

PM

Angående: Avfalls- och godshantering Frihamnen, Göteborg
Klient: Göteborgs Stad, Kretslopp och Vatten
Datum: 22 oktober 2015

1	BAKGRUND OCH UPPDRAG	4
2	DEL 1 – KOMMUNALRÄTTSLIG KONTEXT	6
2.1	OM HUSHÅLLSAVFALL OCH DET KOMMUNALA RENHÅLLNINGSANSVARET	6
2.1.1	<i>Om hushållsavfall enligt miljöbalken</i>	6
2.1.2	<i>Om hantering av hushållsavfall utifrån den kommunala kompetensen</i>	12
2.1.3	<i>Slutsats hushållsavfall</i>	13
2.2	OM HANTERING AV ANNAT AVFALL	13
2.2.1	<i>Om hantering av annat avfall enligt miljöbalken</i>	13
2.2.2	<i>Om hantering av verksamhetsavfall utifrån den kommunala kompetensen</i>	16
2.2.3	<i>Slutsats verksamhetsavfall</i>	19
2.3	OM GODSHANTERING	19
2.4	SÄRSKILT OM KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIG SÄLJVERKSAMHET	21
2.5	SLUTSATS – SAMVERKAN FRAMSTÅR SOM NÖDVÄNDIG	24
3	DEL 2 – UTREDNING AV MÖJLIGA ALTERNATIV	25
3.1	INLEDNING	25
3.2	SAMFÄLLIGHET/GEMENSAMHETSANLÄGGNING	26
3.2.1	<i>Förutsättningar för att bilda en gemensamhetsanläggning</i>	27
3.2.2	<i>Kostnadsfördelning gemensamhetsanläggning</i>	31
3.2.3	<i>Förvaltning av gemensamhetsanläggning</i>	32
3.2.4	<i>Eventuellt upphävande av gemensamhetsanläggning</i>	33
3.2.5	<i>Bedömning och överväganden</i>	33
3.3	SAMVERKAN GENOM AVTAL GENOM SÄRSKILT SAMVERKANSORGAN	35
3.3.1	<i>Associationsformer</i>	35
3.3.2	<i>Ekonomisk förening</i>	36
3.3.3	<i>Ideell förening</i>	39
3.3.4	<i>Aktiebolag</i>	41
3.3.5	<i>Bedömning och överväganden</i>	42
3.4	SAMVERKAN GENOM AVTAL, UTAN SÄRSKILT SAMVERKANSORGAN	44
3.4.1	<i>Enkelt bolag</i>	44
3.4.2	<i>Bedömning och överväganden</i>	45
3.5	UPPHANDLINGSJURIDISKA ASPEKTER	45
3.5.1	<i>Staden som upphandlande myndighet</i>	46

3.5.2	Samverkansorganet som upphandlande myndighet.....	47
3.5.3	Tjänsteanvändare som upphandlande myndigheter	48
3.5.4	Ytterligare överväganden rörande upphandlingen av en driftsansvarig.....	49
3.5.5	Om upphandlingen av byggnationen av anläggningen	50
3.6	OM MARKÄGANDE, ÄGANDE AV OMLASTNINGSSTATION OCH DRIFTSANSVAR –	
	ÖVERVÄGANDEN.....	51
3.6.1	Ägande av omlastningsstationen.....	51
3.6.2	Ägande av marken där omlastningsstationen är placerad	52
3.6.3	Ansvar för driften	52
3.6.4	Illustrationer över ägandemodeller	53
4	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	55
4.1	DE KOMMUNALRÄTTSLIGA FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR STADENS MEDVERKAN.....	55
4.2	ETT SAMVERKANSORGAN BÖR BILDAS, FÖR ATT VARA "HUVUDMAN/BESTÄLLARE" FÖR DE UPPGIFTER SOM AVSER VERKSAMHETSAVFALL OCH GODS.....	55
4.3	OMLASTNINGSSTATIONEN BÖR ÄGAS AV STADEN, SAMVERKANSORGANET ELLER GEMENSAMT.....	57

1 BAKGRUND OCH UPPDRAG

Inför planläggning av en ny stadsdel i Göteborg i Frihamnen har Gärde Wesslau getts i uppdrag att utreda de legala förutsättningarna för att från Göteborgs Stads ("Staden") sida ta initiativ till en samordnad avfalls- och godshantering i området. Staden har en önskan att samordna och optimera hanteringen i syfte att bl.a. minimera tunga transporter inom området. De flöden som berörs är hushålls- och verksamhetsavfall samt gods.

Den föreslagna gods- och avfallshanteringen innebär en samordning och samlastning av leverans av gods och insamling av avfall (hushållsavfall och verksamhetsavfall) med hjälp av en gemensam omlastningsstation. Stadens tanke är att lämplig del av inkommande gods till området ska gå till omlastningsstationen där det omlastas till mindre eldrivna fordon. Vid leverans av gods i området kan insamling av vissa fraktioner av avfall ske. Insamling av övriga fraktioner av avfall i området sker med mindre eldrivna fordon. Avfallet lastas därefter om till större behållare på omlastningsstationen, varefter de större behållarna hämtas med tyngre fordon på omlastningsstationen för vidare transport till behandlingsanläggning.

Syftet med samordning och samlastning av gods, hushållsavfall och verksamhetsavfall är att minska antalet transporter i området samt att kunna styra typen av fordon till mindre, tysta och miljövänliga fordon för att få en attraktiv och hållbar miljö i Frihamnen.

Genomförandet av en lösning enligt ovan aktualiserar en rad juridiska överväganden. De övergripande, primära frågeställningarna kan beskrivas som:

1. Vad får Staden genomföra och medverka till? Föreligger juridiska hinder för Stadens initiering av och/eller medverkan i någon av "verksamhetsgrenarna"?
2. Vilka samverkansmodeller finns, för att initiera och upprätthålla lösningen över tid? Hur säkerställs ett korrekt iakttagande av tillämplig lagstiftning, såsom upphandlingsregelverket, kommunallagen samt konkurrensrätten?

Syftet med denna PM är att beskriva de juridiska förutsättningarna för Stadens medverkan inom de aktuella sakområdena (avfalls- och godshantering) samt att redogöra för ett antal tänkbara modeller för genomförandet. Dispositionen tar inledningsvis utgångspunkt i de olika regelverk som berörs, innefattande en genomgång av det kommunala ansvaret för hushållsavfall enligt miljöbalken och kommunallagen samt den miljörättsliga regleringen för verksamhetsavfall och övrigt avfall. Därefter ges godshanteringsmomentet en kommunalrättslig genomgång med fokus på huruvida denna angelägenhet får/bör hanteras i kommunal regi. I anslutning till den kommunalrättsliga genomgången görs vidare ett nedslag i konkurrensrätten och framför allt reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Härefter redogörs – i del 2 – för möjliga genomförandeanternativ. Vid sidan om ovan nämnda regelverk aktualiseras då även upphandlings-, associations-, fastighets- och avtalsrättsliga frågeställningar.

2 DEL 1 – KOMMUNALRÄTTSLIG KONTEXT

2.1 Om hushållsavfall och det kommunala renhållningsansvaret

2.1.1 Om hushållsavfall enligt miljöbalken

2.1.1.1 Definition av relevanta begrepp

Regleringen av vad som är avfall – och i förevarande fall s.k. hushållsavfall – återfinns i 15 kap. miljöbalken (MB).

Definitionen av begreppet *avfall* är fastställd i EG:s avfallsdirektiv 75/442/EEG och infördes i svensk lagstiftning genom 15 kap. 1 § MB. Begreppet *hushållsavfall* är till skillnad från avfall ett helt svenskt begrepp. Definitionen infördes första gången i svensk lag genom kommunala renhållningslagen vilken trädde i kraft den 1 juli 1972. Genom kommunala renhållningslagen tillkom det kommunala renhållningsmonopolet vilket, med variationer, kvarstått även efter renhållningslagen och andra lagändringar. Innebörden av begreppet *hushållsavfall* samt därmed jämförligt avfall har således inte ändrats från tidigare renhållningslagar. Däremot har omfattningen av det kommunala renhållningsansvaret förändrats i och med att det kommunala renhållningsmonopolet inte längre avser industriavfall. När det gäller hushållsavfallet har lagstiftaren ansett att det allmännas inflytande skall vara oförändrat.

Definitionen av begreppet "avfall" återfinns i 15 kap. 1 § första stycket MB som anger följande:

Med avfall avses varje föremål eller ämne som innehavaren gör sig av med eller avser eller är skyldig att göra sig av med.

Begreppet "hushållsavfall" definieras i 15 kap. 2 § första stycket MB enligt följande:

Med hushållsavfall avses avfall som kommer från hushåll samt därmed jämförligt avfall från annan verksamhet.

Allt avfall som medlemmarna i ett hushåll slänger i ett sopkärl eller motsvarande är alltså hushållsavfall. Hit hör också sådant som uppkommer i ett hushåll men som är för skrymmande för att rymmas i ett gängse sopkärl (möbler, cyklar m.m.). Jämförligt med *hushållsavfall* är sådant avfall som uppstår i ett företag, eller i en affärsverksamhet, i de fall då avfallet till sin *karaktär* är att jämföras med hushållsavfall. Hit hör alltså exempelvis avfall från restaurangkök och personalmatsalar. Uppkomsten av avfallet beror i dessa fall på att människor vistas i en lokal, eller på en plats, och där genererar avfall genom typiska konsumtionsprodukter. En skiljelinje dras dock vid varor som bjuds ut till försäljning i en verksamhet, och som genom en naturlig process blir avfall. Dessa räknas typiskt sett inte som hushållsavfall (t.ex. utrensning av frukt och grönsaker i livsmedelsbutik). Den kommunala renhållningsordningen har dock en frihet att inom ramen för denna ordning föreskriva vad som utgör hushållsavfall inom vanligt förekommande näringsverksamheter i kommunen. Till ledning för vad som är hushållsavfall i Göteborg ska alltså den kommunala renhållningsordningen tillämpas utöver miljöbalkens definitioner.

Särskilt om ersättningssystem och taxa

Det åligger kommunen att upprätta en avfallstaxa, som ska innehålla avgifterna för de tjänster som ingår i det kommunala renhållningsansvaret. Den rättsliga grunden för taxesättning är framförallt kommunallagens principer om självkostnad och likställighet lästa mot 27 kap. MB. Enligt 27 kap. 4 § MB har kommunen rätt att ta ut avgift för den renhållning som man är skyldig att utföra. Rätten omfattar såväl insamling och transport som återvinning och

bortskaffande. Taxan ska antas av kommunfullmäktige. Enligt 27 kap. 5 § MB ska taxan högst uppgå till det belopp som *behövs* för att täcka nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader. Taxan får alltså inte omfatta annan renhållning som kommunen eventuellt sörjer för. Som ovan angetts blir också självkostnadsprincipen en begränsning av kommunens frihet att utforma taxan. Självkostnadsprincipen följer av kommunallagen och innebär i förevarande fall att kommunen inte får kräva en högre taxa än den som svarar mot de faktiska kostnaderna för tjänsten. Taxan får alltså inte bestämmas till ett högre belopp på så sätt att denna medför att kommunen gör en vinst. Värt att framhålla i denna del är dock att självkostnadsprincipen inte utgör en individbaserad begränsning, utan det är den totala kostnaden för kommunens avfallsverksamhet som ska utgöra beräkningsgrund för självkostnaden. Mot bakgrund av att självkostnaden beräknas utifrån ett flertal variabler blir beräkningen ingen exakt vetenskap; snarare fungerar självkostnadsprincipen som en yttre gräns för taxesättningen i form av en målsättningsprincip. Tillfälliga överuttag av taxor kan därför vara ursäktliga så länge dessa inte väsentligen överstiger kostnaderna mer än tillfälligt.

Definitionen i Stadens renhållningsordning av begreppet *hushållsavfall* återfinns i bilaga 1 till renhållningsordningen och lyder som följer:

Hushållsavfall – avfall som kommer från hushåll samt därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Med avfall från annan verksamhet som är jämförlig med hushållsavfall menas sådant avfall som uppkommer som en direkt följd av att människor, oavsett ändamål eller verksamhet, uppehåller sig inom en lokal eller anläggning. Som exempel kan nämnas avfall från personalmatsalar, restaurangavfall och toalettavfall. Exempel på verksamheter där hushållsavfall uppkommer är boenden (t.ex. sjukhus, vårdhem, hotell, vandrarhem, äldreboenden, campingplatser, kurs- och konferensanläggningar, militäranläggningar och vårdinrättningar), arbetsplatser (t.ex. frisersalonger, solarier, kontor, alla slags butiker,

byggarbetsplatser, torg och saluhallar, industrier och köpcentra) samt andra typer av uppehållsplatser (t.ex. restauranger, gatukök, kaféer, daghem, skolor, fritidsanläggningar, järnvägsstationer, färjeterminaler, flygplatser, mässor, evenemangsplatser och kiosker).

Med *hantering* av avfall avses enligt 15 kap. 3 § p. 1-2 MB:

1. *insamling, transport, återvinning, bortskaffande eller annan fysisk befattning med avfall, eller*
2. *åtgärder som inte innebär fysisk befattning med avfall men som syftar till att avfall samlas in, transporteras, återvinns, bortskaffas eller byter ägare eller innehavare.*

Eftersom den kommunala renhållningsskyldigheten är ett monopol (se vidare nedan) föreligger en skyldighet för kommunerna att i samråd med medborgarna ordna renhållningen på ett rationellt och välordnat sätt. Detta innebär att inte enbart personer som är fastighetsägare utan även andra som i olika avseenden är att jämställa med fastighetsägare, har rätt att delta i och påverka den kommunala renhållningsskyldigheten. Med dessa rättigheter följer också korrelerande skyldigheter för en vidare krets, till vilken också nyttjanderättshavare normalt räknas. Definitionen av *fastighetsägare* framgår av 15 kap. 5 § MB:

Med fastighetsinnehavare avses i detta kapitel den som äger fastigheten eller den som enligt 1 kap. 5 § fastighetstaxeringslagen (1979:1152) skall anses som fastighetsägare.

2.1.1.2 Den kommunala renhållningsskyldigheten

Portalparagrafen avseende den kommunala renhållningsskyldigheten återfinns i 15 kap. 8 § MB enligt följande:

Varje kommun skall, om inte annat föreskrivs med stöd av 6 §, svara för att

1. *hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning, om det behövs för att tillgodose såväl skyddet för människors hälsa och miljön som enskilda intressen, och*
2. *hushållsavfall från kommunen återvinns eller bortskaffas.*

När kommunen planlägger och beslutar hur denna skyldighet skall fullgöras, skall hänsyn tas till fastighetsinnehavares och nyttjanderättshavares möjligheter att själva ta hand om hushållsavfallet på ett sätt som är godtagbart med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön. Kommunen skall i sin planering och i sina beslut vidare beakta att borttransporten anpassas till de behov som finns hos olika slag av bebyggelse.

I sådana planer och beslut skall anges under vilka förutsättningar fastighetsinnehavare och nyttjanderättshavare själva får ta hand om hushållsavfall och, när föreskrifter enligt 10 § gäller, annat avfall som uppkommit hos dem.

En annan central bestämmelse för renhållningsansvaret är 15 kap. 21 § MB, som ger uttryck för själva hanteringsmonopolet för hushållsavfall:

Om avfall skall transporteras genom kommunens försorg, får inte någon annan än kommunen eller den som kommunen anlitar för ändamålet ta befattning med transporten.

Som nämnts ovan har den sedan 70-talet rådande monopolsituationen avseende hushållsavfall modifierats genom en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen. Den utvecklingen har genom åren inneburit ett allt större utrymme för enskilda intressen att tillmätas betydelse. Enskildas möjligheter att ta hand om sitt hushållsavfall har därigenom förstärkts i förhållande till äldre lagstiftning.

15 kap. 8 § andra stycket MB berör kommunens skyldigheter beträffande de överväganden som ska göras i den kommunala renhållningsordningen och planeringen av de kommunala avfallsfrågorna. Vid sådan planering måste hänsyn tas till de enskilda fastighetsägarna/nyttjanderättshavarna och deras möjligheter att själva på ett godtagbart sätt ta hand om hushållsavfall. Redan på planeringsstadiet ska alltså denna möjlighet att själva ta hand om hushållsavfall (och annat avfall) uppmärksammas av kommunen och manifesteras i den kommunala renhållningsordningen. Planeringen måste ge något utrymme för fastighets- och nyttjanderättsinnehavare att under omständigheter som anges i ordningen slippa kommunal bortforsling. Renhållningsordningen får alltså inte vara utformad på ett sådant sätt att enskilda fråntas varje möjlighet till undantag från kommunalt omhändertagande och därmed fråntas alla praktiska möjligheter att tillämpa de dispensgrunder som framgår av 15 kap. 18 § tredje stycket MB.

Vad som ska förstås med begreppet *nyttjanderättshavare* framgår inte explicit av förarbetena till miljöbalken, men i regel handlar det om fastigheter som upplåtits för så lång tid att de rättigheter i fråga om kommunalt hänsynstagande som annars tillkommer fastighetsinnehavaren istället tillkommer den som fastigheten genom nyttjanderätt upplåtits till.

Om enskildas dispensmöjlighet

En dispensmöjlighet från skyldigheten att lämna hushållsavfall till kommunen eller den kommunen anvisar föreskrivs i 15 kap. 18 § MB:

Kommunen får i enskilda fall tillåta fastighetsinnehavare eller nyttjanderättshavare att själva ta hand om avfall som uppkommit hos dem och som annars skall tas om hand av kommunen, om de kan göra detta på ett sätt som är betryggande för människors hälsa och miljön och det finns särskilda skäl för en sådan dispens.

Dispensmöjligheten bygger på två rekvisit: (i) avfallet kan tas om hand av fastighets-/nyttjanderättsinnehavare på ett betryggande sätt och (ii) det finns särskilda skäl för dispens. Denna rätt till dispens är, såsom praxis utvecklats, främst knuten till ett sporadiskt nyttjande av fastigheten, varför den typen av nyttjande som blir aktuell för Frihamnen sannolikt inte kommer att beröras av dispenser i någon större omfattning.

2.1.2 Om hantering av hushållsavfall utifrån den kommunala kompetensen

En kommun får enligt 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) endast ta hand om sådana angelägenheter som är av allmänt intresse och som har anknytning till kommunens område eller deras medlemmar. Därutöver kan en kommun ges kompetens genom att tilldelas uppgifter i speciallagstiftning. Exempel på angelägenheter av allmänt intresse som faller inom den kommunala kompetensen är att tillgodose behov av infrastruktur, t.ex. vägar, flygplatser, distribution av elektricitet, men också snöröjning och fritidsverksamhet för barn, badhus och turism.

Enligt vad som ovan angetts om regelverket i 15 kap. miljöbalken åligger det kommunen att sörja för omhändertagande av hushållsavfall. Kommunen har således enligt lag både en skyldighet och en rättighet att omhänderta hushållsavfall. Att bedriva sådan verksamhet ryms därmed entydigt inom den kommunala kompetensen.

2.1.3 Slutsats hushållsavfall

Vad avser hushållsavfall har Staden en ensamrätt att hantera detta avfallsslag. Stadens frihet att utforma renhållningsordningen är tämligen omfattande och friheten att reglera avfallshanteringen på det sätt som anses lämpligt är stor. Den enskildes rätt till dispens bör visserligen alltid beaktas, men i detta fall bör möjligheterna vara begränsade på grund av områdets urbana karaktär och betoning på permanentboenden.

Oaktat vilken form av samordningslösning som blir aktuell kan alltså konstateras att det för hushållsavfall föreligger en stor frihet för Staden att initiera och medverka till den hantering som bedöms lämplig.

2.2 Om hantering av annat avfall

2.2.1 Om hantering av annat avfall enligt miljöbalken

Som ovan framgår omfattas inte annat avfall än hushållsavfall av det kommunala renhållningsmonopolet. Så länge avfallet inte har sin grund i att människor vistas i lokalen, t.ex. avfall som uppkommer i en personalmatsal (vilket om det blandas med avfall från verksamheten innebär att avfallet i sin helhet klassas som hushållsavfall) så klassas avfall som uppkommer inom ramen för exempelvis industrier, affärer, tjänsteföretag m.fl som verksamhetsavfall.

Den som innehar sådant avfall ska enligt 15 kap. 5 a § MB tillse att *"avfallet hanteras på ett hälso- och miljömässigt godtagbart sätt"*.

Vad som menas med hantering framgår av 15 kap. 3 § MB. Bestämmelsen är inte begränsad till en särskild krets av avfallsinnehavare, utan tar sikte på alla som innehar avfall och vad detta hanteringsansvar närmare innebär framgår inte explicit. Enligt förarbetena ska bestämmelsens mer exakta innebörd fastställas genom en läsning av denna paragraf jämfört med de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, vari anges regler om bl.a. skyddsåtgärder, försiktighetsmått och skälighet.

Stadens möjlighet att reglera hur avfall som inte träffas av monopolet ska hanteras är begränsade. Även om regeln i 15 kap. 5 a § innebär att de allmänna hänsynsreglerna ska följas – och även om det mest optimala hälso- och miljömässiga sättet att hantera avfallet är genom Stadens system med miljövänliga och samordnade transporter – saknas möjlighet att på sådan grund tvinga in verksamhetsutövare i den modell som Staden förespråkar. Varje verksamhetsutövare svarar själv för att ta ställning till vad som utgör ett hälso- och miljömässigt godtagbart sätt att hantera sitt verksamhetsavfall.

Utöver verksamhetsavfall finns två särregleringar för avfallstyper som bör beröras, då de regelverken i vissa fall innebär en skärpning eller lindring av kommunens ansvar och möjligheter att råda över avfall. Nedan följer en kort beskrivning av regelverken för farligt avfall respektive producentansvarsavfall.

Om farligt avfall

Utöver den generella definition av vad som utgör "avfall" som ges i 15 kap. 1 § MB uppställs i 3 § avfallsförordningen (2011:927) och bilaga 4 till förordningen en definition av vad som utgör farligt avfall. I bilaga 4 listas avfall efter

avfallsslag och sådant avfall som utgör farligt avfall markeras med en asterisk efter avfallskoden. Uppräkningen är mycket specifik, varför en sammanfattning av vilka avfallskategorier som utgör farligt avfall inte låter sig göras, men en fingervisning är att avfall som i någon mån innehåller, eller förväntas innehålla, farliga kemikalier eller petroleumprodukter typiskt sett klassas som farligt avfall.

För farligt avfall som uppkommer inom området Frihamnen gäller således särskilda regler om hanteringen. Som ett generellt exempel får som huvudregel inte olika typer av farligt avfall blandas med varandra, eller med andra typer av avfall, ämnen eller material. Kraven för transport av farligt avfall är typiskt sett också högre. Enligt 35 § avfallsförordningen ska kommunen samla in och transportera hushållsavfall som är farligt avfall till en behandlingsstation, om inte annat följer av föreskrifter om producentansvar (mer härom nedan) som har meddelats med stöd av 15 kap. 6 § MB.

Om producentansvar

Enligt 15 kap. 6 § MB får regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddela föreskrifter om skyldighet för producenter att se till att avfall samlas in, transporteras bort, återvinns, återanvänds eller bortskaffas på ett sätt som kan krävas för en hälso- och miljömässigt godtagbar avfallshantering. Dessa föreskrifter är kopplade till en idé om att den som producerar en vara har en viktig roll när det gäller möjligheterna till bl.a. återvinning. Föreskrifter om producentansvar föreligger enligt 15 kap. 7 a § MB bl.a. för förpackningar, papper för tidningar, tidskrifter, direktreklam, kataloger samt elektriska eller elektroniska produkter. Ansvar ser lite olika ut för de olika produktkategorierna, men en central princip är att producentsansvarsregleringen har företräde framför hushållsavfallsbegreppet. En fraktion som täcks av producentansvar kan därmed aldrig samtidigt betraktas som hushållsavfall i miljöbalkens mening.

I sammanhanget bör nämnas att det pågår en statlig utredning av kommunernas ansvar i denna del. Än så länge finns inget lagförslag, men i det betänkande som lades fram under 2012 lämnas förslag som bl.a. innebär att det fysiska ansvaret för insamling av *förpacknings- och tidningsavfall från hushållen* ska övergå från producenterna till kommunerna, liksom att kommunerna ges det övergripande ansvaret för en sammanhållen information till allmänheten.¹ Detta förslag kan alltså på sikt innebära ett vidgat kommunalt ansvar. Regeringen angav nyligen i sin höstbudget att pågående utredning inom regeringskansliet förväntas vara klar i mars 2016 och att regeringens avsikt är att kunna fatta beslut i frågan under 2016.²

2.2.2 Om hantering av verksamhetsavfall utifrån den kommunala kompetensen

I 2 kap. 1 § kommunallagen definieras den s.k. allmänna kommunala kompetensen, som innebär att en kommun får ta hand om angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar, under förutsättning att angelägenheten inte ska handhas av staten, någon annan kommun eller någon annan.

En kommun har stor frihet att besluta om sin egen verksamhet och i ett historiskt perspektiv har kommunerna haft en betydelsefull roll för utvecklingen av samhället och välfärden. Gränserna för vad en kommun får syssla med följer huvudsakligen tre grundläggande principer, nämligen att verksamheten eller angelägenheten ska:

- avse ett allmänt intresse
- röra det geografiska området, och/eller
- vara till gagn för kommunmedlemmarna.

¹ SOU 2012:56, *Mot det hållbara samhället - resurseffektiv avfallshantering*.

² Prop. 2015/16:1, utgiftsområde 20, s. 99.

Renhållningsverksamhet i form av omhändertagande och behandling av avfall är uppgifter som sedan lång tid tillbaka ansetts falla inom den kommunala kompetensen. Som ovan angetts är det till och med så att det är en obligatorisk uppgift för kommunerna att omhänderta och hantera kommunmedlemmarnas hushållsavfall.

Omhändertagande av avfall från hushåll och företag omfattar olika former av insamling och transporter, behandling och sluthantering. Men verksamheten omfattar också att arbeta för minimering av avfall i förebyggande syfte, i enlighet med den s.k. avfallshierarkin.

Såsom en sidoeffekt av en "godkänd" och kompetensenlig kommunal verksamhet anses det enligt praxis tillåtet att också sälja tillfällig överskottskapacitet i verksamheten och att på en marknad där det saknas privata aktörer eller där konkurrensen är bristfällig också utföra uppgifter som annars mer traditionellt hör till det egentliga näringslivet.

Kommunens ansvar för annat avfall än hushållsavfall har successivt avvecklats. År 2000 upphörde den kommunala ensamrätten i fråga om annat icke-farligt avfall än hushållsavfall (verksamhetsavfall) och år 2007 avskaffades den kommunala möjligheten till ensamrätt för hantering av sådant farligt avfall som inte är hushållsavfall. Frågan om det kommunala ansvaret för avfallshantering har varit föremål för livlig debatt de senaste tio åren, inte sällan med fokus på lokaliseringsprincipen och avfallsbolag som ägs av kommuner gemensamt. Det juridiska regelverk som primärt använts för att ifrågasätta de kommunalt bedrivna avfallsverksamheterna (som regelmässigt hanterar även verksamhetsavfall) är dock upphandlingsreglerna snarare än kommunallagen. Det är således inte det lagenliga i själva existensen av kommunal närvaro även utanför hushållsavfallsområdet som ifrågasatts, utan den omständigheten att de

ägande kommunerna regelmässigt tilldelar uppdrag till de samägda utförandebolagen utan föregående offentlig upphandling.

2.2.2.1 Särskilt om kommunal näringsverksamhet

I detta fall skulle verksamheten innefatta kommunal näringsverksamhet, varför också bestämmelsen i 2 kap. 7 § KL är av intresse:

Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.

Regleringen behandlar sådan näringsverksamhet som kommuner fritt kan engagera sig i. Dessa verksamheter har det gemensamt att de går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar och tjänster åt kommuninvånarna, vad som allmänt kallas ”*sedvanlig kommunal affärsverksamhet*”. Tyngdpunkten för sådana tjänster ligger ofta i att från kommunalt håll tillgodose kollektiva behov av standardiserad karaktär, exempelvis genom renhållning, busstrafik, idrottsarenor osv. Ofta ligger också en lagstadgad förpliktelse i botten.

Det andra kravet för att få bedriva kommunal näringsverksamhet är förbudet mot vinstsyfte, som i praktiken innebär att det långsiktigt inte är tillåtet att driva verksamheten med vinst.

Självkostnadsprincipen gäller formellt även för sådana avfallstjänster som en kommun erbjuder utanför den avgiftsfinansierade hushållsavfallshanteringen. En prissättning strikt enligt självkostnadsprincipen kan dock riskera att betraktas som underprissättning relativt marknadens privata aktörer, och bär därför en risk att snedvrida konkurrensen i strid med konkurrenslagens regelverk om konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet (se vidare i punkt 2.4 nedan). Det kan därför, för en kommun som bedriver sådan verksamhet, vara en viss

utmaning att säkerställa full förenlighet med båda regelverken parallellt. Prissättningen är mot den bakgrunden, i de fall då en kommun erbjuder tjänster som avser verksamhetsavfall, en fråga som kräver stor eftertänksamhet.

2.2.3 Slutsats verksamhetsavfall

Enligt vår bedömning får det alltjämt anses i sig förenligt med den kommunala kompetensen att som kommun bedriva verksamhet som innebär hantering av verksamhetsavfall. De huvudsakliga skälen för den bedömningen är det tydliga allmänintresse som är förknippat med en sammanhållen och väl fungerande renhållning, den naturliga och nära kopplingen till kommunal kärnverksamhet (hantering av hushållsavfall) samt det förhållandet att avfallshantering i vid mening sedan lång tid tillbaka har ansetts utgöra s.k. sedvanlig kommunal näringsverksamhet.

Eftersom det i princip saknas möjligheter för Staden att tvångsvis ansluta fastighetsägare eller nyttjanderättshavare till ett gemensamt system avseende hantering av verksamhetsavfall, krävs i denna del frivilliga överenskommelser med de berörda i området.

2.3 Om godshantering

Utöver hantering av hushålls- och verksamhetsavfall önskar Staden också samordna godstransporter genom den tilltänkta omlastningsstationen.

På grundval av ovan redovisad redogörelse för den kommunala kompetensen måste inledningsvis tas ställning till huruvida Staden alls får verka inom detta område. Är det förenligt med den kommunala kompetensen för en kommun att bedriva godshanteringsverksamhet?

Enligt vår bedömning framstår det som tveksamt om samordning av godstransporter kan rymmas inom den kommunala kompetensen. Möjligen finns ett visst argumentationsutrymme i fråga om att verksamheten utgör en mindre del av något större och genom hänvisning till den övergripande offensiva samordningssträvan för ökad miljönytta som präglar projektet (jfr det som brukar benämnas "anknytningskompetens"). Till sådan anknytningskompetens, som är tillåten i de fall där verksamheten har en sådan anknytning till befintlig och erkänd kommunal verksamhet att det skulle te sig opraktiskt att inte tillåta den, har till exempel räknats förädling och försäljning från kommunägda grustag, kommersiella småörelser i exempelvis sjukhus och stuveriverksamhet i kommunägda hamnar. Sådan anknytningskompetens framstår dock sammantaget som en osäker grund att stå på i detta fall.

Det ovan sagda innebär att det sannolikt inte är lämpligt att överväga en ordning där Staden, direkt eller indirekt i egen regi, svarar för driften av omlastningsstationen. De frågetecken som finns beträffande kompetensenligheten för en sådan modell talar starkt för att driften av omlastningsstationen, såvitt gäller godshantering, bör läggas ut på ett privat företag. Av samma skäl framstår det inte heller som lämpligt att Staden (i vart fall inte ensam) tar på sig rollen "huvudman"/beställare för godshanteringsdelen – den funktionen bör istället lämpligen innehas av ett kollektiv av berörda fastighetsägare/verksamhetsutövare i området.

Om driften av omlastningsstationens samtliga tre verksamhetsgrenar ska anförtros åt en ensam aktör, blir konsekvensen av det ovan anförda att driftsansvaret som helhet bör läggas ut på ett privat företag.

En fråga värd att beröra är om bedömningen av kompetensenligheten vad avser godshanteringsdelen skulle förändras i ett scenario där Staden temporärt, under en övergångsperiod, skulle välja att ensam ansvara för driften av

omlastningsstationen. Motiv för en sådan temporär lösning skulle bl.a. kunna vara att på ett friare och mer förutsättningslöst sätt kunna genomföra en "pilot" i syfte att under hand utreda och klarlägga förutsättningarna för en permanent lösning med extern driftsentreprenör. Enligt vår mening skulle möjligheterna att kommunalrättsligt (och utifrån reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, de så kallade KOS-reglerna) försvara systemet möjligen ljusna något om modellen såsom ett pilotprojekt tydligt avgränsas i tid och omfattning. Likväl måste framhållas att det även på sådana premisser förmodligen skulle finnas en betydande risk för att godshanteringsdelen bedöms ligga utanför den kommunala kompetensen, om frågan juridiskt skulle ställas på sin spets.

2.4 Särskilt om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Efter ovanstående genomgång av bl.a. kommunalrättsliga överväganden lämnas nedan en sammanfattande redogörelse över den konkurrensrättsliga specialreglering som gäller för kommuner och kommunala bolag när dessa verkar i konkurrens med den privata marknaden: reglerna om konkurrensbegränsade offentlig säljverksamhet (KOS). Detta regelverk blir nödvändigt att beakta, i vart fall vad avser transport av verksamhetsavfall och gods, eftersom marknaden för denna typ av tjänster är konkurrensutsatt och tjänsterna därmed skulle erbjudas i konkurrens med privat sektor. Reglerna om KOS i konkurrenslagen (2008:579) syftar till att undvika en snedvridning av konkurrensen i de fall där kommuner, i konkurrens med privat näringsliv, agerar som säljare av tjänster på en konkurrensutsatt marknad.

Den centrala bestämmelsen angående KOS återfinns i 3 kap. 27 § konkurrenslagen:

Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om

detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

En kommun eller ett landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms. Lag (2009:1280).

En talan om förbud enligt KOS-reglerna kan avse antingen en *verksamhet* som sådan, eller ett visst *förfarande* som tillämpas i en verksamhet. En sådan talan drivs av i första hand Konkurrensverket, och för att kunna få utverkat ett förbud (som gäller framåtriktande) krävs att det visas att verksamheten eller förfarandet medför risk för snedvriden konkurrens.

Förbud enligt KOS-reglerna får inte meddelas mot en kommunal verksamhet som sådan om den är förenlig med lag (d.v.s. ryms inom den kommunala kompetensen). KOS-reglerna innebär i den delen alltså ingen förskjutning, i någon riktning, av den kommunala kompetensen enligt kommunallagen. Reglerna är istället tänkta att upprätthålla rådande rättsläge.

För konkurrenssnedvridande *förfaranden* i en verksamhet – exempelvis underprissättning – gäller det undantaget att förbud inte får meddelas om förfarandet är försvarbart från allmän synpunkt. Det undantaget kan bl.a. bli tillämpligt om förfarandet utgör en direkt konsekvens av lagstiftning, exempelvis

underprissättning som har sin grund i att prissättningen sker i enlighet med självkostnadsprincipen i kommunallagen.

Sammanfattningsvis kan sägas att KOS-reglernas existens understryker vikten av att juridiskt säkerställa att den föreslagna modellen, och Stadens medverkan i denna, inte innebär risk för överträdelse av det kommunalrättsliga regelverket. Samtidigt bör för fullständighets skull framhållas att KOS-reglerna inte innehåller några retroaktiva sanktioner såsom bötesliknande avgifter (jfr upphandlingsskadeavgift inom LOU). Att ett av domstol meddelat förbud endast gäller framåtriktande innebär att ingen juridisk sanktion aktualiseras under förutsättning att ett meddelat förbud åtföljs.

Särskilda överväganden om godshantering

Beträffande konkurrensrättsliga aspekter finns avslutningsvis skäl att framhålla en specifik fråga avseende godshantering.

Godshanteringens närmare omfattning bör enligt vår mening övervägas noggrant, och ett moment som vi identifierar som potentiellt känsligt är att omlastningsstationen även skulle inrymma utlämning av gods till konsumenter. Sådan varuutlämning ombesörjs idag regelmässigt av ett stort antal serviceställen inom ett geografiskt område (livsmedelbutiker, kiosker m.m.). Eftersom omlastningsstationens varuutlämning skulle konkurrera med sådana aktörer, och ambitionen med samverkan är att omlastningsstationen ska hantera en betydande del av varutransporterna inom området (inklusive godstransport till serviceställena), blir av stor vikt att säkerställa en konkurrensneutralitet mellan omlastningsstationens utlämning och serviceställenas. Tydligt är att serviceställenas vilja och incitament att delta i godssamordningen minskar vid risk att bli utkonkurrerad av omlastningsstationen. Förutsatt att en tillräcklig servicenivå kan uppnås genom

sedvanliga utlämningsställen kan därför ifrågasättas om omlastningsstationen överhuvudtaget bör ägna sig åt sådan utlämning.

2.5 Slutsats – samverkan framstår som nödvändig

Mot bakgrund av vad framkommit ovan beträffande de kommunalrättsliga förutsättningarna krävs enligt vår mening någon form av samarbete rörande "huvudmannaskapet" för och driften av omlastningsstationen. I synnerhet godshanteringsmomentet medför att det framstår som kommunalrättsligt tveksamt att Staden helt i egen regi ytterst skulle ansvara för och/eller sköta driften av anläggningen.

En annan viktig premis för samarbetet är att det ur effektivitetssynpunkt synes önskvärt att lägga driftsansvaret för omlastningsstationen på en enda aktör.

Staden kommer således inte kunna bedriva eller ytterst ansvara för samtliga ovan tre verksamhetsgrenar på egen hand, utan kommer behöva skapa någon form av samarbete med fastighetsägarna i området för att säkerställa dels förenlighet med det kommunalrättsliga regelverket, dels att de senare överlämnar sina transporter av verksamhetsavfall och gods till det gemensamma systemet (Stadens ansvar för hushållsavfall kvarstår dock, oaktat samarbetsform). De potentiella samarbetsformerna för ett sådant samarbete beskrivs och diskuteras nedan i del 2.

3 DEL 2 – UTREDNING AV MÖJLIGA ALTERNATIV

3.1 Inledning

Genom vad som framkommit i del 1 ovan står det alltså klart att någon form av samverkan måste komma till stånd mellan Staden och aktörerna inom området.

Nedan i denna del 2 följer en redogörelse över de alternativ till samarbetsmodeller m.m. som vi bedömer vara relevanta att belysa.

Framställningen utgår ifrån två huvudspår: (i) i vilken form ska lösningen hanteras (på vilket sätt ska Staden samarbeta med övriga inblandade parter) och (ii) hur bör/kan – inom ramen för denna form – bl.a. ägande och drift hanteras?

För att grovt åskådliggöra ”bruttoalternativen” i de olika delarna kan följande uppställning göras:

1. Organisatoriska alternativ för samarbete

- A. Fastighetsrättsligt grundat samarbete – gemensamhetsanläggning/samfällighetsförening
- B. Samverkan genom särskilt samverkansorgan (med samverkansorgan avses i den kommande framställningen de samverkansalternativ som utreds såsom samfällighetsförening/ekonomisk förening och aktiebolag)
- C. Samverkan utan samverkansorgan
- D. Kombinationer av A-C.

2. Omlastningsstationen – alternativ för ägande och drift

Markägande – alternativ

- A. Staden äger marken
- B. Samverkansorgan äger marken
- C. Samägande i någon form
- D. Annan ägare (exempelvis extern aktör)

Ägande av anläggningar – alternativ

- A. Staden äger anläggningarna
- B. Samverkansorgan äger anläggningarna
- C. Samägande i någon form
- D. Annan ägare (exempelvis extern aktör)

Drift – alternativ

- A. Staden ansvarar för driften
- B. Samverkansorgan svarar för driften
- C. Utförarentreprenör svarar för driften

Syftet med den fortsatta framställningen är att närmare utreda och beskriva genomförbarheten för de ovan uppställda alternativen. Dispositionen inleds med en behandling av de "organisatoriska" alternativen (punkt 3.2, 3.3 och 3.4). Därefter övergår framställningen till att behandla upphandlingsjuridiska aspekter (punkt 3.5), eftersom sådana överväganden har relativt stor betydelse för hur ägande- och driftsansvarsfrågorna kan hanteras. De sistnämnda frågorna behandlas mot den bakgrunden sist i framställningen nedan (punkt 3.6).

3.2 Samfällighet/Gemensamhetsanläggning

En viktig aspekt inför skapandet av en lösning för samordnad hantering av avfall respektive gods är att binda fastighetsägarna till den initiala lösningen. En avtalskonstruktion binder visserligen de fastighetsägare som tecknar avtal sinsemellan, men kan bli svårare att få livskraftig över tid i takt med att

fastigheter överlåts till, exempelvis, bostadsrättsföreningar eller andra nya ägare.

En lösning som är knuten till fastigheten som sådan kan därför vara önskvärd, för att tillse att det överenskomna samarbetet blir beständigt över tid. En sådan lösning skulle vara att skapa en samfällighet/gemensamhetsanläggning. På så vis skapas en kollektiv nyttinghet som samtliga fastighetsägare äger efter ett på förhand angivet fördelningstal. Mer om kostnadsfördelningen följer nedan.

Vad som är en samfällighet anges i 1 kap. 3 § fastighetsbildningslagen (FBL) och kan sammanfattningsvis förklaras som ett utrymme som tillhör flera olika fastigheter gemensamt, varav varje ingående fastighet har en bestämd andel i samfälligheten som tillhör fastigheten oberoende av vem/vilka som i sin tur äger själva fastigheten. Endast genom ny fastighetsbildning kan dessa andelstal ändras. I förevarande fall blir det dock sannolikt inte fråga om en sådan så kallad "marksamfällighet" (där flera fastigheter har gemensamt ägande i en avgränsad bit mark), utan snarare fråga om en annan typ av gemenskap, som regleras i anläggningslagen (AL): gemensamhetsanläggning, vilket innebär en anläggningssamfällighet (som enkelt förklarar innebär att en gemensam anläggning som inte är någon egen fastighet delägs av flera fastighetsägare). Genom att en gemensamhetsanläggning bildas så bildas alltså också en samfällighet, men av en annan typ än marksamfälligheten och därmed utanför regleringen av FBL.

3.2.1 Förutsättningar för att bilda en gemensamhetsanläggning

För att kunna bilda en gemensamhetsanläggning måste vissa villkor vara uppfyllda. Villkoren kan typiskt sett sägas vara hänförliga till två intressen: enskilda och allmänna. De villkor som syftar till att trygga enskilda intressen brukar benämnas:

- Väsentlighetsvillkoret
- Båtnadsvillkoret
- Opinionsvillkoret

Väsentlighetsvillkoret regleras i 5 § AL som anger följande:

Gemensamhetsanläggning får ej inrättas för annan fastighet än sådan för vilken det är av väsentlig betydelse att ha del i anläggningen.

Prövningen av huruvida **väsentlighetsvillkoret** är uppfyllt utgår ifrån fastighetens ändamål. Fastighetens del i anläggningen ska således tillgodose ett behov som behöver tillgodoses för att fastigheten ska fungera på ett ändamålsenligt sätt. Det ska därmed finnas ett behov av att delta i anläggningen. Detta villkor innebär att också fastighetsägare som inte primärt träffas av den tänkta kretsen kan "tvinga sig in" i gemensamhetsanläggningen om väsentlighetsvillkoret är uppfyllt. Vad gäller den motsatta situationen: att en fastighetsägare inte *vill* vara med i anläggningen så kan denne inte tvingas in, ifall vederbörande kan visa att väsentlighetsvillkoret inte är uppfyllt. Viktigt att notera angående väsentlighetskravet är dock att detta inte ska tillämpas i de fall där *detaljplanen* innehåller bestämmelser om de anläggningar som ska utgöra gemensamhetsanläggningar (se 6 a § AL och 4 kap. 18 § PBL). I de fall där fastighetsägarna är överens om att inrätta en gemensamhetsanläggning behöver inte heller väsentlighetskravet vara uppfyllt, eftersom detta är dispositivt.

Båtnadsvillkoret innebär att en gemensamhetsanläggning endast får inrättas om fördelarna (av ekonomisk eller annan art) överväger de kostnader och olägenheter som anläggningen medför. Villkoret framgår av 6 § AL och innebär att en ekonomisk kalkyl ska upprättas för att ligga till grund av bedömningen. I kalkylen ska, utöver ekonomiska beräkningar, också vägas in sociala faktorer.

Detta villkor måste alltid vara uppfyllt och är alltså inte möjligt att avtala bort. Däremot gäller också avseende båtnadsvillkoret att detta inte ska tillämpas om det i *detaljplan* finns bestämmelser om de anläggningar som ska utgöra gemensamhetsanläggningar (se ovan angående väsentlighetsvillkoret).

Om kopplingen till detaljplan

Med anledning av att anläggningslagen hänvisar till att vissa prövningar inte behöver företas av Lantmäteriet vid förrättningen av en gemensamhetsanläggning (väsentlighetsvillkoret och båtnadsvillkoret) bör kort beröras betydelsen av att reglera frågan i detaljplan.

Regleringen av hur en gemensamhetsanläggning ska tas upp i detaljplan återfinns primärt i 4 kap. plan- och bygglagen (PBL) och huvudsakligen i 4 kap. 18 §. Häri anges t.ex. att kommunen har rätt att inrätta så kallade markreservat för att bilda gemensamhetsanläggningar.

Något förenklat kan sägas att en gemensamhetsanläggning kan intas i detaljplan på två generaliserade sätt:

- (i) Sådana gemensamhetsanläggningar som är behövliga men inte *nödvändiga* för att uppfylla detaljplanens syften,
- (ii) Gemensamhetsanläggningar som bedöms vara *nödvändiga*.

I det första fallet krävs inte lika specificerad angivelse av gemensamhetsanläggningen för att senare möjliggöra förrättning av en sådan i enlighet med planen. Det kan exempelvis räcka att det i planbeskrivningen anges vilken eller vilka gemensamhetsanläggningar som kan behövas inom planområdet. Detta kan kombineras med att det i detaljplanen också anges bestämmelser om exempelvis hur gemensamhetsanläggningen ska utformas.

Viktigt är dock att inte skriva in sådant som kan begränsa möjligheten att förrätta gemensamhetsanläggningen (eftersom denna, enligt 9 § AL, inte får förrättas i *strid med plan*).

I det andra fallet kan kommunen i detaljplanen bestämma vilka anläggningar som ska vara gemensamhetsanläggningar, vilket utrymme som ska tas i anspråk för dessa samt vilka fastigheter som ska delta i resp. anläggning. När en sådan "skarp" bestämmelse tas in i planen ska den ha föranletts av en utredning avseende väsentlighets- och båtnadsvillkoren i AL. Villkoren ska alltså prövas under planprocessen, men kommer inte tas upp till förnyad prövning vid förrättningen. Det bör framgå av planen att en prövning av dessa villkor företagits i processen.

I detaljplan anges ofta "g" för sådana områden som gemensamt ska förvaltas av fastighetsägarna. Denna markering anger det som ovan kallas "markreservat" – alltså ett område som reserveras för en gemensamhetsanläggning. Denna markering innebär dock inte att några bestämmelser om själva anläggningen intas i planen. Benämningen "g" innebär endast att utrymmet inte får bebyggas eller på annat sätt förfogas över på ett sätt som skulle *hindra* inrättandet av en anläggning. Det utrymme som behövs för en gemensamhetsanläggning upplåts med servitutsrätt. Kommuner önskar ofta behålla ägandet för den fastighet som gemensamhetsanläggningen belastar, bland annat för att på så sätt slippa göra ledningsrätter för ledningar som ska byggas på samma mark.

Det så kallade **opinionsvillkoret** (se 7 § AL) ska slutligen vara uppfyllt. 7 § AL lyder som följer:

"Gemensamhetsanläggning får ej inrättas, om ägarna av de fastigheter som skall delta i anläggningen och hyresgästerna i sådana fastigheter mera allmänt motsätter sig åtgärden och har beaktansvärda skäl för det. Vid denna prövning skall främst deras

mening beaktas som har störst nytta av anläggningen. Hyresgästerna företräds av den eller de organisationer av hyresgäster som har avtal om förhandlingsordning för berörda fastigheter eller, om förhandlingsordning inte gäller, riksorganisation av hyresgäster eller förening, som är ansluten till sådan organisation och inom vars verksamhetsområde fastigheterna är belägna (hyresgästorganisation).

Första stycket gäller icke, om behovet av anläggningen är synnerligen angeläget. Lag (1989:726)."

Bedömningen av vad som är beaktansvärda skäl ska göras i varje enskilt fall och innebär att inrättandet av en gemensamhetsanläggning måste stödjas av en viss fastighetsägaropinion. Eftersom frågan om vad som är beaktansvärda skäl ska avgöras i varje enskilt fall är det omöjligt att säkert säga vad sådana skäl kan tänkas utgöras av. Av den tämligen knappa praxis som finns att tillgå kan nämnas att Mark- och miljödomstolen vid Östersunds tingsrätt konstaterat att risken för osämja mellan delägarna i gemensamhetsanläggningen *inte* är ett beaktansvärt skäl, trots att majoriteten av de tänkta delägarna motsatte sig förrättningen. Det räcker alltså inte med en allmän opinion mot, utan skälen måste ha vara av sådan bäring att förrättningen anses olämplig på objektiva grunder.

Vad avser skyddet för **allmänna intressen** finns det i AL bestämmelser som anger att gemensamhetsanläggningar inte får inrättas i strid mot plan eller andra särskilda bestämmelser om markanvändningen, inte heller får sådana anläggningar inrättas så att anläggningen motverkar kommande planläggning.

3.2.2 Kostnadsfördelning gemensamhetsanläggning

Kostnaderna för en gemensamhetsanläggning – både uppförande och drift – fördelas mellan de ingående fastigheterna utifrån andelstal. Andelstal för kostnaderna hänförliga till utförandet av anläggningen grundar sig på den nytta

som respektive fastighet har av att delta. Andelstal avseende driften beräknas i förhållande till fastighetens beräknade användning av anläggningen (se 15 § AL). En uppdelning kan möjligen också göras genom att anläggningen delas upp i sektioner, varvid andelstalen beräknas per sektion, eller genom att dela upp gemensamhetsanläggningen på flera olika anläggningar och sedan låta samma samfällighetsförening förvalta de olika gemensamhetsanläggningarna (se nedan angående förvaltning).

Regleringen av ersättning till den fastighetsägare som upplåter mark till gemensamhetsanläggningen återfinns i dels anläggningslagen, dels fastighetsbildningslagen och i förekommande fall också i expropriationslagen. Förenklat kan sägas att ersättning ska utgå för den inskränkning som fastighetsägaren lider av att upplåta mark till gemensamhetsanläggningen (expropriationslagen blir tillämplig i de fall då en fastighetsägare kräver att få fastigheten inlöst). Enligt 13 § AL ska ersättning för upplåtelse som inte görs genom inlösen hanteras inom ramen för regleringen i fastighetsbildningslagens 5 kap. 10-12 §§.

3.2.3 Förvaltning av gemensamhetsanläggning

Förvaltning av gemensamhetsanläggningar regleras i lagen om förvaltning av samfälligheter (SFL). Enligt denna lag kan förvaltningen av en gemensamhetsanläggning skötas på två sätt, (i) delägarförvaltning, eller (ii) föreningsförvaltning. Tas inget särskilt beslut om vilken form som önskas blir det automatiskt delägarförvaltning. För det fall föreningsförvaltning önskas måste en samfällighetsförening bildas och det räcker att en av fastighetsägarna som ska delta i gemensamhetsanläggningen begär att en förening ska bildas för att så ska ske. För det fall ägarlägenhetsfastigheter ingår i anläggningen ska en förening alltid bildas (se 20 a § SFL).

Vår rekommendation är att, för det fall en gemensamhetsanläggning inrättas, välja att förvalta genom en samfällighetsförening då en sådan blir en juridisk person som är ansvarig för förvaltningen – istället för att alla delägare ska vara överens (istället för konsensus krävs alltså bara majoritet, skilda krav på majoritet råder dock beroende på beslutets karaktär).

Slutligen bör angående förvaltningen noteras att enligt 19 § SFL ska en samfällighetsförening som förvaltar en gemensamhetsanläggning av kommunalteknisk karaktär som är inrättad för exempelvis bostadsrättsfastigheter fondera medel för framtida underhåll och förnyelse.

3.2.4 Eventuellt upphävande av gemensamhetsanläggning

För framställningens fullständighet bör kort belysas att det finns en möjlighet att upphäva en gemensamhetsanläggning genom en omprövning i enlighet med 35 § AL. För en sådan omprövning krävs att förhållandena för anläggningsbeslutet har ändrats väsentligt, t.ex. att deltagande fastigheter inte längre har någon användning för gemensamhetsanläggningen. Det är värt att notera att sådana väsentliga omständigheter måste bestå i *nya* omständigheter och att det alltså inte räcker med omprövning av tidigare värderade fakta. Ansökan om omprövningsförrättning görs hos Lantmäteriet.

3.2.5 Bedömning och överväganden

Ett antal frågor av betydelse för möjligheten att kunna inrätta en gemensamhetsanläggning i förevarande fall har identifierats och genom underhandskontakter preliminärt stämts av med Lantmäteriet.³ Frågorna rör bland annat om de aktuella verksamheterna kan bedrivas inom ramen för en

³ Genom samtal med lantmätaren Rickard Ljunggren på Stadens lantmäterienhet.

gemensamhetsanläggning och hur kommunens deltagande i anläggningen/samfälligheten skulle kunna se ut.

Sammanfattningsvis kan efter denna kontakt sägas att handläggaren framhöll att det inte är självklart att den tänkta lösningen kan utformas som en gemensamhetsanläggning. Det är inte helt entydigt om det största hindret kan sägas bestå, men ett hinder kan komma att bli omständigheten att de nyttigheter som gemensamhetsanläggningen är tänkt att tillgodose i alltför stor utsträckning skulle utgöras av tjänster och verksamhet, snarare än att endast utgöra nyttjande av en anläggning. Enligt handläggarens uppfattning är det vidare så att det är tveksamt att möjliggöra medlemskap för Staden endast på den grundval att Staden äger allmän platsmark. Nyttan för sådana fastigheter som utgörs av allmän platsmark är troligen så liten att det är svårt att hävda att väsentlighetsvillkoret är uppfyllt, varför Lantmäteriet är tveksamt till en sådan lösning.

Bedömningen blir, mot bakgrund av vad som ovan framkommit, dock att tanken på en gemensamhetsanläggning fortsatt bör vara ett reellt alternativ som inte helt bör förkastas. Problemet med tjänsteaspekten kan exempelvis möjligen hanteras genom att antingen låta dessa hanteras av samfällighetsföreningen – men utanför själva gemensamhetsanläggningen – eller genom särskild hantering i en för detta avseende upprättad parallell förening. Vidare ser vi inte att Staden nödvändigtvis måste vara medlem i föreningen. Istället kan Stadens inflytande sannolikt tryggas genom att det i stadgarna tas in en bestämmelse om att kommunen ska ha rätt att tillsätta en styrelseledamot i samfällighetsföreningen. Stadgarna kan dock ändras, varför kommunen inte är garanterad representation för all framtid.

Beträffande avstämningen med handläggare hos Lantmäteriet ska slutligen nämnas att denne inte var kategoriskt negativ, men att även riskerna för

betungande administration påtalades på grund av den successiva utbyggnaden samt den föränderliga verksamheten inom området.

Det kan alltså, för det fall gemensamhetsanläggning framstår som ett önskvärt alternativ, vara aktuellt att gå vidare och utreda vad som kan accepteras av Lantmäteriet vid en förrättning och därefter hantera överskjutande delar enligt en särskild ordning. Vad gäller administrationen kan även påpekas att den kan bli omfattande oavsett vilken lösning för samarbetet som väljs.

3.3 Samverkan genom avtal genom särskilt samverkansorgan

3.3.1 Associationsformer

Ett alternativt sätt att hantera samarbetet vid avfalls- och godshantering i Frihamnen är att Staden och/eller fastighetsägarna grundat på avtal går samman och bildar en association. Det finns två huvudsakliga kategorier av associationer. Dessa är föreningar och bolag. En förening kännetecknas av att vara en öppen association och ett bolag kännetecknas av att vara en sluten association. Med öppen association menas en association för ett obestämt antal medlemmar och andelar. In- och utträde kan ske liksom tillskjutande och återbetalande av andelar utan att samverkansavtalet, det vill säga stadgarna, måste ändras. Med sluten association avses att antalet delägare eller andelar är bestämt på förhand och att samverkansavtalet, bolagsordningen/bolagsavtalet, normalt måste ändras för att antalet delägare eller andelar ska kunna skifta.

Olika associationer är konstruerade för olika syften och användningsområden. Associationer delas därför även upp i olika grupper beroende på om verksamheten är affärsinriktad eller ideell. Något förenklat finns det fyra olika typer av associationsformer:

- Ekonomisk förening (öppen och affärsinriktad)
- Ideell förening (öppen och ideell)
- Aktiebolag/handelsbolag/kommanditbolag (sluten och affärsinriktad)
- Enkelt bolag (sluten och ideell)

Nedan kommer de olika associationsformerna översiktligt att beskrivas. Vi kommer dock att bortse från bolagsformerna handelsbolag och kommanditbolag då dessa, med hänsyn till bland annat det personliga betalningsansvaret, bedöms som icke aktuella samverkansorgan i detta sammanhang.⁴ Därefter kommer en sammanfattande bedömning av vilken samverkansmodell som vi anser vara mest lämplig för den nu planerade verksamheten. Enkelt bolag behandlas nedan under punkten 3.4.

3.3.2 Ekonomisk förening

Med ekonomisk förening förstås enligt 1 kap. 1 § 1 st. lag (1987:667) om ekonomiska föreningar (EFL) en förening som har till ändamål *att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar* som konsumenter eller andra brukare, som leverantörer, med egen arbetsinsats, genom att begagna föreningens tjänster eller på annat liknande sätt. För att en association ska vara en ekonomisk förening måste dess verksamhet följaktligen vara kooperativ och av ekonomisk natur. Exempel på ekonomiska föreningar är bland annat bostadsrättsföreningar och konsumentföreningar. Ekonomiska föreningar definieras och regleras i EFL.

En ekonomisk förening ska registreras⁵ och kan sedan så skett förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt föra talan inför domstolar och andra

⁴ Trots att ett handelsbolag är en juridisk person är bolagsmännen alltid personligt och solidariskt ansvariga för företagets avtal och skulder. Ett kommanditbolag är en särskild form av handelsbolag där vissa bolagsmäns ansvar är begränsat till vad de har satsat i bolaget. I ett kommanditbolag måste det också finnas en delägare med ett obegränsat ansvar.

⁵ Registrering sker hos Bolagsverket.

myndigheter. En ekonomisk förening är således en juridisk person. Av 1 kap. 2 § 3 st. EFL framgår att en förening som har till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom annan ekonomisk verksamhet än som avses i 1 kap. 1 § 1 st. EFL inte har sådan rättskapacitet, om inte annan lag medger det. Om en sådan förening inte är att anse som en ideell förening kallas den för en oregistrerad ekonomisk förening. Denna beteckning används även för föreningar som uppfyller kraven för registrering men som inte har registrerats. En oregistrerad ekonomisk förening saknar rättskapacitet.

En ekonomisk förening utmärker sig genom särskilda villkor, i 3, 7 och 10 kap. EFL, i fråga om rätten till medlemskap, rösträtt och överskottsutdelning. Trots att det inte nämns explicit i EFL torde en förening inte få registreras och bli en juridisk person om dessa villkor inte är uppfyllda. Detta eftersom föreningen då inte uppfyller villkoren för vad som utgör en ekonomisk förening i lagens mening.

Att en ekonomisk förening också fullföljer ett ideellt syfte hindrar inte att den registreras som ekonomisk förening. Om verksamheten är blandad, så att den delvis är av icke kooperativ natur, krävs för dess registrering åtminstone att den huvudsakliga verksamheten är kooperativ.

En ekonomisk förening ska ha minst tre medlemmar. Både juridiska och fysiska personer kan vara medlemmar i en ekonomisk förening. Det är medlemmarna som antar föreningens stadgar samt väljer styrelse och revisorer.

Medlemmarnas rätt att besluta i föreningens angelägenheter utövas vid föreningsstämman som hålls varje år. På stämman har varje medlem en röst, oberoende av insats, om inte undantag har gjorts i föreningens stadgar.

Styrelsen ska bestå av minst tre ledamöter. Styrelsen väljs av föreningsstämman, om det inte föreskrivs i stadgarna att ledamot ska utses på

annat sätt. Det är föreningens styrelse och i vissa fall verkställande direktör⁶ som företräder föreningen utåt och ansvarar för den löpande verksamheten i föreningen.

Föreningen innehas eller "ägs" av medlemmarna genom andel. Medlemmarna är inte personligt ansvariga för föreningens förpliktelser utan för föreningens förpliktelser svarar endast föreningens tillgångar. I tillgångarna inräknas insatser och avgifter som förfallit till betalning. Medlemmarnas ansvar är således i princip begränsat till medlemsinsatsen.

En ekonomisk förening får inte vägra någon inträde som medlem om det inte finns särskilda skäl för vägran med hänsyn till arten eller omfattningen av föreningens verksamhet eller föreningens syfte eller annan orsak. I stadgarna kan dock det öppna medlemskapet begränsas. Godtagbara begränsningar är till exempel att medlemmen ska vara anställd hos föreningen eller att medlemmen är kund hos föreningen.

Principen om öppet inträde i föreningen balanseras med en princip om fritt utträde. Utträdesrätten kan dock avpassas i stadgarna genom föreskrifter om att uppsägning inte får ske förrän efter viss tid från inträdet.

Efter utträde ur föreningen har medlem som huvudregel, under vissa ekonomisk förutsättningar, rätt att återfå sin kapitalinsats. Beloppet får inte överstiga medlemsinsatsens belopp och medlemmens andel i det fria egna kapitalet. Medlemmen har också, precis som övriga medlemmar, rätt att få sin andel av beslutad vinstutdelning från närmast föregående räkenskapsår jämte vad som eventuellt inestår från tidigare år. En medlems rätt enligt ovan får begränsas i stadgarna. Vissa föreningar följer således huvudregeln om återbetalning medan

⁶ I de fall medeltalen anställda i föreningen de två senaste åren överstigit 200 ska styrelsen utse en verkställande direktör, 6 kap. 3 § EFL.

andra föreningar kräver att medlemmen helt eller delvis avsäger sig rätten till återbetalning av insatsen vid sitt utträde.

En ekonomisk förening ska alltid ha till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom affärsverksamhet som medlemmarna deltar i. Den ekonomiska föreningens ändamål kan inte ändras. Det går dock att som framgår ovan att anpassa verksamhetens art på flera sätt genom föreningens stadgar. Exempelvis går det att inskränka medlemmarna till vissa kategorier, att reglera rätten till utträde genom att skjuta fram rätten att säga upp medlemskapet, att begränsa rätten till återbetalning av medlemsinsatsen vid ett utträde ur föreningen och att göra undantag från huvudregeln att varje medlem har en röst.

3.3.3 Ideell förening

I motsats till ekonomiska föreningar, där det finns ett i lag angivet regelverk, regleras inte ideella föreningar i lag, bortsett från vissa skatteregler. Vad som gäller för ideella föreningar framgår istället av rättspraxis.

För att en förening ska vara en ideell förening fordras att den har ideellt ändamål, det vill säga att främja ideella intressen. Sådana ändamål kan vara religiösa, välgörande, vetenskapliga eller politiska. Är ändamålet ideellt blir föreningen ideell även om den för att främja ändamålet bedriver näringsverksamhet. En ideell förening får inte driva ekonomisk verksamhet i syfte att främja medlemmarnas ekonomiska intressen men kan i övrigt ägna sig åt all lovlig verksamhet och ha vilket ändamål som helst.

En ideell förening är, liksom en ekonomisk förening, en juridisk person och kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt föra talan inför domstolar och andra myndigheter. En ideell förening behöver dock inte registreras hos

någon myndighet. En ideell förening blir en juridisk person när medlemmarna har beslutat om att bilda föreningen och antagit stadgar. Dessutom ska föreningen normalt ha valt en styrelse som företräder föreningen.

En stor del av reglerna om beslutförfarande för ekonomiska föreningar tillämpas även i fråga om ideella föreningar och ideella föreningar är ofta organiserade på ett liknande sett som ekonomiska föreningar med en stämma och en styrelse. Ideella föreningars ändamål och karaktär i övrigt kan dock påkalla tillämpning av andra regler. Frånvaron av lagbestämmelser och rättspraxis gör det på vissa punkter omöjligt att med säkerhet ange vad som är gällande rätt.

Medlem i den ideella föreningen har principiellt rätt att delta i och rösta på stämman. Stadgarna kan dock, såsom i ekonomisk förening, föreskriva att medlem på viss grund inte får rösta och eventuellt inte ens delta i stämma. Varje medlem har som utgångspunkt en röst, men stadgarna kan föreskriva olika röstetal till exempel för underföreningar i en huvudförening.

En ideell förening är som huvudregel alltid öppen för nya medlemmar. Medlemmarna behöver inte delta med kapitalinsats men det är vanligt att medlemmarna betalar en årlig medlemsavgift. Medlemmarna kan men måste inte delta i föreningens verksamhet.

Medlemmarna har inte något personligt ansvar för föreningens avtal och skulder. I en ideell förening sker ingen vinstutdelning.

Med undantag för att en ideell förening inte kan ha till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen samtidigt som föreningen driver affärsverksamhet kan föreningens ändamål och verksamhet formuleras fritt. Liksom för en ekonomisk förening går det att i stadgarna föreskriva vilken kategori personer som kan bli medlemmar i föreningen. Avgränsningen måste

dock vara relevant med tanke på föreningens ändamål och verksamhet. Det är även möjligt att i stadgarna skriva in att varje medlem ska skjuta till en kapitalinsats och då hur stor denna insats ska vara. Vidare kan medlemmarna röststyrka anpassas i stadgarna så att vissa medlemmar har fler röster när beslut ska fattas.

3.3.4 Aktiebolag

Verksamheten i ett aktiebolag kan vara av varje lovligt slag, även ideell. Verksamhetens syfte är att generera vinst till fördelning mellan aktieägarna, om inte annat framgår av bolagsordningen, 3 kap. 3 § första meningen aktiebolagslagen (2005:551) (ABL). Ändamålet med ett aktiebolag är således att som utgångspunkt generera vinst men det kan även vara något annat.

Ramarna för aktiebolagets verksamhet bestäms av ABL och aktiebolagets bolagsordning. Ett aktiebolag bildas av en eller flera fysiska eller juridiska personer, stiftare, och anses bildat när stiftelseurkunden har undertecknats av samtliga stiftare. I ett aktiebolag bestäms det i bolagsordningen hur stort aktiekapitalet ska vara och hur många aktier det ska fördelas på. Enligt ABL måste delägarna i ett privat aktiebolag skjuta till minst 50 000 kronor i aktiekapital. Även om andelarna och därmed ägandet är bestämt från början kan det registrerade aktiekapitalet ändras liksom antalet aktier. Detta kräver dock en ändring av bolagsordningen.

Alla aktier har lika rätt i aktiebolaget och varje aktieägare har som huvudregel en röst per aktie vid bolagsstämman, om annat inte följer av bolagsordningen. Ingen aktie får dock ha ett röstvärde som överstiger tio gånger röstvärdet för någon annan aktie. Med aktie i ett aktiebolag följer förutom rätt att delta i stämman också andelsrätt, det vill säga rätt till utdelning i förhållande till satsat kapital.

Aktiebolaget företräds av en styrelse och i vissa fall av en verkställande direktör. Aktieägarnas möjlighet att påverka sker genom bolagsstämman där de bland annat tillsätter bolagets styrelse och revisor samt drar upp riktlinjerna för verksamheten. Aktieägarna kan men måste inte delta i bolagets verksamhet.

I ett aktiebolag har aktieägarna inte något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser utan ansvaret är begränsat till insatt kapital, med undantag för bestämmelserna om personligt betalningsansvar i samband med likvidationsskyldighet vid kapitalbrist⁷.

Huvudregeln enligt ABL är att aktier kan överlåtas och förvärfvas fritt. Det är dock möjligt att göra undantag från denna huvudregel genom särskilt förbehåll i bolagsordningen och/eller genom avtal aktieägare emellan.

3.3.5 Bedömning och överväganden

Även om ändamålet i förevarande fall kan betraktas som åtminstone delvis ideellt (att tillskapa en attraktiv och hållbar miljö i Frihamnen) kommer den planerade verksamheten inom samverkansorganet huvudsakligen att utgöras av affärsverksamhet, det vill säga produktion eller handel med varor eller tjänster. Även om en ideell förening kan bedriva affärsverksamhet är de ideella föreningarna begränsade på så sätt att det bara får ske för att främja ett ideellt ändamål. Enligt vår bedömning är det ideella inslaget i föreliggande fall inte tillräckligt betydande för att ändamålet i sig ska kunna anses vara ideellt. Oavsett om den aktuella verksamheten kommer genererar vinst eller inte kommer verksamheten att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom att medlemmarna får ta del av bland annat gemensamma inköp och andra fördelar. Medlemmarna kommer således ha ekonomisk nytta av att ta del i föreningen. Eftersom sådan ”nytta” i en ideell förening endast är tillåten om

⁷ 25 kap. 19 § ABL.

verksamheten inte är av ekonomiskt slag kan det följaktligen inte bli frågan om att samverka i en ideell förening i föreliggande fall.

Valet av samverkansorgan bör stå mellan ekonomisk förening och aktiebolag. Den planerade verksamhetens karaktär talar för att medlemsantalet i associationen ska vara öppet, om än begränsat. Detta talar mot att välja bolagsformen och för ett samverkande i en ekonomisk förening. I föreningens stadgar kan förslagsvis föreskrivas att endast fastighetsägare inom ett visst specifikt geografisk område kan bli medlemmar i föreningen. På så vis kan associationens medlemmar bestämmas till en viss kategori men fortfarande vara öppen för förändringar, i motsats till ett aktiebolag där möjligheten att byta delägare är mer besvärlig. Då verksamhetens syfte som utgångspunkt inte är att generera vinst till utdelning mellan medlemmarna/delägarna saknas det vidare egentlig anledning till att välja associationsformen aktiebolag, som i grunden bygger på att genererat överskott ska kunna delas ut till aktieägarna.

Oavsett vilken associationsform som väljs finns möjlighet att i stor utsträckning tillgodose Stadens inflytande genom att Stadens rätt till styrelsrepresentation anges i stadgar/bolagsordning eller avtal.

Sammanfattningsvis bedömer vi att en ekonomisk förening är den mest lämpliga formen av samverkansorgan. Samarbetet i den ekonomiska föreningen kan organiseras på ett liknande sätt som i en samfällighet/gemensamhetsanläggning, exempelvis vad gäller kostnadsfördelning utifrån andelstal. Skillnaden mellan de olika samarbetsformerna är att i det ena fallet är det fastigheterna som binds och i det andra fallet är det medlemmarna.

3.4 Samverkan genom avtal, utan särskilt samverkansorgan

3.4.1 Enkelt bolag

Ett enkelt bolag är en överenskommelse mellan två eller flera parter att utföra något tillsammans, med andra ord ett avtal. Enkla bolag är den mest okvalificerade formen av bolag och är ofta lämpliga för tillfälliga samarbeten eftersom de är enkla att bilda och avveckla. Regler om enkla bolag finns i lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag (HBL).

Ett enkelt bolag föreligger om två eller flera har avtalat att utöva verksamhet i bolag utan att handelsbolag föreligger i enlighet med 1 kap. 1 § HBL. När aktieägare i ett aktiebolag träffar ett aktieägaravtal (konsortialavtal eller kompanjonsavtal) uppstår oftast ett enkelt bolag. Ett aktieägaravtal kan under vissa förhållanden även betraktas som en ideell förening. Gränsdragningen mellan enkla bolag och ideella föreningar avgörs om avtalet är slutet eller öppet. Om avtalet är slutet är det fråga om ett enkelt bolag och är det öppet, det vill säga alla som är aktieägare i det aktuella bolaget kan ansluta sig och de nuvarande medlemmarna kan avgå, är det fråga om en ideell förening.

I det enkla bolaget finns det inte någon ställföreträdare utan varje bolagsman företräder sig själv. Bolagsmännens inbördes rättigheter och skyldigheter under bolagets bestånd bestäms genom avtal. För att en åtgärd ska få vidtas i bolagets namn krävs samtliga bolagsmäns samtycke. Avtal kan dock träffas om att bolaget ska skötas på annat sätt. Fördelning av eventuellt överskott i bolaget ska fördelas lika mellan bolagsmännen eller enligt avtal.

Enkla bolag är inte juridiska personer varför ett enkelt bolag inte kan äga tillgångar eller inneha skulder. Varje bolagsman svarar således personligen för

de avtal och åtaganden han eller hon ådragit bolaget. Avtal som slutits av det enkla bolag blir endast bindande för de bolagsmän som deltagit i avtalet.

3.4.2 Bedömning och överväganden

Att i avtal reglera samtliga bolagsmäns inbördes rättigheter och skyldigheter under bolagets bestånd kan, beroende på verksamhetens beskaffenhet, vara mycket komplicerat. Om den nu planerade verksamheten i Frihamnen var av tillfällig natur skulle ett enkelt bolag kunna vara bra ett alternativ, till exempel om associationen endast hade som ändamål att bekosta anläggningsarbetet av omlastningsstationen. Avtalet skulle då i korthet innebära att parterna kommer överens om hur de ska fördela och betala kostnaderna de åtagit sig för att få omlastningsstationen på plats. I föreliggande fall rör det sig dock om ett samarbete som ska pågå under en längre period och avse många olika typer av moment. Det faktum att ett enkelt bolag inte har någon rättskapacitet och inte heller kan äga någonting gör samverkan inom ett enkelt bolag omständligt varför associationsformen enkelt bolag inte kan rekommenderas. För det fall det tar tid att få på plats ett annat samverkansorgan skulle dock ett enkelt bolag avseende en del av verksamheten, exempelvis anläggandet av omlastningsstationen, kunna utgöra ett första steg till fortsatt samverkan.

3.5 Upphandlingsjuridiska aspekter

De upphandlingsjuridiska frågeställningar som aktualiseras med anledning av samverkan bör lämpligen delas upp i tre olika perspektiv med utgångspunkt i de olika upphandlande myndigheter som är involverade i samarbetet.

För det första kommer a) Göteborgs stad, kretslopp och vatten, genom sitt deltagande i samverkan, att uppdra åt annan att ombesörja transport av hushållsavfall. Detta blir att betrakta som en upphandlingsjuridisk anskaffning

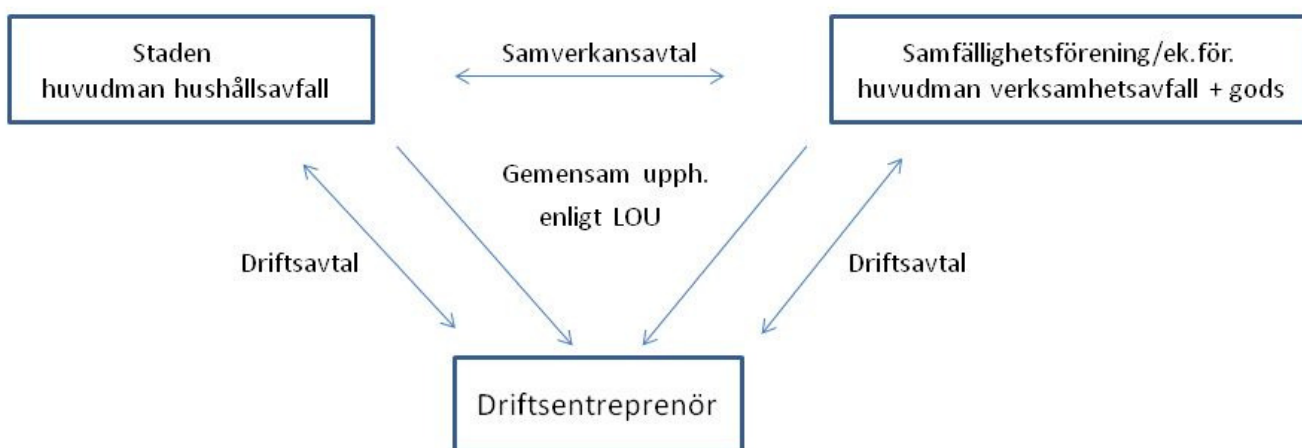
av tjänster. För det andra skulle b) ett samverkansorgan som bildas i syfte att vara "huvudman" för hanteringen av verksamhetsavfall och gods kunna bli att betrakta som en upphandlande myndighet (offentligt styrt organ), beroende på vilket inflytande m.m. som Göteborgs stad m.fl. upphandlande myndigheter utövar över detta organ. Om så är fallet måste även detta organ iaktta LOU vid sina inköp. Slutligen aktualiseras också upphandlingsfrågor för c) de eventuella upphandlande myndigheter i egenskap av fastighetsägare/verksamhetsutövare i området kommer att använda sig av (köpa) de tjänster avseende verksamhetsavfall och gods som utförs i området.

3.5.1 Staden som upphandlande myndighet

En uppdragstilldelning som innebär att en extern part ska utföra transporttjänster avseende hushållsavfall inom området måste föregås av en sedvanlig offentlig upphandling. En offentlig upphandling skulle inte vara nödvändig om förvaltningen skulle sköta driften av omlastningsstationen inklusive samtliga transporter i egen regi. Inte heller krävs en offentlig upphandling om uppdraget att sköta driften av anläggning skulle läggas ut på en juridisk person i förhållande till vilken det s.k. teckal-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU är uppfyllt. Beträffande det andra alternativet framstår det dock som mycket tveksamt om det, beaktat att verksamheten till stor del består av intäkter som härrör från privata företag, skulle vara möjligt att uppfylla det s.k. verksamhetskriteriet.

Det lämpliga sättet att genomföra en upphandling av driftsansvaret för omlastningsstationen – innefattande hantering och transport av hushållsavfall, verksamhetsavfall och gods – bör enligt vår mening vara att genomföra en upphandling i samverkan mellan Göteborgs stad (såsom huvudman för hushållsavfallsdelen) och det samverkansorgan som tillskapas för att agera huvudman för övriga verksamhetsgrenar (verksamhetsavfall och gods). En

sådan upphandling skulle bestå av tre integrerade delområden, där Göteborgs stad är beställare och kontraktspart för ett, och samverkansorganet beställare och kontraktspart för övriga två (se figur strax nedan). Rent avtalstekniskt får avtalen då integreras på ett sätt som gör dem ömsesidigt beroende av varandra. Att ta fram ett sådant avtalspaket blir inte helt okomplicerat beaktat att avtalsdelarna kommer att ha olika parter på beställarsidan, men bör enligt vår mening vara möjligt. Ur ett kontroll- och uppföljningsperspektiv bedöms fördelaktigt att låta Staden vara beställare och kontraktspart mot den driftsansvarige i hushållsavfallsdelen. Vidare undviks de upphandlingsjuridiska problem som kan uppstå om Staden först, som ett mellanled, skulle uppdra åt samverkansorganet att agera beställare gentemot den driftsansvarige även vad avser hushållsavfallshanteringen (det uppdraget skulle formellt kunna betraktas som en otillåten direktupphandling).



3.5.2 Samverkansorganet som upphandlande myndighet

Huruvida samverkansorganet blir en upphandlande myndighet beror av graden av Stadens inflytande över och finansiella medverkan i organet. Något förenklat kommer samverkansorganet att bli ett offentligt styrt organ – och därmed en

upphandlande myndighet – om Staden eller någon annan upphandlande myndighet till mer än 50 % äger, kontrollerar eller finansierar organet.

Som berörts ovan framstår det som lämpligt att Staden och samverkansorganet gemensamt genomför en upphandling av driften av omlastningsstationen. Eftersom Stadens del av uppdraget måste upphandlas enligt LOU, kommer som en följd hela upphandlingen att behöva ske enligt LOU. I den delen har det således ingen praktisk betydelse huruvida samverkansorganet i sig är en upphandlande myndighet eller inte. Den frågan får främst betydelse för frågan om de övriga inköp som samverkansorganet i förekommande fall kan behöva göra, kommer att träffas av upphandlingsskyldighet.

3.5.3 Tjänsteanvändare som upphandlande myndigheter

Den sista kategorin av upphandlande myndigheter som aktualiseras är de offentliga aktörer (exempel ett kommunalt bostadsföretag) som i förekommande fall kommer att vara fastighetsägare eller verksamhetsutövare inom området. Eftersom dessa aktörer är upphandlande myndigheter kan de inte utan vidare uppdra åt den entreprenör som vinner driftsupphandlingen att transportera verksamhetsavfall och gods. Den lösning vi ser är att dessa offentliga organ också "medverkar" i driftsupphandlingen, så som upphandlande myndigheter som på förhand förbundit sig att använda tjänsterna (jfr avropade enheter vid en ramavtalsupphandling). En sådan modell löser dock inte problematiken för de eventuella tillkommande upphandlande myndigheter som etablerar sig i området efter tidpunkten för driftsupphandlingen. En grundregel inom offentlig upphandling är att upphandlande myndigheter inte kan ansluta som avtalsanvändare till ett upphandlat kontrakt i efterhand. Vad som däremot kan göras är att i upphandlingsunderlaget tydligt föreskriva att upphandlande myndigheter, som etablerar sig i området under avtalstiden, ska ansluta till samarbetet. Eftersom området kommer att byggas ut successivt under en lång

period föreligger enligt vår mening objektiva goda skäl för en sådan ordning – tydligt är att hela samordningsmodellen äventyras om det helt skulle saknas möjlighet för upphandlande myndigheter att ansluta sig efter hand. En tydlig och välgenomtänkt reglering i upphandlingsunderlaget om tillkommande offentligägda tjänsteanvändare bör därmed enligt vår uppfattning kunna försvaras upphandlingsjuridiskt.

3.5.4 Ytterligare överväganden rörande upphandlingen av en driftsansvarig

En grundläggande upphandlingsjuridisk premiss för en upphandling av driften av omlastningsstationen, är att avtalstiden för uppdragsavtalet måste ha en bortre gräns. Med andra ord kan upphandlingen inte gå ut på att för all framtid, eller tills vidare, sköta driften av anläggningen. Detta innebär för det första att affärsmässiga och upphandlingsjuridiska överväganden måste göras vad gäller lämplig avtalstid. Bedömningarna i denna del överlappar till stor del, eftersom en affärsmässig sund bedömning vad gäller avtalstiden regelmässigt också går att försvara ur ett upphandlingsperspektiv. Typiskt sett gäller att ju större investeringar och ju längre avskrivningstider, desto större möjligheter att använda en lång avtalstid.

För det andra innebär det förhållandet att en ny konkurrensutsättning av uppdraget kommer behöva ske i framtiden, att det blir nödvändigt att säkerställa att Staden och samverkansorganet i framtiden har verktygen för att genomföra en rättvis konkurrensutsättning. Centralt bör vara att Staden och/eller samverkansorganet vid den tidpunkten äger eller på annat sätt bestämmer över själv omlastningsstationen. I ett läge där driftsentreprenören skulle äga eller bestämma över anläggningen skulle det i praktiken kunna bli omöjligt för andra aktörer att konkurrera om uppdraget. Tillgången till anläggningen måste med andra ord ingå som ett moment i den kommande upphandlingen.

Det nu sagda leder till slutsatsen att det är lämpligt att Staden, samverkansorganet alternativt Staden och samverkansorganet gemensamt bör äga omlastningsstationen. Det resonemanget utvecklas nedan i punkt 3.6.

3.5.5 Om upphandlingen av byggnationen av anläggningen

En ytterligare fråga att överväga är hur byggnationen av anläggningen ska upphandlas. Här ser vi två huvudalternativ:

1. Byggnationen och driften paketeras ihop i samma upphandling (byggentreprenad + tjänsteupphandling)
2. Byggnationen och driften hanteras som två olika upphandlingar

Ett argument för alternativ 1 är att den driftsansvarige ges möjlighet att planera anläggningen utefter vad denne anser lämpligt. Detta kan vara en fördel eftersom driftsentreprenören för en betydande tidsperiod kommer att vara den aktör som använder anläggningen. Ett annat möjligt alternativ, för det fall upphandlingen delas upp i två delar, är att inför framtagning av upphandlingsunderlag för byggnationen utreda och fånga upp den branschkunskap som finns, för att på så sätt möjliggöra en välgrundad upphandling som tillser behovet i enlighet med vad aktuella leverantörer anser vara nödvändigt för en fortsatt drift.

I grunden bör en rent affärsmässig bedömning – d.v.s. vad som ekonomiskt är mest rationellt – styra vilken av modellerna som väljs.

Oavsett hur byggnationen upphandlas – separat eller tillsammans med uppdraget av att sköta anläggningen – bör den, i likhet med vad som gäller för driftsuppdraget, upphandlas enligt LOU.

3.6 Om markägande, ägande av omlastningsstation och driftsansvar – överväganden

3.6.1 Ägande av omlastningsstationen

I enlighet med vad som anförts ovan i punkt 3.5.4 är av vikt, beaktat LOU, att Staden och samverkansorganet inte avhänder sig möjligheterna att längre fram konkurrensutsätta uppdraget att operera omlastningsstationen på nytt. Detta innebär att själva infrastrukturen för systemet, omlastningsstationen, lämpligen bör ägas av Staden och/eller samverkansorganet.

Om samverkansorganet är en förening eller ett aktiebolag, kan det enligt vår mening vara lämpligt att tänka sig ett delat ägande (samägande). Andelarna bör då baseras på de nyckeltal som speglar anläggningens användning för å ena sidan hushållsavfallsverksamheten och å andra sidan verksamhetsavfall och gods. Motsvarande nyckeltal bör då också så långt som möjligt styra själva finansieringen av anläggningen (både vad gäller byggnationskostnader och efterföljande löpande underhållskostnader).

Om samverkansorganet är en samfällighetsförening, blir det problematiskt att tänka sig ett samägande. I det scenariot kommer anläggningen istället med nödvändighet att ägas av de i samfällighetsföreningen deltagande fastigheterna. Stadens rättigheter och skyldigheter avseende (del av) gemensamhetsläggningen/omlastningsstationen får då istället regleras genom avtal mellan Staden och samfällighetsföreningen. Grundbultarna i ett sådant avtal bör vara att Staden – som en följd av att Staden medverkat till finansieringen av anläggningen – i gengäld tillförsäkras en nyttjanderätt till del av anläggningen samt ev. även en skyldighet att enligt de principer som fastläggs i avtalet medverka till dess förvaltning.

Oavsett ägandemodell enligt ovan kommer det bli aktuellt att genom avtal mellan Staden och samverkansorganet att reglera parternas upphandlingssamverkan. Av ett sådant avtal bör bl.a. framgå hur de gemensamma upphandlingarna av driften genomförs, vem som ansvarar för vad och ungefär med vilken frekvens upphandlingarna ska ske.

3.6.2 Ägande av marken där omlastningsstationen är placerad

Av motsvarande skäl som angetts ovan i punkt 3.6.1 är det enligt vår mening lämpligt att marken ägs av Staden.

3.6.3 Ansvaret för driften

Så som redan konstaterats ovan i framställningen bör huvudalternativet vara att lägga ut driften av omlastningsstationen på en extern entreprenör efter sedvanlig LOU-upphandling. Alternativet att låta Staden sköta driften i egen regi får betraktas som uteslutet redan av kommunalrättsliga skäl. Om Staden önskar medverka såsom operatör, krävs därmed i princip att så sker i samverkan med annan part, som kan ansvara för de delar av verksamheten som får sägas ligga utanför den kommunala kompetensen (primärt godsverksamheten). Därmed skulle det i princip bli fråga om att enligt LOU upphandla någon form av joint venture (exempelvis drift genom samägt aktieföretag, där den andra delägaren upphandlas enligt LOU). Det bör i och för sig inte vara omöjligt att genomföra, men reser så många följdfrågor att det bör vara att föredra att istället lägga ut hela driftsansvaret på extern entreprenör.

En stor utmaning vad gäller att genomföra en upphandling av anläggningsdriften, blir att konstruera upphandlingsunderlaget. Det ligger i sakens natur att stora resurser kommer att behöva läggas på att utforma affärsmodellen och ersättningssystemet för uppdraget på ett tydligt och effektivt

sätt. En grundläggande fråga att då hantera är att uppdraget kommer att omfatta en taxefinansierad delmängd (transport av hushållsavfall) och att detta ställer krav på tydlig särredovisning mellan verksamhetsgrenarna. En enkel skiss över principiella ersättningsflöden bör kunna se ut som följer:

Hushållsavfall – driftsentreprenören får ersättning av Staden, som i sin tur uppbär renhållningsavgifter

Verksamhetsavfall/gods – driftsentreprenören får ersättning från tjänsteanvändarna (rörlig ersättning utifrån användning) och eventuellt även från samfällighetsföreningen/den ekonomiska föreningen (grundersättning eller motsvarande)

3.6.4 Illustrationer över ägandemodeller

För att illustrera de två huvudsakliga modeller avseende ägande som presenteras som rekommendation i denna PM visas nedan två bilder.

Bild 1 nedan illustrerar den modell där anläggningen drivs som en gemensamhetsanläggning och därmed ägs av de fastigheter som ingår i gemensamhetsanläggningen och som i sin tur samverkar genom en samfällighetsförening. I både bild 1 och bild 2 illustrerar den större rektangeln fastigheten (marken), som i båda fallen rekommenderas kvarstå under Stadens ägande:

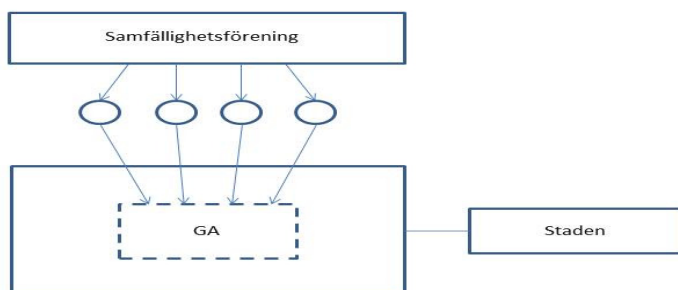
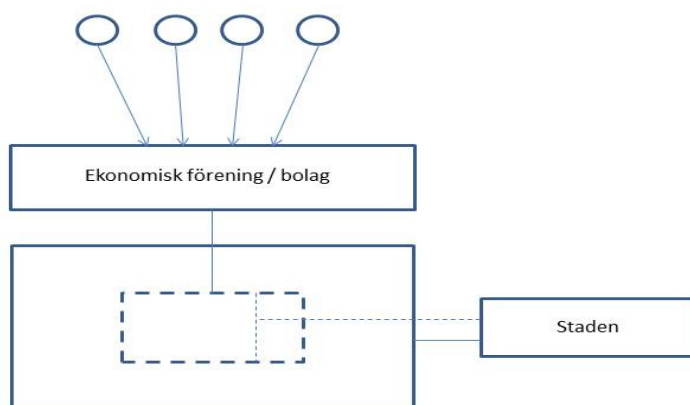


Bild 2 nedan illustrerar istället den modell där anläggningen ägs av antingen en ekonomisk förening eller ett bolag, antingen helt eller delvis tillsammans med Staden:



4 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

4.1 De kommunalrättsliga förutsättningarna för Stadens medverkan

Ur ett effektivitetsperspektiv framstår som lämpligt att driftsansvaret för omlastningsstationen sköts av en enda aktör. Enligt vår mening förefaller det tveksamt om det ligger inom ramen för den kommunala kompetensen för Göteborgs stad att i egen regi fullgöra den uppgiften. Vår rekommendation i denna del är mot denna bakgrund är att uppgiften bör läggas ut på ett privat företag, genom en upphandling (enligt LOU) som Staden genomför i samverkan med fastighetsägarna i området. I upphandlingen agerar Staden beställare och huvudman vad avser hushållsavfallsdelen, medan fastighetsägarna är beställare och huvudman för övriga verksamhetsgrenar (se figur i punkt 3.5.1 ovan). Några principiella kommunalrättsliga hinder mot en sådan samverkan finns enligt vår mening inte.

4.2 Ett samverkansorgan bör bildas, för att vara ”huvudman/beställare” för de uppgifter som avser verksamhetsavfall och gods

Samverkansorganet, som binder ihop berörda fastighetsägare/verksamhetsutövare, bör enligt vår mening lämpligen organiseras som en samfällighetsförening/gemensamhetsanläggning eller en ekonomisk förening.

Av vikt att framhålla är – även om det kan komma att uppstå problem vid förrättningen av en gemensamhetsanläggning (beroende på hur Lantmäteriet bedömer exempelvis tjänsteinslaget) – att samverkan enligt vår mening inte bör stå och falla med den frågan. Situationen bör istället kunna föregripas genom att inblandade parter förutser denna risk och, mot den bakgrunden,

överenskommer om en ekonomisk förening som andrahandsalternativ. Den huvudsakliga skillnaden blir i praktiken (något förenklat) bundenheten för fastighetsägarna. Även om alltså rekommendationen är att i första hand utreda inom vilka gränser Lantmäteriet kan förrätta en gemensamhetsanläggning med den önskade omfattningen, så behöver inte det faktiska arbetet med utformande av stadgar m.m. (och samverkansavtalet mellan samverkansorganet och Staden) inför en sådan eventuell förrättning bli onödigt i det fall Lantmäteriet inte godtar upplägget. Arbetet kan då istället läggas till grund för den ekonomiska föreningen och ansvars- och kostnadsfördelningen inom denna. Upplägget förändras således inte i grunden, utan i princip kommer funktionen bli densamma. Vår bedömning är således att vi ser ett första- och ett andrahandsalternativ för samordningen, men att den praktiska hanteringen bör bli tämligen likvärdig oavsett lösning.

Stadens inflytande i samarbetet säkras främst genom att Staden kommer att agera beställare och avtalspart gentemot driftsentreprenören vad gäller insamlingen av hushållsavfall, samt genom ett samverkansavtal med antingen samfällighetsföreningen eller den ekonomiska föreningen. Det finns därför enligt vår mening inte något självändamål med att Staden också har ett stort inflytande över fastighetsägarnas samverkansorgan. Däremot kan det vara lämpligt att Staden på något sätt är representerad i samverkansorganets styrelse. Sådan representation kan säkerställas genom föreskrifter i samverkansavtalet.

Stadens och samverkansorganets samarbete får regleras i ett samverkansavtal. Av vikt blir bl.a. att föreskriva att offentliga upphandlingar ska ske för alla gemensamt finansierade inköp samt att reglera hur ofta driften av omlastningsstationen ska konkurrensutsättas.

4.3 Omlastningsstationen bör ägas av Staden, samverkansorganet eller gemensamt

Av upphandlingsjuridiska skäl blir för Stadens del viktigt att säkerställa att uppdraget att sköta driften av omlastningsstationen kan konkurrensutsättas vid jämna mellanrum. Mot den bakgrunden är det viktigt att behålla kontrollen över omlastningsstationen; detta antingen genom ägande, delägande eller långsiktigt avtal med ägaren (samverkansorganet). Omlastningsstationen som sådan bör således inte ägas eller kontrolleras av den externa part som genom upphandling vinner uppdraget att för viss tid svara för driften.

Hur ägandet närmare fördelas mellan Staden och samverkansorganet bör så långt möjligt spegla finanseringen av anläggningen (byggnation och underhåll). Eftersom omlastningsstationen till viss del kommer att tjäna ett kommunalt kärnändamål (hantering av hushållsavfall) framstår det som rimligt att Staden står för del av både finansering och efterföljande förvaltning/underhåll.

För att sammanfattningsvis illustrera hur ägande och drift, samt upphandlingsansvar kan fördelas infogas nedan matris. I matrisen markeras med "X" de alternativ som är lämpliga:

	Staden	Samverkansorgan	Kombinerat	Driftsoperatör
Äga mark	X			
Äga anläggning	X	X	X	
Driftansvar				X
Upphandlingsansvar	X		X	

Som ovan

Erik Wallberg

Johan Lidén

Sara Karlsson