

NOTAT – ETABLERING AF DATTERSELSKAB

Fra: Niels Thestrup, Kønig Advokater
Til: John Kusz, I/S AffaldPlus
Vedrørende: 121848 - I/S AffaldPlus – etablering af datterselskab
Dato: 26. oktober 2022

1. Indledning

- 1.1 Nogle byområder inden for Næstved Kommune – Karrebæk og Tappernøje – har forespurgt, om AffaldPlus vil etablere og drive en fjernvarmeforsyning i deres nærområde. De pågældende fjernvarmeforsyningsanlæg kan være baseret på flis, halm, varmepumpe, overskudsvarme fra et lokalt dataselskab, eller noget helt andet.
- 1.2 Du har forespurgt, hvorvidt sådan etablering og drift af fjernvarmeforsyning ifølge AffaldPlus' vedtægter kan beslattes af AffaldPlus' bestyrelse, eller om der kræves godkendelse af samtlige ejerkommuner.
- 1.3 Det er i den forbindelse oplyst, at etablering og drift af de pågældende varmforsyningsanlæg påtænkes at ske ved stiftelse af et af AffaldPlus 100% ejet selskab i form af et aktieselskab med en kapital på 400.000 kr. på tilsvarende vis som AffaldPlus ejer Sorø Fjernvarme A/S, og at AffaldPlus ikke påtager sig forpligtelser for datterselskabet, idet det vil være Næstved Kommune, der stiller nødvendige kommunegarantier.

2. Vedtægterne

- 2.1 Vedtægternes § 3 stk. 3 bestemmer:

"Interessentskabets formål og opgave er 3) at planlægge, etablere og drive anlæg til energiproduktion og -distribution baseret på andet end affald, så længe dette vedtages efter godkendelse af kommunalbestyrelsen i samtlige interessentkommunerne."

Vedtægternes § 8, afsnit 3 bestemmer i sammenhæng hermed:

”Anlægsinvesteringer i energiproducerende og -distribuerende anlæg, der ikke er baseret på behandling af affald, jf. § 3, stk. 3, skal – efter indstilling fra bestyrelsen – forelægges interessentkommunerne, idet sådanne investeringer alene kan vedtages efter godkendelse af kommunalbestyrelsen i samtlige interessentkommuner.”

Investeringen i Sorø Fjernvarme skete efter disse bestemmelser, i hvilken forbindelse, der i § 3, stk. 3 og § 8 afsnit 3 blev føjet hhv. ”energidistribution” og ”-distribuerende anlæg” til interessentskabets formål.

2.2 Vedtægternes § 3, stk. 7 bestemmer:

”Interessentskabets formål og opgave er 7) at løse administrative og driftsmæssige opgaver på affalds- og energiområdet for interessentkommunerne.”

Denne bestemmelse har bl.a. været grundlag for at varetage affaldsindsamling for Sorø og Ringsted Kommune.

3. Vurdering

3.1 Varetagelse af formål efter vedtægternes § 3 stk. 3 kræver godkendelse af kommunalbestyrelserne i samtlige ejerkommuner, mens varetagelse af formål efter § 3 stk. 7 alene kræver godkendelse af AffaldPlus’ bestyrelse.

Forskellen på bestemmelserne er, at § 3 stk. 3 omhandler anlægsinvesteringer, mens § 3 stk. 7 alene omhandler varetagelse af administrative og driftsmæssige opgaver for ejerkommunerne.

Det er således utvivlsomt, at dersom AffaldPlus vil foretage en investering i et fjernvarmeanlæg, der ikke er baseret på affaldsforbrænding, kræver investeringen samtlige ejerkommuners samtykke.

Spørgsmålet er herefter, om det ændrer denne vurdering, at investeringen foretages gennem et selvstændigt datterselskab, og at AffaldPlus ikke indestår for dette selskabs forpligtelser ud over kapitalinskuddet på 400.000 kr.

Der kan være reale grunde, som taler herfor, idet etableringen af et datterselskab ikke pådrager ejerkommunerne forpligtelser udover kapitalinskuddet, ligesom etableringen alene indebærer yderligere kompetenceoverdragelse i forhold ejerkommunerne for så vidt angår Næstved Kommune.

Desuagtet disse reale grunde må det dog antages, at et kommunalt fællesskab ikke kan varetage andre opgaver igennem et driftsselskab end de opgaver, som interessentskabet selv kan varetage i medfør af dets vedtægter.

I forbindelse med erhvervelsen af Sorø Fjernvarme blev dette ikke problematiseret.

Af Tilsynets forhåndsgodkendelse af 26. oktober 2017 til undertegnede fremgår således bl.a.:

”Du har i et brev af 16. oktober 2017 oplyst, at I/S AffaldPlus er i færd med at erhverve Sorø Fjernvarme. Købet vil dels omfatte produktionsenheder i form af kraftvarmeværker, dels et distributionsnet.

Du har desuden oplyst, at energiproduktionen i Sorø Fjernvarme er baseret på andet end affald, hvorfor erhvervelsen skal godkendes af deltagerkommunernes kommunalbestyrelser i overensstemmelse med § 8, stk. 2, i vedtægterne for I/S AffaldPlus.”

I forbindelse med, at Tilsynet godkendte Ringsted Kommunes overdragelse af kompetencen til at forestå affaldsindsamling i kommunen til AffaldPlus, anførte Tilsynet i godkendelsesbrevet af 4. marts 2021:

”Overførelse af en opgave til et kommunalt fællesskab sker til selvstændig varetagelse i fællesskabet og ikke efter delegation. Et kommunalt fællesskab har dermed selvstændig kompetence til at varetage de opgaver, der med vedtægterne er overført til fællesskabet. Det anførte betyder, at hvis et kommunalt fællesskab skal løse opgaver på deltagerkommunernes vegne, så kan det kun ske ved en overførelse af kompetencen i vedtægterne. Vi henviser til Social- og Indenrigsministeriets vejledning om kommunale fællesskaber fra april 2016, side 21.

Det skal fremgå klart af vedtægterne, hvilke opgaver fællesskabet skal varetage. De opgaver, som er overført til fællesskabet, kan kommunen ikke længere varetage, og opgaver, som ikke er overført, må fællesskabet ikke varetage. Det er derfor afgørende, at vedtægterne er klare på dette punkt.

Kravet om klarhed betyder, at det må være muligt ud fra vedtægterne til enhver tid at afgøre, hvilke opgaver der varetages af fællesskabet. Deltagerkommunerne i et kommunalt fællesskab skal ikke nødvendigvis overlade fuldt ud de samme opgaver til fællesskabet. Det skal dog klart fremgå, hvilke opgaver fællesskabet varetager for hvilke deltagerkommuner. Vi henviser til ministeriets vejledning side 43 ff.

Det fremgår også af ministeriets vejledning side 46 ff., at der i forbindelse med fastlæggelsen af opgavebestemmelserne i vedtægterne kan gives mulighed for, at nærmere angivne opgaver på et senere tidspunkt overføres til fællesskabet. En hjemlet fremtidig udvidelse af opgaveporteføljen kræver godkendelse fra tilsynsmyndigheden og kommunalbestyrelsen i den deltagerkommune, som ønsker at overføre yderligere opgaver til fællesskabet.

Efter Ankestyrelsens vurdering fremgår det ikke af vedtægterne for I/S AffaldPlus+, at I/S AffaldPlus+ ikke varetager alle de i vedtægterne § 3 oplyste opgaver for alle deltagerkommunerne. Det må dog lægges til grund, at dette er tilfældet, når Ringsted Kommune efter det oplyste ikke hidtil har besluttet at overdrage kompetencen til at udføre de opgaver, der er beskrevet i vedtægtens § 3, nr. 7, til I/S AffaldPlus+.

Som det fremgår ovenfor skal det fremgå klart af vedtægterne eller et bilag hertil, hvilke opgaver fællesskabet varetager for hvilke deltagerkommuner. Som det også fremgår ovenfor skal Ankestyrelsen godkende deltagerkommunernes overdragelse af kompetence til det kommunale fællesskab.

Det skal derfor fremgå af enten vedtægterne for I/S AffaldPlus+ eller bilag hertil, hvilke opgaver fællesskabet varetager for hvilke deltagerkommuner.

I tilfælde af, at alle opgaverne i vedtægtens § 3 i praksis ikke er overdraget til I/S AffaldPlus+ af alle deltagerkommunerne, skal Ankestyrelsen bede om at modtage retvisende vedtægter eller bilag til godkendelse.”

Som det fremgår heraf, skal det være muligt ud fra vedtægterne – eventuelt i form af bilag hertil – til enhver tid at afgøre, hvilke opgaver der er overdraget til AffaldPlus.

Overdragelsen af kompetencen til at etablere og drive fjernvarmeforsyning for Næstved Kommune i nærmere angivne nærområder vil således også skulle ske i form af et bilag til vedtægterne, hvilket i sig selv vil kræve såvel Tilsynets som ejerkommunernes godkendelse, da der ikke er tale om overdragelse af helt bestemte yderligere opgaver, der allerede er hjemlet i vedtægterne.