

Kommunale selskabers ageren i et liberaliseret marked

18. januar 2021

Indholdsfortegnelse

- Indledning og problemformulering
- Hvad er erfaringerne fra liberalisering af andre kommunale forsyningsopgaver?
- Hvorledes adskiller affaldsforbrændingssektoren sig fra andre liberaliserede forsyningssektorer, og hvilken regulatorisk betydning kan dette have?
- Kan begrænsninger i kommunale selskabers aktivitetsmuligheder påvirke værdiansættelsen af anlæg i åbningsbalance eller ved frasalg?
- Hvor omfattende "offentligretlige" ændringer skal der foretages for, at kommunalt ejede forbrændingsselskaber kan agere på lige vilkår med private i et liberaliseret marked?
- EU-, konkurrence- og statsstøtteretlige problemstillinger ved begrænsninger i kommunalt ejede forbrændingsselskabers handlemuligheder i et liberaliseret marked
- Kan ændrede rammebetingelser udgøre ekspropriation?

Indledning og problemformulering

- Hvis scenariet for KL's kapacitetstilpasningsplan ikke bliver godkendt eller af andre årsager ikke bliver realiseret, så følger det af den politiske aftale, at der vil blive indført en liberalisering.
- Et sådant scenarie vil efter aftalen overordnet indebære:
 - Krav om udbud af forbrændingsegnet husholdningsaffald
 - Afskaffelse af kommunernes anvisningsret for så vidt angår forbrændingsegnet erhvervsaffald
 - Selskabsgørelse af affaldsforbrændingsaktiviteter
 - Gennemførelse af kapacitetsloft ved indførelse af skærpede miljøkrav eller alternativt afgifter
 - Mulighed for at beholde KommuneKreditlån mod betaling af garantiprovision på markedsvilkår

Det overordnede spørgsmål fra Dansk Affaldsforening er:

- Kan der i en liberalisering blive tale om, at kommunalt ejede selskaber vil blive underlagt begrænsninger, så de ikke kan agere på lige vilkår med andre private parter i markedet, og om en sådan eventuel forskel i reguleringen af henholdsvis kommunale og private aktører kan være juridisk problematiske.
- Den overordnede problemformulering besvares gennem analyse af punkterne, som fremgår af indholdsfortegnelsen, jf. foregående side.
- Problemformulering og omfanget af analysen er blevet aftalt på baggrund af drøftelser på bestyrelsesmøde i Dansk Affaldsforening den 12. november 2020 og løbende i dialog med sekretariatet og taskforce i Dansk Affaldsforening.
- Da udmøntningen af klimaaftalen fra juni 2020 endnu ikke kendes, er der fortsat usikkerheder forbundet med analyserne, hvorfor der bør overvejes gennemført en opdatering, når der foreligger et forslag til udmøntning.

Erfaringerne fra liberalisering af andre kommunale opgaver (1)

Elforsyning

- Elproduktion og elhandel er blevet liberaliseret, og kommunerne må gerne varetage sådanne opgaver.
- Net- og transmissionsvirksomhed er naturlige monopoler, som er underlagt prisregulering. Kommunerne varetager netvirksomhed, hvorimod transmissionsvirksomhed er statsejet. Kommunerne har tidligere haft ejerskab til regionale transmissionsnet.
- Som udgangspunkt gælder der et selskabskrav for kommunale aktiviteter efter elforsyningsloven. Dette gælder ikke affaldsforbrændingsanlæg, og der gælder også undtagelser for anlæg med begrænset effekt og visse solcelleanlæg. Sidstnævnte undtagelser er fastsat i bekendtgørelser efter en generel hjemmelsbestemmelse til undtagelse i loven.
- Liberaliserede aktiviteter varetages på kommercielle vilkår, og elforsyningsloven indeholder ikke geografiske begrænsninger inden for Danmark.
- Kommuner kan deltage i anden virksomhed, som har nær tilknytning til virksomhed omfattet af elforsyningsloven, som en kommune varetager eller deltager i. Der er i medfør af loven fastsat en bekendtgørelse, der nærmere definerer, hvad der kan forstås ved tilknyttet virksomhed. Tilknyttet virksomhed skal drives på kommercielle vilkår og i et selvstændigt selskab med begrænset hæftelse.
- Elforsyningsområdet har altid bestået af kommunale såvel som private, herunder forbrugerejede, aktører. Elforsyningssektoren har således ikke været og er ikke en "rent" kommunal forsyningssektor.
- Liberaliseringen af elsektoren gav blandt andet anledning til et opgør vedrørende ejerskabet til egenkapitalen i elforsyningsvirksomhederne. Oprindeligt var der lagt op til, at den del af egenkapitalen i virksomhederne, som kunne anses som "bundet", dvs. ikke egentlig egenkapital, skulle tilbageføres til forbrugerne via netvirksomhederne. Opgøret endte med, at egenkapitalen blev frigjort og ikke delvist skulle tilbageføres til forbrugerne. Som en del af aftalen overdragede kommunerne også de regionale transmissionsnet til staten ved Energinet.
- Over tid er det kommunale engagement i liberaliserede elaktiviteter blevet begrænset. Kommuner ejer dog fortsat kraftvarmeværker, der dog naturligvis også producerer fjernvarme. Kommuner er dog med hjemmel i elforsyningsloven engageret i både vindmøller og solcelleanlæg.

Erfaringerne fra liberalisering af andre kommunale opgaver (2)

Naturgasforsyning

- Naturgasforsyning er blevet liberaliseret. Naturgasforsyning varetages på kommercielle vilkår, og der gælder et selskabskrav. Distribution og transmission af naturgas er naturlige monopoler omfattet af prisregulering. Kommunerne har primært haft ejerskab til distributionsnettet gennem kommunale fællesskaber som fx HMN Naturgas I/S.
- Kommuner kan deltage i anden virksomhed, som har nær tilknytning til virksomhed omfattet af naturgasforsyningsloven, som en kommune varetager eller deltager i, eller som er begrundet i særlige forhold vedrørende udbredelse af naturgas. Der er ikke fastsat en præciserende bekendtgørelse, som det er tilfældet efter elforsyningsloven. Tilknyttet virksomhed skal drives på kommercielle vilkår og i selvstændige selskaber med begrænset hæftelse.
- Den kommunale naturgassektor har gennem mange år haft en meget væsentlig anlægsgæld. Der har tidligere været lavet særordninger for sektoren, hvor det ved lov blev gjort muligt for staten at yde tilskud til og stille garanti for gæld i kommunale naturgasselskaber ved overdragelse af virksomhed til DONG. Dette var dog inden liberaliseringen af naturgasforsyningen.
- I de første år efter liberaliseringen af forsyningen fastholdtes den kommunale involvering i naturgassektoren. Den kommunale involvering i naturgasforsyningssektoren er dog under afvikling med overdragelse af aktiver og aktiviteter til staten ved Energinet.

Kildesorteret erhvervsaffald egnet til materialenyttiggørelse

- I modsætning til el- og naturgassektoren har kommunerne ikke fået hjemmel til at varetage de liberaliserede opgaver for så vidt angår kildesorteret erhvervsaffald egnet til materialenyttiggørelse, udover afvikling af eksisterende kapacitet efter godkendelse fra Miljøstyrelsen.
- I forbindelse med drøftelserne om større centrale sorteringsanlæg opstod der på grund af implementeringen i affaldsbekendtgørelsen usikkerhed om muligheden for kommunal minoritetsdeltagelse i sorteringsanlæg, som også skulle behandle erhvervsaffald. Kammeradvokaten fandt på foranledning af Indenrigsministeriet, at kommuner ikke kunne deltage som minoritetsejer, da det krævede klar hjemmel at deltage i en liberaliseret aktivitet.

Hvorledes adskiller affaldsforbrændingssektoren sig fra andre liberaliserede sektorer, og hvilken regulatorisk forskel kan dette gøre?

- I modsætning til el- og naturgassektoren er affaldsforbrændingssektoren ikke ledningsbundet, hvorfor der ikke på samme måde er en klar opdeling i værdikæden over aktiviteter, som er naturlige monopoler og andre opgaver.
- Værdikæden for det forbrændingsegnete affald er også bredere end værdikæden for fx el- og naturgas.
- Selvom der i begrænset omfang er en privat tilstedeværelse i affaldsforbrændingssektoren, er dette dog minimalt sammenlignet med elforsyningssektoren, hvor der også har været og er mange private aktører.
- Forskellene mellem el- og naturgassektorerne og affaldsforbrænding indebærer, at der for det forbrændingsegnete affald nok må anses at foreligge et større behov for fri opgavevaretagelse, hvis de kommunalt ejede forbrændingsselskaber skal kunne agere på lige vilkår i et liberaliseret scenarie.
- Dette afhænger dog også af, om de kommunalt ejede forbrændingsselskaber bliver afskåret fra at varetage dele af værdikæden for det forbrændingsegnete affald. Den politiske aftale er uklar på, om dette vil være tilfældet, men det syntes ikke klart at fremgå, at dette skulle blive tilfældet. Hvis det måtte være tilfældet, kan en regulering af "tilknyttet" virksomhed muligvis omfatte sådanne led af værdikæden. I elsektoren omfatter "tilknyttet" virksomhed dog aktiviteter, som ligger ud over værdikæden.
- Får de kommunale forbrændingsselskaber adgang til at varetage alle led af værdikæden, ville en regulering i stil med "tilknyttet" virksomhed efter elforsyningsloven og naturgasforsyningsloven formentlig blive ganske omfattende, hvilket kan gøre det mindre praktisk hensigtsmæssigt med en sådan regulering.
- Det er dog vores forventning, at der vil være en betænkelighed ved at give adgang til varetagelse af hele værdikæden samtidig med, at der kun i begrænset omfang indføres restriktioner, hvorfor "prisen" for at få lov til at varetage alle led i værdikæden kan være, at der indføres restriktioner på øvrige aktiviteter.
- Herudover kan det også statsstøttereftigt være betænkeligt, hvis kommunale forbrændingsselskaber med fortsat finansiering i KommuneKredit på vilkår, som ikke udtrykker reelle markedsmæssige vilkår, får adgang til ureguleret ageren på et marked i konkurrence med private aktører. Statsstøttereftene kan derfor fordrer behov for særlig intern organisering og governance samt et behov for separate regnskaber og regulering af krydssubsidiering. Betaling af markedsbestemt garantiprovision vil have indflydelse på den samlede vurdering.

Kan begrænsninger for kommunale forbrændingsselskaber påvirke værdien af anlæg?

- Ved værdiansættelse af aktiver generelt, herunder også affaldsforbrændingsanlæg, kigges der på en række parametre, herunder anskaffelsespris, akkumulerede af- og nedskrivninger og andre relevante parametre.
- Navnlig hvor der er tale om aktiver til brug i et konkurrenceudsat marked, vil det også indgå i værdiansættelsen, hvilken kommerciel nytte aktivet vil have, herunder også hvilket cashflow anlægget/aktiviteten kan indbringe samt mulighederne for og størrelsen af et afkast ved aktiviteterne.
- Ved værdiansættelse af affaldsforbrændingsanlæg og aktiviteter i forbindelse med en liberalisering af det forbrændingsegnete affald vil det således også indgå som et parameter i værdiansættelsen, hvilken kommerciel anvendelse og afkastsmuligheder en ejer af anlægget vil kunne have.
- Skal der gælde begrænsninger for den kommercielle udnyttelse af anlæg, vil dette også påvirke en værdiansættelse negativt. Graden af påvirkning vil naturligvis afhænge af omfanget af begrænsninger i den kommercielle udnyttelse af anlægget og aktiviteterne.
- I salgssituationen må den negative påvirkning formodes at blive realiseret, uanset om der er tale om en aktivoverdragelse eller en aktieoverdragelse.
- Værdiansættelsesmæssige påvirkninger må forventes at blive realiseret både ved udarbejdelse af en åbningsbalance for et selskabsgjort affaldsforbrændingsanlæg men også i forbindelse med et delvist salg af aktier i selskaberne, hvor den kommunale ejerandel formentlig fortsat ville være betinget af, at selskabet omfattes af de begrænsninger, som regulatorisk måtte gælde for den kommunale deltagelse.
- I et scenarie, hvor der sker et fuldstændigt frasalg af anlæg til private, som ikke vil være omfattet af samme restriktioner som kommunale forbrændingsselskaber, vil begrænsningerne formentlig have mindre betydning. Begrænsningerne kan dog skabe usikkerhed om beregningen af, hvilken forretningsmæssig værdi anlæg kan have for den private, hvis der ikke hidtil har været fri adgang til fuld og fri markedsdeltagelse.
- Statsstøtteretligt vil der være behov for at sikre markedsmæssighed i forbindelse med værdiansættelse, herunder værdiansættelse af særlige rådighedsbegrænsninger mv. Dette kan sikres gennem forskellige processer, herunder offentlig udbudsproces eller fairness opinion. I den forbindelse er det centralt, at samtlige fordele (i bred forstand) for køber på forhånd kvantificeres, herunder også fordele knyttet til fx fremtidige sikrede leveringer, kontrakter mv.
- Desuden kan der statsstøtteretligt være behov for at sikre markedsmæssigheden i selskabets forhold selv i en situation uden afhændelse, idet selskabet (uagtet fortsat kommunalt ejerskab) kan være modtager af statsstøtte.

Hvor omfattende "offentligretlige" ændringer skal der foretages for, at kommunalt ejede forbrændingsselskaber kan agere på lige vilkår med private i et liberaliseret marked? (1)

- Det vil kræve omfattende offentligretlige ændringer for at sikre, at kommunalt ejede affaldsforbrændingsselskaber kan agere på lige vilkår med private i et liberaliseret marked.
- Med udgangspunkt i afrapporteringen i første fase af projektet for Dansk Affaldsforening har vi identificeret en række forhold, der vil kræve ændring (der kan også tænkes andre punkter, som vil kræve ændring):
 - Der skal skabes klar hjemmel til, at de kommunalt ejede selskaber kan varetage liberaliserede opgaver. Erfaringen fra diskussionerne om det genanvendelige erhvervsaffald er således, at en markedsdeltagelse kræver klar lovhjemmel.
 - Kommunale aktører er i dag som udgangspunkt omfattet af lokalitetsprincippet, som forhindrer opgavevaretagelse uden for ejerkredsens geografiske område. Der antages at være nogen hjemmel til fravigelse efter miljøbeskyttelseslovens § 49, men i et liberaliseret scenarie bør der skabes en klar hjemmel også for så vidt angår kapacitetstilpasning. Hjemlen bør også omfatte aktiviteter uden for Danmark, hvis der skal være fuld fri ageren.
 - Udgangspunktet i dag for kommunal selskabsdeltagelse er, at deltagelsen ikke må have profitformål for øje, hvorfor vedtægterne skal indeholde udbyttebegrænsninger. Ved deltagelse i liberaliserede aktiviteter bør der skabes klar hjemmel til, at kommunernes deltagelse i affaldsforbrændingsselskaber kan have profitformål, hvorfor der ikke skal gælde krav om udbyttebegrænsninger, der i øvrigt også væsentligt ville nedsætte interessen for sektoren for private investorer.
 - I forlængelse heraf bør kravet om "hvile i sig selv" efter elforsyningslovens § 75, stk. 3, også ophæves, således at forbrændingsselskaberne kan tjene penge på de liberaliserede aktiviteter. Dette vil dog formentlig også give anledning til spørgsmål vedrørende reguleringen af omkostningsfordelingen mellem affald og varme, herunder muligheden for opretholdelse heraf.
 - Der skal skabes hjemmel til, at prisfastsættelsen på liberaliserede ydelser skal være markedsbestemt og skal således ikke være omfattet af en prisregulering eller offentligretlige principper i øvrigt.

Hvor omfattende "offentligretlige" ændringer skal der foretages for, at kommunalt ejede forbrændingsselskaber kan agere på lige vilkår med private i et liberaliseret marked? (2)

- Fortsat fra forrige side:
 - Forbrændingsselskaberne skal have hjemmel til varetagelse af alle opgaver inden for værdikæden for det forbrændingsegnete affald, men der skal også være hjemmel til fri opgavevaretagelse i øvrigt, herunder også for så vidt angår det genanvendelige affald, som private også ville kunne varetage.
 - I dag kræver etablering af kapacitet på affaldsforbrændingsområdet en statslig godkendelse for så vidt angår affaldsgrundlaget, hvorfor staten fører en kapacitetskontrol med sektoren. I et liberaliseret marked bør kapacitetstilpasningen være markedsbestemt og dermed i princippet fri og ikke statskontrolleret. I klimaaftalen fra juni 2020 lægges der op til, at kapaciteten skal tvinges ned ved brug af skærpede miljøkrav eller afgifter.
 - Herudover kan det overvejes, i hvilket omfang der også bør ske tilpasninger på varmforsyningsområdet, når nu affaldssiden liberaliseres. Der er ikke i klimaaftalen fra juni 2020 lagt op til, at der også foretages justeringer på varmforsyningsområdet, men liberaliseringen på affaldssiden kan give anledning til overvejelser vedrørende fx:
 - Fortsat krav om projektgodkendelser for varmeproducerende anlæg, når to af anlæggets tre aktiviteter vil være liberaliseret (el og affald).
 - Hjemmel til indregning af omkostninger forbundet med liberalisering af forbrændingssektoren i varmepriserne, herunder udgifter til selskabsgørelse, forhøjede finansieringsomkostninger (garantiprovision), skatteudgifter mv.
 - Mulighederne for opretholdelse af krav om godkendt omkostningsfordeling mellem affalds- og varmesiden.
 - Muligheden for fortsat KommuneKredit-finansiering (se også side 12).
- Der vil kunne identificeres yderligere forhold, som bør ændres for at sikre, at kommunale forbrændingsselskaber kan agere på lige vilkår i et liberaliseret marked. Der bør være fokus på dette i forbindelse med høringsprocessen for lovforslag til udmøntning af klimaaftalen fra juni 2020.
- Sammenfattende er det konklusionen, at en ligestillet ageren i et marked vil kræve mange og væsentlige ændringer på det offentligretlige og regulatoriske niveau.

EU-, konkurrence- og statsstøtteretlige problemstillinger ved begrænsninger i kommunalt ejede forbrændingsselskabers handlemuligheder i et liberaliseret marked (1)

- De konkurrenceregulatoriske implikationer afhænger af, om disse skal afgøres på baggrund af de danske konkurrence- og statsstøtteregler eller på baggrund af de EU-retlige regler. Dette afhænger af, om der foreligger såkaldt samhandelspåvirkning. Samhandelspåvirkning afklares konkret (herunder om der evt. alene foreligger samhandelspåvirkning på visse områder).
- I fravær af samhandelspåvirkning kan konkurrencereguleringen i stor udstrækning fraviges ved lov eller anden offentligretlig regulering.
- Hvis der foreligger samhandelspåvirkning, hvilket meget umiddelbart taler for, vil den EU-retlige konkurrenceregulering i bred forstand finde anvendelse, og denne regulering kan ikke fraviges ved national lovbestemmelse eller lignende.
- I det omfang de EU-retlige regler finder anvendelse, vil en fuld eller delvis privatisering og tilsvarende markedsliberalisering give anledning til følgende hovedproblemstillinger:
 - Regulatoriske begrænsninger i forhold til import/eksport af affald kan være EU-retligt betænkelige, idet sådanne begrænsninger kan forbeholde hjemmemarked for danske aktører.
 - For det første kan en (også regulatorisk bestemt) afskærmning af hjemmemarkedet fra andre EU-aktører (fx i form af eksportbegrænsninger) give anledning til betænkeligheder ud fra fribevægelighedsreglerne, hvilket efter omstændighederne vil kræve en særlig kvalificeret national begrundelse, og begrundelsens konkrete holdbarhed skal afstemmes med EU-Kommissionen forud for etableringen af det nødvendige retlige grundlag. Importbegrænsninger / købsbegrænsninger kan endvidere give anledning til EU-retlige betænkeligheder af tilsvarende karakter.
 - For det andet vil en eksport/importbegrænsning kunne give anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, herunder betænkeligheder knyttet til en geografisk markedsdelingseffekt. Det bemærkes i den forbindelse, at eksklusivitetsklausuler, anvisningsrettigheder, aftaler om markedsdeling mv. tilsvarende kan give anledning til markedsdelingsbetænkeligheder, herunder fx en gensidig kommunalt funderet aftale om aftag af "eget" affald. Det bør derfor sikres, at de nødvendige effektivitetsgevinster ved en sådan ordning og de tilstrækkelige forbrugerfordele kan kvantificeres og dokumenteres.

EU-, konkurrence- og statsstøtteretlige problemstillinger ved begrænsninger i kommunalt ejede forbrændingsselskabers handlemuligheder i et liberaliseret marked (2)

- Afhængigt af den konkrete udformning af det regulatoriske grundlag kan der være behov for at sikre en tilstrækkelig konkurrenceudsættelse med henblik på at sikre, at anlæg ikke får en kvalitativ eller kvantitativ fordel.
 - I tilfælde af en liberalisering skal der sikres ensartede konkurrencevilkår for kommunalt ejede og privatejede aktører.
 - Ulige vilkår kan være kvantitative, fx fordelagtige afregningspriser, fordelagtige vilkår, lempede krav mv., og kvalitative, fx tidsmæssige fordele, indsigtsmæssige fordele mv.
 - Der bør desuden opstilles nødvendig governance, herunder en personel governance i forhold til at sikre, at der ikke gennem de eventuelle kommunale repræsentanter i forbrændingsselskabernes bestyrelser eller lign. udveksles konkurrencesensitive oplysninger om forbrændingsselskabets konkurrenter mv., ligesom det bør sikres, at der ikke er krydsrepræsentation i forhold til to indbyrdes konkurrerende kommunalt ejede forbrændingsselskaber.
- I tilfælde af en liberalisering men fortsat opretholdelse af regulatoriske eller kommunalt bestemte ydelsesmæssige begrænsninger for kommunalt ejede forbrændingsselskaber, skal det vurderes konkret, om sådanne ydelsesmæssige begrænsninger indebærer en fordel for ikke-kommunale selskaber.
 - En sådan fordel vil efter omstændighederne kunne foreligge, hvis de ydelsesmæssige begrænsninger for de kommunale aktører giver private aktører en særlig status på hjemmemarkedene, som tillige stiller dem bedre i konkurrencen i forhold til udenlandske aktører. I givet fald kan spørgsmålet bringes op over for EU-Kommissionen.

Særlige statsstøtteretlige problemstillinger knyttet til finansiering på et liberaliseret marked med konkurrerende kommunale aktører

- Ved en liberalisering af affaldsforbrændingssektoren vil der potentielt kunne opstå en konkurrenceskævhed i forhold til finansieringsmuligheder og -omkostninger mellem selskabsgjorte affaldsforbrændingsaktører og ikke-selskabsgjorte kommunale varmeproducenter, der alle afsætter varmeproduktion på samme marked.
- Der består desuden en risiko for, at markedsaktører ikke længere vil kunne opnå finansiering i KommuneKredit eller opnå finansiering på de nuværende vilkår, ligesom der består en risiko for, at KommuneKredit anser det for nødvendigt at opsige eksisterende lån.
- I en situation hvor forbrændingsselskaberne ikke måtte kunne beholde KommuneKreditlån på grund af liberalisering, kan der være en konkurrence- og statsstøtteretlig problemstilling i forhold til forbrændingsselskabernes ageren i et varmemarked, hvor andre varmeproducenter fortsat kan optage lån i KommuneKredit.
 - Disse konkurrenceskævheder kan ikke nødvendigvis udjævnes i kraft af anden regulering mv. og bør under alle omstændigheder afdækkes nærmere og konkret i forhold til den specifikt foreliggende situation.
- Eventuelle finansieringsmæssige problemstillinger knyttet til evt. fortsat finansiering gennem KommuneKredit kan afklares nærmere med KommuneKredit evt. med inddragelse af EU-Kommissionen for så vidt angår de statsstøtteretlige forhold.

Kan ændrede rammebetingelser udgøre ekspropriation?

- Enhver lovgivning skal være i overensstemmelse med grundloven, herunder grundlovens § 73.
- Ifølge grundlovens § 73, stk. 1, er ejendomsretten ukrænkelig. Ingen kan derfor tilpligtes til at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det, og det skal i givet fald ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning. Et indgreb er imidlertid kun omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73, hvis indgrebet angår a) en beskyttet rettighedshaver, b) en beskyttet rettighed og c) har karakter af pligtmæssig afståelse.
- Såfremt en konkret vurdering af et indgreb – fx ændrede rammevilkår for den kommunale affaldsforbrændingssektor - fører til, at indgrebet er omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73, skal proceduren i grundlovens § 73 følges. Det vil sige, at indgrebet kun må ske ifølge lov, at ekspropriationen skal være påkrævet af hensyn til almenvellet, og at der skal betales fuldstændig erstatning. Hvis en konkret vurdering af det pågældende indgreb derimod fører til, at indgrebet ikke er ekspropriativt, er indgrebet ikke omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73, og der er i så fald tale om erstatningsfri regulering.
- Da det afhænger af en **konkret vurdering**, om et indgreb er ekspropriation, kan ekspropriationsvurderingen ikke foretages, før der er yderligere kendskab til den påtænkte regulering og dennes betydning for de implicerede. Umiddelbart kan følgende fremhæves:
- Ad a) en beskyttet rettighedshaver: Ifølge grundlovens § 73 kan "ingen" tilpligtes at afstå sin ejendom, og det er i den juridiske teori antaget, at enhver rettighedsindehaver som altovervejende hovedregel er omfattet af ekspropriationsbeskyttelsen. Beskyttelsen omfatter ikke alene enkeltpersoner og andre private retssubjekter, såsom selskaber, foreninger, fonde og selvejende institutioner. I praksis er det også lagt til grund, at offentligretlige subjekter, såsom staten og kommunerne er beskyttet af grundlovens § 73. Dette gælder utvivlsomt, hvis der foretages indgreb i "enkeltaktiver" som fast ejendom, men det diskuteres i den juridiske teori, om lovgivningsmagten har "en friere stilling" i forhold til indgreb i offentlige ejeres styrelses- og formueforhold, jf. fx U 2004.2661 H, hvor Højesteret fastslog at det ikke var ekspropriation, da staten omdannede den selvejende institution Københavns Havn til et statsligt aktieselskab.

Kan ændrede rammebetingelser udgøre ekspropriation?

- Ad. b) en beskyttet rettighed: Beskyttelsen i grundlovens § 73 af "*ejendomsretten*" og "*ejendom*" skal forstås bredt. Med A. Ross' ord kan det kort konkluderes, at grundlovens beskyttelse formentlig omfatter alle rettigheder, der efter deres almindelige natur skaber grundlaget for personers økonomiske eksistens og virke. Dette harmonerer med, at den centrale beskyttelse, som følger af grundlovens § 73, er erstatningskravet – en økonomisk kompensation som den adækvate modydelse for en økonomisk afståelse. Når man taler om beskyttede rettigheder, skal man formentlig sondre mellem indgreb i formueaktiver, som er beskyttet af grundlovens § 73, og indgreb i en lovbestemt opgavevaretagelse, hvor staten kan have friere rammer med hensyn til at ændre vilkårene for opgavevaretagelsen, uden at dette udløser erstatning til de berørte rettighedshavere.
- Ad. c) tvangsmæssig afståelse: Afgørelsen af, om der er tale om tvangsmæssig afståelse beror efter retspraksis på et samlet skøn over indgrebets beskaffenhed, hvor følgende kriterier har betydning:

- ✓ Indebærer indgrebet en overførelse af en ret til andre?
- ✓ Er indgrebet konkret eller generelt?
- ✓ Hvilken begrundelse har indgrebet?
- ✓ Hvilken intensitet har indgrebet?

Ved vurderingen af indgrebets intensitet tillægges det vægt, om indgrebet er mere eller mindre intensivt eller føleligt for rettighedshaveren.

Intensitetskriteriet kan trække afgørende i retning af, at der foreligger ekspropriation, selvom der fx ikke foreligger en overførelse, og selvom der er tale om generel regulering (fx planer om offentlige formål, jf. planlovens § 48). Omvendt kan causa-kriteriet (begrundelsen) betyde, at rettighedshaveren må finde sig selv i meget væsentlige indgreb i ejendomsretten (jf. fx U 2006.1095 H).

- Først når der er yderligere kendskab til den påtænkte regulering og dennes betydning for de implicerede, kan det konkret/endeligt vurderes, om betingelserne under a)-c) er opfyldt, og der er tale om ekspropriation, hvorfor der da skal laves yderligere undersøgelser af de enkelte punkter.
- Den nærmere rækkevidde af det ekspropriationsretlige samt argumenter herom bør analyseres nærmere og drøftes politisk, når der foreligger en mere konkret model for udmøntningen af et liberaliseret scenarie.

Bech-Bruuns team



Partner, advokat Johan Weihe
Affaldsregulering, offentlig ret og offentlige selskabsforhold/selskabsgørelse



Partner, advokat Per Hemmer
Energiret, Carbon Capture, og selskabsgørelse



Partner, advokat Peter Stig Jakobsen
Konkurrenceret, statsstøtteren og offentlige virksomheders erhvervsudøvelse



Partner, advokat Jesper Kaltoft
Konkurrenceret, udbudsret og generel EU-ret



Partner, advokat Anders Birkelund Nielsen
Udbudsret



Partner, advokat Hanne Mølbeck
Ekspropriation, forfatter Ekspropriation i praksis



Specialistadvokat Agnete Nordentoft
Varmeregulering og offentlig ret



Senioradvokat Nicolai Als
Affaldsregulering, offentlig ret, miljøret og offentlige selskabsforhold/selskabsgørelse