 b blev indsat i 2005.² Af lovbemærkningerne fremgik følgende:

"For affaldsforbrændingsanlæg er der fortsat behov for en nationalt koordinerende myndighed, som sikrer, at affaldsmængde og forbrændingskapaciteten afstemmes, således at der er sikkerhed for, at der er tilstrækkeligt affald til stede i området, før det godkendes at opføre et nyt affaldsforbrændingsanlæg eller udvide et eksisterende. ... Formålet er at sikre en central koordinering med henblik på at forebygge overkapacitet."

¹ Dog er kildesorteret erhvervsaffald egnet til materialenyttiggørelse undtaget fra kommunens kapacitetsansvar og anvisningsret og –pligt, ligesom der er mulighed for at opnå fritagelse for virksomheder for benyttelsespligten til ordninger for farligt affald, som ikke er egnet til materialenyttiggørelse.

² Ved lov nr. 572 af 22. juni 2005 om ændring af miljøbeskyttelsesloven.

Bestemmelsen blev indsat som en konsekvens af ophævelsen af bestemmelserne om Energistyrelsens godkendelse af projektforslag for affaldsforbrændingsanlæg efter reglerne i varmforsyningsloven. Det fremgår af lovbemærkningerne, at det også efter Energistyrelsens hidtidige praksis havde været en betingelse for godkendelse af opførelse af et nyt affaldsforbrændingsanlæg eller udvidelse af et eksisterende anlæg, at der var det fornødne affaldsgrundlag.³

4.3 Affaldsgebyr

Det følger af miljøbeskyttelseslovens § 48, at kommunalbestyrelsen skal fastsætte gebyrer til dækning af udgifter forbundet med de kommunale affaldsordninger. Bestemmelserne i § 48, stk. 1 og 3, lyder således.

"Kommunalbestyrelsen skal fastsætte gebyrer til dækning af udgifter, herunder udgifter efter stk. 8, til

- 1) *planlægning, etablering, drift og administration af affaldsordninger, jf. dog § 50 a,*
- 2) *indsamling og registrering af oplysninger, jf. § 46 a, og*
- 3) *forskudsvis dækning af planlagte investeringer på affaldsområdet, jf. dog stk. 9 og § 50 a.*

...

Stk.3. Der skal fastsættes særskilt gebyr for hver affaldsordning baseret på de udgifter, som er opgjort i kommunalbestyrelsens regnskab. Kommunalbestyrelsen skal på anmodning udlevere oplysninger om beregningen af gebyret for hver ordning."

Om hvile i sig selv-princippets betydning for affaldsgebyret anføres følgende i lovbemærkningerne:

"Der gælder også i dag nogle grundliggende principper for gebyrfastsættelsen, som det ikke er intentionen med lovforslaget at ændre på. Kommunalbestyrelsens fastsættelse af affaldsgebyrer er underlagt princippet om hvile-i-sig-selv, hvilket betyder, at kommunen kan få dækket sine omkostninger gennem opkrævning af gebyrer, men ikke må optjene et overskud. ... Det vil [også] 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 omkostningerne for en anden brugergruppe "

³ Herudover er det en forudsætning for opførelse af ny kapacitet, at det fornødne varmegrundlag er til stede.

Nærmere regler for opdelingen af kommunernes gebyropkrævning på særskilte konti for hver affaldsordning er i dag fastsat i affaldsbekendtgørelsen og i bekendtgørelse om kommunernes budget- og regnskabsvæsen.⁴

Den samlede gebyrindtægt for hver affaldsordning skal alene dække kommunens omkostninger til ordningen, herunder administrationsomkostninger relateret til den enkelte ordning.

5. AFFALDSFORBRÆNDINGSANLÆGGENES YDELSER

5.1 Varme- og elpriser samt affaldstakster

Forbrændingsanlæggenes pris for selve forbrændingsydelsen (taksterne) indgår i det affaldsgebyr, som husholdninger og virksomheder betaler for at få håndteret deres affald. I de tilfælde, hvor virksomhederne ikke får indsamlet deres forbrændingsegnete affald men selv leverer det til forbrændingsanlægget under kommunal anvisning, betales alene prisen for selve forbrændingsydelsen (taksten). Leverer anlægget også varme og el, er prissætninger herfor reguleret af henholdsvis varmforsyningsloven og elforsyningsloven.

Den første varmforsyningslov trådte i kraft den 1. september 1979.⁵ Lovens prisbestemmelser trådte dog først i kraft den 1. marts 1981. Varmeforsyningslovens prisbestemmelser har siden 1979-loven og frem til i dag grundlæggende været baseret på hvile-i-sig-selv princippet.

Siden ændringen af varmforsyningsloven i 2000 har prisen på varme fra affaldsforbrændingsanlæg yderligere været reguleret gennem en substitutionspris og et prisloft.

Substitutionsprisen svarer til den pris, varmen alternativt kunne produceres til i det pågældende fjernvarmeområde på eksisterende varmeproducerende anlæg. Da substitutionsprisen fastlægges ud fra varmeproduktion på andre brændsler, vil stigninger i brændselspriser og afgifter på disse brændsler over tid afspejles i substitutionsprisen. Forbrugere er med andre ord sikret en pris, der højst svarer til varmeprisen ved anvendelse af det billigste alternative brændsel. Prisloftet fastsættes af Energitilsynet efter reglerne i prisloftbekendtgørelsen⁶

Varmeprisen skal fastsættes til den laveste pris af ”hvile-i-sig-selv”-prisen, substitutionsprisen og prisloftet.

Den første elforsyningslov trådte i kraft den 1. januar 1977. Lovens prisbestemmelser fastsatte et hvile i sig selv-princip.

⁴ Bekendtgørelse nr. 797 af 3. juli 2012 om kommunernes budget- og regnskabsvæsen

⁵ Lov nr. 258 af 8. juni 1979

⁶ Bekendtgørelse nr. 1213 af 17. december 2012.

Ved en ændring i 2000 af elforsyningsloven⁷ blev elproduktionen markedsudsat og dermed blev prissætningen markedsbestemt. Ændringerne gjaldt også for el-producerende affaldsforbrændingsanlæg. De kunne også fastsætte en markedsbestemt pris på el. Dog var det et krav, at affaldsforbrændingsanlæggets samlede aktiviteter fortsat skulle hvile i sig selv, jf. § 75, stk. 3. Bestemmelsen er siden ændret i 2008⁸, men det er fortsat et krav, at affaldsforbrændingsanlæg skal hvile i sig selv efter de principper, som blev fastsat med ændringen i 2000.

Bestemmelse i § 75, stk. 3, lyder således:

"Virksomheder, som producerer elektricitet ved forbrænding af affald, skal økonomisk hvile i sig selv ... Ejere af affaldsforbrændingsanlæg må ved fastsættelsen af priser og betingelser for affaldsbehandling og for levering af fjernvarme ikke udnytte deres stilling til at fordele deres omkostninger på en måde, der anses for urimelig for brugerne af affaldsbehandlingsanlægget eller for fjernvarmebrugere."

Af lovbemærkningerne til § 75, stk. 3, fremgår følgende:

"De af bestemmelsen omfattede anlæg er primært etableret for at dække lokale behov for affaldsbortskaffelse igennem affaldsforbrænding og et lokalt varmebehov. Affaldsforbrændingsanlæg er først og fremmest etableret med henblik på at håndtere affald. Produktion af elektricitet og varme er alene et sekundært formål. Af den samlede elproduktion udgjorde elproduktion fra affaldsforbrændingsanlæg kun ca. 2% i 1997.

Med bestemmelsen i § 75, stk. 3, sikres, at et økonomisk hvile-i-sig-selv princip svarende til det hvile-i-sig-selv princip, som har fundet udtryk i miljøbeskyttelseslovens § 48 henholdsvis i varmforsyningslovens kapitel 4, vil gælde for samtlige virksomheder, som ejer og driver affaldsforbrændingsanlæg, idet affaldsbehandlingsvirksomheden som helhed, dvs. inklusiv indtægterne fra den tilknyttede elproduktion, økonomisk skal hvile-i-sig-selv, således som det hidtil har været tilfældet.

Over- eller underskud vedrørende elproduktion skal indgå i beregningen af affaldsbehandlingsprisen/affaldsgebyret og i varmepriserne. ... Priserne for varme reguleres fortsat i varmforsyningsloven. Eventuelle overskud inklusiv indtægter fra tilknyttet elproduktion og opgjort efter en rimelig forrentning af indskudskapitalen vil skulle afspejles i lavere affaldsbehandlingspriser/affaldsgebyrer henholdsvis lavere priser for virksomhedens varmelieferancer."

⁷ Lov nr. 375 af 2. juni 1999

⁸ Lov nr. 505 af 17. juni 2008

Det er således affaldsforbrændingsanlæggenes samlede aktiviteter, dvs. inklusiv eventuel el- og varmeproduktion, som skal hvile i sig selv. Over- eller underskud på elproduktion skal indgå i beregningen af affaldstaksten og varmeprisen. Det indebærer, at indtægter fra elproduktionen, som er opgjort efter en rimelig forrentning af indskudskapitalen, skal fratrækkes omkostninger forbundet med affalds- og varmesiden og dermed give sig udslag i lavere affaldstakster og varmepriser.

Det er en konsekvens af bestemmelsen i § 75, stk. 3, sammenholdt med varmforsyningslovens prisbestemmelser, at affaldssiden og varmesiden i et affaldsforbrændingsanlæg hver for sig skal hvile i sig selv, jf. herved også Energitilsynets tilkendegivelse af 28. marts 2011, hvor tilsynet anfører følgende:

"Forholdet er efter sekretariatets vurdering, at affaldsforbrændingsanlægget består af to hvile i sig selv virksomheder, jf. varmforsyningslovens § 20, stk. 1 og 4, og elforsyningslovens § 75, stk. 3. Da varmesiden via varmforsyningslovens prisbestemmelser er en hvile i sig selv virksomhed, og elforsyningslovens § 75, stk. 3, bestemmer, at det samlede anlæg skal hvile i sig selv, vil affaldssiden af anlægget nødvendigvis også være en hvile i sig selv virksomhed. Derudover er affaldssiden omfattet af hvile i sig selv princippet i miljøbeskyttelsesloven."

Det er endvidere en konsekvens af prisreguleringen, at priserne på affaldssiden (affaldstaksterne) har karakter af residualpriser, idet de skal svare til de omkostninger, som ikke dækkes af indtægterne fra el og varme. De kan derfor komme til at dække omkostninger, der hidrører fra el- eller varmeproduktionen, såfremt indtægterne fra el eller varme ikke kan dække produktionsomkostningerne ved el og varme.

5.2 Fordeling af forbrændingsanlæggenes omkostninger mellem affalds- og varmesiden

Det fremgår af elforsyningslovens § 75, stk. 3, at fordelingen af omkostninger mellem affaldssiden og varmesiden skal være rimelig således, at varmekunderne ikke kommer til at dække omkostninger ved affaldsbehandlingen og omvendt.

Det fremgår af praksis, at der ikke skal tages særskilt stilling til, hvilke omkostninger der kan henføres til en eventuel elproduktion. Hvis der er indtægter fra elproduktion, fratrækkes disse i de samlede omkostninger, hvorefter de tilbageværende omkostninger fordeles mellem affalds- og varmeområdet.

Herefter skal forbrændingsanlægget ved fastsættelsen af den omkostningsbestemte pris (hvile i sig selv-prisen) for affalds- og varmesiden indregne de omkostninger, som er særskilt forbundet med henholdsvis affaldsforbrændingen (for så vidt angår affaldsgebyret) og varmeproduktionen (for så vidt angår varmeprisen).

Ud over omkostninger, som entydigt kan henføres til enten affalds- eller varmeområdet, vil anlægget have nogle fællesomkostninger, som ikke lader sig adskille. Disse omkostninger fordeles efter en fordelingsnøgle mellem affaldssiden og varmesiden. Fordelingsnøglen fastsættes individuelt for det pågældende anlæg ud fra en konkret vurdering af anlæggets økonomiske forhold.

Energitilsynet kan give pålæg om ændring af et forbrændingsanlægs omkostningsfordeling, hvis tilsynet finder, at fordelingen ikke er rimelig. Herudover findes der ikke regler om omkostningsfordeling mellem affalds- og varmesiden på affaldsforbrændingsanlæg. Derimod har Energiklagenævnet og Energitilsynet i flere afgørelser taget stilling hertil.⁹

6. HVILE I SIG SELV-PRINCIPPET

Som nævnt skal de enkelte kommunale affaldsordninger hvile i sig selv. Ligeledes skal affaldsforbrændingsanlæggene hvile i sig selv. Reguleringen er således baseret på det almindelige kommunalretlige udgangspunkt om, at kommunal forsyningsvirksomhed er underlagt et hvile-i-sig-selv princip.¹⁰

Det kommunalretlige hvile i sig selv-princip har to sider: Dels må en kommune ikke anvende sine skatteindtægter til at give tilskud til en kreds af borgere, som modtager ydelser fra en kommunal forsyningsvirksomhed, medmindre tilskuddet er sagligt begrundet. Dels må kommunen ikke anvende forsyningsvirksomheden til at forøge sine indtægter, da dette ville være en kommunal skat på forbrug af elementære goder.

Det har som konsekvens, at taksterne skal svare til kostprisen - forsyningsvirksomhedens priser skal være kostægte. Hvis forsyningsvirksomhedens indtægter overstiger omkostningerne, f.eks. fordi priserne har været for høje, skal det for meget opkrævede beløb betales tilbage til brugerne, idet virksomheden dog skal have mulighed for at have en rimelig driftskapital. Tilbagebetaling vil normalt ske i form af prisnedsættelse men kan i princippet også ske ved kontant udbetaling af det pågældende beløb. Hvile i sig selv-princippet er et princip for prisfastsættelse.

Baggrunden for hvile i sig selv-princippet er navnlig, at kommunernes engagement på forsyningsområdet er begrænset til at sikre kommunens borgere elementære forbrugsgoder.

⁹ Se f.eks. Energiklagenævnets nylige afgørelse af 13. juni 2012 vedrørende Odense Kraftvarmeværk A/S og Energitilsynets afgørelser af 28. oktober 2002 om Aars Varmeværk og 25. august 2003 om Skanderborg Fjernvarme.

¹⁰ Folketingets Ombudsmand har i flere udtalelser tiltrådt, at der gælder et hvile-i-sig-selv princip, jf. FOB 1972.101, FOB 1975.380, FOB 1976.43 og FOB 1984.111. For en beskrivelse af hvile-i-sig-selv princippet på de kommunale forsyningsområder kan f.eks. henvises til Karsten Revsbech: "Kommunernes opgaver, kommunalfuldmagten m.v.", 2. udg., 2010, side 140ff., Birgitte Egelund Olsen, "Hvile i sig selv-princippet, en miljø- og konkurrenceretlig analyse af affalds- og elforsyningsområdet". 1999, side 279ff. og Mogens Heide-Jørgensen, "Den kommunale interesse", 1993, side 507ff.

Oparbejdes der et overskud, som kommunen overfører til kommunens øvrige aktiviteter, eller lader kommunen et underskud skattefinansiere, forrykkes den byrdefordeling som den kommunale skattelovgivning er udtryk for. En sådan forrykkelse kræver et særligt retsgrundlag, jf. FOB 1975.380.

Princippets nærmere indhold er ikke skarpt afgrænset.

For det første angår kravet om balance en ubestemt årrække og ikke de enkelte år. Der skal således ikke være balance mellem udgifter og indtægter for det enkelte år. Det er tilstrækkeligt, at der over en vis (kortere) årrække er balance.

For det andet kan der inden for visse rammer foretages skønsmæssige henlæggelser til fremtidige investeringer. Det er dog et krav, at henlæggelserne sker ud fra realistiske overvejelser om, hvilke investeringer, der skal foretages i fremtiden. Investeringerne skal have en vis konkret og aktuel karakter. I FOB 1975.380 kritiserede Ombudsmanden, at en kommune løst angav, at et overskudsbeløb skulle indgå på en forsyningsvirksomheds drifts- og fornyelsesfond.

Det er dog bemærkelsesværdigt, at tilsynsmyndighederne aldrig har grebet til § 61-sanktioner for at få kommunerne til at efterleve princippet.

7. ANVENDELSE AF PROVENU VED FRASALG

Udgangspunktet er, at et affaldsforbrændingsanlæg og dets ejere har ejendomsret til den indskudte selskabskapital, anlæggets aktiver i øvrigt samt oparbejdede overskud. Det følger heraf, at anlægget har fri rådighed over dets aktiver inden for de rammer, som lovgivningen og vedtægterne opstiller.

Begrænsninger i affaldsforbrændingsanlæggets rådighed over sin kapital kan have stor økonomisk betydning for anlægget og dets ejere, og det kan være en hindring for at kunne drive og udvikle anlægget på en hensigtsmæssig måde. Det må derfor forventes, at domstolene vil stille krav om rimelig klarhed i hjemmelsgrundlaget, hvis en sådan begrænsning skal fastslås.

Det skal i det følgende undersøges, om der gælder retlige begrænsninger i kommunernes anvendelse af et provenu, som måtte opstå ved frasalg af affaldsforbrændingsaktiviteter. Da svaret ikke kan findes alene i regler eller praksis på affaldsområdet, må principper fra andre forsyningsområder inddrages i vurderingen.

7.1 Anvendelse af provenu ved salg af forsyningsaktiviteter hvor kommunen ophører med at drive den pågældende type forsyningsvirksomhed

Hvis en kommune sælger sit affaldsforbrændingsanlæg, opstår spørgsmålet, om et eventuelt provenu fra salget kan anvendes af kommunen på det skattefinansierede område. Da kommunen ophører med at drive forbrændingsaktiviteten, kan provenuet ikke føres tilbage til forbrændingsområdet via driften.

7.1.1 Elforsyningsloven

På elområdet var spørgsmålet om kommuners ret til provenu ved salg af elforsyningsvirksomheder fremme i midten af 1990'erne i forbindelse med Gentofte Kommunes ønske om at sælge sine ejerandele i NES A/S.

I et notat af 21. november 1996 til Energistyrelsen vurderede jeg, om Gentofte Kommune ved et eventuelt salg af kommunens aktier i NES A/S var forpligtet til at lade salgsprovenuet komme elforbrugerne til gode, eller om provenuet kunne gå i kommunekassen.

Konklusionen var, at der ikke var hjemmel til at pålægge Gentofte Kommune restriktioner med hensyn til anvendelsen af provenuet ved salg af NES-aktier.

Denne vurdering blev lagt til grund i et notat af 28. november 1996 om NES-sagen fra en tværministeriel arbejdsgruppe:

"Det er samtidig vurderingen, at der ikke i det kommunale hvile i sig selv-princip er hindringer for, at kommunen kan afhænde aktierne og frit disponere over provenuet"

Forslaget til NES-loven (lov nr. 189 af 12. marts 1997) blev fremsat på baggrund af arbejdsgruppens overvejelser.

Ved § 10 b i NES-loven blev det fastsat, at der skulle ske modregning i kommunernes bloktilskud ved salg af ejerandele i elforsyningsvirksomheder. Med loven ville lovgiver hindre, at Gentofte Kommune solgte aktier i NES til investorer, der i forventning om en fremtidig el-liberalisering ønskede at foretage strategiske opkøb i elsektoren og var villige til at betale beløb for aktierne, som langt oversteg de bogførte værdier i NES, jf. ministerens svar til Det Enerkipolitiske Udvalg, L 125 - bilag 40.

Efter at have fastslået at elforsyningsområdet forud for elforsyningslovens ikrafttræden i 1977 havde været underlagt hvile i sig selv-princippet, og at området efter 1977 havde været underlagt et krav om omkostningsbestemte priser, anførtes følgende i lovbemærkningerne (lovforslag nr. 125 af 11. december 1996):

"Hvis kommunerne beslutter sig for frasalg med henblik på at bruge en værdistigning, der baserer sig på aktiver, som er opbygget ved forbrugerbetaling til henlæggelser og

drift, til andre formål end til elforsyning, brydes der med grundlaget for »hvile-i-sig-selv« princippet i elforsyningsloven, som bygger på, at forsyningsvirksomhederne forvalter forbrugernes behov for elforsyning og derfor også de økonomiske ressourcer, som er nødvendige for at sikre elforsyningen til forbrugerne. ...

Helt generelt vil en kommune, som får en sådan stor gevinst, kunne benytte provenuet til konsolidering, herunder gældsafvikling, lavere skat eller et højere serviceniveau."

Lovgiver forudsatte herved, at provenu ved frasalg af kommunale elforsyningsvirksomheder, herunder et provenu der baserer sig på henlæggelser, tilfalder kommunen og kan anvendes på det skattefinansierede område.

For at hindre dette, var det nødvendigt at fastsætte regler om modregning i bloktilskuddet. NESA-loven omfattede alle kommunale elforsyningsvirksomheder, uanset hvordan de var organiseret.

I den såkaldte KOE-sag, som vedrørte stiftelsen af Kolding Områdets Energiselskab (KOE) blev spørgsmålet om Kolding Kommunes ret til provenuet ved salg af sine ejerandele i I/S Skærbækværket prøvet ved en voldgiftsret bestående af landsdommer Carsten Haubek, professor, dr. jur. Erik Werlauff og professor dr. jur. (nu Højesteretsdommer) Jens Peter Christensen. Voldgiftsretten, der fandt, at Kolding Kommune frit kunne disponere over provenuet fra salg sine ejerandele i forsyningsvirksomheden, anførte følgende kendelsen af 3. december 2001:

"Et hvile-i-sig-selv princip for offentlig forsyningsvirksomhed har ud fra et legalitetsprincip og dermed ud fra et krav om tilstrækkelig hjemmel til opkrævning af skatter og afgifter gode grunde for sig, men et hvile-i-sig-selv princip har ikke altid været gældende ret.

....

Ved Indenrigsministeriets approbation af kommuners lån og garantier til finansiering af varmforsyning blev et hvile-i-sig-selv princip i budgetterne stillet som betingelse fra slutningen af 1950'erne.

I retslitteraturen argumenteres der fra midten af 1960'erne for eksistensen af et sådant retligt bindende princip på grundlag af legalitetsprincippet med dets krav om hjemmel til blandt andet skatter, og på grundlag af offentligretlige grundsætninger om lighed, byrdefordeling og magtfordrejning.

Fra 1970'erne blev der af tilsynsmyndighederne og Folketingets Ombudsmand lagt til grund, at der gælder et hvile-i-sig-selv princip, men ministerens bemærkning i skrivelse af 9. december 1975 til Folketingets energipolitiske udvalg under forberedelse af elforsyningsloven om, at princippet "stedse har været antaget i kommunallovgivningen", ses ikke at have et tilstrækkeligt grundlag i den her beskrevne retsudvikling.

I perioden frem til elforsyningslovens ikrafttrædelse i 1977 blev princippet ikke undergivet lovregulering. Der ses heller ikke at være bragt beføjelser i anvendelse efter den kommunale styrelseslovs § 61 med henblik på en håndhævelse af princippet, og i sammenhæng hermed ses tvist om princippets eksistens og udstrækning ikke at have været ført frem til domstolene.

På den baggrund knytter der sig meget betydelig usikkerhed til spørgsmålet om eksistensen og udstrækningen af hvile-i-sig-selv princippet inden for elforsyningsområdet forud for ikrafttrædelse af elforsyningsloven i 1977.

Det fremstår så meget desto mere usikkert, i hvilken udstrækning hvile-i-sig-selv princippet også indebærer begrænsninger med hensyn til, hvad der fra tredjemand må opnås som betaling for egenkapitalen ved salg af en andel af en forsyningsvirksomhed eller en andel i denne. Det bemærkes herved, at indgreb i muligheden for at opnå betaling for egenkapitalen ved salg af en andel af et forsyningsværk må forudsætte sikker hjemmel. Den ændring der i 1997 blev foretaget af den kommunale udligningslov, foranlediget af Gentofte Kommunes salg af aktier i NESA, bestyrker klart det indtryk, at en sådan sikker hjemmel ikke har foreligget for ændringslovens ikrafttrædelse.

Det er således voldgiftsrettens resultat, at der ikke er grundlag for at fastslå, at Kolding Kommune var uberettiget til at kræve betaling for sin andel i I/S Skærbækværket, og der derfor ikke er grundlag for at pålægge Kolding Kommune at tilbagebetale det beløb, som kommunen har modtaget. Kolding Kommune frifindes derfor."

Voldgiftsretten anså således ikke hvile i sig selv-princippet for at indeholde den fornødne sikre hjemmel, som måtte kræves, hvis kommunen skulle begrænses i sin mulighed for at opnå betaling ved salget. Voldgiftsretten lagde herved vægt på, at hvile i sig selv-princippet ikke var lovreguleret forud for elforsyningslovens ikrafttræden i 1977, og der knyttede sig meget betydelig usikkerhed til spørgsmålet om eksistensen og udstrækningen af hvile i sig selv-princippet inden for elforsyningsområdet forud for ikrafttrædelsen af elforsyningsloven i 1977. Der sås således ikke at være bragt beføjelser i anvendelse efter den kommunale styrelseslovs § 61 med henblik på en håndhævelse af princippet.

Voldgiftsretten lagde også vægt på, at når NESA-loven havde været nødvendig, tydede det på, at der ikke forud for denne lov kunne have været den fornødne sikre hjemmel til at foretage indgreb i kommunernes ret til provenu ved salg af elforsyningsvirksomhed.

7.1.2 Vandforsyning og spildevand

I et notat af 19. november 2004 vurderede jeg efter anmodning fra Miljøstyrelsen i forbindelse med det såkaldte "serviceeftersyn af vandsektoren", om provenuet ved salg af kommunale vand- og spildevandsaktiviteter kunne gå i kommunekassen eller skulle komme forbrugerne til gode.

I notatet konkluderede jeg, at hverken vandforsyningsloven, betalingsloven eller det almindelige kommunalretlige hvile i sig selv-princip dannede tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der inden for vandforsyningssektoren gjaldt begrænsninger i virksomhedernes og deres ejeres adgang til at disponere over kapital, der frigøres ved overdragelse af virksomhedernes aktiviteter.

Denne vurdering er siden bekræftet ved Statsforvaltningen Syddanmarks afgørelse af 5. marts 2007. Statsforvaltningen fandt, at provenuet ved Svendborg Kommunes salg af vandforsyningsaktiviteter kunne gå i kommunekassen, da prisbestemmelserne på vandforsyningsområdet byggede på hvile i sig selv-princippet, og da der ikke af dette princip kunne udledes begrænsninger i kommunens adgang til provenuet.

I 2007 blev der indført bestemmelser om modregning i kommunernes bloktilskud ved salg af vand- og spildevandsaktiviteter, som i vidt omfang svarede til, hvad der gjaldt på el- og varmeområdet, jf. lov nr. 534 af 6. juni 2007. Af lovbemærkningerne fremgik, at vand- og spildevandsforsyninger var underlagt prisbestemmelser, hvorefter kun nødvendige omkostninger forbundet med forsyningens virke kunne indregnes i priserne ("hvile-i-sig-selv princippet"). Videre anførtes følgende:

"Hvis kommunerne beslutter sig for frasalg med henblik på at bruge en værdistigning, der baserer sig på aktiver, som er opbygget ved forbrugerbetaling til henlæggelser og drift, til andre formål end til vandforsyning, brydes der med grundlaget for "hvile-i-sig-selv" princippet.

En udvikling, hvor enkelte kommuner får meget store engangsindtægter ved salg af vandforsyninger, vil tillige kunne have kommunaløkonomiske konsekvenser. Helt generelt vil en kommune, som får en sådan stor gevinst, kunne benytte provenuet til konsolidering, herunder gældsafvikling, lavere skat eller et højere serviceniveau.."

Det var således forudsat i lovbemærkningerne, at et provenu ved salg af en vandforsyningsvirksomhed, herunder et provenu der baserede sig på henlæggelser, tilhørte kommunen og uden begrænsning kunne anvendes i den skattefinansierede del af kommunens økonomi.

Under forhandlingerne i forbindelse med lovforslagets fremsættelse tilkendegav ministeren generelt følgende om ejendomsretten til forsyningsaktiviteterne:

"Situationen er jo altså den, at selv om det er forbrugerne, som har opbygget den kapital, der ligger i de kommunale forsyninger, er det kommunerne, der ejer dem, og de kan disponere over indtægterne ved et eventuelt salg."

7.1.3 Antenneforsyningsvirksomhed

I to sager om kommuners salg af antenneforsyning har henholdsvis Statsforvaltningen Sjælland og Højesteret haft lejlighed til at behandle spørgsmålet om retten til provenuet ved salget.

I sin afgørelse af 27. maj 2009 fandt Statsforvaltningen Sjælland, at Guldborgsund Kommune frit kunne disponere over provenuet ved salg af kommunens antenneforsyning. Afgørelsen er illustrativ, fordi den refererer nogle afgørelser fra tilsynsmyndighederne på området, som indeholder mere generelle betragtninger om hvile i sig selv-reguleringen betydning for retten til anvendelse af et provenu ved frasalg:

"I en udtalelse af 27. februar 2006 (j.nr. 2003-613/204) fra Statsamtet Århus vedrørende Herning kommunes salg af aktier i Energigruppen Jylland til Dong A/S er blandt andet anført:

"... Der foreligger ingen afgørelse fra domstolene, men indtil da må det lægges til grund, at den fremherskende og gældende retsopfattelse er, at provenuet ved salg af en forsyningsvirksomhed tilhører kommunen."

...

I en udtalelse af 22. januar 2009 (j. nr. 2008-613/315) fra Statsforvaltningen Syddanmark vedrørende Kerteminde Kommunes vederlagsfrie overdragelse af TV-antenneforsyningen til antennelav 78 Øst Munkebo er blandt andet oplyst:

"I overensstemmelse med ovennævnte udtalelse (red: j. nr. 2004-613/536) er det fortsat statsforvaltningens opfattelse, at hvile-i-sig-selv princippet udelukkende regulerer dr iften og ikke ejendomsretten til forsyningsvirksomheden ved et salg."

Princippet giver således ikke hjemmel til at pålægge restriktioner for, hvad en kommune må anvende et eventuelt provenu til ved et salg af en forsyningsvirksomhed."

Den foreløbigt eneste dom vedrørende spørgsmålet om retten til provenu ved salg af forsyningsaktiviteter er Højesterets dom af 30. januar 2013 om Esbjerg Kommunes bynet (UfR.2013.1162/2H). Sagen vedrørte et af Esbjerg Kommune i 1970'erne etableret antennenet med henblik på forsyning af borgerne med tv-signaler. Nettet blev senere også benyttet til internetforsyning. I 2006 solgte Esbjerg Kommune nettet for 265 mio. kr. Nettet blev drevet efter et hvile i sig selv-princip.

Landsretten, der lagde til grund, at provenuet var opstået som følge af den generelle teknologiske og samfundsmæssige udvikling, fandt, at provenuet skulle tilfalde kommunen. Retten lagde herved vægt på følgende:

"Begrænsninger eller forpligtelser i relation til en kommunes anvendelse af et salgsprovenu ved overdragelse af en forsyningsvirksomhed må forudsætte sikker hjemmel.

Hvile i sig selv-princippet drejer sig efter definitionen heraf og efter anvendelse af princippet i praksis primært om levering af ydelser til kostpris. Det er dermed et princip, der hidtil har knyttet sig til driften af en forsyningsvirksomhed. Der er ikke særligt grundlag for at antage, at hvile i sig selv-princippet udgangspunkt om, at et overskud fra driften af virksomheden skal komme de tilsluttede brugere til gode, uden videre kan udstrækkes til også at gælde et salgsprovenu ved en overdragelse af forsyningsvirksomheden.

Ved lov nr. 189 af 12. marts 1997 om ændring af lov om elforsyning m.v. er der indført særlige regler om salg af elforsyningsvirksomheder, således at det provenu, som en kommune vil få fra salg af en elforsyningsvirksomhed, vil blive modregnet i kommunens statstilskud. Ved lov nr. 451 af 31. maj 2000 om ændring af lov om varmforsyning og lov nr. 534 af 6. juni 2007 om kommuners afståelse af vandforsyninger og spildevandsforsyninger blev der indført samme modregningsadgang ved kommuners salg af de pågældende forsyningsvirksomheder. En sådan adgang til at modregne må bygge på den forudsætning, at kommunerne ikke i øvrigt var begrænsede i adgangen til at anvende provenuet. Vedtagelsen af disse love bestyrker dermed også, at kommunerne forud for lovene havde en ubegrænset adgang til at råde over provenuer fra salg af forsyningsvirksomheder.

Der er således ikke fornødent grundlag for at pålægge kommunen at udbetale det opnåede salgsprovenu fra bynettet til de tilsluttede brugere, ligesom kommunen ikke kan anses for forpligtet til at anvende provenuet til opgaver eller ydelser, der udelukkende kommer de tilsluttede brugere til gode."

Højesteret stadfæstede landsrettens dom, blandt andet med henvisning til de grunde, der var anført af landsretten. Om hvile-i-sig-selv princippet anførte Højesteret følgende:

"Hvile i sig selv-princippet er et offentligretligt krav til fastsættelse af takster for kommunal forsyningsvirksomhed. Princippet tager ikke stilling til en situation, hvor forsyningsvirksomheden sælges, og giver således ikke forbrugerne retskrav på provenuet ved salg af virksomheden."

7.2 Anvendelse af provenu ved frasalg af forsyningsaktiviteter hvor kommunen fortsætter med at drive den pågældende type forsyningsvirksomhed

Hvis en kommune sælger nogle affaldsforbrændingsaktiver men fortsætter med at drive forbrændingsvirksomhed, opstår spørgsmålet, om et eventuelt provenu fra salget af aktiverne kan anvendes af kommunen på det skattefinansierede område, eller om det skal føres tilbage til forbrugerne. I modsætning til situationen oven for under punkt 3.6 vil kommunen kunne føre provenuet tilbage til forbrugerne via driften af affaldsforbrændingsanlægget.

7.2.1 Varmeforsyning

I Energitilsynets afgørelse af 30. november 2009 om forrentning af indskudskapital i EnergiGruppen Jylland Varme A/S anførte tilsynet følgende om provenu ved salg af aktiver, mens virksomheden er i drift:

"Hvis en varmforsyning omvendt afhænder et aktiv til et beløb, der er højere end den efter varmforsyningslovens afskrivningsreglers nedskrevne anlægssum, så er der heller ingen tvivl om, at provenuet ved afhændelsen efter varmforsyningslovens hvile-i-sig-selv princip skal indregnes i prisen på levering af varme. Det gælder også, hvis det højere provenu skyldes, at aktivet er steget i værdi, f.eks. på grund af almindelige stigninger i ejendomspriserne.

Udtrykt lidt forenklet, så betales anlægsaktiver af forbrugerne gennem priserne. Tilsvarende kommer provenu ved salg forbrugerne til gode gennem nedsatte priser."

Energitilsynet havde til brug for behandlingen af sagen allerede vurderet spørgsmålet i et notat af 13. marts 2009, hvor tilsynet ved hjælp af et eksempel havde givet udtryk for samme opfattelse:

"En varmforsyning har bygget en administrationsbygning og sælger den, hvor den gamle administrationsbygning ligger for 25 mio. kr.

Den gamle administrationsbygning og den grund den ligger på, købte forsyningen for 20 år siden for 1 mio. kr.

Hvordan påvirker salget af grund og administrationsbygning priserne på varme?

Svaret er det samme som i eksempel 1: Hele provenuet indgår i prisberegningen ...

Man kan sige, at værdistigningen på grunden er "samfundsskabt". Samfundsskabte værdier i virksomheder, der ikke er omfattet af hvile-i-sig-selv-regulering tilfalder ejerne. Sådan er det ikke i virksomheder, der er omfattet af varmforsyningsloven."

7.2.2 Vandforsyning og spildevand samt affaldsbehandling

Indenrigsministeriets afgørelse af 3. juni 1998 vedrørte etableringen af Odense Vandselskab A/S og Odense Renovationsselskab A/S. Odense Byråd traf i 1993 beslutning om at etablere Odense Vandselskab A/S samt at indskyde driftsmidler inden for vandforsynings- og spildevandsområdet i selskabet mod vederlag i form af aktier. Samtidig traf Odense Byråd beslutning om at etablere Odense Renovationsselskab A/S samt at indskyde driftsmidler inden for renovationsområdet i dette selskab ligeledes mod vederlag i form af aktier. De faste anlæg inden for såvel vandforsynings- og spildevandsområdet som renovationsområdet var fortsat ejet af Odense kommune.

I afgørelsen anførte Indenrigsministeriet bl.a. følgende:

"Uanset at drifts- og serviceopgaver på vandforsynings-, spildevands- og renovationsområdet er overført til kommunalt ejet aktieselskab finder disse regler [hvile i sig selv-princippet] anvendelse.

De driftsmidler, som Odense Kommune har indskudt i Odense Vandselskab A/S og Odense Renovationsselskab A/S og som er konverteret til en aktieportefølje, hidrører efter det oplyste fra det fuldt ud brugerfinansierede vandforsynings- og spildevandsområde, henholdsvis renovationsområdet.

Efter Indenrigsministeriets opfattelse indebærer dette, at aktierne skal henføres til de pågældende forsyningsområder. Værdien af aktier må derfor bogføres på forsyningsområdernes konti ligesom udbetaling af eventuel udbytte af aktier og indtægter for salg af aktier må henføres til de respektive forsyningsområder. Det forhold at driftsmateriel inden for forsyningsområdet er konverteret til aktier, indebærer således ikke som af Dem anført, at der sker en overførsel af midler fra forsyningsområderne til den almindelige kommunekasse eller at brugerne i området kommer til at betale en forrentning af aktiekapitalen."

Det var således ministeriets opfattelse, at aktierne hørte til de pågældende forsyningsområder. Værdien heraf måtte derfor bogføres på forsyningsområdernes konti, ligesom udbeta-

ling af et eventuelt udbytte af aktierne og indtægterne ved salg af aktier måtte henføres til de respektive forsyningsområder.

Ministeriet synes herved alene at have taget stilling til, hvorledes der skulle forholdes med indtægter fra selskabet i en situation, hvor kommunen fortsat drev forsyningsvirksomhed. Alle faste anlæg forblev i direkte kommunal eje og blev af kommunen stillet til rådighed for driftsselskabet. Derimod synes ministeriet ikke med udtalelsen at have forholdt sig til, hvad der skulle være sket med kapitalen ved et samlet salg af hele forsyningsvirksomheden.

7.3 Særligt om anvendelse af provenu ved salg af forbrændingsanlæg

På affaldsområdet gør der sig det forhold gældende, at kommunen fortsat vil være forpligtet til at sikre kapacitet til og anvise affald til forbrænding, selv om kommunen sælger sit affaldsforbrændingsanlæg.¹¹

Det rejser det spørgsmål, om kommunen er forpligtet til at anvende et provenu ved salg af affaldsforbrændingsanlægget til at finansiere de tilbageværende aktiviteter vedrørende husholdningsaffaldet.

Miljøstyrelsen har dog oplyst mig om, at styrelsen i marts 2010 besvarede en henvendelse fra Favrskov Kommune, hvor kommunen bad om svar på, hvordan aktiver og kontanter, som kommunen modtog i forbindelse med hjemtagning af dagrenovationsopgaver og omdannelsen af et fælleskommunalt interessentselskab, skulle konteres.

Af Miljøstyrelsen svar fremgår følgende:

”de tilbageførte midler, [skal] efter Miljøstyrelsens vurdering, ... optages i det takstfinansierede område af det kommunale regnskab og således skal bidrage til, at der i en periode opkræves lavere gebyrer hos kommunens borgere og virksomheder.

Baggrunden herfor er, at Favrskov kommune klart redegør for, at de eksisterende midler er tilvejebragt ved gebyropkrævning. Samtidig lægger Miljøstyrelsen vægt på, at midlerne er opkrævet som led i en ordning (dagrenovationsordningen), som fortsætter (blot i andet regi). Da der således ikke er tale om en ordning, som ophører, bør de overførte midler, efter Miljøstyrelsens vurdering, indgå i gebyrregnskabet for dagrenovationsordningen i Favrskov kommune.”

¹¹ I licitationssceneriet vil denne pligt dog kun angå husholdningsaffaldet.

7.4 Vurdering

Hvile i sig selv-princippet som kommunalretlig grundsætning er uskarpt. Tilsynsmyndighederne har så vidt ses aldrig grebet til sanktioner efter kommunestyrelseslovens § 61 for at få kommunerne til at efterleve princippet.

Efter min vurdering kan princippet ikke udstrækkes til at være mere end et prisreguleringsprincip. Det regulerer, hvilken betaling kommunen kan tage for ydelser fra en forsyningsvirksomhed i drift, og det tager ikke stilling til en situation, hvor forsyningsvirksomheden sælges. Der synes således ikke at være grundlag for at antage, at det også regulerer retten til forsyningsvirksomhedernes kapital, og derfor kan der ikke af hvile-i-sig-selv princippet udledes begrænsninger i kommunernes dispositionsret.

Forarbejderne til lovændringerne på elforsyningsområdet og vandforsyningsområdet, hvorefter der blev fastsat regler om modregning i kommunernes bloktilskud, styrker antagelsen om, at provenu ved frasalg af forsyningsvirksomheder kan anvendes af kommunerne på det skattefinansierede område.

I administrativ praksis på vandforsynings- og antenneforsyningsområdet har man trods hvile i sig selv-princippet fundet, at kommunerne kunne disponere over provenuet. På elområdet fandt en voldgiftsret i 2001, at der var betydelig usikkerhed om princippet eksistens og udstrækning, hvorfor kommunen frit kunne disponere over provenuet ved salg elforsyningsaktiviteterne. I den eneste dom om spørgsmålet, som angik antenneforsyningsvirksomhed i Esbjerg Kommune, kom Højesteret til samme resultat.

Det forhold, at affaldsforbrændingsanlæggene er underlagt gebyr- og prisregulering i miljøbeskyttelsesloven og varme- og elforsyningsloven - og ikke det ulovbestemte kommunalretlige hvile i sig selv-princip - ændrer ikke min vurdering. Sigtet med bestemmelserne om gebyr- og prisreguleringen har bl.a. været, at affaldsforbrændingsanlæggene fortsat skulle hvile i sig selv, og der er ikke grundlag for at antage, at lovgiver med disse bestemmelser har villet regulere forbrugernes ejerskab til forsyningsaktiviteterne.

Det er på denne baggrund min vurdering, at der som det klare udgangspunkt ikke gælder begrænsninger i kommunernes adgang til at disponere over et provenu ved frasalg af affaldsforbrændingsanlægget.

Hvis kommunen derimod sælger affaldsforbrændingsaktiver men fortsætter med at drive forbrændingsvirksomhed, vil et eventuelt provenu fra salget af aktiverne efter min vurdering skulle indgå i den pågældende forbrændingsvirksomheds økonomi, jf. herved Indenrigsministeriets afgørelse af 3. juni 1998 om etableringen af Odense Vandselskab A/S og Odense Renovationsselskab A/S og Energitilsynets afgørelse fra 2009 om EnergiGruppen Jylland Varme A/S.

Selv om en kommune under licitationsscenariet sælger sit affaldsforbrændingsanlæg, har kommunen fortsat en indsamlingspligt i forhold til husholdningsaffald. Det rejser det spørgsmål, om kommunen er forpligtet til at anvende et provenu ved salg af affaldsforbrændingsanlægget til at finansiere de tilbageværende aktiviteter vedrørende håndtering af husholdningsaffald.

Spørgsmålet ses ikke behandlet i retspraksis. Fra administrativ praksis er jeg alene bekendt med Miljøstyrelsens svar fra 2010 til Favrskov Kommune, hvorefter styrelsen fandt, at midlerne skulle tilbageføres til det takstfinansierede område med den virkning, at der i en periode blev opkrævet lavere gebyrer hos kommunens borgere og virksomheder.

Miljøstyrelsens lagde ved sin vurdering vægt på, at det kunne lægges til grund, at midlerne var tilvejebragt via gebyropkrævning på et område som fortsatte - omend i et andet regi. Vurderingen må ses i lyset af sagens konkrete omstændigheder og giver ikke støtte for en principiel stillingtagen til problemstillingen.

Manglen på holdepunkter i lovgivning eller retspraksis giver efter min opfattelse anledning til betydelig tvivl om, hvorvidt et provenu i denne situation skal tilbageføres til affaldskunderne.

Hertil kommer, at forbrændingsanlæggene repræsenterer store værdier, og deres markedsværdi vil muligvis stige, hvis forbrændingssektoren liberaliseres. Konsekvensen kan være, at nogle kommuner opnår meget store provenuer ved frasalg af anlæg. PwC har beregnet, hvad det vil betyde for affaldsgebyret i Egedal Kommune, hvis kommunen solgte sin andel af I/S Vestforbrænding og anvendte provenuet til at reducere affaldsgebyret. Beregningerne viser (med forbehold for de usikkerheder de er forbundet med), at affaldskunderne på området for husholdningsaffald ville have gratis renovation i en periode på næsten to år.

Det forekommer vanskeligt foreneligt med det grundlæggende krav om, at den enkelte affaldsordning skal hvile i sig selv, hvis sådanne store provenuer skulle føres tilbage til affaldsområdet via langvarige og markante takstnedsættelser på de forskellige affaldsordninger.

I lyset af den retlige usikkerhed, der er forbundet med problemstillingen, og de betydelige konsekvenser det kan få for størrelsen af affaldsgebyret, hvis provenuet tilbageføres til affaldsområdet, er det min anbefaling, at der i forbindelse med en modernisering af forbrændingssektoren tages eksplicit stilling til spørgsmålet således, at det ved lov reguleres, hvordan kommunerne kan anvende et provenu ved frasalg af forbrændingsaktiviteter, herunder om provenuet skal tilbageføres til affaldsområdet.

8. MODREGNING I BLOKTILSKUD

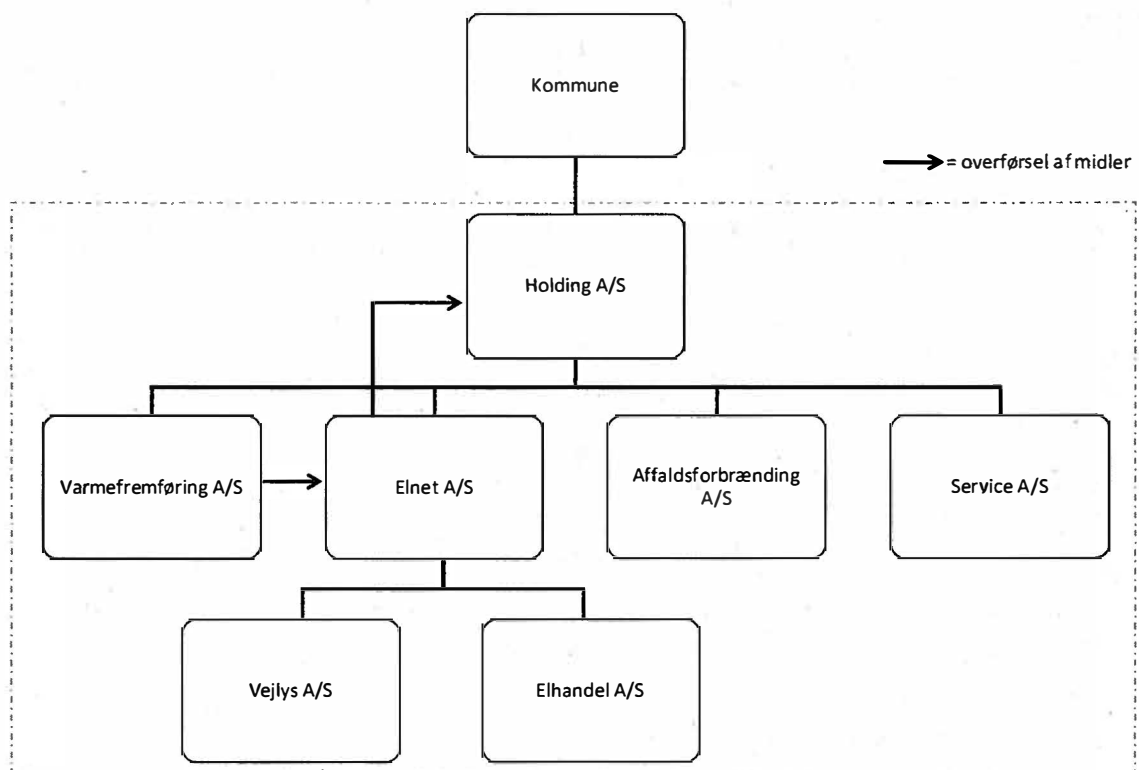
8.1 Forskellen på modregningsreglerne i elforsyningsloven og varmforsyningsloven på den ene side og stoploven på den anden side

På forsyningsområderne gælder der regler om modregning i kommunernes tilskud fra staten (bloktilskuddet), hvis kommunerne modtager uddelinger fra eller vederlag ved afståelse af ejerandele i kommunalt ejede forsyningsvirksomheder.

Modregningsreglerne er ikke ens for forsyningsområderne. Mens el- og varmeområdet er underlagt en parallel regulering, gælder der andre modregningsregler på vandforsyningsområdet.

Overordnet gælder det efter elforsyningsloven og varmforsyningsloven, at der sker modregning i en kommunes bloktilskud, hvis kommunen modtager midler fra den kommunalt ejede elforsynings- eller varmforsyningsvirksomhed. Hvis forsyningsaktiviteterne er udskilt fra forvaltningen i en koncernstruktur, sker der imidlertid ikke modregning, så længe midlerne overføres mellem selskaberne i koncernstrukturen.

Dette kan illustreres ved figur 1:



Inden for den stiplede linje kan der overføres midler, eksempelvis fra el- og varmevirksomhederne og op i holdingselskabet eller mellem varme- og elvirksomhederne, uden at der

sker modregning. Dog kan der ikke overføres midler fra el-/varmeaktiviteter til vand- og affaldshåndtering (herom nærmere nedenfor under punkt 4.5.1).

Overføres der derimod midler til kommunen eller til selskaber uden for den stiplede linje, skal der ske modregning i kommunens bloktilskud.

På vandforsyningsområdet findes reglerne om modregning i den såkaldte stoplov (lovbekendtgørelse nr. 634 af 7. juni 2010 om kommuners afståelse af vandforsyninger og spildevandsforsyninger). Efter stoploven skal der ligesom efter el- og varmforsyningsloven ske modregning, hvis kommunen modtager midler fra den kommunalt ejede vandforsyningsvirksomhed. Men herudover gælder, at hvor forsyningsaktiviteterne er udskilt fra forvaltningen i en koncernstruktur, skal der også ske modregning i kommunens bloktilskud ved overførsel af midler mellem selskaberne i koncernstrukturen.

Inden for den stiplede linje i figur 1 kan der således ikke overføres midler, eksempelvis op i holdingselskabet, uden at der sker modregning. I modsætning til, hvad der gælder efter el- og varmforsyningsloven, sker der med andre ord modregning i bloktilskuddet, selv om transaktionen sker nede i koncernstrukturen.

Stoploven omfatter ikke uddelinger fra eller vederlag ved afståelse af ejerandele i kommunalt ejede forbrændingsanlæg. Disse uddelinger eller vederlag kan imidlertid være omfattet af el- og varmforsyningsloven.

8.2 Elforsyningslovens §§ 37 og 37 a og varmforsyningslovens §§ 23 l og 23 m

Modregningsreglerne på el- og varmforsyningsområdet findes i elforsyningslovens §§ 37 og 37 a og varmforsyningslovens §§ 23 l og 23 m. El- og varmeområdet er i denne henseende underlagt parallelregulering. Der tages derfor i dette afsnit udgangspunkt i reglerne på elområdet.

Bestemmelsen i § 37 regulerer, hvordan og i hvilket omfang uddelinger fra og vederlag ved afståelse af ejerandele i elforsyningsvirksomheder skal komme kommunale ejere til gode. Bestemmelsen gælder kun for kommunale ejere. Andre ejere af elforsyningsvirksomheder er ikke omfattet.

Efter bestemmelsen skal kommunerne registrere uddelinger og vederlag fra elforsyningsvirksomheder. Herved forstås enhver form for økonomisk værdi, der tilflyder kommunerne.

Kommunerne indberetter én gang årligt, senest den 1. februar, registreringerne vedrørende det foregående år til Energitilsynet. Indberetningerne skal også omfatte forrentning af det beløb, som kommunerne har fået til rådighed, i perioden fra rådighedsdagen til den 1. november i indberetningsåret.

Kommunerne kan i indberetningen fratække beløb, som efter andre regler, f.eks. reglerne i stoploven, skal modregnes i bloktilskuddet. Formålet med bestemmelsen er at undgå, at det samme beløb reducerer bloktilskuddet to gange.

Det indberettede rådighedsbeløb, rådighedsdatoer, den beregnede forrentning og eventuelle fradrag skal godkendes af Energitilsynet. Energitilsynet giver senest den 1. maj hvert år Økonomi- og Indenrigsministeriet meddelelse om godkendelserne, hvorefter Økonomi- og Indenrigsministeriet den 1. november foretager reduktion i kommunens statstilskud.

Der sker ikke fuldstændig reduktion af et beløb svarende til rådighedsbeløbet med tillæg af forrentning. Hvis kommunen vælger at deponere et beløb svarende til det reduktionspligtige beløb, sker der alene reduktion med 40 pct. af det reduktionspligtige beløb. Det deponerede beløb frigives over en 10-årig periode. Hvis kommunen derimod vælger ikke at deponere beløbet, stiger reduktionen i bloktilskuddet til 60 pct. af det reduktionspligtige beløb.

Der gælder den undtagelse fra reglen om modregning i bloktilskuddet, at selskabsmæssige omstruktureringer ikke omfattes af reglen. Når den kommunale ejer, ikke opnår andet vederlag i forbindelse med en omstrukturering end direkte eller indirekte ejerandele i samme indbyrdes forhold i den virksomhed eller de virksomheder, der består efter den selskabsmæssige omstrukturering, skal der således ikke ske modregning.

Elforsyningslovens § 37 må forstås i sammenhæng med § 37 a. Efter § 37 a, må kommuner ikke uden tilladelse fra ministeren bevare ejerandele i virksomheder omfattende af § 37, såfremt der i de pågældende virksomheder eller i virksomheder, som de direkte eller indirekte ejer andele i, påbegyndes væsentlige nye aktiviteter.

Opnås der ikke tilladelse til nye aktiviteter, skal kommunen snarest afhænde samtlige ejerandele i de pågældende virksomheder.

Kravet om tilladelse gælder dog ikke aktiviteter omfattende af el-, varme-, eller naturgasforsyningsloven. Det skyldes, at bestemmelsen har til formål at hindre, at der i kommunalt ejede virksomheder kan opsamles kapital fra el-, varme-, eller naturgasforsyningsvirksomhed, som derefter anvendes til andre kommunale aktiviteter, uden at der sker modregning i bloktilskuddet.

Aktiviteter omfattende af vandsektorloven eller affaldsaktiviteter omfattende af miljøbeskyttelsesloven vil også kunne finde sted uden tilladelse. Det er dog et krav, at disse aktiviteter holdes selskabsmæssigt adskilt fra el-, varme-, eller naturgasaktiviteterne (idet affaldsforbrændingsanlæg er undtaget herfra), og at midler, der stammer fra el-, varme-, eller naturgasaktiviteterne, ikke anvendes til vand- eller affaldsaktiviteterne.

Hvis en kommune anvender midler i strid med kravene i § 37 a, betragtes de pågældende midler som uddelinger, som skal modregnes i kommunens bloktilskud.

Efter elforsyningslovens § 37 b kan ministeren fastsætter regler om modregningsordningen i § 37 og om påbegyndelse af væsentlige nye aktiviteter efter § 37 a. Bestemmelsen er bl.a. udmøntet ved bekendtgørelse nr. 1297 af 15. december 2008 om kommuners indberetninger og erklæringer efter elforsyningslovens §§ 37 og 37 a og varmforsyningslovens § 23 l og 23 m (indberetningsbekendtgørelsen).

I det følgende undersøges det i hvilket omfang forbrændingsanlæg omfattes af modregningsreglerne i elforsyningslovens § 37 og/eller varmforsyningslovens § 23 l.

8.3 Forbrændingsaktiviteter omfattet af elforsyningslovens § 37 og varmforsyningslovens § 23 l

8.3.1 Forbrændingsanlæg der også har el- og varmeaktiviteter

Modregningsreglen i elforsyningslovens § 37 omfatter efter stk. 1, vederlag ved afståelse af ejerandele i elforsyningsvirksomheder som defineret i lovens § 2, stk. 1. I § 2, stk. 1, er elforsyningsvirksomheder defineret som virksomheder, der producerer, transporterer, handler og leverer elektricitet.

Efter § 2, stk. 4, kan ministeren bestemme, at mindre anlæg eller mindre omfattende aktiviteter, som er omfattet af loven, helt eller delvis skal undtages fra lovens bestemmelser. Bestemmelsen er udmøntet ved bekendtgørelse nr. 1335 af 2. december 2012.

Modregningsreglen i varmforsyningslovens § 23 l har et snævrere anvendelsesområde end § 37. Bestemmelsen i § 23 l omfatter efter stk. 1 vederlag ved afståelse af ejerandele i varmforsyningsvirksomheder, som fremfører opvarmet vand eller damp. Bestemmelsen omfatter dermed ikke varmeproducerende anlæg men alene fremføringsanlæg, det vil sige varmedistributions- og varmetransmissionsanlæg, jf. herved også Pernille Aagaard m.fl. "Varmeforsyningsloven med kommentarer" (2003), side 219.

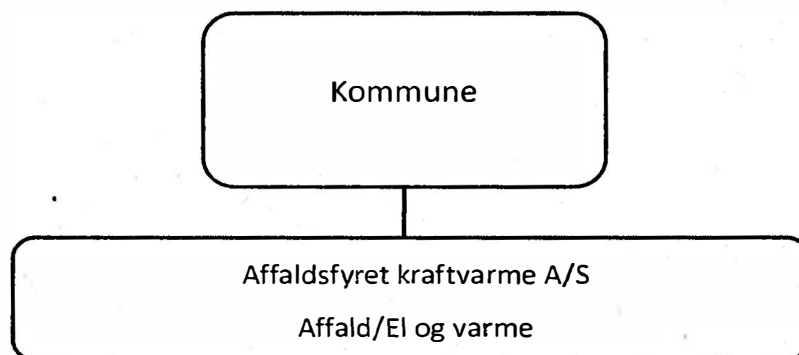
I Energitilsynets afgørelse af 23. september 2002 om salg af Præstø Kraftvarmeværk anførte tilsynet følgende om forskellen på anvendelsesområdet for § 37 og § 23 l:

"Bestemmelserne i varmforsyningslovens §§ 23e [nu § 23 l]... omfatter kun fremføringsanlæg, dvs. transmissionsledningen i den konkrete sag.

...

bestemmelsen i elforsyningslovens § 37 omfatter enhver form for elforsyningsvirksomhed, som er nævnt i lovens § 2, dvs. produktion, transport, handel og levering af elektricitet, jf. § 37. stk. 9. Bestemmelsen omfatter således også produktion, selv om produktion ikke er kollektiv elforsyningsvirksomhed i lovens forstand, jf. definitionen af en kollektiv elforsyningsvirksomhed i lovens § 5. Havde der været tale om et rent varmeproducerende produktionsanlæg, ville dette kunne sælges uden opgørelse af indskud og nettoprovenu."

Mange kommunale forbrændingsanlæg har ud over forbrændingsaktiviteterne også el- og varmeaktiviteter. En simpel ejerstruktur kan se således ud (figur 2):



Såfremt en kommune sælger et affaldsforbrændingsanlæg, der som i figur 2 har elaktiviteter, vil provenuet fra salget af forbrændingsaktiverne og eventuelt andre aktiviteter, herunder varme, være omfattet af § 37. Sælger kommunen derimod en virksomhed, som kun forbrænder affald, omfattes provenuet ikke af § 37.

Har affaldsforbrændingsanlægget ikke elaktiviteter med derimod varmeaktiviteter, vil provenuet fra salget være omfattet af varmeforsyningslovens § 23 1, såfremt varmeaktiviteterne består i varmefremføring (i modsætning til varmeproduktion).

Det forhold, at elproduktionen kun er en biaktivitet og måske en meget lille del af et forbrændingsanlægs samlede aktiviteter, ændrer ikke ved, at modregningsreglerne finder anvendelse på samtlige forbrændingsanlæggets aktiviteter.

I en afgørelse af 30. marts 2009 fandt Energitilsynet, at Kommunekemi var omfattet af elforsyningslovens § 37, og anførte i den forbindelse følgende:

"Det forhold, at elproduktionsvirksomheden kun er en biaktivitet for Kommunekemi, og at elproduktionsvirksomheden er en meget lille og indirekte del af KL's samlede aktiviteter, kan ikke føre til noget andet resultat"

8.3.2 *Forbrændingsanlæg der indgår i en koncern med el- eller varmfremføringselskaber*

Hvis et affaldsforbrændingsanlæg ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter, bliver det relevant at undersøge, om anlægget indgår i en koncernstruktur med el-, eller varmfremføringsvirksomheder.

For både elforsyningslovens § 37, stk. 1, og varmforsyningslovens § 23 l, stk. 1, gælder, at de også omfatter uddelinger fra og vederlag ved afståelse af ejerandele i virksomheder, der direkte eller indirekte ejer har ejet andele i virksomheder omfattet af enten elforsyningsloven eller varmforsyningsloven.

I bemærkningerne til lovændringen i 2003 blev anvendelsesområdet for § 37 og § 23 l nærmere præciseret:

"Registreringspligten omfatter alle de virksomheder, som kommunerne direkte eller indirekte har ejerandele i, og som indgår i en koncernstruktur, der omfatter virksomheder, der udover eller i perioden efter lovforslagets fremsættelse den 20. februar 2003 har udøvet aktiviteter omfattet af el- og varmforsyningslovene. Stk. 1 kan derfor omfatte virksomheder, der har aktiviteter, som ikke er omfattet af el- og varmforsyningslovene, som f.eks. vand, gas, biogas og affald."

I et høringssvar over lovforslaget anførte dele af energibranchen, at det burde fremgå direkte af lovteksten - og ikke blot af bemærkningerne - at andre forsyningsaktiviteter, herunder affaldsforbrænding, også var omfattet af modregningsbestemmelserne i § 37 og § 23 l, når sådanne forsyningsaktiviteter indgik i en koncernstruktur med el-, eller varmforsyningselskaber.

Høringssvaret gav ministeren anledning til at forklare baggrunden for reglen om modregning som følge af en koncernstruktur. Af ministerens svar fremgår blandt andet følgende:

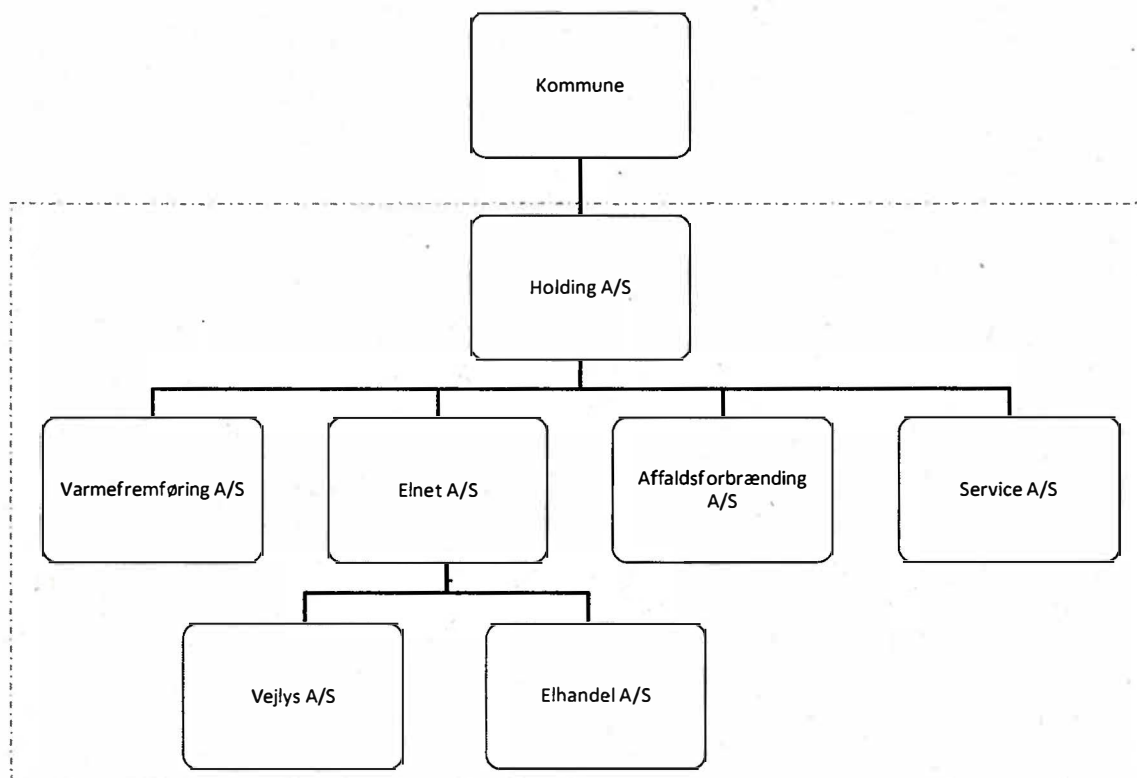
"Derimod omfatter § 37, stk. 1, direkte efter sin ordlyd alle afståelser af ejerandele i virksomheder, der er eller i perioden efter den 20. februar 2003 har været omfattet af § 2, stk. 1, og alle virksomheder, der direkte eller indirekte ejer eller har ejet andele i sådanne virksomheder, uanset om disse virksomheder også måtte have andre aktiviteter end elforsyningsaktiviteter. Det er således en misforståelse at dette alene skulle følge af bemærkningerne."

Registreringspligten omfatter således også virksomheder, der har andre forsyningsaktiviteter, og som indgår i en koncernstruktur med el-, og varmforsyningsvirksomheder. Formålet med bestemmelsen har været at sikre, at modregningsbestemmelsen ikke kan omgås ved, at der f.eks. ved salg af aktier i et holdingselskab overføres midler fra el, og varmforsyningen til de øvrige forsyningsområder, hvor der ikke gælder

lignende bestemmelser om modregning. Bestemmelsen er indsat for at sikre enkle, let administrerbare regler. Det kan være administrativt vanskeligt at adskille de forskellige forsyningsaktiviteter i en koncernstruktur, og ved at medtage alle disse forsyningsaktiviteter undgår man, at der er en myndighed, der skal forholde sig til spørgsmålet."

Modregningsreglerne gælder dermed også for affaldsforbrændingsvirksomheder, der ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter, men som indgår i en koncernstruktur med el-, eller varmfremføringsvirksomheder.

En koncernstruktur, hvor kommunen har udskilt sine el-, varme,- og forbrændingsaktiviteter i selskaber, kan se således ud (figur 3):

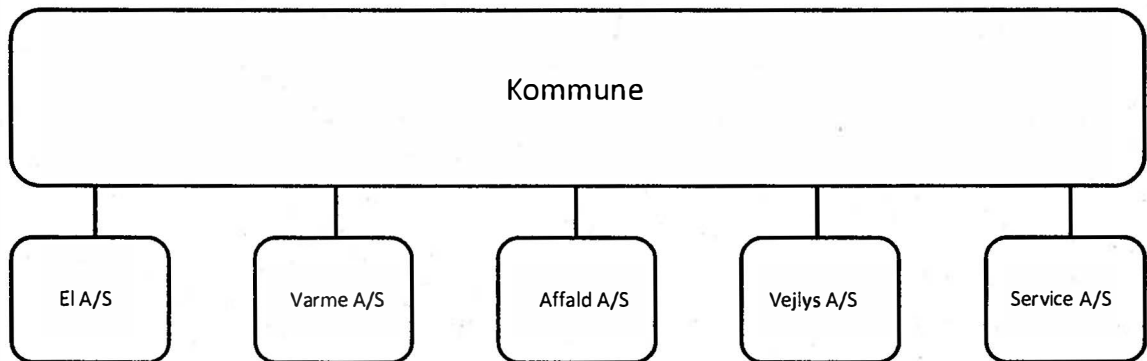


Hvis kommunen i en sådan koncernstruktur modtager uddeling eller vederlag fra salg af ejerandele i affaldsforbrændingsanlægget, skal der ske modregning i bloktilskuddet, selvom anlægget ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter.

Hvis affaldsforbrændingsanlægget derimod indgår i koncernstrukturer, hvori kun indgår et varmeproduktionsanlæg, kan ejerandele sælges og uddelinger modtages, uden at der skal ske modregning i bloktilskuddet, jf. herved også Energitsynets afgørelse af 30. april 2007

om kommunernes indberetninger efter elforsyningslovens § 37 og varmforsyningslovens § 23 I.

Kommunen kan også have valgt at organisere sine forsyningsaktiviteter i selvstændige selskaber, ejet direkte af kommunen. Forsyningsaktiviteterne er altså ikke udskilt i en koncernstruktur (figur 4):



I dette tilfælde omfattes uddeling eller vederlag fra salg af forbrændingsaktiviteterne ikke af modregningsreglerne.

En kommune skal således ved sit valg af koncernstruktur være opmærksom på, at anvendelsen af modregningsreglen på f.eks. et affaldsforbrændingsanlæg afhænger af, om forbrændingsaktiviteterne placeres i en koncernstruktur, hvori der også indgår el- eller varmforsyning.

Elforsynings- og varmforsyningslovens koncernbegreb skal ikke forstås i snæver selskabsretlig forstand. Efter selskabslovens §§ 6 og 7 gælder det, at kun selskaber, som moderselskabet har en bestemmende indflydelse i, indgår i koncernen. Et tilsvarende krav om bestemmende indflydelse gælder ikke efter modregningsreglerne i el- og varmforsyningslovens. Således er en koncernstruktur defineret i indberetningsbekendtgørelsens § 2, nr. 3, som en elforsyningsvirksomhed, jf. elforsyningslovens § 2, stk. 1, sammen med samtlige de hermed helt eller delvis ejermæssigt, direkte eller indirekte, forbundne virksomheder.

8.4 Overførsel af midler

El- og varmeområdet er i henseende til, hvilke midler der omfattes af modregningen, og hvornår de anses for afstået til kommunen, underlagt parallelregulering. Der tages derfor i det følgende udgangspunkt i reglerne på elområdet.

Det fremgår af forarbejderne til elforsyningsloven, at modregningsreglerne omfatter enhver form for økonomisk værdi, der tilflyder kommunerne. Det gælder uanset, om uddelingene eller vederlaget består i kontante beløb, fysiske aktiver eller andre rettigheder, f.eks. fordringer.

Tilbagebetaling af indskudskapital til en kommune som følge af selskabsgørelse vil således udløse modregning. Tilbagebetaling vil f.eks. kunne komme på tale, hvor forbrændingsanlæg, der er organiseret som interessentskab i henhold til kommunestyrelseslovens § 60 (såkaldt § 60-selskab), selskabsgøres, og hvor interessentkommunernes indskudskapital herefter helt eller delvis tilbagebetales. At disse uddelinger omfattes af modregningsreglerne er fastslået i Energitilsynets afgørelse af 19. december 2001 om forsyningsaktiviteter i Slagelse, Sorø og Varde kommuner.

8.5 Afståelsesbegrebet

Når det er fastslået, at der er tale om modregningspligtige midler, bliver det næste spørgsmål, hvornår midlerne er til rådighed for kommunen. Først på rådighedstidspunktet skal kommunen registrere midlerne og efterfølgende indberette registreringen til Energitilsynet.

I forbindelse med behandlingen af forslaget til ændring af elforsyningsloven i 2003 anførte ministeren i en besvarelse af spørgsmål 38 fra Energipolitisk Udvalg følgende om rådighedsbegrebet:

”... en uddeling eller et vederlag må i lovforslagets forstand anses for at være ”til rådighed” for en kommune fra det tidspunkt, hvor kommunen kan disponere over det pågældende beløb til andre formål end forsyningsformål; det vil sige fra det tidspunkt, hvor forsyningsområdets værdier er reduceret med det pågældende beløb og det økonomiske råderum i relation til kommunens øvrige aktiviteter, herunder de skattefinansierede, er tilsvarende forbedret.”

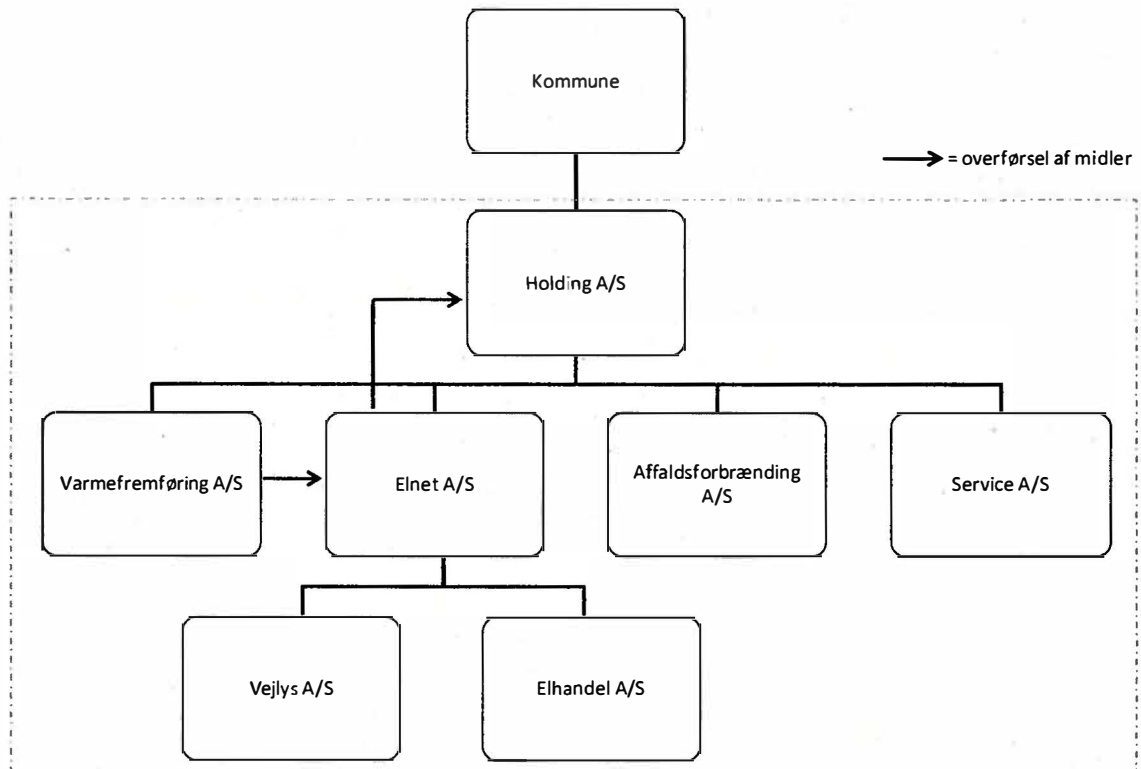
Rådighedstidspunktet indtræder således, når midlerne overføres fra forsyningsområdet til andre kommunale områder, der herved får et forøget økonomisk råderum. Det indebærer, at modregningsreglerne ikke gælder ved transaktioner internt i en koncernstruktur (herom umiddelbart nedenfor).

8.5.1 Transaktioner internt i koncernstrukturen

I et bilag til indberetningsbekendtgørelsen er det nærmere beskrevet, hvornår vederlag og uddelinger anses for at være kommet til kommunens rådighed, når kommunen har udskilt sine forsyningsaktiviteter i selskaber.

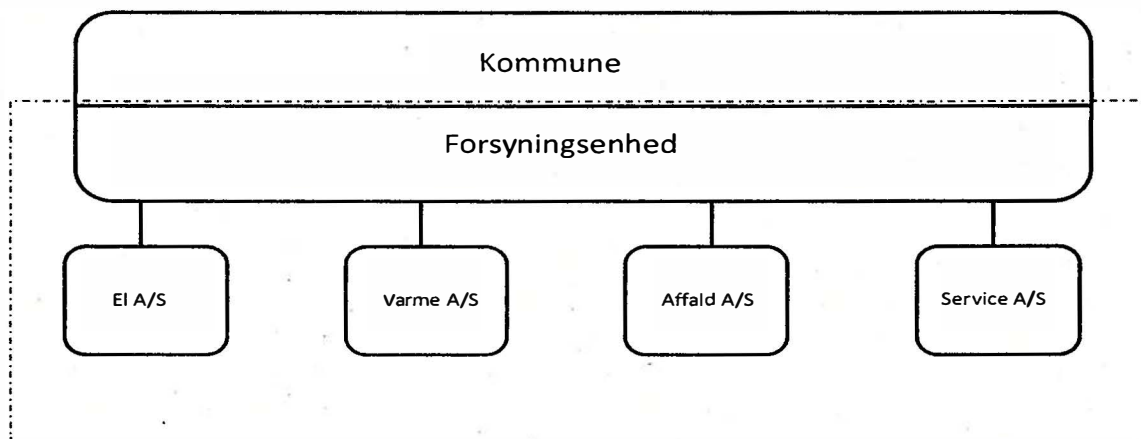
Følgende tre eksempler er blandt andet nævnt i bekendtgørelsen:

Eksempel 1. Koncernstruktur hvor kommunen har udskilt sine el-, varme,- og forbrændingsaktiviteter i selskaber (figur 5):



Transaktioner mellem selskaber internt i koncernstrukturen, dvs. virksomhederne omfattet af den stiplede linje, udløser ikke pligt til registrering og indberetning. Med andre ord, kan der overføres midler mellem selskaberne inden for en koncern, uden at registreringspligten indtræder. Dette gælder uanset, hvilken selskabsform der er anvendt i både moder- og datterselskaberne. Overføres der derimod midler fra et selskab i koncernen til kommunen eller til et selskab uden for koncernen, indtræder modregningspligten.

Eksempel 2. Kommunen har valgt at organisere forsyningsaktiviteterne sådan, at de både indgår i kommunale enheder og er udskilt i selskaber (figur 6):



Her består koncernen af den del af forvaltningen, hvori der ligger forsyningsaktivitet, og som ikke foretager myndighedsudøvelse, samt de underliggende selskaber. Transaktioner internt i koncernstrukturen, dvs. mellem virksomhederne eller virksomhederne og den kommunale forsyningsenhed omfattet af den stiplede linje, udløser ikke pligt til registrering og indberetning. Det gælder selv om midlerne måtte ligge i forsyningsenheden og dermed reelt er overført til kommunen. Det er dog et krav, at midlerne i koncernen, herunder i den kommunale forsyningsenhed, er klart regnskabsmæssigt adskilt fra midlerne i kommunen.¹²

Det følger af eksemplerne, at det er afgørende for, om kommunens registreringspligt indtræder, om der overføres midler fra koncernen, hvori de indberetningspligtige aktiviteter ligger, til kommunen eller selskaber uden for koncernen. Registreringspligten indtræder, selv om de overførte midler vil blive brugt inden for det samme forsyningsområde, som midlerne oprindeligt stammer fra.

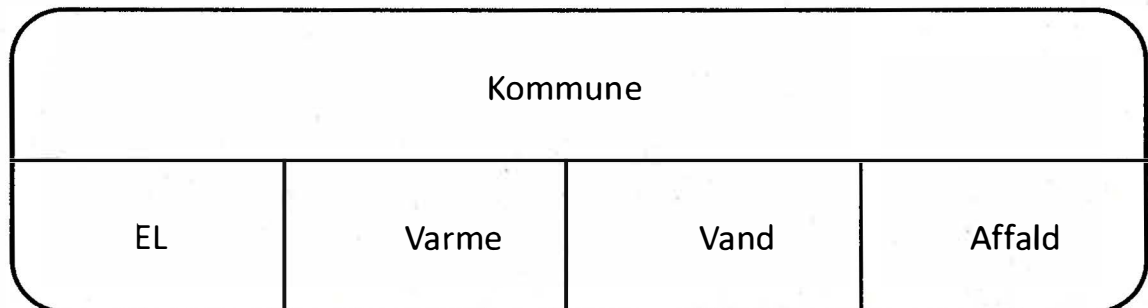
Fra reglen om, at transaktioner internt i koncernstrukturen, ikke omfattes af modregningspligten, gælder dog en væsentlig modifikation.

Efter elforsyningslovens § 37 a, stk. 3, og varmforsyningslovens § 23 m, stk. 3, vil overførsel af midler fra el-, varme-, eller naturgasaktiviteter til aktiviteter forbundet med vandforsyningsanlæg/spildevandsanlæg eller affaldshåndtering udløse modregning. Efter elforsyningslovens § 37 a, stk. 6, og varmforsyningslovens § 23 m, stk. 6, skal kommunerne hvert år senest den 1. februar afgive en erklæring til Energitilsynet om, hvorvidt der i det foregående kalenderår er sket sådanne overførsler. Erklæringspligten indtræder også, hvis midlerne er overført mellem selskaber i en koncernstruktur.

Registreringspligten og dermed modregningspligten indtræder derfor også i det tilfælde, hvor der internt i en koncernstruktur overføres midler fra el-, varme-, eller naturgasaktiviteter til f.eks. affaldsaktiviteterne.

Eksempel 3. Kommunen har valgt at organisere forsyningsaktiviteterne i særskilte enheder i den offentlige forvaltning (figur 7):

¹² Regler herom er fastsat i indberetningsbekendtgørelsens kapital 4.



Her foreligger der ingen koncernstruktur. Overførsel af midler mellem de respektive forsyningsenheder i kommunen eller overførsel af midler til helt andre dele af kommunen vil derfor udløse registreringspligt og modregning. Dette gælder også overførsel af midler mellem elforsyningen til varmfremføringsenheden, selv om en sådan overførsel ikke ville have udløst registreringspligt, hvis aktiviteterne havde været placeret i en koncernstruktur. Der er således forskel på, om kommunen driver forsyningsaktiviteterne selv, eller i har lagt dem ned i en kommunalt ejet koncernstruktur.

Hvis affaldsforbrændingsanlægget hverken har elaktivitet eller varmfremføring, vil det i denne situation ikke være omfattet af modregningsreglerne.

8.5.2 Omstruktureringsreglen

Omstruktureringsreglen i elforsyningslovens § 37, stk. 2, og varmforsyningslovens § 23 l, stk. 2, udgør en undtagelse til afståelsesbegrebet.

Efter disse bestemmelser er selskabsmæssige omstruktureringer ikke omfattet af modregningsreglen, når den kommunale ejer, ikke opnår andet vederlag i forbindelse hermed end direkte eller indirekte ejerandele i samme indbyrdes forhold i den virksomhed eller de virksomheder, der består efter den selskabsmæssige omstrukturering.

Det er endvidere en betingelse, at de virksomheder, der består efter omstruktureringen, også er omfattet af modregningsreglerne.

Kommunen oppebærer dermed ikke nogen værdi som følge af omstruktureringen, men udskifter blot sine ejerandele med ejerandele i andre virksomheder omfattet af modregningsreglerne.

Omstruktureringsreglen blev indsat ved 2002-lovændringen af elforsynings- og varmforsyningsloven. Den blev indsat efter et ændringsforslag fra ministeren efter behandling af lovforslaget i Energipolitisk Udvalg. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at den omfatter selskabsmæssige omstruktureringer, der kan gennemføres uden skattemæssige virkninger efter aktieavancebeskatningsloven og fusionskatteloven.

Der kan rejses det spørgsmål, om udskillelse af forsyningssaktiviteter, der udøves som en del af kommunen, kan anses for en "selskabsmæssig omstrukturering".

I forarbejderne anføres følgende herom:

"Rene omstruktureringer, uanset form, udløser ikke reduktion i bloktilskuddene. I den udstrækning der ikke er tale om egentlige afståelser af elforsyningsvirksomhed, men alene om formelle ændringer af ejerskabet, som ikke indebærer overførsler af værdier fra det takstfinansierede til det skattefinansierede område, vil der ikke være tale om afståelser i § 37's forstand."

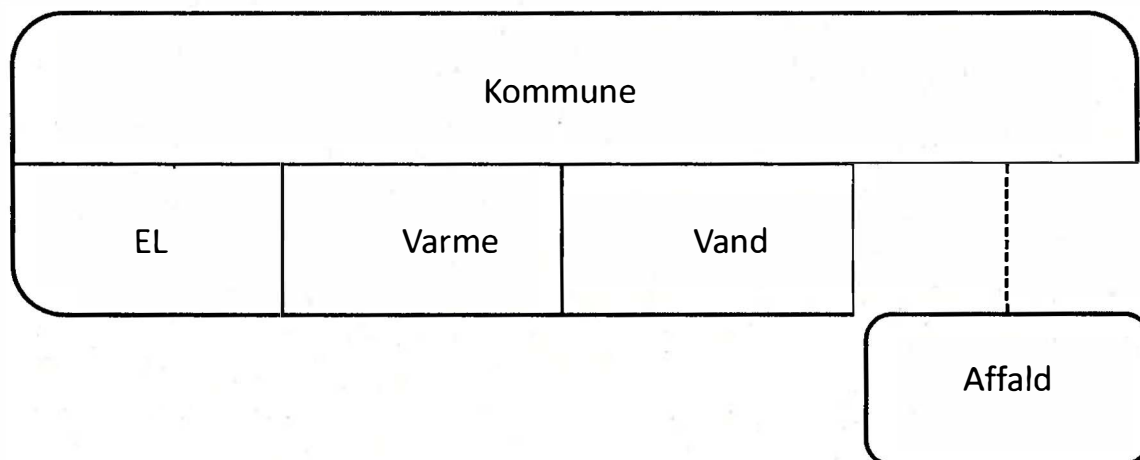
Af Energistyrelsens vejledning om elforsyningslovens §§ 37 og 37 a og varmforsyningslovens §§ 23 l og 23 m og tilhørende bekendtgørelse nr. 1730 af 21. december 2006 fremgår følgende:

"En udskillelse af en elnetvirksomhed, som udøves som en del af kommunen, til et kommunalt ejet aktieselskab er et eksempel på en selskabsmæssig omstrukturering, som under forudsætning af, at betingelserne overholdes, vil kunne laves uden at registreringspligten udløses."

Udskillelse af en elforsyningsvirksomhed (eller varmfremføringsvirksomhed) fra kommunen til et kommunalt ejet selskab vil dermed ikke udløse registreringspligt, når betingelserne om, at kommunen ikke herved oppebærer nogen værdi som følge af omstruktureringen, men blot udskifter sine ejerandele med ejerandele i andre virksomheder, er opfyldte.

Det samme gælder udskillelse af forbrændingsanlæg, der tillige har el- eller varmfremføringsaktiviteter.

For forbrændingsanlæg, der ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter, forholder det sig anderledes. En kommune, der har organiseret forsyningsaktiviteterne i særskilte enheder i den offentlige forvaltning (figur 7 oven for), kan beslutte at udskille forbrændingsaktiviteterne i et selskab (figur 8):



Forbrændingsanlægget er i denne situation hverken før eller efter omstruktureringen omfattet af modregningsreglerne. Omstrukturierungsreglen finder derfor ikke anvendelse.

Forbrændingsanlægget omfattes heller ikke af omstrukturierungsreglen, selv om anlægget måtte blive udskilt i et selskab, som indgår i en kommunalt ejet koncernstruktur med el- eller varmfremføringsaktiviteter. Det skyldes, at det er en betingelse efter omstrukturierungsreglen, at de omstrukturerede virksomheder både før og efter omstruktureringen er omfattet af modregningsreglerne. I denne situation omfattes forbrændingsanlægget kun af modregningsreglerne efter omstruktureringen.

8.6 Sammenfatning

Såfremt en kommune sælger et affaldsforbrændingsanlæg, der producerer el eller fremfører varme, vil provenuet fra salget skulle modregnes i kommunens bloktilskud. Det forhold, at elproduktionen eller varmfremføringen udgør en meget lille del af et forbrændingsanlægs samlede aktiviteter, ændrer ikke herved.

Modregningsreglerne omfatter enhver form for økonomisk værdi, der tilflyder kommunerne, f.eks. kontante beløb, fysiske aktiver eller andre rettigheder.

Modregningsreglerne gælder også for affaldsforbrændingsvirksomheder, der ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter, men som indgår i en koncernstruktur med elproduktions- eller varmfremføringsvirksomheder. Hvis kommunen har etableret en sådan koncernstruktur og modtager uddeling eller vederlag fra salg af ejerandele i affaldsforbrændingsanlægget, skal der ske modregning i bloktilskuddet, selvom anlægget ikke har el- eller varmfremføringsaktiviteter.

Derimod udløser transaktioner mellem selskaber internt i koncernstrukturen ikke modregning, med mindre der med transaktionen overføres midler fra el-, varme-, eller naturgasaktiviteter til affaldsaktiviteter eller vand- og spildevandsaktiviteter.

Modregningsreglerne gælder ikke ved selskabsmæssige omstruktureringer, når den kommunale ejer ikke opnår andet vederlag i forbindelse hermed end direkte eller indirekte ejerandele i samme indbyrdes forhold i den eller de virksomheder, der består efter den selskabsmæssige omstrukturering. Udskillelse af et forbrændingsanlæg, der tillige har el- eller varmfremføringsaktiviteter, fra kommunen til et kommunalt ejet selskab vil ikke udløse modregning, når betingelserne om, at kommunen blot udskifter sit ejerskab med ejerandele i selskabet er opfyldte.

De oplysninger om forbrændingsanlæggene, som jeg har modtaget, viser, at samtlige kommunalt ejede forbrændingsanlæg omfattes af modregningsreglerne.

9. STRANDED COSTS

En modernisering af affaldssektoren, hvor konkurrencen mellem forbrændingsanlæggene om det forbrændingsegnet affald skærpes, kan medføre, at nogle anlæg ikke vil kunne tiltrække tilstrækkeligt affald til at kunne fortsætte driften. Konsekvensen kan være at nogle anlæg må lukke ned med en ubetalt gæld og følgelig belaste ejerne eller mere generelt affaldssektoren med stranded cost.

Revisionsfirmaet PwC har i sine undersøgelser af stranded cost for sektoren vurderet, at følgende 7 anlæg er "problemramte":

- Hammel Fjernvarme Amba (negativ værdi: 0,6 mio. kr.)
- I/S REFA (negativ værdi: 100,1 mio. kr.)
- Horsens Kraftvarmeværk A/S (negativ værdi: 172,0 mio. kr.)
- KARA/NOVEREN I/S (negativ værdi: 321,9 mio. kr.)
- Måbjerg Værket I/S (negativ værdi: 346,0 mio. kr.)
- I/S Nordforbrænding (negativ værdi: 378,1 mio. kr.)
- I/S Amagerforbrænding (negativ værdi: 382,2 mio. kr.)

De samlede negative nutidsværdier i disse anlæg har PwC opgjort til 1.700,8 mio. kr.

Ifølge PwC's beregninger er det mest sandsynligt, at kun Måbjerg Værket I/S og Horsens Kraftvarmeværk A/S vil have stranded cost. Begge anlæg er ejet af DONG-koncernen, og eventuelle stranded cost må derfor forventes båret af DONG's ejere.

Da det imidlertid ikke kan udelukkes, at et af de problemramte kommunalt ejede forbrændingsanlæg må lukke ned, har Miljøstyrelsen bedt mig vurdere, om stranded cost i denne situation kan finansieres ved en forhøjelse af affaldsgebyret for håndtering af husholdningsaffaldet. Det forudsættes herved, at stranded cost skyldes, at anlægget lukker ned med en ubetalt gæld som følge af, at anlægget, mens det var i drift, fastsatte for lave takster over for kunderne.

9.1 Elforsyningslovens § 73, stk. 3

Miljøbeskyttelseslovens § 48 indebærer, at affalds-siden i et affaldsforbrændingsanlæg skal hvile i sig selv. Tilsvarende skal varme-siden i affaldsforbrændingsanlægget hvile i sig selv efter reglerne i varmforsyningsloven. Hvis et forbrændingsanlæg også producerer el, er el-siden ikke underlagt hvile i sig selv-regulering (elprisen er markedsbestemt), men det er følger af elforsyningslovens § 75, stk. 3, at forbrændingsanlæggets drift samlet set skal hvile i sig selv.

Denne hvile i sig selv-regulering af forbrændingsanlægget indebærer, at en eventuel over- eller underdækning skal indregnes i anlæggets priser fremadrettet.

9.2 Over- og underdækning

Over- eller underdækning forekommer, hvis affaldsforbrændingsanlægget har flere realiserede indtægter end realiserede omkostninger (overdækning), eller hvis anlægget har færre realiserede indtægter end realiserede omkostninger (underdækning). Over- eller underdækningen er således i udgangspunktet det samme som overskud og underskud i almindelige erhvervsvirksomheder, men hvis virksomheden er omfattet af hvile-i-sig-selv princippet, fører over- eller underdækningen til et mellemværende mellem virksomheden og dens kunder. En overdækning skal føres tilbage til kunderne via en prisnedsættelse, men en underdækning skal finansieres via en forøgelse af prisen.

Over- eller underdækning i forhold til forbrændingsanlæggets affaldstakster er ikke særskilt reguleret i lov eller vejledning. For så vidt angår forbrændingsanlæggets varmepriser har Energitilsynet imidlertid efter varmforsyningslovens § 21, stk. 4, kompetence til at gribe ind overfor over- eller underdækninger.¹³ Energitilsynet kan i disse tilfælde give pålæg om indregning af over- eller underdækning i de fremadrettede priser. Energitilsynet anser sig derimod ikke for kompetent til at give pålæg om at ændre priserne med tilbagevirkende kraft og tilbagebetale den opnåede overdækning til forbrugerne, eller give pålæg om at øge

¹³ Om over- og underdækning i forhold til varmepriserne henvises til Energitilsynets "Vejledning om varmforsyningslovens prisbestemmelser og Energitilsynets praksis om afvikling af over-/underdækning" (juni 2009) og Energitilsynets notat af 26. januar 2009: "Praksis for afvikling af over- eller underdækning". Begge publikationer kan findes på Energitilsynets hjemmeside på www.energitilsynet.dk

priserne med tilbagevirkende kraft for på den måde at få dækket en underdækning. Udgangspunktet er således en fremadrettet regulering.

Energitilsynet har dog i visse tilfælde accepteret, at en varmforsyning tilbageførte en overdækning "bagudrettet" til forbrugerne som et engangsbeløb i stedet for at indregne overdækningen i det følgende varmeårs priser. Begrundelsen herfor har ifølge Energitilsynet været, at det for meget opkrævede beløb derved hurtigere kom tilbage til forbrugerne.

Derimod har Energitilsynet ikke anset sig for kompetent til at pålægge en varmforsyning at tilbageføre en underdækning. Underdækninger vil altid skulle opkræves fremadrettet.

Spørgsmålet om tilbageførelse af overdækning vedrørende varmforsyning har flere gange været behandlet i administrativ praksis.

I en tilkendegivelse af 28. marts 2011 fandt Energitilsynet, at affaldsforbrændingsanlægget Odense Kraftvarmeværk A/S, skulle tilbageføre en overdækning, der var opstået som følge af opkrævning af for høje varmepriser. Tilsynet anførte bl.a., at:

"Tilbageførelse af overdækning og opkrævning af underdækning i den kommende varmepris er en følge af princippet om nødvendige omkostninger i varmforsyningslovens § 20, stk. 1, i en hvile i sig selv ramme. ... På samme måde bliver eksempelvis henlæggelser, som er opkrævet i strid med de nærmere regler herom, tilbageført i den kommende varmepris, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 175 af 18. marts 1991 om driftsmæssige afskrivninger m.v., med senere ændringer. ...

Differencer mellem den opkrævede pris og priserne ved anvendelse af en rimelig omkostningsfordeling er dermed en unødvendig omkostning, jf. § 20, stk. 1, og derfor opkrævet med urette.

I varmforsyningslovens forstand foreligger der derfor en akkumuleret overdækning ... som skal tilbageføres til fjernvarmeforbrugerne i de fremtidige priser."

På baggrund af tilkendegivelsen traf tilsynet i en afgørelse af 22. august 2011 afgørelse om, at Odense Kraftvarmeværk A/S skulle tilbageføre ca. 251 mio. kr. til forbrugerne.

9.3 Vurdering

For så vidt angår varme-siden i et affaldsforbrændingsanlæg har Energitilsynet ikke i medfør af varmforsyningslovens bestemmelser anset sig for kompetent til at bestemme, at forbrugerne skal finansiere en underdækning med tilbagevirkende kraft, f.eks. ved at sende en ekstraregning til kunderne. Underdækning skal altid finansieres ved en fremadrettet forøgelse af taksterne.

.....

Dette er efter min opfattelse også bedst stemmende med, at forbrændingsanlæg er underlagt hvile i sig selv-princippet. Som anført ovenfor under punkt 7.4 er princippet et prisreguleringsprincip. Det giver ikke kunderne en ejermæssig ret til virksomhedens aktiver, og det giver omvendt heller ikke virksomhederne et krav på, at kunderne - ud over hvad der følger af retten til indregning af underskud i de fremadrettede priser - skal dække underskud i virksomheden.

Underdækning i forhold til forbrændingsanlæggets affaldstakster er ikke særskilt reguleret i lov eller vejledning. I mangel af holdepunkter for det modsatte må det efter min opfattelse antages, at affaldsforbrændingsanlæggets affalds-side er underlagt samme begrænsninger som varme-siden i relation til finansiering af underdækning.

Hvis husholdningerne ved en forhøjelse af affaldsgebyret finansierer stranded cost, der er opstået, fordi forbrændingsanlægget har fastsat for lave takster for affaldskunderne og derfor har måttet lukke ned med en ubetalt gæld, kommer husholdningerne til at finansiere forbrændingsanlæggets underdækning med tilbagevirkende kraft. Hertil kommer, at husholdningerne hverken i dag eller efter en modernisering af affaldssektoren vil kunne vælge at købe forbrændingsydelsen hos et andet anlæg end det, kommunen anviser.

PwC har beregnet, at det for husholdningskunderne i Hørsholm Kommune ville indebære en takststigning på 230 pct. i 1 år eller en takststigning på 46 pct. over en 5-årig periode, hvis den negative værdi i I/S Nordforbrænding resulterede i stranded costs.

På samme måde som ved problemstillingen om anvendelse af provenu ved frasalg (oven for under punkt 7.4) forekommer det også her vanskeligt foreneligt med det grundlæggende krav om, at den enkelte affaldsordning skal hvile i sig selv, hvis sådanne stranded costs skulle finansieres af det tilbageværende affaldsområde via langvarige og markante takstforhøjelser.

Det er på denne baggrund efter min opfattelse forbundet med betydelig tvivl, hvorvidt der er hjemmel til en sådan finansiering.

Jeg lægger i den forbindelse også vægt på, at det i praksis formentlig vil være meget vanskeligt at fastslå, om stranded cost skyldes for lav takstbetaling hos husholdningerne, som er de affaldskunder, der vil blive ramt af en forøgelse af affaldsgebyret. Så vidt jeg har forstået, vil det nemlig næppe være muligt at afgøre, om stranded cost skyldes for lav takstbetaling hos husholdningerne og/eller hos virksomhederne. Da virksomhederne efter en modernisering af affaldssektoren frit vil kunne vælge, hvor de vil have forbrændt deres erhvervsaffald, vil de ikke kunne pålægges at finansiere stranded cost via en forøgelse af affaldsgebyret. Med andre ord er der risiko for, at husholdningerne kommer til at betale for stranded

.....
cost, som skyldes, at virksomhederne har betalt for lidt for forbrændingen af erhvervsaffaldet.

I lyset af den retlige usikkerhed, der er forbundet med problemstillingen, er det min anbefaling, at der i forbindelse med en modernisering af forbrændingssektoren tages eksplicit stilling til spørgsmålet således, at det ved lov reguleres, hvordan eventuelle stranded cost skal håndteres.

København, den 21. juni 2013


Sune Fugleholm
- Advokat