



J.nr. 127370/210 EJE/HYO  
ID: |350

---

**Principper for etablering af fælles affaldsenergiselskab (Østjysk Affaldsenergi A/S)**

---

Maj 2021

## INDHOLDFORTEGNELSE

1.	INDLEDNING.....	4
1.1	Baggrund .....	4
1.2	Ansvarsfordeling mellem EY og Holst, .....	5
2.	SAMMENFATTENDE KONKLUSIONER .....	5
2.1	Selskabs- og kommunalretlige rammer for selskabsstruktur .....	5
2.2	Ejerstrategi og ejeraftale .....	6
2.3	Udbudsretlige begrænsninger for samhandel .....	7
2.4	Kommunalretlige begrænsninger for samhandel .....	10
2.5	Skatte-, moms- og afgiftsmæssige forhold .....	11
2.6	Myndighedsforhold mv. ....	11
2.7	Fusionskontrol .....	11
2.8	Debitorskifteproblemstillinger .....	12
2.9	Virksomhedsoverdragelse af medarbejdere .....	12
3.	SELSKABSSTRUKTUR, SELSKABS- OG KOMMUNALRETLIGE RAMMER .....	12
3.1	Den ønskede model for selskabsstruktur .....	12
3.2	Etablering af den ønskede selskabsstruktur .....	13
3.3	Kommunalretlige rammer i forhold til selskabsstruktur .....	14
3.4	Gennemførelse af apportindskud af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S.....	20
4.1	Ejerstrategi .....	24
4.2	Ejeraftale .....	24
5.	UDBUDS- OG KOMMUNALRETLIGE RAMMER FOR SAMHANDEL MELLEM ØSTJYSK AFFALDSENERGI A/S, KONCERNFORBUNDNE SELSKABER OG EJERKOMMUNERNE...26	
5.1	Udbudsretlige problemstillinger.....	26
5.2	Kommunalretlige problemstillinger .....	44
6.	SKATTE- OG AFGIFTSMÆSSIGE FORHOLD.....	47
6.1	Skattemæssige indgangsværdier .....	47
6.2	Sambeskatning .....	48
6.3	Skattemæssige konsekvenser for Renosyd I/S.....	48
6.4	Skattemæssige konsekvenser for AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen..	49
6.5	Momsmæssige forhold ved etableringen .....	49
6.6	Afgiftsmæssige forhold ved etableringen.....	51
6.7	Tinglysningsafgiftsmæssige forhold ved etableringen .....	52

7. MYNDIGHEDSFORHOLD MV. ....	53
7.1 Bevillinger, tilladelser, godkendelser mv. ....	53
7.2 Fusionskontrol .....	56
8. DEBITORSKIFTEPROBLEMSTILLINGER.....	57
9. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE AF MEDARBEJDERE .....	58
10. DELT ANSÆTTELSE AF MEDARBEJDERE .....	58
11. PROCES .....	60
12. BILAG .....	61

## 1. INDLEDNING

### 1.1 Baggrund

Odder Kommune, Skanderborg Kommune, Aarhus Kommune, AffaldVarme Aarhus og Renosyd I/S underskrev den 18. december 2020 et Letter of Intent, hvori parterne udtrykte deres enighed om *"...at afklare muligheden for i fællesskab at stifte et nyt aktieselskab der ejer og driver de to forbrændingsanlæg i Aarhus og Skanderborg"*.

Forud for indgåelsen af Letter of Intent havde bestyrelserne for Renosyd I/S og AffaldVarme Aarhus gennemført en indledende analyse af perspektiverne ved etablering af et fælles selskab, som skal eje og drive forbrændingsanlæggene. Ifølge den indledende analyse vil etableringen af et fælles affaldsenergiselskab give mulighed for at skabe balance mellem affaldsmængder og forbrændingskapacitet i det østjyske område, da der i Aarhus er overskud af affald, mens der i Odder og Skanderborg kommuner er for få affaldsmængder i forhold til forbrændingsanlæggets kapacitet. Herudover vil etableringen af et fælles selskab efter analysen give mulighed for en lang række yderligere, positive gevinster for både miljø og økonomi.

I forbindelse med indgåelsen af Letter of Intent blev der nedsat dels en politisk/strategisk styregruppe med ansvar for den videre proces, dels en teknisk/faglig arbejdsgruppe, som skulle belyse de økonomiske og miljømæssige konsekvenser for såvel varmekunder som for affaldskunder, samt udarbejde en teknisk/økonomisk due diligence for de værdier, der påtænkes at indgå i det fælles affaldsenergiselskab.

Det er i Letter of Intent anført, at det er forventningen, at der inden den 1. juni 2021 foreligger et beslutningsgrundlag, som ejere og bestyrelser kan behandle med henblik på etablering af det nye, fælles affaldsenergiselskab pr. 1. januar 2022.

Nærværende redegørelse er udarbejdet i fællesskab af EY Godkendt Revisionspartnerselskab ("EY") og Holst, Advokater ("Holst,") som en del af dette beslutningsgrundlag.

Formålet med redegørelsen er på et indledende og overordnet niveau at beskrive de juridiske, regnskabs- og skatte-/afgiftsmæssige rammer for etableringen af et fælles affaldsenergiselskab med henblik på en principbeslutning om den videre proces mod etableringen.

For overskuelighedens skyld er redegørelsens konklusioner sammenfattet i afsnit 2.

## 1.2 **Ansvarsfordeling mellem EY og Holst,**

Alene EY har ansvaret for rådgivning om skatte-, moms- og afgifts-, regnskabs- og takstmæssige forhold, mens alene Holst, har ansvaret for den juridiske rådgivning vedrørende kommunalretlige og udbudsretlige forhold og nødvendige myndighedsgodkendelser.

I de indbyrdes forhold mellem henholdsvis AffaldVarme Aarhus, Renosyd I/S og EY og AffaldVarme Aarhus, Renosyd I/S og Holst, gælder i øvrigt de mellem parterne aftalte vilkår.

EY er således ansvarlig for afsnittene 2.1.3, 2.5, 2.6.3, 3.4.2.1, 3.4.3, 6 og 7.1.3. Holst, er ansvarlig for øvrige afsnit.

## 2. **SAMMENFATTENDE KONKLUSIONER**

### 2.1 **Selskabs- og kommunalretlige rammer for selskabsstruktur**

#### 2.1.1 *Selskabsretlige rammer*

Selskabsretligt er der intet til hinder for sammenlægningen af AffaldVarme Aarhus Energi A/S' og Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i et fælles aktieselskab (Østjysk Affaldsenergi A/S), som skal være ejet af henholdsvis AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S.

Det anbefales, at Østjysk Affaldsenergi A/S etableres ved apportindskud af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i det eksisterende selskab, AffaldVarme Aarhus Energi A/S, da det juridisk, regnskabsmæssigt, omkostningsmæssigt og tidsmæssigt vil være den mest enkle og fordelagtige model af de tre modeller beskrevet i afsnit 3.2.

#### 2.1.2 *Kommunalretlige rammer*

Kommunalretligt er der intet til hinder for sammenlægningen af AffaldVarme Aarhus Energi A/S' og Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg, så længe anlæggene efter sammenlægningen udfører samme opgaver som hidtil.

Det er ikke et krav, at de deltagende kommuner henholdsvis Renosyd I/S opnår bestemte ejerandele, men hvis ejerandelene ikke svarer til værdien af de indskudte anlæg, kræves det formentlig, at der ved etableringen af selskabet sker udligning af den økonomiske forskel. Herved sikres, at ingen af kommunerne yder støtte til en anden kommune/til borgere i en anden kommune.

Det kommunale aktieselskab vil ikke være underlagt Ankestyrelsens tilsyn, men styrelsen er tilsynsmyndighed for både Renosyd I/S og Aarhus Kommune, og vil derved kunne føre et indirekte tilsyn med, at etableringen af selskabet er lovlig.

### 2.1.3 *Værdiansættelse og fastlæggelse af ejerandele*

Ønsker AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S at opnå et ejerskabsforhold på 80/20 i det fælles selskab skal værdien af de nettoaktiver, hver af partner tilfører eller har tilført, det fælles selskab afspejle dette forhold. Derved sker der ikke ved transaktionen en formueforskydning mellem ejerne og ultimativt ejerkommunerne. Nettoaktiverne er udtryk for forskellen imellem dagsværdien af de aktiver og forpligtelser som Renosyd I/S overdrager til Østjysk Affaldsenergi A/S og som AffaldVarme Aarhus Holding A/S allerede har tilført AffaldVarme Aarhus Energi A/S.

Nettoaktiverne vedrørende Renosyd I/S' affaldsenergianlæg forventes at kunne bestå i værdi af grund og realiseret opsparing på affaldssiden, hvilket vil være i overensstemmelse med principperne anvendt ved udskillelse af affaldsenergianlægget i AffaldVarme Aarhus Energi A/S fra Aarhus Kommune. Det er forudsat, at indskyder, når det fælles selskab etableres, ikke har intention om, at realiseret opsparing skal tilbageføres til hverken indskyder eller som tilbagebetaling til kunderne, fx via en reduceret brotakst for indlevering af affald til forbrænding. Realiseret opsparing skal understøtte aktiviteten i Østjysk Affaldsenergi A/S fremadrettet, herunder når aktiviteten i selskabet forventes markedsudsat. Det er forudsat, at markedsudsættelse ikke vil udløse et eksplicit krav om tilbagebetaling af realiseret opsparing, hvorved opsparingen i så fald bliver en forpligtelse til reduktion af taksterne.

## 2.2 **Ejerstrategi og ejeraftale**

### 2.2.1 *Ejerstrategi*

Det anbefales, at Renosyd I/S og AffaldVarme Aarhus i fællesskab udarbejder en ejerstrategi, hvori den overordnede, langsigtede strategi og målsætning for Østjysk Affaldsenergi A/S fastlægges, således at det sikres, at der på tidspunktet for Østjysk Affaldsenergi A/S' etablering er enighed herom mellem aktionærerne. Ejerstrategien bør tiltrædes af Aarhus, Odder og Skanderborg kommuner som de ultimative ejere af Østjysk Affaldsenergi A/S.

### 2.2.2 *Ejerftale*

Det anbefales, at Renosyd I/S' og AffaldVarme Aarhus Holding A/S' rettigheder og forpligtelser som aktionærer i Østjysk Affaldsenergi A/S fastlægges i en ejerftale.

## 2.3 Udbudsretlige begrænsninger for samhandel

### 2.3.1 *Aftaler om Østjysk Affaldsenergi A/S' forbrænding af affald*

Aftaler mellem ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Østjysk Affaldsenergi A/S om Østjysk Affaldsenergi A/S' udførelse af ydelser, herunder affaldsforbrænding, vil – uanset om aftalernes værdi overstiger tærskelværdierne for udbudspligtige ydelser – i medfør af udbudslovens § 14 være undtaget fra udbudspligt, hvis mere end 80 % af Østjysk Affaldsenergi A/S' aktiviteter er interne, det vil sige udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, som Østjysk Affaldsenergi A/S betros af ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S.<sup>1</sup>

Som det fremgår uddybende af redegørelsens afsnit 5.1.2.1, er det på baggrund af de foreliggende oplysninger vores vurdering, at sådanne aftaler kan undtages fra udbud, da dette kriterium med den nuværende lovgivning på affaldsområdet og de forventede kommende aktiviteter og forbrændingsmængder vurderes at være opfyldt i den påtænkte kommende selskabskonstruktion.

Det bemærkes for en god ordens skyld, at ændringer i lovgivningen på affaldsområdet, herunder en øget liberalisering af affaldsforbrænding, eller en ændring i Østjysk Affaldsenergi A/S' aktiviteter og forbrændingsmængder, selvfølgelig kan bevirke, at forudsætningerne for at undtage sådanne aftaler fra udbud kan ændres med den konsekvens, at nye aftaler fremadrettet ikke kan undtages fra udbud.

Øvrige til Østjysk Affaldsenergi A/S koncernforbundne selskaber, fx det af Aarhus Kommune 100 % ejede AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S, vil ikke udøve kontrol over Østjysk Affaldsenergi A/S, hvorfor Østjysk Affaldsenergi A/S' udførelse af opgaver for sådanne selskaber ikke er omfattet af den udvidede in-house-regel i udbudslovens § 14.

Aftaler mellem Aarhus Kommune og Østjysk Affaldsenergi A/S om forbrænding af affald bør derfor også med henblik på at minimere udbudsretlige risici indgås direkte mellem Aarhus Kommune og Østjysk Affaldsenergi A/S fremfor som nu mellem Aarhus Genbrug P/S og affaldsforbrændingsselskabet.

### 2.3.2 *Aftaler om Østjysk Affaldsenergi A/S' modtagelse af serviceydelser*

---

<sup>1</sup> Som det fremgår nedenfor af redegørelsens pkt. 5.1.1.5, vil også opgaver tildelt Østjysk Affaldsenergi A/S fra andre juridiske personer, der tillige kontrolleres af samme enheder, principielt indgå i opgørelsen over aktiviteter. Da sådanne opgaver dog ikke uden udbud vil kunne tildeles Østjysk Affaldsenergi A/S, må en sådan aktivitet dog anses at være af underordnet betydning.

Som anført i redegørelsens afsnit 2.4 og uddybet i afsnit 5.2.2, vurderes Renosyd I/S grundet de kommunalretlige regler ikke at kunne levere ydelser, herunder fx teknisk styring af anlæg, IT, økonomi, kantine, etc. til Østjysk Affaldsenergi A/S.

Det skal derfor også blot kort her bemærkes, at aftaler mellem Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S om Østjysk Affaldsenergi A/S' modtagelse af sådanne ydelser heller ikke vurderes at kunne undtages fra udbud, hvis aftalernes værdi overstiger tærskelværdierne for udbudspligtige ydelser, da de udvidede in-house-regler efter deres ordlyd, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3/udbudslovens § 14, ikke i en konstruktion, hvor et selskab kontrolleres af flere forskellige ordregivere, kan begrunde undtagelse af udbudspligt ved indkøb af ydelser fra koncernforbundne selskaber/myndigheder, medmindre disse selskaber og myndigheders årsregnskaber, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29, er konsolideret med den ordregivende enheds årsregnskaber i overensstemmelse med kravene i direktiv 2013/34/EU.

Indgåelse af aftaler mellem Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S om Østjysk Affaldsenergi A/S' modtagelse af ydelser, herunder fx teknisk styring af anlæg, IT, økonomi, kantine, etc., uden forudgående udbud vil derfor som det klare udgangspunkt heller ikke af udbudsretlige årsager kunne finde sted, hvis aftalernes værdi overstiger tærskelværdierne for udbudspligtige ydelser.

Aftale om levering af ydelser fra Renosyd I/S til Østjysk Affaldsenergi A/S vil dog formentligt i en kortere overgangsperiode indtil nye aftaler kan være på plads kunne begrundes i eneretsreglen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra c.

Da Østjysk Affaldsenergi A/S, som anført i redegørelsens afsnit 5.1.1.2, vurderes omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og da Østjysk Affaldsenergi A/S' årsregnskaber med den påtænkte selskabskonstruktion forventes konsolideret med de øvrige selskaber i AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen, vil Østjysk Affaldsenergi A/S derimod, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29, uden forudgående udbud kunne indgå aftaler – uanset om værdien af aftalerne overstiger tærskelværdien – med de øvrige selskaber i koncernen, herunder AffaldVarme Aarhus A/S, forudsat at disse selskabers interne omsætning af tjenesteydelseskontrakter udgør min. 80 % af selskabernes samlede omsætning af tjenesteydelser.

Da AffaldVarme Aarhus A/S efter det oplyste fungerer som serviceselskab for de øvrige selskaber i koncernen, er det forudsat, at kravet om min. 80 % intern omsætning er opfyldt.

### 2.3.3 *Generelle usikkerheder ved anvendelse af de udvidede in-house-regler og udbudsretlig kvalificering af affaldsforbrændingsselskaber*



Der foreligger kun meget begrænset retspraksis om anvendelsen af de udvidede in-house-regler efter kodificering af tidligere praksis herom i udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor der fortsat ikke foreligger endelig afklaring af reglernes præcise udstrækning og afgrænsning i relation til:

- fastlæggelse af kredsen af kontrollerende enheder, jf. udbudslovens § 14 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, herunder om andre end de direkte kontrollerende enheder (i dette tilfælde AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S) ved fælles ejerskab af et affaldsforbrændingsselskab uden udbud kan tildele ellers udbudspligtige kontrakter om affaldsforbrænding til affaldsforbrændingsselskabet, og
- fastlæggelse af metoder for opgørelse af aktiviteter af henholdsvis intern og ekstern karakter, herunder om anvisningspligtigt erhvervsaffald kan karakteriseres som en intern aktivitet, og om afledt omsætning ved salg af el og varme som følge af affaldsforbrændingen skal følge selve affaldets kvalificering som henholdsvis intern og ekstern, eller om omsætningen, der herved opnås, skal kvalificeres selvstændigt som henholdsvis intern og ekstern.

Herudover er der i retspraksis ikke taget stilling til den udbudsretlige kvalificering af affaldsforbrændingsselskaber, herunder om et affaldsforbrændingsselskabs aktiviteter er omfattet af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Henset hertil og henset til, at der ikke i forbindelse med udarbejdelse af redegørelsen er foretaget en fuldstændig og detaljeret gennemgang af samtlige aftaler/aktiviteter i de i redegørelsen omhandlede selskaber, er vurderingerne af mulighederne for at undtage flere af aftalerne fra udbudspligt i medfør af de udvidede in-house-regler behæftet med en mindre usikkerhed.

I tilfælde af en klage over indgåelse af aftalerne uden forudgående udbud er der derfor også en mindre risiko for, at Klagenævnet for Udbud vil nå frem til, at aftalerne skulle have været udbudt, hvorefter de ordregivende selskaber vil blive pålagt at bringe aftalerne til ophør og betale en bod på ca. 5 % af værdien af de ydelser, der allerede er leveret i henhold til aftalerne.

Det anbefales derfor også, at der forud for indgåelse af de pågældende aftaler indrykkes en såkaldt profylaksebekendtgørelse, jf. § 4 i lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter selskaberne som udgangspunkt – uanset om Klagenævnet for Udbud efterfølgende skulle nå frem til, at aftalerne skulle have været udbudt – ikke kan pålægges at bringe aftalerne til ophør eller betale bod, hvis aftalerne først indgås 10 kalenderdage efter profylaksebekendtgørelsen.

relsens offentliggørelse, og der ikke forud herfor er klaget til Klagenævnet for Udbud over den påtænkte aftaleindgåelse.

#### 2.4 **Kommunalretlige begrænsninger for samhandel**

Kommuner kan alene levere serviceydelser til tredjemand, hvis det har hjemmel direkte i loven eller sker i overensstemmelse med de meget snævre rammer for afsætning af kommunale biprodukter eller kommunal overskudskapacitet. Formålet med disse regler er at modvirke, at kommuner driver erhvervsmæssig virksomhed.

AffaldVarme Aarhus A/S kan, fordi Østjysk Affaldsenergi A/S vil komme til at indgå i et koncernforhold med selskabet, i videre omfang være berettiget til at levere serviceydelser (IT-support, økonomistyring, HR). Renosyd I/S indgår ikke i denne koncern, og da Renosyd I/S er et kommunalt fællesskab, kan selskabet alene sælge ydelser inden for rammerne af læren om biprodukter eller kommunal overskudskapacitet. Grænserne herfor er snævre, idet udgangspunkt er, at kommuner ikke må drive erhvervsvirksomhed/forfølge profitformål.

Et led i de nævnte regler er derfor, at kommuner, som har større kapacitet, end kommunen selv kan benytte, er forpligtet til at søge kapaciteten afviklet. Renosyd I/S vil derfor ikke kunne planlægge/tilrettelægge driften med henblik på at levere ydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S – og Østjysk Affaldsenergi A/S vil tilsvarende ikke kunne tilrettelægge driften med en forudsætning om at modtage serviceydelser fra Renosyd I/S.

Det er vores vurdering, at Renosyd I/S kun i meget begrænset omfang, hvis overhovedet, vil kunne levere serviceydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S, og at der under alle omstændigheder ikke i forbindelse med etableringen af selskabet vil kunne planlægges efter en sådan levering af serviceydelser.

Som følge af de anførte kommunalretlige begrænsninger bør driftspersonale, som udelukkende eller i langt overvejende grad er beskæftiget på Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg, derfor overdrages til Østjysk Affaldsenergi A/S (med eventuel efterfølgende overdragelse til serviceselskabet AffaldVarme Aarhus A/S) som led i overdragelsen (apportindskuddet) af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til det fælles selskab. I det omfang administrativt personale (direktion, økonomi, HR mv.) ansat i Renosyd I/S skal udføre opgaver for både Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, kan dette ske ved at opsplitte de pågældendes ansættelsesforhold i to, således at de deltidsansættes i henholdsvis Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S (alternativt i AffaldVarme Aarhus A/S).

## 2.5 **Skatte-, moms- og afgiftsmæssige forhold**

Der er ingen væsentlige skatte-, moms- eller afgiftsmæssige udfordringer ved den påtænkte fusion.

Vi anbefaler dog, at der indhentes bindende svar vedrørende de skattemæssige indgangsværdier samt tinglysningsafgift. Dette da der kan være et væsentligt optimeringspotentiale.

## 2.6 **Myndighedsforhold mv.**

### 2.6.1 *Bevillinger, tilladelser, godkendelser mv.*

Alle nødvendige bevillinger, tilladelser, godkendelse mv. skal identificeres, og der skal – forinden overdragelsen gennemføres – indhentes nye bevillinger, tilladelser, godkendelse mv. – alternativt samtykke til overdragelsen – fra de relevante myndigheder.

### 2.6.2 *Reglerne om modregning i bloktilskud*

Transaktionen vil efter vores opfattelse være omfattet af undtagelsesbestemmelserne i elforsyningslovens § 37, stk. 2, og varmforsyningslovens § 23 I, stk. 2, vedrørende selskabsmæssige omstruktureringer.

Den endelige afgørelse heraf henhører imidlertid under Forsyningstilsynet, og vi vil derfor anbefale, at Forsyningstilsynets bekræftelse på, at transaktionen ikke vil udløse modregning, indhentes.

### 2.6.3 *Takstfastsættelse*

På affaldssiden eksisterer der ikke detailbestemmelser om fastsættelsen af brotaksten for modtagelse af affald. Det er derved muligt for det fælles selskab Østjysk Affaldsenergi A/S at fastsætte en ens takst for de to affaldsenergianlæg ligesom det vil være muligt at have forskellige takster.

På varmesiden kan det fælles selskab fortsætte med de to affaldsenergianlægs respektive aftaler om afsætning af varme til den omkostningsbestemte pris til Varmeplan Aarhus.

## 2.7 **Fusionskontrol**

Det skal afklares, hvorvidt transaktionen vil være omfattet af fusionskontrolreglerne i konkurrenceloven.

Hvis transaktionen er anmeldelsespligtig efter fusionskontrolreglerne, skal der betales et gebyr for konkurrencemyndighedernes behandling af anmeldelsen. Gebyrets størrelse afhænger af, om fusionen anmeldes forenklet eller almindeligt. Gebyret for en forenklet anmeldelse er 50.000 kr., jf. konkurrencelovens § 12 h, stk. 2, mens gebyret for en almindelig anmeldelse udgør 0,015 % af de deltagende virksomheders samlede årlige omsætning i Danmark, dog maksimalt 1,5 mio. kr., jf. § 12 h, stk. 3. Det er umiddelbart vurderingen, at fusionen – hvis den er anmeldelsespligtig – skal anmeldes almindeligt, hvorfor det må forventes at være det høje gebyr, som skal betales.

## 2.8 **Debitorskifteproblemstillinger**

Overdragelse fra Renosyd I/S til Østjysk Affaldsenergi A/S af forpligtelser og gensidigt bebyrdende kontrakter kræver samtykke til debitorskifte fra kreditor/medkontrahenten.

## 2.9 **Virksomhedsoverdragelse af medarbejdere**

Overdragelsen af de til affaldsforbrændingsanlægget knyttede medarbejdere til Østjysk Affaldsenergi A/S er omfattet af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ("virksomhedsoverdragelsesloven"). Efter § 2 i virksomhedsoverdragelsesloven indtræder Østjysk Affaldsenergi A/S som erhverver umiddelbart i samtlige rettigheder og forpligtelser over for de pågældende medarbejdere.

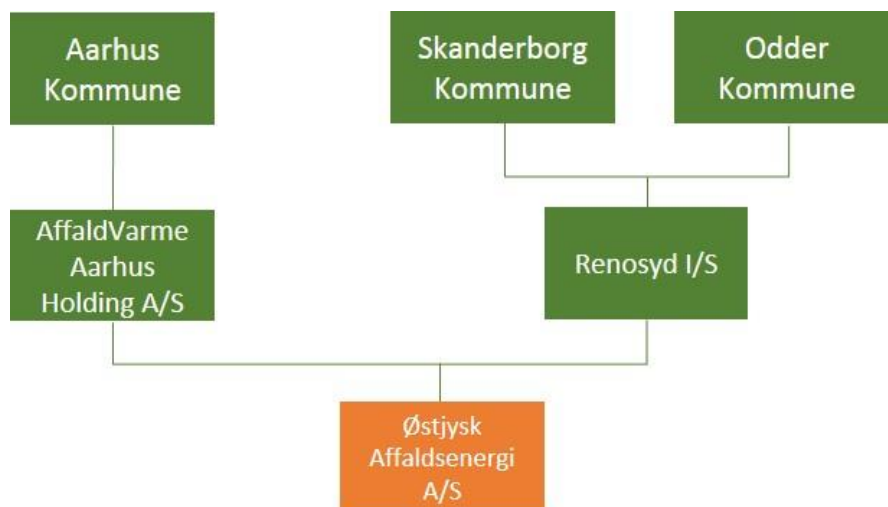
En eventuel efterfølgende overdragelse af de overtagne medarbejdere fra Østjysk Affaldsenergi A/S til AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernens serviceselskab vil tillige være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

# 3. **SELSKABSSTRUKTUR, SELSKABS- OG KOMMUNALRETLIGE RAMMER**

## 3.1 **Den ønskede model for selskabsstruktur**

Af det indgåede Letter of Intent fremgår, at det ønskes at sammenlægge AffaldVarme Energi A/S' og Renosyd I/S' affaldsenergianlæg i et fælles aktieselskab, som skal være ejet af henholdsvis AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S. Det fælles aktieselskab er i det følgende som arbejdstitel benævnt "Østjysk Affaldsenergi A/S".

Grafisk kan den ønskede selskabsstruktur illustreres således:



### 3.2 Etablering af den ønskede selskabsstruktur

Aarhus Kommune gennemførte i 2019 en selskabsgørelse af forsyningsaktiviteterne inden for fjernvarme, fjernvarmetransmission, genbrug og affald. Affaldsforbrændingsanlægget i Aarhus er i den forbindelse udskilt i et særskilt selskab – AffaldVarme Aarhus Energi A/S, som er 100 % ejet af AffaldVarme Aarhus Holding A/S, og dermed indgår i AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen (herefter benævnt "AVA-koncernen"). Genbrug og affaldsaktiviteten er udskilt til selskabet AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S, som ikke indgår i AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen, men er ejet 100% direkte af Aarhus Kommune.

Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg er derimod *ikke* udskilt i et særskilt selskab, men udgør en del af Renosyd I/S' aktiver og aktiviteter.

Da Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg ikke er udskilt i et særskilt selskab, er det ikke umiddelbart muligt at etablere Østjysk Affaldsenergi A/S som en selskabsretlig fusion efter selskabslovens regler.

Selskabsretligt kan den ønskede selskabsstruktur principielt etableres på én af følgende måder:

- MODEL 1: Overdragelse af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til det eksisterende selskab, AffaldVarme Aarhus Energi A/S mod vederlag i aktier (apportindskud). AffaldVarme Aarhus Energi A/S ændrer samtidig navn til Østjysk Affaldsenergi A/S (arbejdstitel).

- MODEL 2: Stiftelse af nyt selskab, Østjysk Affaldsenergi A/S (arbejdstitel), ved overdragelse af både AffaldVarme Aarhus Energi A/S' og Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til det ny selskab som led i stiftelsen (apportindskud).
- MODEL 3: Renosyd I/S stifter et datterselskab ved apportindskud af Renosyd I/S affaldsforbrændingsanlæg. Det nystiftede datterselskab fusionerer herefter med AffaldVarme Aarhus Energi A/S efter selskabslovens fusionsregler.

De tre modeller og fordele/ulemper ved de enkelte modeller er nærmere beskrevet i det som BILAG 1.1 vedlagte notat "Modeller for etablering af fælles affaldsforbrændingsselskab".

Det er som anført i notatet vores anbefaling, at Østjysk Affaldsenergi A/S etableres ved anvendelse af MODEL 1 (dvs. apportindskud af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S), da denne model juridisk, regnskabsmæssigt, omkostningsmæssigt og tidsmæssigt vil være den langt mest enkle og fordelagtige model. Det skal i den forbindelse understreges, at de tre modeller alle fører til præcis samme resultat, dvs. at den endelige selskabsstruktur er identisk uanset modelvalg.

Den nedsatte politisk/strategiske styregruppe har på et møde den 19. april 2021 tiltrådt denne anbefaling. I det følgende er derfor forudsat, at Østjysk Affaldsenergi A/S etableres ved Renosyd I/S' overdragelse af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til AffaldVarme Aarhus Energi A/S mod vederlag i aktier (apportindskud).

### 3.3 **Kommunalretlige rammer i forhold til selskabsstruktur**

#### 3.3.1 *Aarhus, Odder og Skanderborg kommuners indirekte ejerskab af Østjysk Affaldsenergi A/S?*

##### 3.3.1.1 Kommunalfuldmagten og kommunale selskaber

Det kommunalretlige udgangspunkt er, at kommunerne inden for rammerne af relevante speciallove og den almindelige kommunalret har frihed til at beslutte, om en opgave skal løses af kommunen selv eller af en ekstern leverandør.

Kommunerne har herunder som udgangspunkt frihed til at beslutte, at en opgave, som det påhviler kommunen at løse, i stedet skal varetages af et kommunalt samarbejde (§ 60-fællesskab).

Kommunerne kan også overlade opgaven til en uafhængig tredjemand.

Hvad angår overladelse af opgaven til et aktieselskab med kommunal deltagelse, er det den overvejende opfattelse i litteraturen, at kommuner kun lovligt kan (med-)eje et aktieselskab sammen med en eller flere kommuner, når ingen af kommunerne har bestemmende indflydelse.<sup>2</sup>

Kommunerne har således som udgangspunkt *ikke* adgang til at beslutte, at en opgave udskilles i et (aktie-)selskab, hvori kommunen bevarer en bestemmende indflydelse, medmindre der i den relevante speciallovgivning er udtrykkelig hjemmel hertil.<sup>3</sup>

Det følger imidlertid af en helt fast praksis fra tilsynsmyndighederne, at det nævnte forbud ikke gælder på forsyningsområdet (vand, gas, varme, el, spildevandsafledning) samt for kommunal affaldsbortskaffelse, hvor tilsynsmyndighederne i praksis har accepteret, at kommuner kan selskabsgøre opgaveløsningen.<sup>4</sup>

Hvad angår mulighederne for selskabsgørelse af forsyningsopgaver og mere specifikt af affaldsbortskaffelsesopgaver, er baggrunden beskrevet i en tilsynsudtalelse fra 2014:<sup>5</sup>

»Det er de kommunale tilsynsmyndigheders faste praksis, at en kommune eller et kommunalt fællesskab, alligevel kan udskille en opgave og de hertil knyttede midler i et privat selskab m.v. og samtidig bevare rådheden over det, når de opgaver, som det private selskab m.v. skal udføre, udgør kommunal forsyningsvirksomhed.

Ved kommunal forsyningsvirksomhed forstås normalt opgaver vedrørende forsyning af borgere og virksomheder med vand, energi (gas, varme og el) samt spildevandsafledning. Dette er en afgrænset gruppe opgaver med tekniske karaktertræk, som normalt fordrer kapitalkrævende anlæg. Opgaverne har traditionelt været varetaget af kommunerne på vegne af aftagerne – og ikke på vegne alle kommunens borgere – efter det såkaldte "hvile-i-sig-selv" princip eller af aftagerne på andelsbasis.

<sup>2</sup> Revsbech: Kommunernes opgaver (3. udgave s. 271), der dog også citerer ældre praksis, som taler for det modsatte resultat.

<sup>3</sup> Der er tale om en langvarig praksis knyttet til forståelsen af kommunestyrelseslovens § 2. Se Indenrigsministeriets skr. af 21. december 1988 (1. k., j.nr. 1050-11/1988), s. 2, Indenrigsministeriets skrivelse af 24. januar 1989 (1. k., j.nr. 1988/1059-2), s. 1 f., Indenrigsministeriets skrivelse af 11. juni 1990 (j.nr. 2 k.kt., j.nr. 1989/1131-17) (Indenrigsministeriets afgørelser og udtalelser om kommunale forhold 1990, pkt. 3.1) og Indenrigsministeriets skrivelse af 29. juni 1990 (2. k.kt., j.nr. 1989/1125/0700-1). Se også betænkning 1268/1994 om fornyelse og effektivisering i den kommunale sektor, bilag, s. 198 f. Se fra retspraksis U 2010.8 Ø.

<sup>4</sup> Kommunale forsyningselskaber er i dag sædvanlige, både på de områder, hvor sektorlovgivningen direkte foreskriver, at opgaven skal varetages i et selskab, og på andre områder.

<sup>5</sup> Økonomi- og Indenrigsministeriets afgørelse af 9. april 2014 i sagsnr. 2014-3380. (udtalelse om Midttrafik påtænkte etablering af et selskab til regional buskørsel).

”Hvile-i-sig-selv” princippet indebærer, at en kommunal forsyningsvirksomheds indtægter og udgifter set over en årrække skal balancere, således at der ikke anvendes skatteindtægter til at give tilskud til de borgere, der modtager forsyningsydelsen, og således at indtægter fra forsyningsvirksomheden ikke anvendes til finansiering af kommunens andre aktiviteter. Princippet indebærer, at taksterne i forsyningsvirksomheden skal være omkostningsbestemte, og at der skal være en adskillelse mellem indtægter og udgifter vedrørende det pågældende område og den almindelige kommunekasse.

Det samme gælder for de kommunale opgaver på affaldsbortskaffelsesområdet. Om end dette opgaveområde ikke altid betegnes som eller i alle henseender fuldt ud kan sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed, gør de karakteristika, som er nævnt ovenfor, sig i vidt omfang gældende for dette område, ligesom for den traditionelle forsyningsvirksomhed« (vores fremhævelse).

### 3.3.1.2 Kommunalfuldmagtens positive afgrænsning – kun kommunale opgaver

Udgangspunktet for kommuners udførelse af opgaver er, at den konkrete opgave enten skal være hjemlet i lov eller falde inden for den kreds af interesser, som kommuner almindeligvis kan varetages (den kommunale interesse).

Det er i tilsynsmyndighedernes praksis og den kommunalretlige litteratur fast antaget, at de nævnte begrænsninger i kommuners adgang til at varetage opgaver tillige indebærer en begrænsning af kommunernes adgang til at deltage i privatretligt organiserede selskaber. En kommune kan således ikke deltage i et selskab, der varetager opgaver, som kommunen ikke selv lovligt ville kunne varetage.

Konsekvensen heraf er, at Østjysk Affaldsenergi A/S vil være begrænset til at varetage opgaver, som de deltagende kommuner selv ville kunne varetage på affaldsforbrændingsområdet. For eksempel må selskabet ikke håndtere genanvendeligt erhvervsaffald, da det siden 2009 har været forbudt for kommunerne at udføre denne aktivitet.

Det følger heraf tillige, at Østjysk Affaldsenergi A/S ikke må have erhvervsøkonomisk formål, jf. pkt. 3.3.1.4 nedenfor.

### 3.3.1.3 Kommunalfuldmagtens negative afgrænsning – lokalitetsprincippet

Kommuner kan alene varetage eller støtte opgaver, som interessemæssigt er knyttet geografisk til kommunen. En kommune kan eksempelvis ikke yde tilskud til busdrift, hvis den pågældende busrute går gennem en nabokommune, ligesom en kommune ikke vil kunne opføre et bibliotek på en grund i na-



bokommunen (selvom biblioteket direkte henvender sig til kommunens borgere).

I en udtalelse fra 1997<sup>6</sup> har det daværende Indenrigsministerium udtalt, at det var i strid med lokalitetsprincippet, at Herning Kommune påtænkte at etablere og drive et biogasanlæg i Ikast Kommune. Det var i den konkrete sag ikke godtgjort, at anlægget ikke kunne etableres i Herning Kommune, og den omstændighed, at Herning Kommune kunne opnå stordriftsfordele ved at etablere anlægget i Ikast Kommune, kunne i en sådan situation ikke i sig selv begrunde den påtænkte placering.

Den moderne opfattelse er nok lidt mere lempelig end den ovenfor citerede udtalelse. Således sammenfattes reglen af Karsten Revsbech<sup>7</sup> som følger:

»Udgangspunktet er formentlig, at kommunen skal søge at placere aktiviteten på kommunens eget territorium, men er det nødvendigt eller blot naturligt at placere aktiviteten på en anden kommunes område, er dette lovligt, blot der foreligger [en] interesse-mæssig tilknytning til kommunen.«

Hensynet til at undgå begunstiging på tværs af kommunegrænser er i den moderne teori beskrevet som et mindre tungtvejende hensyn, og Indenrigsministeriet har da også så tidligt som i 1994 i en sag om affaldsforbrænding udtalt, at *”det ikke særligt præcise lokalitetsprincip”* ikke kunne være til hinder for, at et af et kommunalt fællesskab ejet affaldsforbrændingsanlæg modtog affald, der var frembragt i en anden kommune.

Et aspekt af lokalitetsprincippet er, som det fremgår, at en kommune som udgangspunkt ikke må drive eller støtte en aktivitet, som kommer borgere i en anden kommune til gode. Det følger heraf, at når en kommune af praktiske grunde udfører en opgave, som (tillige) kommer borgere i en anden kommune til gavn, vil den udførende kommune være forpligtet til at opkræve kostprisen herfor ved den begunstigede kommune.

#### 3.3.1.4 Kommunalfuldmagtens negative afgrænsning – forbud mod erhvervsvirksomhed

Kommunernes hovedformål er løsning af almennyttige opgaver. Udgangspunktet er allerede af den grund, at kommunerne ikke uden særlig begrundelse kan løse opgaver med profitformål. Samme begrænsning følger af, at det i den kommunalretlige praksis er fast antaget, at kommuner ikke uden særlig hjemmel må konkurrere med private erhvervsdrivende.

Det følger af de nævnte hensyn, at kommuner ikke må oprette eller deltage i selskaber med profitformål,<sup>8</sup> og at et selskab med kommuner i ejerkredsen

<sup>6</sup> Indenrigsministeriets skrivelse af 9. oktober 1997 (2. k.kt. jr.nr. 1997/11121/650-2).

<sup>7</sup> Kommunernes opgaver (3. udgave 2015) s. 77.

alene må udøve erhvervsmæssige aktiviteter, hvis det har klar lovhjemmel eller kan rummes inden for rammerne for den kommunalretlige biproduktlære eller den dermed beslægtede lære om salg af tilfældigt opstået overskudskapacitet.

Undtagelse fra forbuddet mod profitorienteret virksomhed gøres naturligvis, hvis en kommune i den relevante lovgivning har pligt eller ret til at udføre aktiviteten, således som det er tilfældet på dele af forsyningsområdet. Det er imidlertid *alene* den eller de konkrete aktiviteter, kommunen lovligt kan udføre med profitformål.

### 3.3.2 *Renosyd I/S' (§ 60-selskab) medejerskab af Østjysk Affaldsenergi A/S<sup>9</sup>*

Med hjemmel i kommunestyrelseslovens § 60 kan en eller flere kommuner overlade varetagelsen af visse kommunale opgaver til et kommunalt fællesskab. Fællesskabet organiseres typisk formelt i et interessentskab mellem de deltagende kommuner (og regioner), men betragtes kommunalretligt som en "specialkommune", der derfor er underlagt de ovennævnte kommunalretlige regler.

Renosyd I/S er oprettet som et § 60-selskab med deltagelse af Skanderborg og Odder kommuner.

Udgangspunktet for reguleringen af § 60-selskaber er, at de som "specialkommuner" er underlagt samme regler som en almindelig kommune. Dette gælder også i forhold til § 60-selskabets deltagelse i privatretligt organiserede selskaber.

§ 60-selskaber kan således være selskabsdeltager i privatretlige selskaber i samme omfang som almindelige kommuner,<sup>10</sup> dog således, at der formentlig stilles krav om en egentlig vedtægtsmæssig hjemmel for deltagelsen.<sup>11</sup>

Som redegjort for i pkt. 3.3.1 kan kommuner eje andele i et aktieselskab, hvis selskabet alene udfører opgaver, som kommunen selv ville kunne varetage. Det er i almindelighed en betingelse, at kommunen ikke bevarer en bestemmende indflydelse i selskabet, men det accepteres på forsynings- og affaldsforbrændingsområdet, at en kommune efter at have udskilt opgaven kan bevare bestemmende indflydelse.

<sup>8</sup> Sikring heraf kan i praksis ske ved, at der i vedtægterne indføres en bestemmelse om, at der ikke kan udbetales højere udbytte, end hvad der svarer til almindelig forrentning af den investerede kapital.

<sup>9</sup> § 60-selskaberne er nærmere beskrevet i Social- og Indenrigsministeriets Vejledning om kommunale fællesskaber (april 2016). Se endvidere Økonomi- og Indenrigsministeriets notat om retlige rammer for fælles løsninger for kommunalt samarbejde.

<sup>10</sup> Økonomi- og Indenrigsministeriets afgørelse af 9. april 2014 i sagsnr. 2014-3380 (udtalelse om Midttrafik påtænkte etablering af et selskab til regional buskørsel).

<sup>11</sup> Et krav om dobbelthjemmel: Dvs. hjemmel til at udføre den opgave, der varetages af selskabet, og hjemmel til som led i opgavens udførelse at oprette eller deltage i et selskab.

Det er – inden for de nævnte rammer – uden betydning for den kommunale deltagelse i et aktieselskab, om kommunen er eneaktionær eller ejer selskabet sammen med andre, ligesom det er uden betydning, om eventuelle medaktionærer er private eller offentlige.

Det samme er gældende for Renosyd I/S, der derfor lovligt kan eje aktier i Østjysk Affaldsenergi A/S. Da Østjysk Affaldsenergi A/S som affaldsforbrændingsselskab er omfattet af den nævnte undtagelse til forbuddet mod bestemmende indflydelse, gælder der ingen kommunalretlige begrænsninger i den henseende for størrelsen af Renosyd I/S' ejerandel.

### 3.3.3 *Kommunalretlige begrænsninger i forhold til fastlæggelsen af ejerandele i Østjysk Affaldsenergi A/S*

Ved fastlæggelsen af henholdsvis AffaldVarme Aarhus Holding A/S' og Renosyd I/S' respektive ejerandele i Østjysk Affaldsenergi A/S skal parterne agere i overensstemmelse med princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning.

I litteraturen vedrørende kommunale fællesskaber (§ 60-selskaber) antages, at ejerandele og fordelingsnøgler vedrørende omkostningsfordeling skal fastsættes på et *sagligt grundlag*.

Samme hensyn gør sig gældende ved fastlæggelsen af (det ultimativt kommunale) ejerskab af Østjysk Affaldsenergi A/S, hvor tilsynsmyndighederne efter vores vurdering vil kunne påse, om ejerandelene er sagligt begrundet.

Ejerandelene er afgørende for de deltagende kommuners andel af eventuelle udbytteudlodninger og eventuelt provenu ved afhændelse af selskabet og/eller selskabets aktiver og aktiviteter.

Det må derfor kræves, at den økonomiske værdi af parternes indskud i Østjysk Affaldsenergi A/S modsvarer de aftalte ejerandele. Denne begrænsning følger tillige af lokalitetsprincippet, da der ellers vil ske en forskydning af midler mellem selskabsdeltagerne (og dermed de ultimative deltagerkommuner). Hvis den økonomiske værdi af Renosyd I/S' apportindskud ikke svarer til den aftalte ejerandel, skal der derfor ske kontant udligning af forskellen.<sup>12</sup>

### 3.3.4 *Tilsyn med Østjysk Affaldsenergi A/S*

Et kommunalt aktieselskab er ikke underlagt Ankestyrelsens tilsyn. Dette uanset, om selskabet alene ejes af en eller flere kommuner.

<sup>12</sup> Dette er udtrykkeligt forudsat i Social- og Indenrigsministeriets vejledning om kommunale fællesskaber (april 2016) s. 35, men må antages at gælde tilsvarende ved kommunale aktieselskaber.

Ankestyrelsens almindelige tilsyn omfatter derimod spørgsmålet om lovligheden af de enkelte kommuners (henholdsvis kommunale fællesskabers) deltagelse i selskabet. Det følger heraf, at Ankestyrelsen kan føre tilsyn med, om kommunerne overhovedet kan deltage i det pågældende selskab, samt om selskabets drift eller ejerforhold er tilrettelagt på en måde, som gør den (fortsatte) kommunale deltagelse ulovlig. Ankestyrelsen kan herved indirekte prøve de i denne redegørelse beskrevne rammer.

### 3.4 **Gennemførelse af apportindskud af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S**

#### 3.4.1 *Selskabsretlige regler*

Østjysk Affaldsenergi A/S forudsættes som anført etableret ved Renosyd I/S' overdragelse til AffaldVarme Aarhus Energi A/S af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg mod vederlag i aktier (apportindskud).

Alle aktiviteter, aktiver og forpligtelser, der overdrages (apportindskuddet), skal derfor identificeres og beskrives, så der ikke efterfølgende opstår uklarhed om, hvad der er overdraget. Det gælder materielle anlægsaktiver, varebeholdninger, kontrakter, medarbejdere, bevillinger, tilladelser og godkendelser mv.

Selskabsretligt er et apportindskud en kapitalforhøjelse i det modtagende selskab. Efter selskabslovens § 154 er det generalforsamlingen i det modtagende selskab, der træffer beslutning om kapitalforhøjelse.

Apportindskuddet af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S kræver således vedtagelse på en generalforsamling i AffaldVarme Aarhus Energi A/S.

Øvrige generalforsamlingsbeslutninger, der skal træffes til udmøntning af aftalegrundlaget vedrørende Østjysk Affaldsenergi A/S, kan hensigtsmæssigt behandles på samme generalforsamling. Det gælder eksempelvis nødvendiggjorte vedtægtsændringer, fx ændring af navn, ændring i bestyrelsessammensætning mv.

Efter selskabslovens § 160 er det i forbindelse med kapitalforhøjelse ved apportindskud et krav, at der udarbejdes en vurderingsberetning og – hvis der overtages en bestående virksomhed – en revideret overtagelsesbalance.

Vurderingsberetningen skal efter selskabslovens § 36, stk. 1, indeholde:

1. en beskrivelse af hvert indskud,
2. oplysning om den anvendte fremgangsmåde ved vurderingen,

3. angivelse af det vederlag, som er fastsat for overtagelsen, og
4. erklæring om, at den ansatte økonomiske værdi mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den eventuelle pålydende værdi af de kapitalandele, der skal udstedes, med tillæg af en eventuel overkurs.

Vurderingen må ikke være foretaget mere end 4 uger før generalforsamlingen.

Vurderingsberetningen skal efter selskabslovens § 37 udarbejdes af "*...en eller flere uvildige, sagkyndige vurderingsmænd*". I praksis udarbejdes vurderingsberetningen af en revisor.

Affaldsforbrændingsanlægget har karakter af en bestående virksomhed. Der skal derfor også efter selskabslovens § 160, jf. § 36, stk. 3, udarbejdes en overtagelsesbalance, som skal udarbejdes i overensstemmelse med det regelsæt, som selskabet udarbejder årsrapport efter, og som – da AffaldVarme Aarhus Energi A/S er underlagt revisionspligt – skal være forsynet med en erklæring om revision uden forbehold.

Når kapitalforhøjelsen er vedtaget på generalforsamlingen og registreret i Erhvervsstyrelsen, er apportindskuddet overdraget til Østjysk Affaldsenergi A/S, og Renosyd I/S vil samtidig blive noteret som aktionær i Østjysk Affaldsenergi A/S' ejerbog og registeret som aktionær i Erhvervsstyrelsen.

### 3.4.2 *Værdiansættelse*

Affaldsenergianlægget og de aktiver og forpligtelser, herunder lån, som er en del af overdragelsen fra Renosyd I/S til Østjysk Affaldsenergi A/S, skal værdiansættes til dagsværdi i overtagelsesbalancen.

Overdragelsen forventes at omfatte:

- Affaldsenergianlægget
- Grund
- Lån
- Forpligtelser relateret til medarbejdere
- Realiseret opsparing på affaldssiden

Der anvendes de samme værdiansættelsesprincipper som blev anvendt i åbningsbalancen ved etablering af AffaldVarme Energi A/S den 1. oktober 2019. Det betyder bl.a., at anlægsværdierne indregnes til en dagsværdi som er højere end den reguleringsmæssige restafskrivningssaldo, idet værdiansættelsen sker ud fra et genanskaffelsesprincip (med afsæt i pris- og levetidskataloget for varmeselskaber), men idet taksterne ikke påvirkes af denne regnskabsmæssige værdiregulering, vil der i overtagelsesbalancen blive indregnet

en forpligtelse (tidsmæssige forskelle) svarende til den regnskabsmæssige værdiregulering.

AffaldVarme Energi A/S er forpligtet til at dække Aarhus Kommunes pensionsbetalinger til de tjenestemænd, der arbejder eller har arbejdet på affaldsenergianlægget eller i tilknytning hertil. Det er muligt at indregne betalingerne i priserne, hvorfor der knytter sig en beløbsmæssig tilsvarende opkrævningsret til tjenestemandspensionsforpligtelsen. Forpligtelsen påvirker derfor ikke egenkapitalen. Forpligtelsen er på baggrund af aktuarberegninger opgjort til 68,8 mio. kr. pr. 1. oktober 2019. Renosyd I/S har ikke og har ikke haft ansat tjenestemænd, hvorfor der ikke er en tilsvarende tjenestemandspensionsforpligtelse og opkrævningsret vedrørende de medarbejdere, som overdrages fra Renosyd I/S til det fælles selskab.

Der knytter sig et lån hos KommuneKredit til affaldsenergianlægget i Renosyd I/S. Overdragelse af lånet til det fælles selskab, Østjysk Affaldsenergi A/S, kræver accept fra KommuneKredit, samt at minimum én af ejerkommunerne efterfølgende yder garanti for lånet. Der vurderes ikke at være forhold, som gør, at KommuneKredit ikke vil acceptere en overdragelse af lånet, men KommuneKredit skal have tilsendt relevante dokumenter for det fælles selskab, herunder vedtægter og dokumentation for overdragelse af aktiverne.

Der knytter sig en renteswapaftale til lånet hos KommuneKredit. I det tilfælde at lånet hos KommuneKredit ikke overdrages til det fælles selskab, skal renteswapaftalen opsiges i forbindelse med indfrielse af lånet hos KommuneKredit. Opsigelse af en renteswapaftale medfører normalt afregningen af dagsværdien af renteswapaftalen på opsigelsestidspunktet. Renteswapaftalen har pr. 31. december 2020 en dagsværdi på -2,8 mio. kr.

### 3.4.3 *Fastlæggelse af ejerandele*

Renosyd I/S erhverver ved overdragelsen af Affaldsenergianlægget og de aktiver og forpligtelser som er en del af overdragelsen til Østjysk Affaldsenergi A/S, kapitalandele i det fælles selskab, svarende til værdien af nettoaktiverne som indskydes. Nettoaktiverne er udtryk for forskellen imellem dagsværdien af de aktiver og forpligtelser som overdrages.

Ejerandelen er et resultat af forholdet imellem dagsværdien af nettoaktiverne som indskydes af Renosyd I/S set i forhold til den egenkapital som i forvejen er i AffaldVarme Aarhus Energi A/S på tidspunktet for overdragelsen.

Ønsker AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S at opnå en ejerskabsforhold på 80/20 i det fælles selskab skal værdien af de nettoaktiver, der tilføres af hver part til det fælles selskab afspejle dette forhold, så der ik-

ke ved transaktionen sker en formueforskydning mellem ejerne og ultimativt ejerkommunerne.

Baseret på en uændret værdi af nettoaktiverne relateret til AffaldVarme Aarhus Energi A/S på ca. 100 mio. kr. jf. overtagelsesbalancen ved indskud af aktiviteten fra Aarhus Kommune pr. 1. oktober 2019 og en tilvejebringelse af kapital baseret på samme principper og i samme forhold vil nettoaktiverne for affaldsenergianlægget hos Renosyd I/S skulle kunne opgøres til følgende:

Mio. kr.	AffaldVarme	Renosyd	Total
Værdi af grunde	34,0	8,5	42,5
Realiseret opsparring på affalds-siden	66,0	16,5	82,5
Total	100,0	25,0	125,0
Fordeling	80%	20%	100%

Ovenstående beløb for Renosyd I/S er alene medtaget til illustrative formål. Der skal udarbejdes en egentlig overtagelsesbalance og vurderingsberetning, som medfører de nødvendige værdier på overdragelsestidspunktet. Ejerandelenene kan imidlertid kalibreres på plads med tilpasning af mellemregning mellem Østjysk Affaldsenergi A/S og Renosyd I/S.

Ovenstående forudsætter at egenkapitalen for AffaldVarme Aarhus Energi A/S udgør 100 mio. kr. på tidspunktet for etableringen af det fælles selskab. Der er endnu ikke offentliggjort årsregnskab for AffaldVarme Aarhus Energi A/S pr. 31. december 2020, hvor egenkapitalen kan afvige fra 100 mio. kr.

Som det fremgår i tabellen ovenfor, forventes nettoaktiverne vedrørende Renosyd I/S' affaldsenergianlæg at kunne bestå i værdi af grund og realiseret opsparring, hvilket vil være i overensstemmelse med principperne anvendt ved udskillelse af affaldsenergianlægget i AffaldVarme Aarhus Energi A/S fra Aarhus Kommune. Det er forudsat, at indskyder, når det fælles selskab etableres, ikke har intention om, at realiseret opsparring skal tilbageføres til hverken indskyder eller som tilbagebetaling til kunderne, fx via en reduceret brotakst for indlevering af affald til forbrænding. Realiseret opsparring skal understøtte aktiviteten i Østjysk Affaldsenergi A/S fremadrettet, herunder når aktiviteten i selskabet forventes markedsudsat. Det er forudsat, at markedsudsættelse ikke vil udløse et eksplicit krav om tilbagebetaling af realiseret opsparring, hvorved opsparringen i så fald bliver en forpligtelse til reduktion af taksterne.

Der er som BILAG 1.2 til dette notat vedlagt følgende talopstillinger:

- Renosyd I/S "proforma" overdragelsesbalance. Oversigten viser en illustrativ opstilling af de aktiver og forpligtelser som Renosyd I/S ind-

skyder i det fælles selskab Østjysk Affaldsenergi A/S. Der indskydes ikke andre forpligtelser eller aktiver, end hvad der fremgår af oversigten

- Østjysk Affaldsenergi A/S "proforma balance". Oversigten viser en illustrativ opstilling af, hvordan balancen vil se ud i det nye fælles selskab, når aktiver og passiver fra AffaldVarme Energi lægges sammen med overdragelsesbalancen fra Renosyd I/S, jf. ovenfor

Det skal understreges, at bilaget er baseret på tal fra AffaldVarme Aarhus Energi A/S pr. 1. oktober 2019 og regnskabstal for Renosyd I/S pr. 31. december 2020. Den endelige overdragelsesbalance for det samlede selskab, Østjysk Affaldsenergi A/S, pr. 1. januar 2022 vil derfor afvige fra bilaget. Som beskrevet ovenfor forventes det imidlertid, at tilpasning af mellemregning med Renosyd I/S kan gøre, at ejerfordelingen uanset de regnskabsmæssige værdier på etableringstidspunktet bliver 80/20.

## 4. EJERSTRATEGI OG EJERAFTALE

### 4.1 Ejerstrategi

Det er vores anbefaling, at Renosyd I/S og AffaldVarme Aarhus i fællesskab udarbejder en ejerstrategi, hvori den overordnede, langsigtede strategi og målsætning for Østjysk Affaldsenergi A/S fastlægges, så det sikres, at der på tidspunktet for Østjysk Affaldsenergi A/S' etablering er enighed herom mellem aktionærerne. Ejerstrategien bør tiltrædes af Aarhus, Odder og Skanderborg kommuner som de ultimative ejere af Østjysk Affaldsenergi A/S.

### 4.2 Ejeraftale

Det er vores anbefaling, at Renosyd I/S' og AffaldVarme Aarhus Holding A/S' rettigheder og forpligtelser som aktionærer i Østjysk Affaldsenergi A/S fastlægges i en ejeraftale, der som minimum bør indeholde regulering af følgende forhold:

- *Selskabets målsætning:* ejerstrategien kan hensigtsmæssigt vedhæftes ejeraftalen som bilag
- *Bestyrelsessammensætning:* bestemmelser om bestyrelsens størrelse, udpegningsret for aktionærerne, valgperiode mv.
- *Direktion:* bestemmelser om direktionens størrelse og sammensætning (én eller flere direktører), direktionsinstruks mv.



- *Selskabets finansiering:* bestemmelser om, hvorvidt aktionærene er forpligtet til at foretage yderligere kapitalindskud i selskabet, yde selskabet lån og/eller stille sikkerhed for lån optaget af selskabet
- *Minoritetsbeskyttelsesregler:* bestemmelser, som sikrer, at nærmere angivne, væsentlige beslutninger kun kan træffes, hvis der er enighed mellem aktionærene
- *Overgang af kapitalandele:* bestemmelser, som regulerer overgang af kapitalandele i selskabet, eksempelvis lock-up periode, forkøbsret mv.
- *Samhandel med nærtstående:* bestemmelser, som regulerer vilkårene for samhandel med nærtstående, eksempelvis AVA-koncernens serviceselskab
- *Information af og samarbejde mellem aktionærer:* bestemmelser vedrørende information af selskabets aktionærer, dvs. Renosyd I/S og AffaldVarme Aarhus Holding A/S (og eventuelt Aarhus, Odder og Skanderborg kommuner som de ultimative ejere), og samarbejde, fx løbende dialogmøder mv.

Det er aftalt, at den af Renosyd I/S og AffaldVarme Aarhus nedsatte teknisk/faglige arbejdsgruppe i første omgang selv arbejder videre med ejerstrategi og ejeraftale, men rekvirerer bistand fra Holst, og/eller EY, såfremt der vurderes at være behov herfor.

Hvis der indarbejdes minoritetsbeskyttelsesregler i ejeraftalen som er så gennemgribende, at det økonomiske ejerforhold bliver underordnet for beslutningskompetencen i Østjysk Affaldsenergi A/S, vil det kunne medføre manglende koncernforbindelse til AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen. Manglende koncernforbindelse vil påvirke forudsætningerne beskrevet i redegørelsens afsnit 5.1 om udbud og afsnit 6.2 om sambeskatning.

## 5. UDBUDS- OG KOMMUNALRETLIGE RAMMER FOR SAMHANDEL MELLEM ØSTJYSK AFFALDSENERGI A/S, KONCERNFORBUNDNE SELSKABER OG EJERKOMMUNERNE

### 5.1 Udbudsretlige problemstillinger

#### 5.1.1 *Beskrivelse af regler*

##### 5.1.1.1 Generelt

Aftaler om forbrænding af affald, administrative tjenesteydelser, IT-systemer, rengøring, mv., er som udgangspunkt omfattet af henholdsvis udbudslovens afsnit II<sup>13</sup> og forsyningsvirksomhedsdirektivet,<sup>14</sup> hvis værdien af de enkelte aftaler<sup>15</sup> overstiger de til enhver tid gældende tærskelværdier for udbudspligtige ydelser,<sup>16</sup> og aftalerne indgås af ordregivere omfattet af udbudsloven og/eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ovenstående gælder som udgangspunkt, uanset om en ordregiver omfattet af udbudsloven og/eller forsyningsvirksomhedsdirektivet indgår aftalerne med en privat part, eller om aftalerne indgås med en anden offentlig myndighed, et offentligt ejet selskab eller en anden helt eller delvist offentligt ejet eller kontrolleret økonomisk enhed.

Der gælder dog en væsentlig undtagelse hertil, idet kontrakter indgået med andre myndigheder og selskaber i samme koncern og samarbejdsaftaler med andre offentlige myndigheder i visse tilfælde – som nærmere belyst i redegørelsens afsnit 5.1.1.3 – kan undtages fra udbud i medfør af de udvidede in-house-regler i udbudslovens §§ 12-16 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28 og 29.

<sup>13</sup> Lov nr. 1564 af 15. december 2015 - Udbudsloven

<sup>14</sup> Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

<sup>15</sup> I visse tilfælde vil der i medfør af udbudslovens § 8, stk. 1, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 8, være pligt til at sammenlægge værdien af flere delaftaler ved vurderingen af, om tærskelværdierne er overskredet.

<sup>16</sup> Tærskelværdierne for ordregivere omfattet af udbudsloven udgør p.t. kr. 1.595.391 ekskl. moms for vare- og tjenesteydelseskontrakter, mens tærskelværdierne for ordregivere omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet p.t. udgør kr. 3.190.783 ekskl. moms for vare- og tjenesteydelseskontrakter. Det bemærkes, at aftaler om kantinedrift er omfattet af det såkaldte light-regime i udbudslovens afsnit III/forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XVII, hvorefter der p.t. gælder en tærskelværdi på henholdsvis kr. 5.591.325 ekskl. moms (udbudsloven) og kr. 7.455.100 ekskl. moms (forsyningsvirksomhedsdirektivet).

Overstiger kontraktværdien ikke tærskelværdierne, indeholder udbudslovens afsnit IV og V mere lempelige regler, der skal sikre, at offentlige kontrakter annonceres (hvis de har grænseoverskridende interesse) og indgås på markedsmæssige vilkår. Reglerne i udbudslovens afsnit IV og V vil jf. Konkurrence- og forbrugerstyrelsens notat af september 2019 "Regelgrundlag for forsyningskontrakter under tærskelværdien" også være gældende for Østjysk Affaldsenergi A/S, selvom dette selskab i øvrigt vurderes som omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

### 5.1.1.2 Vurdering af regelsæt – udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet

Udbudsreglerne gælder kun for ordregivere, jf. definitionen heraf i udbudslovens § 24, nr. 28, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3, stk. 1.

I udbudsloven defineres en ordregiver som staten, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse. Ved offentligretlige organer forstås organer, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov (dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter), er en juridisk person, og er underlagt offentlig kontrol ved enten, at 1) driften finansieres med mere end 50 % af det offentlige, 2) driften er underlagt kontrol fra det offentlige eller 3) mere end halvdelen af medlemmerne i administrations- eller ledelsesorganet er udpeget af det offentlige, jf. udbudslovens § 24, nr. 27. Kun hvor disse krav er opfyldt, er der tale om et offentligretligt organ, der er omfattet af udbudspligten efter udbudsloven.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet omfatter de samme typer af myndigheder og organer som udbudsloven, når disse myndigheder/organer beskæftiger sig med aktiviteter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14 (forsyningsaktiviteter som vand, el, varme, etc.).

Herudover omfatter forsyningsvirksomhedsdirektivet desuden offentlige virksomheder, der er ejet eller kontrolleret af offentlige myndigheder, og som udøver virksomhed med et kommercielt sigte, og af den grund ikke udgør et offentligretligt organ.

Endelig følger det af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 1, litra b, jf. artikel 1, at forsyningsvirksomhedsdirektivet også regulerer private virksomheders udbudsprocedurer, når de private virksomheder udfører en af de i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14 omhandlede aktiviteter og råder over *"særlige eller eksklusive rettigheder, der er tildelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat"*.

Udbudslovens afsnit II og III finder ikke anvendelse for kontrakter, der omfattes af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18, da sådanne kontrakter i stedet skal udbydes i henhold til reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder for kontrakter over tærskelværdien, der vedrører aktiviteter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og som indgås af en ordregiver, der opfylder de ovenfor netop beskrevne kriterier.

Bortskaffelse af affald udgør ikke en aktivitet, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Aktiviteter vedrørende forsyning med varme og elektricitet

citet er derimod omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det må i den forbindelse antages, at Østjysk Affaldsenergi A/S, der har varme- og elektricitetsproduktion, af den grund vil være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet,<sup>17</sup> hvorefter aftaler om levering af administrative tjenesteydelser, IT-systemer, rengøring mv. til Østjysk Affaldsenergi A/S vil være omfattet af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ejerkommunerne, Renosyd I/S (efter etablering af Østjysk Affaldsenergi A/S), AffaldVarme Aarhus A/S og AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S, vil derimod efter det oplyste ikke i relation til affaldsforbrænding udføre aktiviteter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor aftaler om levering af ydelser til disse enheder, herunder særligt aftaler om forbrænding af affald, i stedet vil være omfattet af reglerne i udbudsloven.

### 5.1.1.3 In-house-reglen og den udvidede in-house-regel

Pligten til at udbyde opgaver gælder ikke i de tilfælde, hvor opgaver, fx affaldsforbrænding, foretages af kommunen selv (hvor kommunen ejer anlægget), og opgaven dermed løses internt (den såkaldte *in-house-regel*), da udbudsreglerne ikke foreskriver en pligt til at udbyde opgaver, men alene en pligt til at følge udbudsreglerne i det omfang opgaver løses af en anden juridisk enhed end ordregiver selv.

EU-Domstolen har endvidere anerkendt, at der kan være så tæt en forbindelse mellem to formelt set selvstændige juridiske personer, at en kontrakttilde-ling, uanset at den sker til en for ordregiveren formelt set adskilt, selvstændig juridisk enhed, må betragtes som en ydelse, der leveres af ordregiveren selv med den konsekvens, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse (den såkaldte *udvidede in-house-regel*).

EU-Domstolen har således i en række tidligere afgørelser<sup>18</sup> opstillet følgende betingelser for at betragte en selvstændig juridisk person som "in-house" i forhold til ordregiveren, og som derfor skulle være opfyldt, for at en kontrakt mellem ordregiveren og selskabet kunne undgås:

- 1) Ordregiveren skal føre samme *kontrol* med selskabet, som den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet), jf. nærmere afsnit 5.1.1.4,

<sup>17</sup> Jf. EU-udbudsretten, 3. udgave, kap. 3, pkt. 3.2.2, side 155. Der er dog ikke i praksis fra Klagenævnet for Udbud taget stilling til, om et affaldsforbrændingsselskab er omfattet af udbudsloven eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor vurderingen heraf er behæftet med en vis usikkerhed.

<sup>18</sup> EU-domstolens dom af 13. november 2008 i sag C-324/07 (Coditel Brabant SA), EU-domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06 (Kommissionen mod Tyskland), EU-Domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-107/98 (Tackal), EU-Domstolens dom af 11. januar 2005 i sag C-26/03 (Stadt Halle), EU-Domstolens dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03 (Coname), EU-Domstolens dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03 (Parking Brixen), EU-Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04 (Carbotermo SpA) og EU-Domstolens dom af 19. april 2007 i sag C-295/05 (Tragsa).

- 2) Det udførende selskab skal udføre *hovedparten af sin virksomhed* sammen med den eller de ordregivere, som den ejes af (virksomhedskriteriet), jf. nærmere afsnit 0, og
- 3) Der må ikke være privat deltagelse i selskabet, jf. nærmere afsnit 5.1.1.6.

Praksis vedrørende den udvidede in-house-regel er nu kodificeret i udbudslovens §§ 12-16 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28 og 29.

Det følger af udbudslovens §§ 12 og 13 (tilsvarende fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 2):

"§ 12. Loven gælder ikke, når en ordregiver indgår kontrakt med en juridisk person, når

- 1) ordregiveren kontrollerer den juridiske person på en måde, der svarer til den kontrol, ordregiveren fører med sine egne organisatoriske enheder,
- 2) mere end 80 pct. af den juridiske persons aktiviteter udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den juridiske person har fået betroet af ordregiveren eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af ordregiveren, jf. § 16, og
- 3) der ikke er nogen direkte private kapitalandele i den juridiske person med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivningen, og som ikke medfører en afgørende indflydelse på den juridiske person.

Stk. 2. Betingelsen i stk. 1, nr. 1, anses for opfyldt, når ordregiveren udøver en bestemmende indflydelse på den juridiske persons strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger. En sådan kontrol kan også foretages af en anden juridisk person, der selv kontrolleres på samme måde af ordregiveren.

§ 13. Loven gælder ikke, når en ordregiver tildeler en offentlig kontrakt til den juridiske person, der kontrollerer ordregiveren i henhold til § 12, eller til en anden juridisk person, der kontrolleres af den samme juridiske person."

Udbudslovens §§ 12 og 13 udgør dermed (sammen med de tilsvarende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 2) hjemlen til at undtage aftaler, der indgås mellem selskaber med den samme ultimative ejer, fra udbud, og dermed den selskabskonstruktion, som affaldsforbrændingsselskabet i Aarhus Kommune (AffaldVarme Aarhus Energi A/S) i dag er en del af.

Endvidere følger det af udbudslovens § 14 (tilsvarende fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3):

"§ 14. En ordregiver, der ikke udøver kontrol i henhold til § 12 over en juridisk person, kan uden at anvende denne lov tildele en offentlig kontrakt til den pågældende juridiske person, når

- 1) ordregiveren sammen med andre ordregivere udøver en kontrol over den juridiske person, der svarer til den kontrol, som ordregiveren udøver over deres organisatoriske enheder,
- 2) mere end 80 pct. af aktiviteterne i den juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den juridiske person har fået betroet af de kontrollerende ordregivere eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivere, jf. § 16, og
- 3) der ikke er nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i lovgivningen, og som ikke medfører afgørende indflydelse på den juridiske person.

Stk. 2. Betingelsen i stk. 1, nr. 1, anses for opfyldt, når

- 1) den juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivere,
- 2) ordregiverne i fællesskab kan udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den juridiske person, og
- 3) den juridiske person ikke varetager en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregiveres interesser."

Udbudslovens § 14 udgør dermed (sammen med den tilsvarende bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3) den primære hjemmel for at undtage aftaler, der indgås mellem en ordregivende myndighed og et selskab, der er ejet af flere offentlige myndigheder i fællesskab, og dermed den selskabskonstruktion, som Østjysk Affaldsenergi A/S bliver en del af.

For selskaber omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder der dog i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29 en yderligere mulighed for uden udbud også at tildele aftaler fra det i fællesskab kontrollerede selskab til øvrige selskaber, som det i fællesskab kontrollerede selskabs regnskaber er konsolideret med:

"1. I denne artikel forstås ved »tilknyttet virksomhed« en virksomhed, hvis årsregnskaber er konsolideret med den ordregivende enheds årsregnskaber i overensstemmelse med kravene i direktiv 2013/34/EU.

2. Når det drejer sig om enheder, der ikke er underlagt direktiv 2013/34/EU, forstås ved »tilknyttet virksomhed« en virksomhed, som:

- a) den ordregivende enhed eventuelt direkte eller indirekte udøver bestemmende indflydelse på, eller
- b) eventuelt udøver bestemmende indflydelse på den ordregivende enhed eller
- c) sammen med den ordregivende enhed er underkastet en anden virksomheds bestemmende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.

Med henblik på dette stykke har begrebet »bestemmende indflydelse« samme betydning som i artikel 4, stk. 2 andet afsnit.

3. Uanset artikel 28 og på de betingelser, der fremgår af stk. 4 i nærværende artikel, finder dette direktiv ikke anvendelse på kontrakter:

- a) som en ordregivende enhed tildeler en tilknyttet virksomhed, eller
- b) der af et joint venture udelukkende består af flere ordregivende enheder med henblik på udøvelse af de i artikel 8-14 omhandlede former for virksomhed tildeles en virksomhed, der er tilknyttet en af disse ordregivende enheder.

4. Stk. 3 finder anvendelse på:

- a) tjenesteydelseskontrakter, hvis mindst 80 % af den tilknyttede virksomheds gennemsnitlige samlede omsætning i løbet af de seneste tre år under hensyn til alle tjenesteydelser, som denne virksomhed har leveret, hidrører fra leveringen af tjenesteydelser til den ordregivende enhed eller andre virksomheder, som den er tilknyttet
- b) vareindkøbskontrakter, hvis mindst 80 % af den tilknyttede virksomheds gennemsnitlige samlede omsætning under hensyn til alle varer, som denne virksomhed har leveret i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen af varer til den ordregivende enhed eller andre virksomheder, som den er tilknyttet
- c) bygge- og anlægskontrakter, hvis mindst 80 % af den tilknyttede virksomheds gennemsnitlige samlede omsætning under hensyn til alle bygge- og anlægsarbejder, som denne virksomhed har leveret i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen af bygge- og anlægsarbejder til den ordregivende enhed eller andre virksomheder, som den er tilknyttet.

5. Når omsætningen, afhængigt af hvornår den tilknyttede virksomhed blev etableret eller indledte sin aktivitet, ikke er til rådighed for de forudgående tre år, er det tilstrækkeligt, at denne virksomhed viser, at den i stk. 4, litra a), b) eller c), nævnte omsætning er troværdig, navnlig gennem forretningsplaner.

6. Når de samme eller lignende tjenesteydelser, varer eller bygge- og anlægsarbejder leveres af mere end én virksomhed tilknyttet den ordregivende enhed, som de danner en økonomisk sammenslutning med, beregnes procentsatserne under hensyntagen til den samlede omsætning af henholdsvis tjenesteydelser, vareleverancer eller bygge- og anlægsarbejder i de tilknyttede virksomheder."

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29 udgør dermed hjemlen til at undtage aftaler vedrørende forsyningspligtige aktiviteter, der indgås mellem et selskab, der er ejet af flere offentlige myndigheder i fællesskab, og andre selskaber/enheder, som selskabets regnskab konsolideres med, hvis det selskab, der udfører opgaven, opfylder kravet om 80 % intern omsætning.

#### 5.1.1.4 Kontrolkriteriet

Af såvel udbudslovens § 12, stk. 1, nr. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra a, som udbudslovens § 14, stk. 1, nr. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, litra a, fremgår det, at den ordregivende myndighed – enten alene (§ 12/artikel 28, stk. 1, litra a) eller i fællesskab med andre ordregivere (§ 14/artikel 28, stk. 3, litra a) – skal have kontrol over den selvstændige juridiske person.

Kontrollen skal andrage et omfang, der svarer til ordregiverens kontrol med egne organisatoriske enheder.

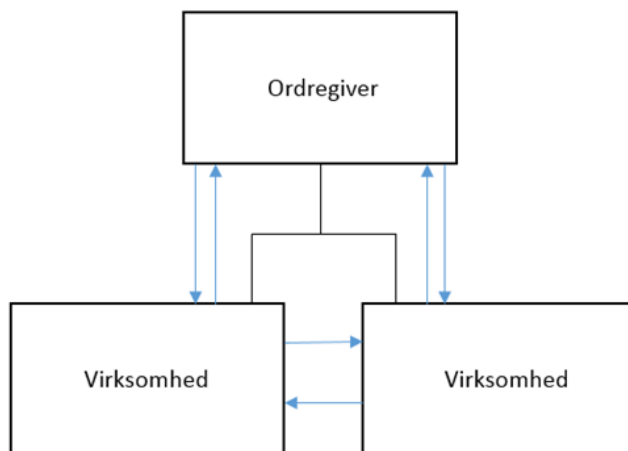
Dette kontrolkriterium anses for opfyldt, når ordregiveren udøver bestemmende indflydelse på den juridiske persons strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, jf. udbudslovens § 12, stk. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, og udbudslovens § 14, stk. 2, nr. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3. Der kan efter retspraksis ikke sættes lighedstegn mellem ordregiverens ejerskab og en sådan indflydelse, idet ordregiverens faktiske indflydelse på selskabets centrale beslutninger, og den heriliggende begrænsning af selskabets handlefrihed, udgør det centrale moment for vurderingen af, om kontrolkriteriet er opfyldt.

I tilfældene omfattet af udbudslovens §§ 12 og 13/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 2, anses kontrolkriteriet for opfyldt, uanset om ydelser leveres ned i kæden (fra moder- til datterselskab), op i kæden (fra datter- til moderselskab) eller på tværs af kæden (fra søster- til søsterselskab):<sup>19</sup>

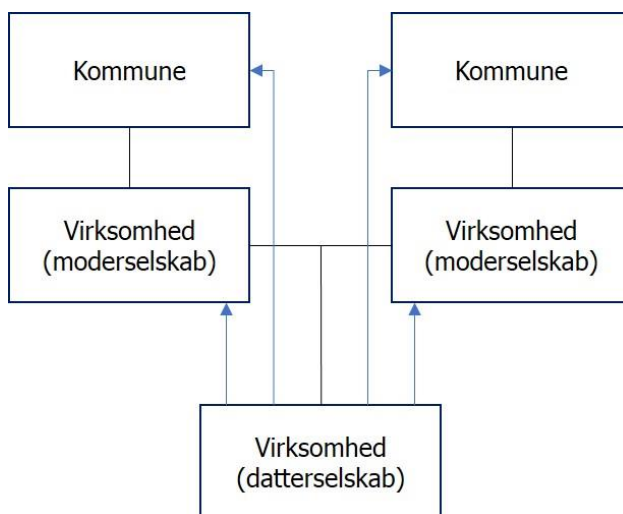
---

<sup>19</sup> Pilene illustrerer leverede ydelser.





Efter ordlyden af udbudslovens § 14 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, anses kontrolkriteriet i denne situation alene for opfyldt, når ydelser leveres op i kæden (fra selskab til ejere<sup>20</sup>):<sup>21</sup>



Herudover adskiller kontrolkriteriet i henhold til udbudslovens § 14/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 4, sig yderligere fra kontrolkriteriet efter udbudslovens §§ 12 og 13/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 2, ved, at der skal foreligge fælles kontrol mellem de flere ordregivere over den juridiske person, der ejes i fællesskab.

<sup>20</sup> Det må dog antages, jf. også forarbejderne til udbudslovens § 12, nr. 1 – som i sin ordlyd svarer til udbudslovens § 14, stk. 1 – at betingelsen også er opfyldt, når kontrolkriteriet opfyldes af en anden juridisk person, der kontrolleres af ordregiveren, hvorfor kontrolbetingelsen formentligt også må anses som opfyldt, hvis ejer kommunerne er ordregivere, selv om den direkte kontrol udøves af henholdsvis AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Renosyd I/S.

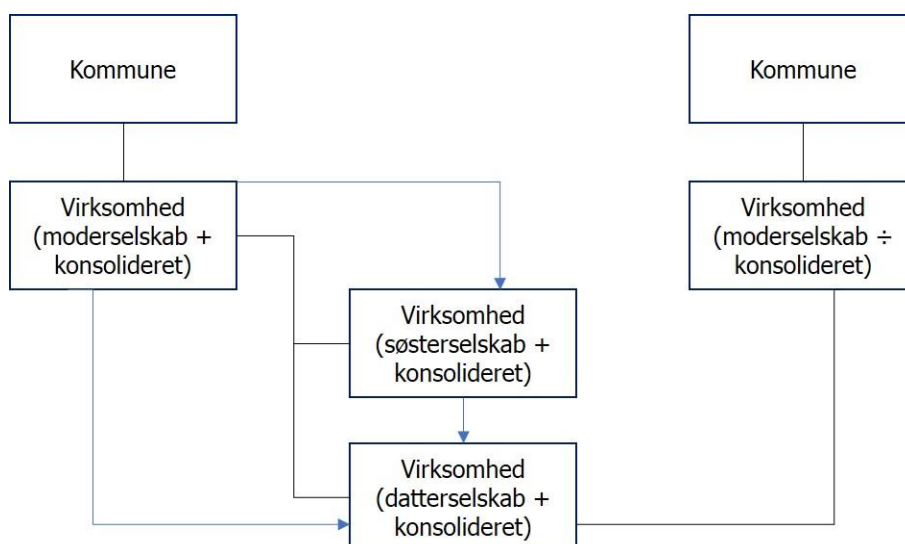
<sup>21</sup> Pilene illustrerer leverede ydelser.

Den juridiske persons beslutningstagende organer skal herefter sammensættes af repræsentanter fra alle de deltagende ordregivere, jf. udbudslovens § 14, stk. 2, nr. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3. Betingelsen vil typisk udmærket kunne opfyldes ved, at de deltagende ordregivere repræsenteres i bestyrelsen for den juridiske person, idet de deltagende ordregivere ligeledes kan træffe foranstaltninger om fælles repræsentation.

Hertil kommer, at de deltagende ordregivere *i fællesskab* skal kunne udøve bestemmende indflydelse på den juridiske persons strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, jf. udbudslovens § 14, stk. 2, nr. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3. Denne bestemmende indflydelse skal vurderes i lighed med den kontrol, der skal udøves efter § 12, stk. 1, nr. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra a, idet indflydelsen skal udøves i fællesskab mellem de flere deltagende ordregivere.

Endelig må den juridiske person ikke varetage interesser, der er i modstrid med de kontrollerende ordregiveres interesser, jf. udbudslovens § 14, stk. 2, nr. 3/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3.

For opgaver omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet kan kontrolkriteriet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29 – til trods for det ovenfor anførte i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3 – dog også anses for opfyldt, når ydelser leveres ned i kæden (fra moder- til datterselskab) eller på tværs af kæden (fra søster- til søsterselskab), såfremt selskabernes regnskaber er konsoliderede:<sup>22</sup>



<sup>22</sup> Pilene illustrerer leverede ydelser.

#### 5.1.1.5 Virksomhedskriteriet

Det fremgår af både udbudslovens § 12, stk. 1, nr. 2, samt § 14, stk. 1, nr. 2 (og de tilsvarende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 3), at mere end 80 % af den juridiske persons aktiviteter skal være interne, det vil sige udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, som den juridiske person betros af den eller de kontrollerende ordregivere eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivere.

I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29 opereres der med et stort set tilsvarende krav til det leverende selskabs aktivitet/omsætning, idet 80 %-kravet dog her, i henhold til ordlyden af artikel 29, skal opfyldes særskilt i forhold til den enkelte kontrakttype (vareindkøbskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter).

Kendskab til det udførende selskabs aktiviteter, fordelt på henholdsvis *intern aktivitet/omsætning* (aktiviteter og omsætning hidrørende fra opgaver, som selskabet tildeles af den eller de kontrollerende ordregivere eller andre selskaber kontrolleret af de samme ordregivere) og *ekstern aktivitet/omsætning* (aktiviteter og omsætning hidrørende fra opgaver, som selskabet tildeles fra andre aktører), er dermed – selvom kontrolkriteriet måtte være opfyldt – en forudsætning for at vurdere, hvorvidt aftaler kan undtages fra udbudspligt.

Ved opgørelsen af procentdelen skal der, jf. udbudslovens § 16/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 5, og artikel 29, stk. 4 og 5, tages hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som det udførende selskab har haft i forbindelse med tjenesteydelser, varer samt bygge- og anlægsarbejder i 3 år forud for kontrakttildelingen.

Foreligger der ikke oplysninger fra de seneste 3 år, eksempelvis grundet tidspunktet for etableringen af den juridiske person eller indgribende omorganiseringer af virksomheden, kan der ifølge udbudslovens forarbejder i stedet tages hensyn til fremskrivning af forretningsplaner ved vurderingen af aktivitetsomfanget.

I forhold til opgørelsen mellem den interne/eksterne omsætning skal der i den forbindelse medregnes al den omsætning, som den juridiske person har opnået/opnår i kraft af beslutninger, der træffes af de kontrollerende ordregivere, jf. EU-Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04 (Carbotermo SpA), præmis 65-67.

Afgørende for vurderingen af, hvorvidt en omsætning er intern eller ekstern, må derfor antages at være, om omsætningen er genereret på baggrund af en

aktivitet, der stammer fra de kontrollerende ordregiveres beslutninger eller ej.<sup>23</sup>

#### 5.1.1.6 Forbudt mod privat deltagelse i selskabet

Endelig er der i såvel udbudslovens § 12, stk. 1, nr. 3, som § 14, stk. 1, nr. 3 (og de tilsvarende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1 og 3), indeholdt et udgangspunkt om, at der ikke må foreligge direkte privat medejerskab over den juridiske person, der kontrolleres af en eller flere offentlige myndigheder. Betingelsen skal ikke behandles yderligere i det følgende, da der ikke i den fremtidige konstruktion forudsættes nogen form for privat deltagelse.

For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at et tilsvarende kriterie ikke gør sig gældende efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29.

#### 5.1.1.7 Beregning af aftalers værdi

Aftaler om forbrænding af affald, administrative tjenesteydelser, IT-systemer, rengøring, mv., udgør tjenesteydelser, der som udgangspunkt er udbudspligtige, såfremt værdien af indkøbet overstiger tærskelværdien for udbudspligtige aftaler i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 3/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 15, litra a.<sup>24</sup>

Tærskelværdien skal beregnes på grundlag af det samlede beløb ekskl. moms, som anslås at skulle betales i forbindelse med aftalen. Værdien af aftalen skal vurderes og anslås på udbudstidspunktet på baggrund af et rimeligt og velbegrunderet skøn. Overstiger skønnet over aftalens værdi ikke den relevante tærskelværdi, er der ikke pligt til at udbyde opgaven.<sup>25</sup>

Efter praksis fra Klagenævnet for Udbud skal der ved skønnet over kontraktsværdien anvendes et forsigtighedsprincip. I tilfælde af tvivl om hvorvidt tærskelværdien er overskredet eller ej, skal aftalen derfor sendes i udbud. I tilknytning hertil fremgår det af udbudslovens § 30, stk. 2, 2.

<sup>23</sup> Jf. i samme retning side 16 i Notat om kommunal affaldsforbrænding – vurdering af udbudspligt i mix-scenariet af 11. marts 2013 fra Kammeradvokaten, udarbejdet med henblik på Miljøstyrelsens offentliggørelse.

<sup>24</sup> Som ovenfor anført, udgør tærskelværdierne for aftaler omfattet af udbudsloven p.t. kr. 1.595.391 ekskl. moms for vare- og tjenesteydelseskontrakter, mens tærskelværdierne for aftaler omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet p.t. udgør kr. 3.190.783 ekskl. moms for vare- og tjenesteydelseskontrakter.

Visse særlige tjenesteydelser, fx aftaler om kantinedrift, er omfattet af det såkaldte light-regime i udbudslovens afsnit III/forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XVII, hvorefter der p.t. gælder en tærskelværdi på henholdsvis kr. 5.591.325 ekskl. moms (for ordregivere omfattet af udbudsloven) og kr. 7.455.100 ekskl. moms (for ordregivere omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet).

<sup>25</sup> Som ligeledes anført ovenfor, indeholder udbudslovens afsnit IV og V mere lempelige regler for aftaler, hvor kontraktsværdien ikke overstiger tærskelværdien. Efter udbudslovens afsnit IV og V sikres det, at sådanne offentlige aftaler annonceres (hvis de har grænseoverskridende interesse) og indgås på markedsmæssige vilkår. Reglerne i udbudslovens afsnit IV og V vil, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af september 2019 om "Regelgrundlag for forsyningskontrakter under tærskelværdien", også være gældende for Østjysk Affaldsenergi A/S, selv om dette selskab i øvrigt vurderes som omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

pkt./forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 3, 1. pkt., at metoden til beregning af den anslåede aftaleværdi ikke må fastlægges med henblik på at undgå udbud. Findes flere egnede metoder til at beregne og anslå aftalens værdi, må der således ikke anvendes en bestemt metode med det formål at unddrage udbudspligten.

Aftalen må endvidere som udgangspunkt ikke opdeles i flere separate kontrakter med henblik på at udelukke aftalen for udbudslovens/forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde, jf. udbudslovens § 30, stk. 2, 1. pkt./forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 3, 2. pkt. Aftalen må gerne opdeles i flere, mindre delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1, men disse delkontrakter vil som udgangspunkt alle skulle udbydes, såfremt den samlede værdi heraf overstiger tærskelværdien.

I det omfang indkøbet opdeles i sådanne flere delkontrakter, er det den samlede værdi af disse delkontrakter, der skal lægges til grund for beregningen af den anslåede aftaleværdi i forhold til tærskelværdierne, jf. udbudslovens § 8, stk. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 8. I udbudsretlig sammenhæng er der derfor tale om ét sammenhængende indkøb, selv om indkøbet ellers formelt foretages over flere forskellige aftaler.

På baggrund af den foreliggende praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud kan der opstilles følgende grundlæggende momenter, der skal indrages ved det samlede skøn over, om værdien af flere delkontrakter i udbudsretlig sammenhæng skal anses som én aftale og derfor skal sammenlægges ved beregning af aftaleværdien:

- Den funktionsmæssige og tidsmæssige sammenhæng mellem ydelserne: Indgår de forskellige ydelser i løsningen af samme konkrete behov, opgave eller projekt, og er aftalerne indgået med nær tidsmæssig sammenhæng, taler det for en sammenlægning af værdierne.
- Den ydelsessammenhæng, som kan aflæses i markedet: Kan de forskellige ydelser typisk tilbydes af en enkelt leverandør, eller udføres ydelserne typisk i samarbejde med bestemte leverandører, taler det for en sammenlægning af værdierne.
- Ordregiverens beslutningsproces: Må den reelle beslutning om anskaffelse antages at være sket ved en samlet beslutning, taler det for en sammenlægning.

Fører ovenstående vurdering til, at værdien af flere delaftaler sammenlægges, og overstiger den samlede værdi af aftalerne den relevante tærskelværdi, vil visse delkontrakter dog efter omstændighederne kunne undtages fra

udbud i medfør af den såkaldte delydelsesregel i udbudslovens § 8, stk. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 10.

Efter delydelsesreglen vil delaftaler med en isoleret værdi på under kr. 596.408 ekskl. moms kunne undtages fra udbud, såfremt den samlede værdi af de undtagne delaftaler ikke overstiger 20 % af værdien af de samlede delaftaler.<sup>26</sup>

Delydelsesreglen kan alene anvendes, hvis det fra det samlede indkøbs påbegyndelse er forudsat, at reglen skal bringes i anvendelse.

Ved indkøb af samme tjenesteydelser, der foretages med regelmæssige mellemrum – og således har en tilbagevendende karakter – findes der i udbudslovens § 35/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 11, særlige regler for beregning af aftaleværdien.

For sådanne tilbagevendende indkøb er grundlaget for beregning af aftalens anslåede værdi den samlede faktiske værdi af lignende successive aftaler, der er tildelt i løbet af de forudgående 12 måneder, eller den samlede anslåede værdi af de successive kontrakter, der vil blive tildelt i løbet af de 12 måneder, der følger efter den første levering.

For at et indkøb af tjenesteydelser kan siges at have tilbagevendende karakter, skal der både foreligge en vis tidsmæssig regelmæssighed og en vis grad af forudsigelighed i indkøbet. I disse situationer skal ordregiveren altså undersøge, om indkøbene enten hidtil har haft eller fremover vil have et fast mønster.

Hvad angår tjenesteydelsesaftaler, der ikke angiver en samlet pris, skal beregningen af værdien foretages med afsæt i udbudslovens § 38/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 14. Er en sådan tjenesteydelsesaftale tidsbegrænset med en løbetid på 48 måneder eller derunder, udgør beregningsgrundlaget den anslåede samlede værdi for hele løbetiden, jf. udbudslovens § 38, nr. 1/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 14, litra a.

Såfremt tjenesteydelsesaftalen har en løbetid over 48 måneder eller er tidsubegrænset, skal der foretages en beregning på grundlag af den månedlige værdi af aftalen multipliceret med 48, jf. udbudslovens § 38, nr. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 14, litra b. Om end det ikke er afklaret i praksis, må det antages, at der til brug for beregningsgrundlaget må foretages en gennemsnitsberegning af de påløbne måneder til brug for tilvejebringelse af multiplikationsfaktoren.

---

<sup>26</sup> Der er ikke i loven/direktivet eller praksis taget stilling til, hvorvidt delaftaler, der er undtaget fra udbud i medfør af andre bestemmelser i udbudsloven/forsyningsvirksomhedsdirektivet skal indregnes i den samlede sum, som 20 %-grænsen fastlægges på baggrund heraf. Det vurderes dog, at det alene er udbudspflichtige delaftaler, der skal medregnes heri.

## 5.1.2 *Vurdering*

### 5.1.2.1 Aftaler om forbrænding af affald

Fremtidige aftaler mellem ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S *eller* AffaldVarme Aarhus A/S *eller* AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, om Østjysk Affaldsenergi A/S' forbrænding af affald er omfattet af reglerne i udbudsloven, da ejerkommunerne, Renosyd I/S, AffaldVarme Aarhus Holding A/S og AffaldVarme Aarhus A/S, jf. redegørelsens afsnit 5.1.1.2, alle er omfattet af ordregiverbegrebet i udbudsloven, og da affaldsbortskaffelse ikke er en aktivitet omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Såfremt værdien af sådanne aftaler overstiger tærskelværdien i udbudsloven, er aftaler herom derfor som udgangspunkt udbudspligtige.

Dette vil dog ikke være tilfældet, hvis kriterierne for undtagelse i medfør af den udvidede in-house-regel i udbudslovens § 14 er opfyldt.

Som det fremgår af redegørelsens pkt. 5.1.1.3 forudsætter det, at følgende 3 kriterier er opfyldt:

- 1) Ordregiveren skal føre samme *kontrol* med selskabet, som den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet),
- 2) Østjysk Affaldsenergi A/S skal udføre *hovedparten af sin virksomhed* sammen med den eller de ordregivere, som den ejes af (virksomhedskriteriet), og
- 3) Der må ikke være privat deltagelse i Østjysk Affaldsenergi A/S.

For så vidt angår aftaler mellem ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Østjysk Affaldsenergi A/S vurderes kontrolkriteriet at kunne opfyldes, såfremt der i forbindelse med etableringen af Østjysk Affaldsenergi A/S tages højde for kravene om repræsentation og indflydelse, jf. udbudslovens § 14, stk. 2.

Øvrige til Østjysk Affaldsenergi A/S koncernforbundne selskaber, fx det af Aarhus Kommune 100 % ejede AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S, vil ikke udøve kontrol over Østjysk Affaldsenergi A/S, hvorfor Østjysk Affaldsenergi A/S' udførelse af opgaver for sådanne selskaber ikke er omfattet af den udvidede in-house-regel i udbudslovens § 14.

En vurdering af hvorvidt virksomhedskriteriet i den fremtidige konstruktion, vil være opfyldt, vil afhænge af fordelingen af henholdsvis intern omsætning (hidrørende fra opgaver, som Østjysk Affaldsenergi A/S tildeles af den eller de

kontrollerende ordregivere eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivere) og ekstern omsætning (hidrørende fra opgaver, som Østjysk Affaldsenergi A/S tildeles fra andre aktører, herunder kommuner og private virksomheder, der har mulighed for at lade opgaverne løse af andre affaldsforbrændingsselskaber) i Østjysk Affaldsenergi A/S.

Den samlede interne aktivitet/omsætning skal derfor som minimum udgøre 80 % af Østjysk Affaldsenergi A/S' samlede aktiviteter/omsætning.

Til brug for vores foreløbige vurdering af virksomhedskriteriet i den eventuelle, fremtidige selskabsstruktur har vi modtaget en oversigt over forventede forbrændingsmængder fordelt på de to forbrændingsanlæg, idet det dog ikke for nuværende er undersøgt, om kriteriet er opfyldt:<sup>27</sup>

(tons)	Fraktion	Før (2021 budget)			Efter (2022 og frem)			Ændring
		RS	AVA	I alt	RS	AVA	I alt	
1	Dagrenovation	19.000	68.000	87.000	25.000	62.000	87.000	0
2	Genbrugspladser	3.000	10.000	13.000	8.000	5.000	13.000	0
3	Stort brændbart	4.000	0	4.000	4.000	0	4.000	0
4	Erhvervsaffald	9.000	134.000	143.000	19.000	141.000	160.000	+17.000
5	Shredder	0	6.000	6.000	0	10.000	10.000	+4.000
6	Import	31.000	0	31.000	0	0	0	-31.000
7	Biomasse	1.000	1.000	2.000	1.000	1.000	2.000	0
8	Vundne udbud	3.000	31.000	34.000	13.000	31.000	44.000	+10.000
	I alt	70.000	250.000	320.000	70.000	250.000	320.000	0

Det er til os oplyst, at den behandlede mængde erhvervsaffald udelukkende udgør erhvervsaffald, der er tilgået i henhold til kommunernes anvisningsordninger og som led i affaldsproducenternes benyttelsespligt. Da Aarhus Kommune, efter det for os oplyste, endvidere ikke i dag i den nuværende selskabsstruktur udbyder affaldsforbrænding, må det antages, at mere end 80 % af affaldsforbrændingsaktiviteten i AffaldVarme Aarhus Energi A/S i dag har karakter af intern aktivitet.

Som et resultat af affaldsforbrændingsprocessen opstår der energi i form af varme og elektricitet, der afsættes som fjernvarme og distribueres gennem fjernvarmenettet, henholdsvis som elektricitet gennem højspændingsnettet. Denne afsætning af fjernvarme og elektricitet genererer en omsætning, som muligvis skal medtages i vurderingen af, om virksomhedskriteriet er opfyldt.

<sup>27</sup> Mængder angivet i tons. RS = anlæg tilhørende Renosyd I/S. AVA = anlæg tilhørende AffaldVarme Aarhus Energi A/S.



Afgørende efter særligt EU-Domstolens sag C-340/04, Carbotermo, synes at være en vurdering af, hvorvidt aktiviteten stammer fra de kontrollerende ordregiveres beslutninger. I samme retning følger det endvidere af ordlyden af de kodificerede bestemmelser om virksomhedskriteriet i udbudslovens §§ 12, stk. 1, nr. 2, og 14, stk. 1, nr. 2/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra b, og stk. 3, litra b, at virksomhedskriteriet skal opgøres på baggrund af det juridiske selskabs aktiviteter, idet der i medfør af udbudslovens § 16/forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 5, skal tages hensyn til omsætning i forbindelse med opgørelsen af aktiviteterne.

Det er på den baggrund nærliggende at antage, at omsætning genereret ved afsætning af varme og elektricitet udgør en af forbrændingsaktiviteten afledt omsætning, hvorfor denne afledte omsætning skal vurderes på baggrund af forbrændingsaktiviteten, og om hvorvidt forbrændingsaktiviteten anses for en intern eller ekstern aktivitet.<sup>28</sup> Fordelingen mellem intern/ekstern aktivitet må således antages ikke at ændre sig i forhold til samme opgørelse i henhold til affaldsforbrændingsaktiviteten alene.

Da Aarhus Kommune, efter det for os oplyste, ikke i dag i den nuværende selskabsstruktur udbyder affaldsforbrænding, og da fordelingen mellem ekstern og intern omsætning ikke forventes ændret i en kommende fælles selskabskonstruktion i en grad af betydning for opfyldelse af kravet, må det foreløbigt antages, at virksomhedskriteriet er opfyldt ud fra de forventede aktiviteter og på baggrund af den nuværende sektorindretning.

Da der heller ikke forudsættes privat deltagelse i Østjysk Affaldsenergi A/S, vurderes aftaler mellem ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, om Østjysk Affaldsenergi A/S' forbrænding af affald at kunne undtages fra udbud i medfør af udbudslovens § 14.

Eventuelle aftaler mellem AffaldVarme Aarhus A/S (eller øvrige selskaber i Aarhus Kommunes forsyningskoncern) og Østjysk Affaldsenergi A/S om affaldsforbrænding kan derimod ikke anses for at opfylde kontrolkriteriet, da sådanne øvrige koncernforbundne selskaber, hverken direkte eller indirekte, kan føre kontrol med Østjysk Affaldsenergi A/S, hvorfor sådanne aftaler vil være udbudspligtige, uanset om de to øvrige kriterier må anses for opfyldt.

I en konstruktion, hvor AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S eksempelvis indgår aftale med AffaldVarme Aarhus Holding A/S om forbrænding af det af AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S indsamlede affald, jf. udbudslovens § 12, jf. § 13, hvorefter AffaldVarme Aarhus Holding A/S indgår (efterfølgende eller parallelt) tilsvarende aftale med Østjysk Affaldsenergi A/S, jf. udbudslovens § 14,

---

<sup>28</sup> Jf. samme retning side 29 i Notat om kommunal affaldsforbrænding – vurdering af udbudspligt i mix-scenariet af 11. marts 2013 fra Kammeradvokaten, udarbejdet med henblik på Miljøstyrelsens offentliggørelse.

vil begge aftaler således isoleret set være omfattet af anvendelsesområderne for de udvidede in-house-regler i henholdsvis udbudslovens §§ 12-13 og § 14 og dermed være undtaget for udbud.

Der er dog risiko for, at en sådan konstruktion vil kunne anses for og tilside-sættes som en omgåelse af udbudsreglerne, hvis det egentlige formål ved de forskellige og relative aftaler alene er at undgå udbud, eller at det måtte anskues som den reelle årsag.

Såfremt konstellationen derimod er begrundet i andre hensyn herunder et ønske om en klar organisatorisk adskillelse af aktiviteterne, således at aktiviteter, der vedrører forsyningskoncernen, fremadrettet altid indledningsvist går direkte i AffaldVarme Aarhus Holding A/S, hvorefter de via nye aftaler bringes ud til AffaldVarme Aarhus Holding A/S' datterselskaber, vil dette derimod formentlig lovligt kunne begrunde konstellationen, hvorefter den til trods for de udbudsretlige positive konsekvenser næppe kan anskues som omgåelse.

Vælges en sådan fremgangsmåde, anbefales det dog under alle omstændigheder, grundet usikkerheden forbundet herved, at indrykke en profylaksebekendtgørelse herom forud for aftalens indgåelse.

Det bemærkes for en ordens skyld, at den i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29 indeholdte bestemmelse om tildeling af kontrakter mellem konsoliderede koncernselskaber ikke vil kunne anvendes ved AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S' tildeling af opgave om affaldsbortskaffelse til Østjysk Affaldsenergi A/S, allerede som følge af, at affaldsbortskaffelse ikke udgør en aktivitet omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde, hvorfor AffaldVarme Aarhus Genbrug P/S ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

#### 5.1.2.2 Aftaler om levering af serviceydelser

Fremtidige aftaler mellem ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S *eller* AffaldVarme Aarhus A/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, om Østjysk Affaldsenergi A/S' modtagelse af ydelser, herunder fx IT, økonomi, kantine, etc., er omfattet af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, da Østjysk Affaldsenergi A/S, jf. redegørelsens afsnit 5.1.1.2, er omfattet af ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og da produktion af el og varme – antageligt også, når det sker ved forbrænding af affald – er en aktivitet omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Såfremt værdien af sådanne aftaler overstiger tærskelværdien i forsyningsvirksomhedsdirektivet, er aftaler herom derfor som udgangspunkt udbudspligtige.

Dette vil dog ikke være tilfældet, hvis betingelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3 (svarende til udbudslovens § 14), er opfyldt.

Dette vurderes imidlertid ikke at være tilfældet, da Østjysk Affaldsenergi A/S hverken direkte eller indirekte kan føre kontrol med ejerkommunerne *eller* Renosyd I/S *eller* AffaldVarme Aarhus Holding A/S *eller* AffaldVarme Aarhus A/S, hvorefter kontrolkriteriet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, formentlig ikke er opfyldt.

I de tilfælde hvor anvendelse af den udvidede in-house-regel – som i det foreliggende tilfælde – baserer sig på fælles ejerskab, kan kontrolkriteriet således efter ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, og udbudslovens § 14 ikke i medfør af disse bestemmelser anses for opfyldt ved indgåelse af aftaler, der bevirker levering af ydelser fra de kontrollerende enheder (og andre juridiske enheder kontrolleret af samme enheder, fx søsterselskaber) til den kontrollerede enhed.

Sådanne aftaler vurderes dog alligevel at kunne undtages fra udbud i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29, hvis aftalerne tildeles selskaber, som Østjysk Affaldsenergi A/S' regnskaber konsolideres sammen med, hvis mindst 80 % af disse selskabers gennemsnitlige samlede omsætning ved salg af tjenesteydelser i løbet af de seneste tre år hidrører fra leveringen af tjenesteydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S eller andre virksomheder i samme koncern.

Ud fra det oplyste vil Østjysk Affaldsenergi A/S' regnskaber i den påtænkte kommende selskabskonstellation blive konsolideret sammen med de øvrige selskaber i Aarhus Kommunes forsyningskoncern, hvorefter dette krav vil være opfyldt.

Da det i øvrigt antages, at AffaldVarme Aarhus A/S, der påtænkes at levere tjenesteydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S, kun leverer tjenesteydelser til de øvrige selskaber i Aarhus Kommunes forsyningskoncern, vil kravet om mindst 80 % intern omsætning desuden være opfyldt.

På baggrund heraf vurderes sådanne aftaler derfor også at kunne indgås uden forudgående udbud.

Indgåelse af sådanne aftaler mellem Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S vurderes derimod ikke at kunne indgås uden forudgående udbud, hvis aftalernes værdi overstiger tærskelværdierne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, da Østjysk Affaldsenergi A/S' regnskaber i den påtænkte kommende selskabskonstellation, ud fra det oplyste, ikke vil blive konsolideret sammen med Renosyd I/S.

Aftale om levering af ydelser fra Renosyd I/S til Østjysk Affaldsenergi A/S vil dog formentligt i en kortere overgangsperiode, indtil nye aftaler kan være på plads, kunne begrundes i eneretsreglen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra c.

## 5.2 **Kommunalretlige problemstillinger**

### 5.2.1 *Beskrivelse af regler*

De kommunalretlige regler, der regulerer samhandel mellem kommuner hhv. rammerne for samhandel mellem kommuner og kommunale selskaber er de samme, som regulerer kommunernes ejerskab af kommunale selskaber, jf. beskrivelsen ovenfor i pkt. 3.3.1.

Da Renosyd I/S og Aarhus Kommune hver især er underlagt de kommunalretlige regler, både i relation til kommunernes egne kontrakter og i deres egenkab af ejere af Østjysk Affaldsenergi A/S, skal spørgsmålet vurderes både i relation til, om Østjysk Affaldsenergi A/S lovligt kan købe ydelser af Renosyd I/S henholdsvis Aarhus Kommune og i relation til, om Renosyd I/S henholdsvis Aarhus Kommune kan sælge ydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S.

Ved fastlæggelsen af rammerne for Østjysk Affaldsenergi A/S' samhandel med Renosyd I/S og Aarhus Kommune er de vigtigste begrænsninger de, der følger af forbuddet mod erhvervsaktiviteter, henholdsvis forbuddet mod at forfølge profitformål samt forbuddet mod at udføre aktiviteter til gavn for andre end kommunes borgere. Rammerne herfor er som beskrevet i afsnit 3.3.1.3 og 3.3.1.4.

Kommunernes hovedformål er løsning af almennyttige opgaver. Udgangspunktet er derfor, at kommunerne ikke uden særlig begrundelse kan løse opgaver med profitformål. Samme begrænsning følger af, at det i den kommunalretlige praksis er fast antaget, at kommuner ikke uden særlig hjemmel må konkurrere med private erhvervsdrivende.

Det kommunalretlige forbud mod at drive erhvervsvirksomhed gælder uanset, om driften har til formål at sælge ydelser til private eller offentlige.

Undtagelse fra dette forbud gøres i praksis, hvis en kommune kan godtgøre, at den solgte ydelse er et biprodukt af en lovlig kommunal aktivitet eller i øvrigt udgør en tilfældigt opstået overskudskapacitet. I disse tilfælde kræves det af kommunen, at denne dokumenterer, at der er gjort forsøg på at afvikle overskudskapaciteten.

Det følger grundlæggende heraf, at en kommune ikke må *tilrettelægge* den kommunale drift/løsningen af konkrete opgaver med henblik på at kunne sælge ydelser (materiale eller serviceydelser) til tredjemand.

Kommuner er herudover, som uddybet i afsnit 3.3.1.3, begrænset til at løse opgaver, som kommer kommunens borgere til gavn.

Den heri indeholdt begrænsning medfører, at en kommune som udgangspunkt ikke må levere ydelser til et fælleskommunalt selskab – uanset selskabsstruktur – hvis det pågældende selskab udfører opgaver for flere kommuner.

Fra det her nævnte udgangspunkt gøres undtagelse for *koncerninterne opgaver*. En kommunal koncern må gerne udveksle ydelser imellem de enkelte selskaber – bl.a. ud fra den tanke, at kommunen ved at samle opgaveløsningen i selve kommunalforvaltningen måtte udføre disse opgaver.

Dette indebærer, at de her nævnte begrænsninger i adgangen til at sælge ydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S først og fremmest har betydning for Renosyd I/S. Da AffaldVarme Aarhus Holding A/S efter apportinskuddet af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg vil eje mere end 50 % af Østjysk Affaldsenergi A/S, indgår Østjysk Affaldsenergi A/S i AVA-koncernen, og AVA-koncernen/Aarhus Kommune må derfor sælge ydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S i samme omfang, som hidtil.

#### 5.2.2 *Aftale om Renosyd I/S' levering af serviceydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S*

Hvis Renosyd I/S fremover ønsker at indgå aftale om udleje af medarbejdere eller andre serviceydelser (IT-support, økonomistyring, HR), kræves det *både*, at Østjysk Affaldsenergi A/S lovligt kan købe den pågældende ydelse af en offentlig myndighed, *og* at Renosyd I/S lovligt kan sælge ydelsen.

Den væsentligste kommunalretlige begrænsning herfor er det almindelige forbud mod, at Renosyd I/S driver erhvervsvirksomhed henholdsvis at begunstige enkeltpersoner (herunder enkelte selskaber).

RenoSyd I/S kan derfor som udgangspunkt ikke uden hjemmel i form af en særskilt lovbestemmelse, eller fordi forholdet falder inden for de snævre undtagelser til erhvervsdriftsforbuddet i den almindelige kommunalfuldmagtsslære, afsætte varer eller tjenesteydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S.

Da Renosyd I/S efter den påtænkte model vil have en ejerandel på under 50 % af Østjysk Affaldsenergi A/S, og da der ikke i de relevante speciallove er særskilte bestemmelser om ejerkommuners levering af ydelser til et affaldsforbrændingsselskab, vil det alene være lovligt for Renosyd I/S at levere ser-

viceydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S i det omfang den enkelte serviceydelse kan henføres under læren om biprodukter og kommunal overskudskapacitet.

Grænserne herfor er snævre, og der stilles strenge krav til bl.a. dokumentationen for, at den pågældende kapacitet ikke på anden måde kunne være afviklet. Det er for vurderingen uden betydning, om den af Renosyd I/S leverede ydelse er væsentlig for Østjysk Affaldsenergi A/S. Lovligheden af en fremtidig aftale skal således fastlægges *alene* ud fra en vurdering af, om den pågældende service set fra Renosyd I/S' perspektiv udgør et biprodukt eller en lovlig overskudskapacitet.

Hvis der er tale om udleje af medarbejdere henholdsvis levering af service, som Renosyd I/S i forbindelse med oprettelsen af Østjysk Affaldsenergi A/S vælger at beholde for at kunne udleje de pågældende medarbejdere til Østjysk Affaldsenergi A/S, følger det allerede heraf, at Renosyd ikke lovligt vil kunne indgå den påtænkte kontrakt.

Herudover er det også vores vurdering, at Renosyd I/S ikke over en periode vil kunne levere medarbejdere eller service til Østjysk Affaldsenergi A/S, idet de pågældende medarbejdere efter oprettelsen af Østjysk Affaldsenergi A/S enten vil kunne flyttes til andre opgaver i Renosyd I/S eller afskediges.

Som undtagelse til det anførte er det dog vores vurdering, at Renosyd I/S i en kortere overgangsperiode vil kunne levere visse af de anførte ydelser til Renosyd I/S, såfremt dette – i forbindelse med affaldsforbrændingsanlæggets overdragelse til Østjysk Affaldsenergi A/S – er nødvendigt af hensyn til en fortsat uhindret drift af anlægget, indtil disse ydelser kan leveres af AffaldVarme Aarhus A/S, eller der i Østjysk Affaldsenergi A/S er opbygget en selvstændig organisation, der kan levere disse ydelser. En sådan overgangsløsning vil efter vores vurdering være begrænset til egentlig understøttelse af driften (IT, lønsystemer eller lignende), idet det må kræves, at mandskab til den primære drift vil skulle være til stede fra selskabets oprettelse eller indkøbes fra en tredjepart.

Som følge af de anførte kommunalretlige begrænsninger bør driftspersonale, som udelukkende eller i langt overvejende grad er beskæftiget på Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg, derfor overdrages til Østjysk Affaldsenergi A/S (med eventuel efterfølgende overdragelse til AVA-koncernens serviceselskab, AffaldVarme Aarhus A/S) som led i overdragelsen (apportindskuddet) af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til det fælles selskab. I det omfang administrativt personale (direktion, økonomi, HR mv.) ansat i Renosyd I/S skal udføre opgaver for både Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, kan dette ske ved at opsplitte de pågældendes ansættelsesforhold i to, således at de deltidsansættes i henholdsvis Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S (al-

ternativt i AffaldVarme Aarhus A/S), jf. nærmere vedrørende delt ansættelse i afsnit 10.

## 6. SKATTE- OG AFGIFTMÆSSIGE FORHOLD

### 6.1 Skattemæssige indgangsværdier

Renosyd I/S er i dag skattefritaget. Ved overdragelse af affaldsforbrændingsanlægget til et kapitalsekskab vil aktiviteten overgå til skattepligt. I den forbindelse skal de skattemæssige indgangsværdier af anlægsaktiver fastsættes. Jo højere værdierne er, jo mere kan der skattemæssigt afskrives, hvilket nedbringer den skattepligtige indkomst. Betalbar skat er en omkostning som er til gunst for forbrugerne og konkurrenceevnen.

Praksis for værdiansættelse af aktiver i affaldsforbrændingssektoren er pt. POLKA (pris- og levetidskatalog). POLKA er en værdi baseret på gennemsnittet af den nedskrevne anskaffelsespris og den nedskrevne genanskaffelsespris for de enkelte aktivtyper. Princippet kendes fra vandsektorens overgang til ny økonomisk regulering. POLKA anvendes endnu ikke i varmesektoren, men Forsyningstilsynet har udarbejdet et udkast til POLKA-ark.

POLKA-værdien er generelt højere end både bogførte værdier (fra årsregnskabet) og regulatoriske værdier (fra prisetervisningen). Det skyldes bl.a. forskel i værdiansættelsen og afskrivningstilgangen. Det er efter vores oplysninger også tilfældet for Renosyd I/S hvor der pt. er en estimeret POLKA-værdi på 100-120 mio. kr.

Værdiansættelsen af aktiver i varme- og affaldsforbrændingssektoren behandles pt. af Landsskatteretten. Ved indhentelse af et bindende svar elimineres risikoen for at en afgørelse fra Landsskatteretten påvirker værdiansættelsen negativt. Dette, da et bindende svar binder Skattestyrelsen til trods for at en senere afgørelse fra Landsskatteretten går imod det bindende svar. Et bindende svar binder også Skattestyrelsen ift. en ændring i deres opfattelse af hvordan aktiverne bør værdiansættes.

Fremtidig ændring af lovgivningen vil dog kunne påvirke det bindende svars virkning ift. skattemyndighederne.

Opnås et positivt bindende svar vil der også være en høj grad af sikkerhed for hvilke værdier Østjysk Affaldsenergi A/S opnår, hvorved det med øget sikkerhed kan estimeres om der opstår betalbar skat i selskabet isoleret set.

Det kan have afgørende betydning ift. vurdering af konsekvensen af at indgå en ejerftale som ikke giver adgang til sambeskatning med AffaldVarme Aarhus-koncernen (nærmere herom nedenfor).

## 6.2 Sambeskatning

Østjysk Affaldsenergi A/S vil som udgangspunkt blive sambeskattet med AffaldVarme Aarhus-koncernen idet AffaldVarme Aarhus Holding A/S ifølge vores oplysninger (direkte eller indirekte) vil eje mere end 50% af stemmerne i selskabet. Sambeskatning mellem Østjysk Affaldsenergi A/S og AffaldVarme Aarhus-koncernen har den fordel, at det vil give mulighed for at selskaberne kan modregne skattemæssige overskud i andre selskabers underskud, og dermed undgå betalbar skat til Skattestyrelsen.

Betingelsen for at anvende reglerne om sambeskatning er, at der er en koncernforbindelse mellem selskaberne. Koncernforbindelse opstår når der er 'bestemmende indflydelse'. Bestemmende indflydelse betegnes som beføjelsen over et selskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Dette er som hovedregel direkte eller indirekte ejerskab af mere end halvdelen af stemmerettighederne. Dette er dog undtaget af tilfælde, hvor ejerforholdet ikke medfører bestemmende indflydelse. Det kan eksempelvis være som følge af en ejerftale. Hvis ejerftalen påvirker selskabets majoritetsejers beføjelser over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, kan det resultere i, at reglerne om sambeskatning ikke finder anvendelse. Det være sig fx vetoretigheder.

Konsekvensen heraf vil være, at "Østjysk Affaldsenergi A/S" ikke sambeskattes med andre, og dermed at skattebetalinger til Skattestyrelsen, som kunne have været undgået, alligevel opstår.

## 6.3 Skattemæssige konsekvenser for Renosyd I/S

Overdragelse af affaldsforbrændingsanlægget fra Renosyd I/S har ingen skattemæssige konsekvenser, idet Renosyd I/S er skattefritaget. Dette som følge af, at selskabet er skattemæssigt transparent og derfor hviler på ejerkommunernes skatteforhold. Elproduktion i kommuner er som udgangspunkt skattepligtigt, men når produktionen sker i forbindelse med afbrænding af affald, er aktiviteten skattefri. Producers der el på anden vis vil denne aktivitet være skattepligtig.



#### 6.4 **Skattemæssige konsekvenser for AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen**

Det har ingen negative skattemæssige konsekvenser for AffaldVarme Aarhus Energi A/S at Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg indskydes i Østjysk Affaldsenergi A/S.

Det kan dog have en negativ konsekvens for AffaldVarme Aarhus Energi A/S og AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernen, hvis sambeskatning ikke opretholdes jf. omtalen ovenfor i afsnit 6.2

Det er endvidere vores vurdering, at der ikke kan ske tilskudsbeskatning på ejerniveau idet der er tale om uafhængige parter.

#### 6.5 **Momsmæssige forhold ved etableringen**

Renosyd I/S indskyder sit affaldsenergianlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) mod modtagelse af kapitalandele i selskabet (kapitalforhøjelse).

RenoSyd I/S kan indskyde deres affaldsenergianlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) som en momsfri virksomhedsoverdragelse, jf. momslovens § 8, stk. 1, 3. pkt.

Det er en betingelse for en momsfri virksomhedsoverdragelse, at

- De aktiver, der overdrages, samlet udgør en virksomhed
- Køber – Østjysk Affaldsenergi A/S – har til hensigt at drive den overtagne virksomhed videre

Der er vores vurdering, at begge betingelser er opfyldt, idet den overtagne aktivitet videreføres i Østjysk Affaldsenergi A/S.

Kapitalforhøjelsen i Østjysk Affaldsenergi A/S til Renosyd I/S, som vederlag for apportindskuddet, har ingen momsmæssige konsekvenser.

##### 6.5.1 *Yderligere forhold, der skal iagttages som en del af overdragelsen*

###### 6.5.1.1 Notifikation til Skattestyrelsen

Der skal gives notifikation om den nye ejers navn og adresse (Østjysk Affaldsenergi A/S) samt købsprisen til Skattestyrelsen inden 8 dage efter overtagelsesdagen.

###### 6.5.1.2 Ophør af virksomhed

Renosyd I/S skal melde ophør af virksomhed, der er overdraget til Østjysk Affaldsenergi A/S. Denne melding foretages via virk.dk.

#### 6.5.1.3 Overdragelse af reguleringsforpligtelser

Hvis der er aktive momsreguleringsforpligtelser i relation til de aktiver, der overdrages, skal reguleringsforpligtelserne overdrages til Østjysk Affaldsenergi A/S. Alternativt forfalder de til betaling.

Det er en betingelse for at overdrage reguleringsforpligtelserne, at (1) Østjysk Affaldsenergi A/S har minimum samme fradragsret som Renosyd I/S og (2) Østjysk Affaldsenergi A/S erklærer at overtage reguleringsforpligtelserne.

I den forbindelse skal blanket 49.026 og 49.040 udfyldes og underskrives af Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S og efterfølgende indsendes til Skattestyrelsen.

##### *Administrativ lempelse*

Der er en administrativ praksis, hvor Renosyd I/S kan undlade at opgøre reguleringsforpligtelserne, som bl.a. finder anvendelse ved tilførsel af aktiver. Det er en betingelse, at regnskabsmaterialet fra Renosyd I/S er fuldt tilgængeligt for Østjysk Affaldsenergi A/S efter overdragelsen, således at eventuelle reguleringsforpligtelser senere kan opgøres.

Der skal i den forbindelse udarbejdes en skrivelse til Skattestyrelsen, hvori der orienteres om overdragelsen af reguleringsforpligtelserne samt en begrundelse for ikke at opgøre dem. Hvis Skattestyrelsen ikke anerkender, at reguleringsforpligtelserne ikke opgøres, skal reguleringsforpligtelserne opgøres og notificeres via ovenstående blanketter.

#### 6.5.2 Øvrige registreringsforhold

Hvis der overdrages aktiviteter, som kræver særlige registreringer, som Østjysk Affaldsenergi A/S ikke i forvejen har, skal disse selvstændigt iagttages af Østjysk Affaldsenergi A/S, idet registreringer mv. fra Renosyd I/S ikke følger med ved en virksomhedsoverdragelse. Der kan fx være tale om frivillig registrering for udlejning af fast ejendom eller øvrige afgiftsmæssige forhold.

#### 6.5.3 Overdragelse af debitorer i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen

Hvis der indgår debitorer i overdragelsen fra Renosyd I/S til Østjysk Affaldsenergi A/S, skal det sikres, at debitormassen overdrages til kurs 100, idet Østjysk Affaldsenergi A/S alternativt mister adgangen til at opnå momsfradrag for tab på debitorer.

## 6.6 **Afgiftsmæssige forhold ved etableringen**

Afgiftsretligt er der intet til hinder for sammenlægningen af AffaldVarme Aarhus Energi A/S og Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg. Nedenfor har vi oplyst en række forhold som bør håndteres i forbindelse med overdragelsen.

### 6.6.1 *Indberetning af energi- og miljøafgifter*

Der bør laves en klar aftale om håndtering af pligten til indberetning af energi- og miljøafgifter til Skattestyrelsen for forbrændingsanlæggene i perioden op til og efter overdragelsen. Derved sikres at skyldige afgiftstilsvar afregnes korrekt for hele perioden både forud for transaktionen og i perioden straks herefter. Manglende afregning kan medføre bødesanktion fra Skattestyrelsen, hvorfor dette bør overvejes nøje herunder sikring af registreringsforholdene, jf. nedenfor pkt. 6.6.2.

### 6.6.2 *Registreringsforhold*

Hvis der overdrages aktiviteter, som kræver særlige registreringer, som Østjysk Affaldsenergi A/S ikke i forvejen har, skal disse selvstændigt iagttages af Østjysk Affaldsenergi A/S, idet registreringer mv. fra Renosyd I/S ikke følger med ved en virksomhedsoverdragelse. Da Renosyd I/S indskyder sit affaldsenergianlæg i AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S), er det vigtigt, at AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) har de tilsvarende afgiftsregistreringer, som Renosyd I/S har i dag.

Renosyd I/S er registreret for "afgift af affald og råstoffer", idet Renosyd I/S har et deponi. AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) skal derfor registreres via blanket 24.033, hvis deponiet under I/S Renosyd også skal overdrages til AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S). Dette antages imidlertid ikke at være tilfældet.

AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) skal endvidere have registreret Renosyd I/S' hovedelmålere (aftagenumre) hos Skattestyrelsen, således at den købte elektricitet kan faktureres til AffaldVarme Aarhus Energi A/S (Østjysk Affaldsenergi A/S) uden elafgifter. Registreringen skal ske via blanket 23.013.

### 6.6.3 *Overdragelse af rettigheder og pligter – historiske afgiftsforhold*

Afgiftsområdet er i betydeligt omfang præget af skiftende regelsæt og praksisændringer og dette gælder i særligt grad energi- og miljøafgifter knyttet til affaldsforbrænding. Det er derfor sandsynligt, at der skal foretages reguleringer af opgjorte afgiftstilsvar enten positivt eller negativt for perioden forud for den selskabsretlige omstrukturering af forbrændingsanlæggene. Det er derfor

vores anbefaling, at overdragelseaftalen klart definerer hvilke rettigheder og pligter der overdrages fra de eksisterende selskaber til det nye juridiske subjekt der skal drive begge forbrændingsanlæg. Dette gælder særligt for CO<sub>2</sub>-afgift på affald som indberettes "aconto" og korrigeres i forbindelse med CO<sub>2</sub>-verifikation i følgende år.

#### 6.6.4 *Afgifter på affaldsforbrænding – tillægsafgift og CO<sub>2</sub>-afgift på affald*

Det bør overvejes om tillægsafgift på affald samt CO<sub>2</sub>-afgift på affald skal pålægges særskilt for affaldskunderne i henholdsvis Skanderborg og Aarhus eller om der fremover skal laves en fælles opgørelse med samme afgiftsbelastning for alle tilknyttede affaldsleverandører

#### 6.7 **Tinglysningsafgiftsmæssige forhold ved etableringen**

Østjysk Affaldsenergi A/S forudsættes etableret ved Renosyd I/S' overdragelse af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til AffaldVarme Aarhus Energi A/S mod vederlag i aktier (apportindskud).

Overdragelsen af affaldsforbrændingsanlægget indbefatter overdragelse af de materielle anlægsaktiver, som danner baggrund for anlæggets drift, herunder den faste ejendom i form af grund og bygninger.

Efter tinglysningsafgiftsloven skal der som udgangspunkt betales tinglysningsafgift ved overdragelse af fast ejendom.

Tinglysningsafgiften udgør en fast afgift på 1.750 kr. og en variabel afgift på 0,6 % af ejerskiftesummen. Er der tale om ejerskifte af anden ejendom end ejerboliger, og er overdragelsen ikke sket i almindelig fri handel, skal der ved anmeldelsen til tinglysning afgives en erklæring herom, og anmelderen skal oplyse den forventelige kontantværdi efter bedste skøn ved en fri handel. Afgiften beregnes herefter på grundlag af den højeste værdi af den faktiske ejerskiftesum og den skønnede, forventelige kontantværdi i fri handel.

Den variable tinglysningsafgift udløses dog ikke ved visse omstruktureringer såsom fusion, omdannelse eller tilførsel af aktiver. Ifølge praksis kan den variable tinglysningsafgift undgås ved en skattefri tilførsel af aktiver, også selv om det afgivende selskab er skattemæssigt transparent (såsom I/S og P/S). § 60-selskaber er kendetegnet ved at være skattemæssigt transparente. Det er dog uprøvet i praksis om organisationsformen giver adgang til afgiftsnedsættelse, men det er vores umiddelbare forventning.

Vi anbefaler dog, at der indhentes et bindende svar for at være på den sikre side.

Det bemærkes, at såfremt der sker transaktioner efter tilførslen af aktiver (fx fusion af kapitalselskaber) vil disse overdragelser ikke udløse variabel tinglysningsafgift. Dette skyldes, at omstrukturering af kapitalselskaber er omfattet af afgiftsfritagelsen.

## **7. MYNDIGHEDSFORHOLD MV.**

### **7.1 Bevillinger, tilladelser, godkendelser mv.**

#### *7.1.1 Bevillinger, tilladelser, godkendelser mv.*

Overdragelsen af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til Østjysk Affaldsenergi A/S indebærer et ejerskifte, idet anlægget fremover vil være ejet af den juridiske enhed Østjysk Affaldsenergi A/S.

Alle nødvendige bevillinger, tilladelser, godkendelser mv. til driften af affaldsforbrændingsanlægget er givet til Renosyd I/S, og kan ikke uden videre blot overdrages.

Alle sådanne bevillinger, tilladelser, godkendelse mv. skal derfor identificeres, og der skal – forinden overdragelsen gennemføres – indhentes nye bevillinger, tilladelser, godkendelse mv. – alternativt samtykke til overdragelsen – fra de relevante myndigheder.

Det gælder eksempelvis elproduktionsbevilling, miljøgodkendelse, eventuel CO<sub>2</sub>-udledningstilladelse mv.

#### *7.1.2 Reglerne om modregning i bloktilskud*

Elforsyningsloves § 37, stk. 1, og varmemforsyningslovens § 23 I, stk. 1, smh. med lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommunerne, indeholder bestemmelser, hvorefter kommuners modtagelse af uddelinger fra og vederlag ved afståelse af virksomheder, der udøver aktiviteter omfattet af el- og varmemforsyningsloven eller af virksomheder med ejerandele heri, udløser modregning i bloktilskuddet.

I medfør af elforsyningslovens § 37, stk. 2, og varmemforsyningslovens § 23 I, stk. 2, udløser selskabsmæssige omstruktureringer dog ikke modregningspligt, såfremt kommunerne, der har ejerandele i den eller de virksomheder, der berøres af omstruktureringen, kun opnår vederlag i form af direkte eller indirekte ejerandele i de bestående virksomheder i samme indbyrdes forhold som før omstruktureringen.

I forbindelse med en påtænkt overdragelse af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til et produktionsselskab ejet i fællesskab med Skanderborg-Hørning Fjernvarme a.m.b.a. har Odder og Skanderborg kommuner i 2016 anmodet Energitilsynet om bekræftelse på, at den påtænkte udskillelse og overdragelse af affaldsforbrændingsanlægget ikke ville udløse modregningspligt efter varmforsyningslovens § 23 I og elforsyningslovens § 37 for de respektive kommuner.

Energitilsynet afgav i den forbindelse den 29. november 2016 en vejledende udtalelse, hvorefter overdragelse af affaldsforbrændingsanlægget udelukkende mod vederlag i aktier (dvs. apportindskud) *ikke* ville udløse modregningspligt, forudsat at Odder og Skanderborg kommuner de facto ville bevare deres ejerandele i Renosyd I/S i samme indbyrdes forhold som før omstruktureringen, dvs. med 50 % hver, og at Renosyd I/S blev ejer af aktier i det fælles produktionsselskab, der i værdi ville modsvare den forholdsmæssige værdi af de indskudte aktiver.

Efter vores vurdering må Energitilsynets udtalelse i forhold til Odder og Skanderborg kommuner gælde tilsvarende i forhold til etableringen af Østjysk Affaldsenergi A/S, der er karakteriseret ved, at Odder og Skanderborg kommuner de facto bevarer deres ejerandele i Renosyd I/S i samme indbyrdes forhold som før omstruktureringen, dvs. med 50 % hver, og at Renosyd I/S bliver ejer af aktier i Østjysk Affaldsenergi A/S, der i værdi modsvarer den forholdsmæssige værdi af de indskudte aktiver.

Tilsvarende finder undtagelsesbestemmelserne i elforsyningslovens § 37, stk. 2, og varmforsyningslovens § 23 I, stk. 2, vedrørende selskabsmæssige omstruktureringer efter vores vurdering også anvendelse i forhold til Aarhus Kommune som den ultimative ejer af AffaldVarme Aarhus Energi A/S.

Den endelige afgørelse heraf henhører imidlertid under Forsyningstilsynet, og vi vil derfor anbefale, at Forsyningstilsynets bekræftelse på, at transaktionen ikke vil udløse modregning, indhentes.

### 7.1.3 *Takstfastsættelse*

Affaldsenergianlæggenes økonomi er omfattet af varmforsyningsloven på varmesiden og affaldsaktørbekendtgørelsen og miljøbeskyttelsesloven på affaldssiden.

#### 7.1.3.1 Varmesiden

Varmeforsyningsloven medfører, at indtægter fra varmeproduktion og omkostninger til varmeproduktion skal hvile-i-sig-selv. Årets realiserede indtæg-

ter og omkostninger indberettes hvert år til tilsynsmyndigheden Forsyningstilsynet i en priseftervisning.

Begge affaldsenergianlæg afsætter produceret varme til Varmeplan Aarhus. Aftalen med Varmeplan Aarhus medfører, at prisen hvert år fastsættes, så den dækker årets afholdte nødvendige omkostninger, hvormed økonomien ved varmeproduktion hvert år hviler i sig selv.

Der er intet til hinder for, at hvert affaldsenergianlæg bibeholder sin respektive aftale med Varmeplan Aarhus, hvormed prisen for afsætning af varme fra det enkelte affaldsenergianlæg også fremadrettet fastsættes på baggrund af hvert anlægs realiserede nødvendige omkostninger.

På et senere tidspunkt kan anlægges varmeproduktioner i forhold til varmforsyningsloven samles i ét takstregnskab og én priseftervisning, hvis det ønskes, hvilket fx kan være ved udløb/genforhandling af aftalerne med Varmeplan Aarhus. Det er imidlertid ikke noget krav i forbindelse med etablering af det fælles selskab, Østjysk Affaldsenergi A/S. Uanset en sammenlægning af takstregnskabet vil prisen for afsætning af varme fortsat skulle være en omkostningsbestemt pris i henhold til hvile-i-sig-selv princippet i varmforsyningsloven.

#### 7.1.3.2 Affaldssiden

Modtagelse og afbrænding af forbrændingsegnet affald er omfattet af miljøbeskyttelseslovens § 48 om gebyrer på affaldsområdet. Bestemmelserne indeholder ikke detailregler for lige præcis brotaksten for indleveret affald til forbrænding. Bestemmelserne regulerer i stedet sammen med affaldsaktørbeholdtgebyret gebyrfastsættelsen for ordningerne defineret i affaldsbekendtgørelsen.

Jf. bestemmelserne skal der kunne redegøres for gebyrfastsættelsen men derudover indeholder bestemmelserne ikke detailregler for fastsættelse af brotaksten. Der er således heller ikke detailregler der forhindrer fastsættelse af differentierede takster for affald fra de forskellige ordninger. Derudover er det muligt for affaldsenergianlæggene at modtage affald, fx via udbud og import, som ikke er omfattet af reglerne for gebyrfastsættelse.

AffaldVarme Energi A/S er forpligtet til at dække Aarhus Kommunes pensionsbetalinger til de tjenestemænd, der arbejder eller har arbejdet på affaldsenergianlægget eller i tilknytning hertil. Pensionsudbetalingerne skal dækkes af fremtidige indtægter. Forpligtelsen er på baggrund af aktuarberegninger opgjort til 68,8 mio. kr. pr. 1. oktober 2019.

På varmesiden indregnes omkostningen sammen med øvrige omkostninger i grundlaget for den omkostningsbestemte varmepris som afregnes med Varmeplan Aarhus.

På affaldssiden kan parterne aftale, hvordan pensionsbetalingerne skal påvirke brotaksten, herunder om betalingerne skal medføre differentierede brotakster, hvis brotaksten for affaldsmængder fra Renosyd I/S ikke skal påvirkes af pensionsbetalingerne.

På baggrund af ovenstående er der således både mulighed for at have en fælles ens brotakst for de to affaldsenergianlæg i det fælles selskab, Østjysk Affaldsenergi A/S, ligesom der er mulighed for at have forskellige brotakster.

## 7.2 Fusionskontrol

Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at loven finder anvendelse på enhver form for erhvervsvirksomhed. Begrebet »erhvervsvirksomhed« skal forstås bredt, således at enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester, er omfattet af loven. Begrebet erhvervsvirksomhed dækker både offentlig og privat erhvervsvirksomhed.

Bestemmelserne i konkurrenceloven om fusionskontrol finder anvendelse på fusioner, hvor

1. de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 900 mio. kr. og mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 100 mio. kr.,
2. mindst én af de deltagende virksomheder har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 3,8 mia. kr. og mindst én af de øvrige deltagende virksomheder har en samlet årlig omsætning på verdensplan på mindst 3,8 mia. kr. eller
3. Erhvervsstyrelsen efter lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester har henvist en fusion mellem to eller flere erhvervs-mæssige udbydere af elektroniske kommunikationsnet i Danmark til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens behandling.

Hvad angår den planlagte transaktion, er det særligt nr. 1, som er relevant. Det må lægges til grund, at omsætningen i AffaldVarme Aarhus Energi A/S (da der er tale om koncernomsætning) forventeligt overstiger 900 mio. Det afgørende bliver herefter, hvorvidt omsætningen relateret til de aktiviteter, som overdrages fra Renosyd I/S til AffaldVarme Aarhus Energi A/S (som ændrer navn til Østjysk Affaldsenergi A/S) overstiger 100 mio., idet transaktionen (apportindskuddet) herefter vil blive anmeldelsespligtigt. Som led i vurderingen af omsætningstærsklerne skal det nævnes, at det fremgår af omsæt-



ningsbekendtgørelsen, at for virksomheder ejet af staten eller en eller flere regioner eller kommuner, der ikke har en selvstændig beslutningsbeføjelse, omfatter omsætningen også omsætning i andre virksomheder, der er underlagt den samme myndigheds beslutningsbeføjelse.

Såfremt transaktionen er anmeldelsespligtig efter fusionskontrolreglerne, skal der betales et gebyr for konkurrencemyndighedernes behandling af anmeldelsen. Gebyrets størrelse afhænger af, om fusionen anmeldes forenklet eller almindeligt. Gebyret for en forenklet anmeldelse er 50.000 kr., jf. konkurrencelovens § 12 h, stk. 2, mens gebyret for en almindelig anmeldelse udgør 0,015 % af de deltagende virksomheders samlede årlige omsætning i Danmark, dog maksimalt 1,5 mio. kr., jf. § 12 h, stk. 3. Det er umiddelbart vurderingen, at fusionen skal anmeldes almindeligt, hvorfor det må forventes at være det høje gebyr, som skal betales.

## **8. DEBITORSKIFTEPROBLEMSTILLINGER**

Efter almindelige, obligationsretlige retsgrundsætninger kan rettigheder frit overdrages, hvorimod overdragelse af forpligtelser kræver samtykke fra kreditor.

De selskabsretlige fusionsregler indeholder undtagelse hertil, idet det i selskabslovens § 236 er fastsat, at overdragelse af selskabets aktiver og forpligtelser som helhed i forbindelse med fusion kan gennemføres uden kreditorerens samtykke. Undtagelsen er begrundet i, at det samtidig efter selskabslovens fusionsregler er et krav, at der enten af en uafhængig revisor afgives erklæring om, at kreditorerne vil være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen, eller der alternativt stilles sikkerhed over for kreditorerne.

Overdragelsen af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg mod vederlag i aktier i Østjysk Affaldsenergi A/S er imidlertid ikke omfattet af de selskabsretlige fusionsregler. Derfor gælder den almindelige, obligationsretlige retsgrundsætning, hvorefter overdragelse af forpligtelser – herunder gensidigt bebyrdende kontrakter – kun kan ske med kreditors/medkontrahentens samtykke.

Det er derfor vigtigt, at der som led i identifikationen af de aktiver og forpligtelser, der skal apportindskydes, sker identifikation af samtlige forpligtelser og gensidigt bebyrdende kontrakter, der skal overdrages til Østjysk Affaldsenergi A/S, med henblik på indhentelse af kreditors/medkontrahentens samtykke til overdragelsen (debitorskifte).

Konsekvensen af manglende indhentelse af samtykke til debitorskifte vil være, at Renosyd I/S i forhold til kreditor/medkontrahenten fortsat hæfter fuldt ud for forpligtelsen/kontraktens opfyldelse.

## 9. VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSE AF MEDARBEJDERE

Overdragelsen af det til affaldsforbrændingsanlægget knyttede driftspersonale til Østjysk Affaldsenergi A/S som led i apportindskuddet af affaldsforbrændingsanlægget i Østjysk Affaldsenergi A/S har karakter af overdragelse af en del af en virksomhed.

Overdragelsen er derfor omfattet af lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ("virksomhedsoverdragelsesloven"). Efter § 2 i virksomhedsoverdragelsesloven indtræder Østjysk Affaldsenergi A/S som erhverver umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overtagelsestidspunktet i henhold til:

1. kollektiv overenskomst og aftale,
2. bestemmelser om løn, og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og
3. individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

Såfremt Østjysk Affaldsenergi A/S ikke ønsker at tiltræde en sådan kollektiv overenskomst, skal opmærksomheden henledes på, at virksomhedsoverdragelseslovens § 4a indeholder snævre frister for at frasige sig overenskomsten.

En eventuel efterfølgende overdragelse af de overtagne medarbejdere fra Østjysk Affaldsenergi A/S til AffaldVarme Aarhus Holding A/S-koncernens serviceselskab vil tillige være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven.

## 10. DELT ANSÆTTELSE AF MEDARBEJDERE

I forhold til administrativt personale (direktion, økonomi, HR mv.) ansat i Renosyd I/S, som efter etableringen af Østjysk Affaldsenergi A/S skal udføre opgaver for både Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, kan dette ske ved delt ansættelse, således at de fremadrettet ansættes delvist i Østjysk Affaldsenergi A/S (alternativt i AffaldVarme Aarhus A/S) og delvist i Reno Syd I/S.

Medarbejderne og arbejdsgiverne (Østjysk Affaldsenergi A/S/AffaldVarme Aarhus A/S og Renosyd I/S) kan som udgangspunkt godt indgå en aftale om, at medarbejderne ansættes delvist ved AffaldVarme Aarhus A/S og delvist ved Renosyd I/S.

Delestillinger ses ofte, hvor en medarbejder ansættes ved én arbejdsgiver og denne "udlånes" af denne arbejdsgiver til et andet arbejdssted. Denne løsning er ikke mulig af udbuds- og kommunalretlige grunde, jf. ovenfor i afsnit 5.1.2.2 og 5.2.2. Det kræves derfor, at der reelt er tale om to af hinanden

uafhængige ansættelsesforhold, hvilket vil betyde, at medarbejderne får to uafhængige ansættelsesbeviser, en lønseddel fra hver arbejdsgiver for hver lønperiode, en leder for hver ansættelse osv.

Deltidsansættelsen skal have realitet i begge ansættelsesforhold. Følgende retningslinjer bør derfor følges:

- Medarbejderne skal i hvert af deltidsjobbene reelt og på samme vilkår som kollegaer indgå i den pågældende organisation.
- Deltidsansættelsen skal være med faste timetal. Det kan ikke tilrådes, at der aftales "løbende justeringer". Eventuelle justeringer af timetal bør ske særskilt for hver af de to ansættelser og på tidspunkter/med interval, der er sædvanlige.
- Medarbejderne må ikke udføre opgaver for Østjysk Affaldsenergi A/S, mens de arbejder ved Renosyd I/S.
- De ansatte skal som udgangspunkt udføre opgaver på lokaliteter og med ressourcer hørende til den enkelte arbejdsgiver. Det indebærer, at arbejde for Renosyd I/S skal udføres samme sted som Renosyd I/S' medarbejdere. Tilsvarende skal arbejde for AffaldVarme Aarhus A/S udføres samme sted som AffaldVarme Aarhus A/S' medarbejdere *eller* på de fælles anlæg, idet AffaldVarme Aarhus A/S gerne må udleje. Det *klare udgangspunkt* bør være fysisk og funktionel opdeling af de to ansættelser.
- Hvis der konkret er behov for eller grund til, at medarbejdere under deres ansættelse for AffaldVarme Aarhus A/S befinder sig ved Renosyd I/S/anvender Renosyd I/S' ressourcer, skal det i det enkelte tilfælde vurderes, om reglerne om overskudskapacitet giver Renosyd I/S hjemmel til at stille de pågældende ydelser til rådighed for AVA.
- Eventuelle genbesættelser af stillinger bør ikke ske i fælles opslag.

Nogle overenskomster indeholder begrænsninger i adgangen til deltidsansættelser, og det skal derfor undersøges, om der i forhold til de gældende overenskomster måtte være sådanne begrænsninger.

Medarbejdere i Renosyd I/S, som før overdragelsen af Renosyd I/S' affaldsforbrændingsanlæg til Østjysk Affaldsenergi A/S har udført opgaver relateret til affaldsforbrændingsanlægget, vil være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven afhængigt af, hvor stor en del af vedkommendes arbejdstid der er anvendt til at udføre opgaver vedrørende affaldsforbrændingsanlægget. Medarbejderne kan derfor have rettigheder i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven, som bør klarlægges, herunder særligt retten til at blive overført helt til AffaldVarme Aarhus A/S, retten til at bevare sine rettigheder i henhold til ansættelseskontrakt og overenskomst samt retten til ikke at blive opsagt på grund af virksomhedsoverdragelsen.

## 11. PROCES

Såfremt der træffes principbeslutning om at gå videre med etableringen af Østjysk Affaldsenergi A/S, kan den videre proces overordnet skitseres således:

AKTIVITET	TIDSPLAN
<b>Apportindskuddet</b>	
Identifikation af aktiver og forpligtelser (herunder kontrakter), der skal overdrages	Q2, 2021
Værdiansættelse af apportindskuddet og fastlæggelse af ejerandele	Q2, 2021
<b>Ejerstrategi og ejeraftale</b>	
Udarbejdelse af ejerstrategi og ejeraftale	Q2 og Q3, 2021
<b>Myndighedsforhold</b>	
Identifikation af bevillinger, tilladelser, godkendelser mv., som er nødvendige for driften af det overdragne affaldsforbrændingsanlæg	Q2, 2021
Indhentelse af nye bevillinger, tilladelser, godkendelser mv. - alternativt samtykke til overdragelsen – fra de relevante myndigheder	Q3 og Q4, 2021
Henvendelse til Forsyningstilsynet undtagelse fra elforsynings- og varmforsyningslovens modregningsregler	Q2, 2021
Henvendelse til Skattestyrelsen vedrørende skattemæssige indgangsværdier og vedrørende undtagelse fra tinglysningsafgift	Q2, 2021
Fusionsanmeldelse, såfremt transaktionen er omfattet af fusionskontrolreglerne	Q4, 2021
<b>Debitorskifte</b>	
Indhentelse af samtykke til debitorskifte fra kreditorer/medkontrahenter	Q4, 2021
<b>Overdragelse af medarbejdere</b>	
Tilrettelæggelse af overdragelsen, herunder eventuel frasigelse af kollektiv overenskomst, på baggrund af virksomhedsoverdragelseslovens regler	Q2-Q4, 2021
<b>Selskabsretlige dokumenter</b>	
Udarbejdelse af selskabsretlige dokumenter til gennemførelse af apportindskuddet (overdragelsesaftale, generalforsamlingsprotokollat, nye vedtægter mv.)	Q4, 2021
Udarbejdelse af vurderingsberetning og overtagesbalance	Q4, 2021

<b>Samhandelsaftaler</b>	
Udarbejdelse af samhandelsaftaler mellem AffaldVarme Aarhus A/S (serviceselskabet) og Østjysk Affaldsenergi A/S, i det omfang der ikke allerede er skriftlige samhandelsaftaler	Q3-Q4, 2021
Udarbejdelse af eventuel Transitional Services Agreement mellem Renosyd I/S og Østjysk Affaldsenergi A/S, såfremt Renosyd I/S i en overgangsperiode skal levere ydelser til Østjysk Affaldsenergi A/S	Q3-Q4, 2021
<b>Godkendelse i hhv. AVA-koncernen og Renosyd I/S samt ejerkommunerne</b>	
Udarbejdelse af endeligt beslutningsgrundlag og indstilling	Q4, 2021
<b>Generalforsamling til vedtagelse af apportindskuddet</b>	Q1, 2022
<b>Registreringsmæssig berigtigelse af overdragelsen af aktiver</b>	
Tinglysning, omregistrering af køretøjer samt andre aktiver, der måtte være underlagt registreringspligt af ejerforhold	Q1, 2022

## 12. BILAG

- Bilag 1.1: Modeller for etablering af fælles affaldsforbrændingsselskab  
 Bilag 1.2: Talopstillinger med "proforma" overdragelsesbalance for Renosyd I/S samt "proforma balance" for Østjysk Affaldsenergi A/S