

KOSTNADSFORDELING OG PRODUSENTANSVAR – FORHOLDET TIL STATSSTØTTEREGLENE OG SELVKOSTPRINSIPPET

Professor dr. juris Erling Hjelmeng, Institutt for privatrett, UiO

Utarbeidet for Samfunnsbedriftene Avfall og ressurs

Oslo, 21. mars 2021

Innhold

1	Sammendrag	2
2	Oppdraget	3
3	Nærmere om spenningsforholdet mellom regelsettene	3
4	Kostnadsfordeling etter gjeldende rett	4
4.1	Innledning	4
4.2	Reglene om offentlig støtte	5
4.3	Selvkostprinsippet	8
4.4	Konklusjon	8
5	Fremtidig gjennomføring av revidert rammedirektiv	8
5.1	Direktivets krav	8
5.2	Forholdet til norsk rett	10
6	Innføring av nytt kap 10a i avfallsforskriften	10
7	Konklusjoner	11

1 Sammendrag

Denne rapporten drøfter kostnadsfordelingen mellom kommune og produsenter der elementer i husholdningsstrømmen er underlagt produsentansvar, og kommunen pådrar seg kostnader ved utsortering og håndtering av dette avfallet. Spørsmålet vurderes etter gjeldende rett i lys av avfallsforskriften kap. 7 om produsentansvar for emballasje, EØS-avtalens regler om offentlig støtte og selvkostprinsippet, jf. forurensningsloven § 34.

Drøftelsen viser at det etter avfallsforskriften kap. 7 må skilles mellom det operasjonelle/organisatoriske og det økonomiske ansvaret. Selv om det operasjonelle ansvaret, herunder returselskapets plikter, kunne vært tydeligere regulert er det ikke tvil om at produsent bærer et helhetlig økonomisk ansvar for kostnader, som da også vil omfatte kostnader ved utsortering. Dette er også i tråd med det grunnleggende forurenseren betalerprinsippet, som er et grunnleggende prinsipp bak produsentansvaret.

Dette har som konsekvens at dersom kommunen dekker kostnader forbundet med produsentansvarsavfall over avfallsgebyret, vil produsentsiden motta en økonomisk fordel iht. EØS-avtalen art. 61 om offentlig støtte. Begrunnelsen er at produsentsiden da unngår en kostnad som ville ha påløpt under "normale markedsvilkår", og at denne i stedet dekkes av offentlige midler. De øvrige vilkårene i denne bestemmelsen vil også være oppfylt, slik at et fritak fra å dekke disse kostnadene vil utgjøre ulovlig statsstøtte. Dette utløser et tilbakeføringskrav, dvs. at produsentsiden vil måtte etterbetale det som skulle ha vært dekket.

Det økonomiske ansvaret pålagt produsentsiden har også betydning for hvilke kostnader som lovlig kan dekkes over avfallsgebyret iht. selvkostprinsippet. Selvkostprinsippet krever nettopp at kostnader som påhviler næringsdrivende, ikke kan dekkes over avfallsgebyret.

Videre vurderes kort hvordan norske løsninger for produsentansvar forholder seg til EUs reviderte rammedirektiv for avfall (direktiv 2018/851). Her stilles det minstekrav til produsentsidens kostnadsdekning. Konklusjonen her er at norsk retts regulering ikke er i samsvar med direktivkravene. Dette har bl.a. betydning for det foreslåtte kap. 10a i avfallsforskriften, om utsortering av bioavfall og plastavfall. Forslaget synes å forutsette at kostnader forbundet med utsortering vil kunne dekkes av avfallsgebyret. En slik løsning vil være i strid med direktivet, som fastsetter minimumskrav til hva som skal dekkes av produsentsiden når produsentansvar er innført. For plast som omfattes av reglene om emballasje (emballasjeplast) vil det også være i strid med reglene om offentlig støtte og selvkostprinsippet, jf. avfallsforskriften § 7-5.

2 Oppdraget

Spørsmålet i det følgende er hvilke føringer hhv. EØS-avtalens regler om offentlig støtte og selvkostprinsippet legger på kostnadsfordelingen mellom produsenter og kommuner, der avfall underlagt produsentansvar må utsorteres fra husholdningsavfallsstrømmen. Jeg er bedt om å foreta en vurdering av kravene til gjennomføring av produsentansvar, selvkost og EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Bakgrunnen for dette er EUs direktivpakke fra 2018, der særlig rammedirektivet har avgjørende betydning for produsentansvaret og måten det implementeres på i norsk rett. Samtidig reiser produsentansvaret og særlig spørsmålet om kostnadsdekning ved kommunenes håndtering av avfall underlagt produsentansvar, bl.a. utsortering fra avfallsstrømmer underlagt selvkostprinsippet, selvstendige støtterettslige spørsmål.

Det følgende legges opp som følger: Først ser jeg nærmere på hvilke potensielle spenninger som ligger mellom produsentansvar og hhv. EØS-avtalens regler om offentlig støtte samt selvkostprinsippet. Dette som en mer overordnet orientering rundt de enkeltspørsmål som drøftes videre. Deretter foretas en vurdering med utgangspunkt i statsstøttereglene, før selvkostprinsippet behandles. Etter dette redegjøres det for kravene i det reviderte avfallsdirektivet fra 2018¹ og konsekvenser for gjennomføringen i norsk rett, før jeg vurderer forslaget om innføring av et nytt kap. 10a opp mot de samme reglene.

Av oppdragsgiver er jeg forelagt en utredning fra adv. firma Lund & Co "Produsentansvaret: Hva er aktørenes roller og ansvar?" datert 23. juni 2020. Utover dette bygger det følgende på åpne kilder.

3 Nærmere om spenningsforholdet mellom regelsettene

Kort sagt innebærer et produsentansvarsprinsipp at produsenter skal holdes ansvarlig også for den avfallsmessige håndteringen av produktet. Produsentansvaret bygger på prinsippet om at forurenseren skal betale (heretter PPP – Polluter Pays Principle). Dette prinsippet bygger på helt grunnleggende økonomisk teori, der poenget er å skape incentiver til å redusere forurensning til en lavest mulig kostnad.² Prinsippet er bla. nedfelt i TEUV art. 191(2), der det heter at Unionens politikk skal baseres på at "the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay." Prinsippet er tydelig reflektert i reglene om produsentansvar og kostnadsallokering i det reviderte rammedirektivet fra 2018.

Produsentansvar innebærer altså at produsentene av et produkt holdes ansvarlig for innsamling og håndtering av sine produkter i avfallsfasen.³ Mht. kostnadsfordeling mellom produsentsiden og kommuner ved håndtering av avfall underlagt produsentansvar i husholdningsavfallsstrømmen oppstår det imidlertid spenninger:

I forhold til *selvkostprinsippet* oppstår det en utfordring dersom kommunene selv dekker merkostnadene ved utsortering og håndtering av produsentansvarsavfall gjennom avfallsgebyret. Iht. et konsekvent produsentansvarsprinsipp er dette kostnader som skal

¹ Direktiv 2008/98/EF, endret ved direktiv 2018/851/EU. Den detaljerte reguleringen av produsentansvar ble først inntatt ved 2018-direktivet.

² Se f.eks. Muhammad Munir: History and Evolution of the Polluter Pays Principle: How an Economic Idea Became a Legal Principle? (September 8, 2013). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2322485>.

³ Se Bratteng, cit., s. 406 ff.

dekkes av produsent, nettopp for å skape incentiver til å redusere mengde avfall. Selvkostprinsippet innebærer at husholdninger ikke kan belastes andre kostnader enn det som påløper for å håndtere avfallsstrømmen. Dersom kostnader iht. produsentansvarsprinsippet skal belastes produsent, vil det være i strid med selvkostprinsippet å dekke disse over avfallsgebyret. Dersom det ikke foreligger en hjemmel for at disse kostnadene skal dekkes av produsentene, oppstår imidlertid spørsmålet om det da kan være i strid med selvkostprinsippet at de likevel dekkes over avfallsgebyret.

En tilsvarende problemstilling oppstår etter *statsstøtterege*lverket. Utgangspunktet her er at foretak (her produsentene) ikke kan fritas for kostnader som ville påløpt under "normale markedsvilkår" – da vil det foreligge en form for offentlig støtte. Akkurat som under selvkostprinsippet er spørsmålet hvilke føringer som ligger for at produsenten skal betale kostnadene, dvs. hva som utgjør "normale markedsvilkår".

Logikken i de to sistnevnte regelverk er likevel litt ulik. Etter statsstøtteregele

ne er poenget at kostnader som skulle være båret av andre *skal* plasseres hos dem, siden de ellers unngår kostnader de egentlig skulle betalt. Under selvkostprinsippet er logikken den sammen, men sier ikke noe om *hos hvem* ansvaret skal plasseres, utover det negative at slike kostnader *ikke skal* dekkes over avfallsgebyret. Når et konsekvent gjennomført produsentansvar krever at kostnader knyttet til håndtering avfall dekkes av produsent, vil en dekning over avfallsgebyret således være problematisk både etter støtteregele

ne og etter selvkostprinsippet.

I det følgende vurderes dette nærmere ut fra gjeldende norsk rett og de kravene som EUs reviderte avfallsregelverk vil stille.

4 Kostnadsfordeling etter gjeldende rett

4.1 Innledning

I dette avsnittet vurderes det gjeldende regelverket for produsentansvar for emballasjeavfall opp mot reglene om offentlig støtte og selvkostprinsippet. Problemstillingen er om det vil være i strid med disse reglene og prinsippene dersom kommunen velger å dekke kostnader knyttet til håndteringen av emballasje i husholdningsavfallsstrømmen.

Dette produsentansvaret etter gjeldende rett reguleres ikke pr. nå av det reviderte rammedirektivet for 2018, men direktivet vil ha betydning også for dette ansvaret når det skal implementeres i norsk rett.⁴ Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Det er særlig viktig å avklare om en ordning der kostnadene delvis bæres av husholdningene gjennom avfallsgebyret vil kunne være i strid med reglene om offentlig støtte. Etter disse reglene er det nemlig slik at ulovlig støtte (støtte som ikke er forhåndsgodkjent av EFTAs overvåkningsorgan eller er eldre enn EØS-avtalen) skal tilbakeføres.⁵ Dette innebærer at dersom det konstateres at produsenter har vært fritatt fra kostnader som det egentlig påligger dem å dekke, og dette utgjør et brudd på reglene om offentlig støtte, skal det skje et økonomisk etteroppgjør.

⁴ Heller ikke emballasjedirektivet (94/62/EF) regulerer produsentansvar nærmere.

⁵ Se nærmere Erling Hjelmeng: Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte, Fagbokforlaget 2004.

4.2 Reglene om offentlig støtte

EØS art. 61 om offentlig støtte inneholder en rekke vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Litt forenklet må et foretak motta en økonomisk fordel fra offentlige midler. Forbudet er begrenset til selektive ordninger, dvs. i motsetning til generelle ordninger som f.eks. lavere skattesatser. I tillegg må ordningen ha samhandelsdimensjon (en i det minste potensiell påvirkning av handel med andre EØS-land), og den må være konkurransevridende. I denne saken er det i første rekke spørsmålet produsenter vil oppnå en økonomisk fordel som må vurderes nærmere. De øvrige vilkårene vil det i stor utstrekning kunne legges til grunn at er oppfylt.

Kriteriet økonomisk fordel forstås slik at reglene kan komme til anvendelse dersom foretak mottar fordeler eller unngår utgifter i forhold til "normale markedsvilkår".⁶ Det må altså etableres en slags benchmark-situasjon, og så er spørsmålet om det offentlige tiltaket representerer et avvik fra dette. Støttereglene har hatt betydelig innflytelse på utformingen av regelverket i avfallssektoren. Dette gjelder f.eks. reglene om beregning av avfallsgebyr iht. avfallsforskriften kap. 15, der formålet er å hindre at konkurranseutsatt virksomhet mottar fordeler gjennom dekning av kostnader, og skatteloven § 2-30 om skatteplikt for overskudd i konkurranseutsatt virksomhet (næringsavfall).⁷ I vår sammenheng er spørsmålet om det å dekke kostnader til håndtering av avfall som er underlagt produsentansvar over avfallsgebyret, slik at produsentene slipper unna kostnader de egentlig skulle ha båret under "normale markedsførhold", vil representere en økonomisk fordel iht. art. 61.

Det er to måter å nærme seg dette problemet i en statsstøttekontekst. Den første vil være at produsentene gjennom inndekning over avfallsgebyret fritas fra et lovmessig økonomisk ansvar, og at de derfor mottar en økonomisk fordel (ved ikke å dekke en kostnad de skulle dekket under "normale markedsvilkår"). Dersom det foreligger en plikt til å dekke disse kostnadene iht. produsentansvaret, vil det åpenbart foreligge en form for offentlig støtte. Der produsentansvarsordningen tjener til å gjennomføre EØS-rettslige forpliktelser, vil det også være de EØS-rettslige føringene som vil være avgjørende for hva som utgjør normalsituasjonen, jf. nedenfor.

Den andre tilnærmingmåten, som Lund & Co bygger på i sin utredning, baserer seg på det såkalte markedsaktørprinsippet.⁸ Markedsaktørprinsippet er en måte å vurdere om det foreligger støtte der det offentlige selv engasjerer seg i økonomiske aktivitet eller investerer i et foretak. Det sentrale i testen er å sammenlikne det offentliges atferd med hva en rasjonell, privat markedsaktør ville ha gjort. Utgangspunktet her er at når kommunen yter tjenester til foretak, må den ta seg betalt et markedsmessig vederlag. Formålet er å vurdere om foretaket mottar en fordel det ikke ville ha oppnådd under normale markedsførhold, og det leder da til

⁶ Se sak C-39/94 SFEI, ECLI:EU:C:1996:285, avsnitt 60-61: "in order to determine whether a State measure constitutes aid, it is necessary to establish whether the recipient undertaking receives an economic advantage which it would not have obtained under normal market conditions." Jf. også sak C-200/97 Ecotrade, ECLI:EU:C:1998:579, avsnitt 34: "...measures which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking..."

⁷ Om manglende skatteplikt som offentlig støtte til offentlig virksomhet se rapporten Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører, Rapport fra arbeidsgruppe 23. januar 2018 (<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer/id2588008/>)

⁸ Ofte betegnet som Market Economy Investor Principle (MEIP) eller Market Economy Operator Principle (MEO/MEOP). Se inngående Małgorzata Cyndecka: The market economy investor test in EU state aid law: applicability and application, Kluwer 2016.

en sammenlikning med hvordan en rasjonell privat aktør ville ha opptrådt.⁹ Testen kommer til anvendelse på en rekke forhold, som kapitaltilførsel, lån, garantier og avtaler om kjøp eller salg. Poenget i vår sammenheng vil være at kommunen – som tjenesteyter – ikke beregner et markedsmessig vederlag for de tjenester som faktisk leveres. En vurdering av hva som er markedsmessig vederlag vil imidlertid etter min oppfatning være overflødig, siden det følger av forskriften at kostnadene skal plasseres hos produsent, jf. nærmere nedenfor.

Hvis det skal foreligge offentlig støtte dersom ikke produsentene selv bærer kostnadene for håndtering av produsentansvarsavfall, må dette – med noen forskjeller mellom tilnærmingmåtene ovenfor – altså være kostnader som nettopp produsentene skulle ha betalt i en "normalsituasjon". Utgangspunktet er at produsenter ikke har noe ansvar for håndtering av avfallet, slik at normalsituasjonen det evt. avvikes fra vil være avhengig av hvilket lov- eller forskriftsmessig ansvar disse likevel er pålagt. Når det gjelder emballasje, følger det av avfallsforskriften § 7-5 at

Produsent som tilfører markedet minst 1 000 kg av en emballasjetype per år skal finansiere innsamling, sortering, materialgjenvinning og annen behandling av brukt emballasje og emballasjeavfall gjennom medlemskap i et returselskap som er godkjent av Miljødirektoratet, jf. § 7-14.

Dersom returselskapet ikke kan ivareta sine plikter etter § 7-9 til § 7-14, skal produsent selv sørge for at pliktene etter første ledd oppfylles.

Denne ordlyden tilsier – slik også logikken bak ordningen gjør – at produsenten har et helhetlig økonomisk ansvar for avfallet. De økonomiske forpliktelsene er imidlertid definert gjennom returselskapet og dets plikter, som er listet opp i § 7-9. Returselskapet er iht. bokstav c) pålagt "Å samle inn og motta en rimelig mengde av den typen emballasje som medlemmene deres har satt på det norske markedet når den ender opp som husholdnings- og næringsavfall." Dette kan tilsi at det likevel ikke foreligger et ansvar for kostnader ved kommunenes håndtering av avfallet innenfor en husholdningsavfallsstrøm. På dette punktet er det imidlertid koblingen mellom det økonomiske og operasjonelle ansvaret for returselskapet som skaper et problem. Paragraf 7-5 sier noe om hvordan produsent skal oppfylle sitt *økonomiske* ansvar, mens § 7-9 sier noe om hvilket *operasjonelle* ansvar returselskapet skal ha.¹⁰

Produsentens økonomiske ansvar følger direkte av ordningens logikk, som hviler på PPP. I dette må også inngå incentiver til å hindre at avfallet endre opp usortert i husholdningsavfallsstrømmen. Selv om returselskapets operasjonelle ansvar er begrenset, betyr dette altså ikke at produsentens økonomiske ansvar er begrenset tilsvarende, altså kun til forhold som returselskapet er pålagt det operasjonelle ansvaret for. I praksis kan en

⁹ Se f.eks. sak C-39/94 SFEI, ECLI:EU:C:1996:285, avsnitt 60&61: "in order to determine whether a State measure constitutes aid, it is necessary to establish whether the recipient undertaking receives an economic advantage which it would not have obtained under normal market conditions.

In examining that question, it is for the national court to determine what is normal remuneration for the services in question. Such a determination presupposes an economic analysis taking into account all the factors which an undertaking acting under normal market conditions should have taken into consideration when fixing the remuneration for the services provided." Jf. videre Kommisjonens retningslinjer om the Notion of Aid (NoA) pkt. 73 ff.

¹⁰ Problemstillingen som drøftes her, er paradoksalt nok ikke tatt opp i høringen om endringer i avfallsforskriften kap. 6 og 7, 28. januar 2021, <https://www.miljodirektoratet.no/hoeringer/2021/januar-2021/forslag-til-endringer-i-regelverk-for-emballasje/> (som riktignok ikke tar sikte på å foreta endringer iht. det reviderte rammedirektivet, jf. nærmere nedenfor).

kanalisering av det økonomiske ansvaret f.eks. skje ved at returselskapet dekker kommunens håndteringskostnader og viderefakturerer dette til produsent.

At produsentens økonomiske ansvar ikke kan knyttes sammen med det operasjonelle ansvaret returselskapene er tillagt i §§ 7-9 ff., er også tydelig ut fra § 7-5 andre ledd. Her forutsettes det at produsentenes økonomiske ansvar er uavhengig av returselskapene, jf. formuleringen om at produsentens finansieringsforpliktelse også gjelder der returselskapet ikke kan oppfylle sine plikter iht. forskriften.

Dermed kan altså det avfallsrettslige regelverket tolkes slik at den statsstøtterettslige "normalsituasjonen" skal være at produsenten dekker disse kostnadene – og at de ikke kan fritas fra disse ved at man i stedet belaster avfallsgebyret. Dette er også i tråd med det overordnede prinsippet bak produsentansvaret, nemlig at forurenseren skal betale. Uten at det økonomiske ansvaret ligger på avfallsprodusent, skapes ikke de incentiver produsentansvaret er ment å ivareta.

I utredningen fra Lund & co som jeg er forelagt legges det avgjørende vekt på at det ikke er sikkert at kommunene her yter tjenester til produsentene som disse egentlig er pålagt å yte selv, og at det eventuelle problemet ligger i at det ikke kreves et markedsmessig vederlag for dette. Etter min oppfatning blir dette for fokusert på uklarheter i det *operasjonelle* ansvaret for returselskapene vs. det økonomiske ansvaret for produsent. Det er riktig at avfallsforskriften – for så vidt gjelder emballasje – ikke pålegger produsent eller returselskap noe ansvar for å samle inn emballasjeavfall fra husholdningsstrømmen. Noe annet ville også vært i strid med kommunenes enerett på dette. Jeg mener derfor at man ikke kan se på det operasjonelle ansvaret, og dermed heller ikke benytte markedsaktørprinsippet, men at vurderingen må baseres på bestemmelsen om det økonomiske ansvaret i § 7-5.

Konklusjonen er dermed at normalordningen er at produsent må bære kostnadene til håndtering av produsentansvarsavfallet også der dette er blandet i en husholdningsavfallsstrøm, dvs. at dersom produsenten fritas fra en slik kostnad, vil dette utgjøre en økonomisk fordel iht. EØS art. 61. En slik fordel vil stamme fra offentlige midler, være selektiv (begunstige noen foretak) og potensielt vri konkurransen. Siden mottakere av støtte normalt vil operere i nasjonale eller internasjonale markeder, vil også kravet om samhandelspåvirkning være oppfylt.¹¹ Når det gjelder kravet om at fordelene må stamme fra offentlige midler, er det på det rene at selv om avfallsgebyret betales av husholdningene, kreves det inn og administreres av det offentlige. Dette er iht. rettspraksis tilstrekkelig til å klassifiseres som offentlige midler.¹²

Denne konklusjonen betyr også at produsentene kan være forpliktet til å etterbetale kostnader som de i strid med reglene om offentlig støtte har vært fritatt for. En slik plikt til tilbakeføring består uavhengig av om EFTAs overvåkningsorgan har pålagt Norge (som part i EØS-avtalen) å kreve støtten tilbake.¹³

¹¹ Støtte som bare virker i et lokalt marked uten nevneverdig potensiell konkurranse fra utenlandske aktører, og der også kundemassen er lokal, vil normalt ikke påvirke samhandelen. Dette er ikke tilfelle i der den økonomiske fordelene går ut på at produsenter av emballasje fritas for kostnader knyttet til lokal avfallshåndtering.

¹² Sak C-262/12 Vent de Colère, ECLI:EU:C:2013:851, prem 25 og 26.

¹³ Sak C-349/17 Eesti Pagar, ECLI:EU:C:2019:172, slutningen pkt. 2.

4.3 Selvkostprinsippet

Selvkostprinsippet for husholdningsavfall er fastlagt i forurensningsloven § 34 om avfallsgebyr, der første ledd lyder:

Kommunen skal fastsette gebyrer til dekning av kostnader forbundet med avfallssektoren, herunder innsamling, transport, mottak, oppbevaring, behandling, etterkontroll m.v. Kostnadene skal fullt ut dekkes inn gjennom gebyrene. Med kostnader menes både kapitalkostnader og driftskostnader. For avfall som kommunen har plikt til å samle inn, motta og/eller behandle etter §§ 29, 30 eller 31 må gebyret ikke overstige kommunens kostnader.

Innsamling av husholdningsavfall er regulert i § 30, og selvkostprinsippet må derfor legges til grunn ved beregningen av avfallsgebyret. "Kommunens kostnader" er ikke nærmere definert i loven. Det er imidlertid klart nok at kostnader knyttet til andre tjenester, typisk næringsavfall, ikke kan dekkes over avfallsgebyret.¹⁴ Etter denne logikken blir spørsmålet om håndtering av produsentansvarsavfall innenfor husholdningsavfallsstrømmen blir en slik annen tjeneste.

Utgangspunktet må være at kostnader knyttet til avfall i husholdningsstrømmen ligger innenfor det som skal dekkes under selvkostprinsippet. Selve prinsippet gir ikke grunnlag for å differensiere mellom ulike kostnader, men synes riktignok å være til hinder for at relevante kostnader dekkes inn på andre måter, jf. formuleringen om at kostnadene skal "fullt ut dekkes" av gebyret.

Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom det følger av andre regler at kostnadene skal belastes andre. En slik hjemmel finnes i avfallsforskriften § 7-5, med støtte i forurenseren betaler prinsippet. Jf. ovenfor vil en løsning der kostnadene dekkes av kommunens innbyggere over avfallsgebyret, motvirke de incentivene produsentansvaret er ment å gi produsenter, bl.a. til å redusere mengden avfall.

Konklusjonen er derfor at kostnader som iht. avfallsforskriften skal påhvile produsent ikke er en slik kostnad som skal inkluderes i det selvkostberegnete avfallsgebyret.

4.4 Konklusjon

Konklusjonen er at det å frita produsenter fra det økonomiske ansvaret for kostnader som iht. en produsentansvarsordning skal bæres av produsenten vil være i strid med både statsstøttereglene og selvkostprinsippet. I tillegg vil en slik kostnadsdekning være i strid med avfallsforskriften § 7-5 om emballasje, der det fremgår tydelig at det økonomiske ansvaret hviler på produsentene.

Brudd på statsstøttereglene vil ha som konsekvens at ulovlig støtte skal tilbakeføres. Hvis produsenter har vært fritatt for kostnader som skulle vært dekket iht. produsentansvaret, vil dette utløse en plikt til etterbetaling.

5 **Fremtidig gjennomføring av revidert rammedirektiv**

5.1 Direktivets krav

Ved 2018-revisjonen av EUs rammedirektiv om avfall (direktiv 2008/98/EF som endret ved direktiv (EU) 2018/851), ble det innført mer tydelige krav til nasjonale

¹⁴ Einar Bratteng: Avfallsrett, Universitetsforlaget, 1. utg. 2020, s. 395.

produsentansvarsordninger. Slike ordninger er i det reviderte direktivet art. 3 nr. 21 definert som følger:

"et sæt af foranstaltninger truffet af medlemsstaterne for at sikre, at producenter af produkter bærer det finansielle ansvar eller det finansielle og organisatoriske ansvar for håndteringen af affaldsfasen i et produkts livscyklus."

Direktivet pålegger ikke medlemsstatene å innføre produsentansvarsordninger, men dersom de gjør det, må disse være i samsvar med direktivets krav. Innholdet i slike ordninger regulert i art. 8a om "Generelle minimumskrav til ordninger for utvidet producentansvar", som er ny ved 2018-direktivet. Utover noen generelle krav til ordningene, det krav til informasjon for å gjøre ordningene effektive, spesifikke krav til utformingen av ordningene, og endelig om plassering av det økonomiske ansvaret, dvs. gjennomføringen av PPP. De sentrale generelle kravene, og reguleringen av det økonomiske ansvaret, lyder:

1. Når der etableres ordninger for utvidet producentansvar i overensstemmelse med artikkel 8, stk. 1, herunder i henhold til andre EU-retsakter, skal medlemsstaterne:

a) nøye fastlegge roller og ansvarsområder for alle relevante involverede aktører, herunder producenter af produkter, der markedsfører produkter i medlemsstaten, organisationer, der gennemfører forpligtelser vedrørende udvidet producentansvar på disses vegne, private eller offentlige aktører på affaldsområdet, lokale myndigheder og, hvor det er relevant, operatører inden for genbrug og forberedelse med henblik på genbrug samt socialøkonomiske virksomheder

...

d) sikre ligebehandling af producenter af produkter uanset deres oprindelse eller størrelse, og uden at der lægges en uforholdsmæssig stor regelbyrde på producenter, herunder små og mellemstore virksomheder, der fremstiller produkter i små mængder.

...

4. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de finansielle bidrag, som producenten af produktet betaler for at opfylde sine forpligtelser vedrørende udvidet producentansvar:

a) dækker følgende omkostninger for de produkter, som producenten markedsfører i den pågældende medlemsstat:

— omkostningerne ved særskilt indsamling af affald og efterfølgende transport og behandling heraf, herunder behandling, der er nødvendig for at opfylde EU-målene for affaldshåndtering, samt de omkostninger, der er nødvendige for at opfylde de andre mål og målsætninger, der er omhandlet i stk. 1, litra b), idet der tages hensyn til indtægterne fra genbrug, fra salg af sekundære råstoffer fra dennes produkter og fra uindløst pant

— omkostninger ved levering af relevante oplysninger til affaldsindehavere i overensstemmelse med stk. 2

— omkostninger ved indsamling og rapportering af data i overensstemmelse med stk. 1, litra c).

...

c) ikke overstiger de omkostninger, der er nødvendige for at levere affaldshåndteringstjenester på en omkostningseffektiv måde. Sådanne omkostninger skal fastsættes på en gennemsigtig måde af de berørte aktører.

I tilfælde, hvor det er begrundet i behovet for at sikre en passende affaldshåndtering og den økonomiske bæredygtighed af ordningen for udvidet producentansvar, kan medlemsstaterne afvige fra den fordeling af det finansielle ansvar, der er fastsat i litra a), forudsat at:

i) producenterne af produkter i forbindelse med ordninger for udvidet producentansvar, oprettet med henblik på at nå affaldshåndteringsmål og -målsætninger, der er fastsat i henhold til EU-retsakter, afholder mindst 80 % af de nødvendige omkostninger

ii) producenterne af produkter i forbindelse med ordninger for udvidet producentansvar, der oprettes den 4. juli 2018 eller senere med henblik på at nå affaldshåndteringsmål og -målsætninger, der alene er fastsat i medlemsstaternes lovgivning, afholder mindst 80 % af de nødvendige omkostninger

iii) producenterne af produkter i forbindelse med ordninger for udvidet producentansvar, der oprettes før den 4. juli 2018 med henblik på at nå affaldshåndteringsmål og -målsætninger, der alene er fastsat i medlemsstaternes lovgivning, afholder mindst 50 % af de nødvendige omkostninger,

Det essensielle i vår sammenheng er at direktivet oppstiller relativt detaljerte krav til produsentenes dekning av kostnader. Dette er også i tråd med PPP, som krever at det

økonomiske ansvaret plasseres hos produsent for å gi incentiver til bl.a. å redusere avfallsmengden. Av litra c) fremgår det likevel at det kan gjøres visse unntak, men da begrenset til en nærmere angitt proSENTSATS.¹⁵

5.2 Forholdet til norsk rett

Det ligger utenfor mitt mandat å foreta en fullstendig gjennomgang av produsentansvarsordninger i Norge med sikte på å ta stilling til hvilke endringer som vil måtte gjøres. Gjennomgangen ovenfor, med fokus på emballasje, viser imidlertid at den norske ordningen her ikke er helt tydelig – ut fra kravene som gjelder ved gjennomføring av direktiver – for så vidt gjelder det økonomiske ansvaret.

Den utydelige løsningen vedrørende det økonomiske ansvaret vil etter mitt skjønn være i strid med 2018-direktivets krav om kostnadsdekning. Implementeringsfristen for dette direktivet har imidlertid ikke gått ut, slik at det foreløpig ikke vil være grunnlag for å fortolke avfallsforskriften iht. direktivets krav, jf. presumsjonsprinsippet. Etter at fristen har utløpt, vil forskriften nødvendigvis måtte tolkes i lys av direktivet.

At det er behov for tilpasninger i de norske reglene om produsentansvar følger også av Miljødirektoratets "Rapport - Gjennomgang av utvidet produsentansvar i Norge."¹⁶ Her heter det:

"Når det gjelder ordningene for emballasje og drikkevareemballasje, hvor ansvaret for innsamling og behandling av avfallet er delt mellom produsent/returselskap og kommunene (husholdningsavfall), vurderer vi at kravet til å sikre kostnadsdekning ikke kan anses oppfylt fullt ut. Vi mener at det for disse ordningene er behov for å klargjøre den økonomiske ansvarsfordelingen mellom produsent/ returselskap og kommunene, hvor også handlingsrommet og unntaksmuligheten som fremgår av artikkel 8a (4) andre og tredje avsnitt tas i betraktning."¹⁷

Dette synet bekreftes av den gjennomgangen som er foretatt ovenfor. Slik det er konkludert ovenfor, følger det imidlertid for så vidt gjelder emballasje av avfallsforskriften § 7-5 at det økonomiske ansvaret påhviler produsentsiden. Uklarhetene på dette punktet stammer først og fremst fra manglende tydelighet mht. returselskapenes operasjonelle ansvar.

6 Innføring av nytt kap 10a i avfallsforskriften

I høringsnotat av 28. januar 2021 foreslo Miljødirektoratet å innføre et nytt kapittel 10a i avfallsforskriften, om utsortering av bioavfall og plastavfall. Iht. notatet er dette ment som en tilpasning til "Norges internasjonale forpliktelser", dvs. det reviderte avfallsdirektivet.

I høringsnotatet synes imidlertid Direktoratet å legge til grunn at det er uproblematisk å dekke f.eks. utsorteringskostnader over avfallsgebyret. Det heter:

"Forskriften vil medføre en netto kostnad, og denne kostnaden vil måtte bæres av de som genererer avfallet; husholdningene og bedriftene. ... For plastemballasje, som er omfattet av en produsentansvarsordning, vil produsenter og importører av emballasje kunne få en del av kostnaden, avhengig av hvordan kostnadene fordeles mellom produsenter/importører, kommuner og næringsliv. Denne fordelingen vil påvirkes av

¹⁵ Se Bratteng, cit., s. 411.

¹⁶ 10. mars 2021, tilgjengelig på <https://www.miljodirektoratet.no/sharepoint/downloaditem?id=01FM3LD2ROMFR7VIN73ZDI22LUVUOLRZNK>.

¹⁷ På s. 52-53.

hvordan Norge gjennomfører minimumskravene til utvidet produsentansvar i EUs rammedirektiv for avfall."¹⁸

En slik tolkning, med så lite spesifikke krav til hva som skal dekkes av produsent, kan etter mitt syn ikke være riktig iht. et konsekvent gjennomført produsentansvarsprinsipp. Likevel legger ikke selvkostprinsippet i seg selv føringer for hvordan disse kostnadene skal dekkes – poenget er at husholdningene skal dekke kostnader knyttet til eget avfall. Skal dette dekkes av andre (typisk produsenter gjennom produsentansvarsordninger), kreves det en hjemmel som overfører det økonomiske ansvaret fra husholdningene til produsent. Slik det er påvist ovenfor, tilsier en tolkning av f.eks. avfallsforskriften kap. 7 om emballasje i lys av PPP at kostnadene dekkes av produsent. I så fall blir det i strid med selvkostprinsippet at disse skal dekkes over avfallsgebyret.

Direktoratets syn her vil også være i strid med prinsippene for kostnadsfordeling som er nedfelt i det reviderte rammedirektivet, sitert ovenfor. Her synes det også å være et avvik mellom det som fremholdes i høringsnotatet og det Direktoratet gir uttrykk for i rapporten av 10. mars 2021, der det nettopp vises til et behov for å klargjøre den økonomiske ansvarsfordelingen mellom produsent/returselskap og kommune.

Innføring av et nytt kapittel 10a med den usikkerheten som fremstår i høringsnotatet knyttet til kostnadsfordeling vil altså dels være i strid med føringene i direktivet, dels vil det kunne virke forstyrrende for avfall som vil omfattes av det nye regelverket men som allerede er gjenstand for produsentansvar. I praksis gjelder dette emballasjeplast.

7 Konklusjoner

Jeg var forelagt spørsmålet om hvilke føringer hhv. EØS-avtalens regler om offentlig støtte og selvkostprinsippet legger på kostnadsfordelingen mellom produsenter og kommuner, der avfall underlagt produsentansvar må utsorteres fra husholdningsavfallsstrømmen.

Gjennomgangen av gjeldende rett viser at avfallsforskriften § 7-5 oppstiller et selvstendig økonomisk ansvar for produsenter, og at produsentsiden derfor vil oppnå en økonomisk fordel i strid med støttereglene dersom de fritas helt eller delvis fra disse kostnadene. Denne forståelsen av forskriften innebærer også at dette er kostnader som *ikke kan* dekkes over avfallsgebyret uten at det kommer i strid med selvkostprinsippet.

Det reviderte rammedirektivet oppstiller konkrete krav til kostnadsfordeling ved produsentansvarsordninger. For å møte disse kravene kreves det endringer i det norske regelverket. Jeg har imidlertid ikke gått konkret inn på hvilke endringer som vil måtte gjøres innenfor de ulike ordningene, og har heller ikke tatt nærmere stilling til mulighetsrommet her.

I høringsnotatet om å innføre et nytt kapittel om utsortering av bioavfall og plastavfall er denne problemstillingen ikke tydelig adressert, isteden kan det virke som om Direktoratet mener at produsentansvarskostnader *kan* dekkes over avfallsgebyret. Dette står i strid med Direktoratets uttalelser i rapporten om gjennomgang av utvidet produsentansvar i Norge av 10. mars 2021.

¹⁸ <https://hss.miljodirektoratet.no/api/1/publisert/hoering/vedlegg/14345>, pkt. 4.5.