

Brevdato 11-09-2021

Afsender thau@kammeradvokaten.dk Sendt af Thomas Haugsted: thau@kammeradvokaten.dk

Modtagere Frederik Bjørnson Erhardtson (Sagsbehandler, Cirkulær Økonomi og Affald)

Akttitel Udkast til notat om nyttiggørelsesbegrebet (MST Id nr.: 3606089, KA j.nr. 4018525) [KA-ACTIVE.FID1199319]

Identifikationsnummer 3699248

Versionsnummer 1

Ansvarlig Frederik Bjørnson Erhardtson

Vedlagte dokumenter Udkast til notat om nyttiggørelsesbegrebet (MST Id nr. 3606089, KA j.nr. 4018525) [KA-ACTIVE.FID1199319]
Notat om nyttiggørelsesbegrebet_udkast

Dokumenter uden PDF-version (ikke vedlagt)

Udskrevet 31. jan 2023

Til: Frederik Bjørnson Erhardtsen (frber@mst.dk)
Cc: Nina Espegård Hassel (nineh@mst.dk), Sean Paulsen (sepau@mst.dk), Stig Grønbæk Jensen (sgj@kammeradvokaten.dk)
Fra: thau@kammeradvokaten.dk (thau@kammeradvokaten.dk)
Titel: Udkast til notat om nyttiggørelsesbegrebet (MST Id nr.: 3606089, KA j.nr. 4018525) [KA-ACTIVE.FID1199319]
Sendt: 11-09-2021 08:22
Bilag: Notat om nyttiggørelsesbegrebet_udkast.docx;

Kære Frederik

Jeg fremsender hermed udkast til notat om nyttiggørelsesbegrebet, der besvarer jeres spørgsmål i følgenotatet af 30. august 2021, med henblik på jeres eventuelle bemærkninger, inden vi afgiver det i endelig form.

Vi står naturligvis til rådighed for en drøftelse af de eventuelle spørgsmål, som udkastet måtte give anledning til.

God weekend.

Med venlig hilsen

THOMAS HAUGSTED 
ADVOKATFULDMÆGTIG

M +45 30 24 24 78
@ THAU@KAMMERADVOKATEN.DK
W KAMMERADVOKATEN.DK

Poul Schmith
KAMMERADVOKATEN

[Sådan håndterer vi dine personoplysninger](#)

Fra: Thomas Haugsted
Sendt: 1. september 2021 10:35
Til: Frederik Bjørnson Erhardtsen <frber@mst.dk>
Cc: Nina Espegård Hassel <nineh@mst.dk>; Sean Paulsen <sepau@mst.dk>; Stig Grønbæk Jensen <sgj@kammeradvokaten.dk>
Emne: SV: Sagsfremstilling og spørgsmål til Kammeradvokaten vedrørende nyttiggørelses- og bortskaffelsesbegrebet (MST Id nr.: 3606089, KA j.nr. 4018525) [KA-ACTIVE.FID1199319]

Kære Frederik

Tak for det tilsendte materiale, som jeg hermed bekræfter modtagelsen af.

Vi forventer at kunne sende jer vores vurdering af jeres spørgsmål i denne første delleverance inden udgangen af næste uge (uge 36).

Jeg fremsender desuden vores salæroverslag for denne første delleverance i en separat mail om et øjeblik.

God dag.

Med venlig hilsen

THOMAS HAUGSTED 
ADVOKATFULDMÆGTIG

M +45 30 24 24 78
@ THAU@KAMMERADVOKATEN.DK
W KAMMERADVOKATEN.DK

Poul Schmith
KAMMERADVOKATEN

[Sådan håndterer vi dine personoplysninger](#)

Fra: Frederik Bjørnson Erhardtson <frber@mst.dk>

Sendt: 31. august 2021 09:41

Til: Stig Grønbæk Jensen <sgj@kammeradvokaten.dk>; Thomas Haugsted <thau@kammeradvokaten.dk>

Cc: Nina Espegård Hassel <nineh@mst.dk>; Sean Paulsen <sepau@mst.dk>

Emne: Sagsfremstilling og spørgsmål til Kammeradvokaten vedrørende nyttiggørelses- og bortskaffelsesbegrebet (MST Id nr.: 3606089)

Kære Stig og Thomas,

Som aftalt fremsendes her relevant materiale og en sagsfremstilling med de spørgsmål vi ønsker besvaret af jer.

Venlig hilsen

Frederik Bjørnson Erhardtson

Jurist | Cirkulær Økonomi og Affald

+45 21 15 76 13 | +45 21 15 76 13 | frber@mst.dk

Miljø- og Fødevareministeriet

Miljøstyrelsen | Tolderlundsvej 5 | 5000 Odense C | Tlf. +45 72 54 40 00 | mst@mst.dk | www.mst.dk

[Sådan håndterer vi dine personoplysninger](#)

UDKAST

Notat om nyttiggørelsesbegrebet i relation til affaldsreguleringen

1. INDLEDNING OG BAGGRUND

Ved notat af 30. august 2021 har Miljøstyrelsen bedt om Kammeradvokatens vurdering af et spørgsmål med tilknytning til forståelsen af nyttiggørelsesbegrebet og sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse i relation til affaldsreguleringen. Spørgsmålet tager afsæt i en konkret sag, som Miljøstyrelsen skal træffe afgørelse i, hvis omstændigheder i korthed kan sammenfattes på følgende måde:

Den norske virksomhed Equinor Asa Avd Raffinaderi Mongstad (herefter "Equinor") har i en årrække overført olieholdigt spildevand til bortskaffelse hos RGS Nordic (herefter "RGS") i Danmark, idet der ifølge oplysninger fra det norske Miljødirektoratet tidligere ikke har været kapacitet i Norge til at forestå bortskaffelsen. I forbindelse med den senest notifikation om overførsel af 150.000 tons olieholdigt spildevand til Danmark (NO 500083) tilkendegav det norske Miljødirektorat imidlertid, at der som udgangspunkt var anlæg og kapacitet til behandling af den pågældende fraktion i Norge, hvorfor Miljøstyrelsen den 20. april 2021 afviste notifikationen med henvisning til, at Equinor ikke kunne dokumentere, at der ikke var behandlingsmuligheder i Norge, hvorfor overførslen var omfattet af forbuddet mod overførsel af affald til bortskaffelse i Danmark.¹

I december 2020 indsendte Equinor en anden notifikation (NO 500269) til det norske Miljødirektorat om overførsel af 450.000 tons olieholdigt spildevand til nyttiggørelse hos RGS i Danmark. Miljøstyrelsen har oplyst, at det olieholdige spildevand skal gennemgå en tilsvarende behandling hos RGS, som det hidtil har været tilfældet, og at den eneste ændring i forhold til Equinors tidligere notifikationer er, at spildevandet nu er anmeldt til nyttiggørelse og ikke bortskaffelse. Det er af Equinor oplyst, at olieindholdet i spildevandet udgør op til 2 % og ikke mindre end 0,1-1 %.

Miljøstyrelsen har i april 2021 anmodet Miljøministeriets departement om rådføring vedrørende affaldsreguleringens nyttiggørelsesbegreb. Departementet har ved notat af 23. august 2021 principielt redegjort

¹ Jf. § 10, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1031 af 27. maj 2021 om overførsel af affald og overførsel af brugt elektrisk og elektronisk udstyr (import-/eksportbekendtgørelsen).

UDKAST

for fortolkningen af nyttiggørelsesbegrebet og Miljøstyrelsens muligheder for at gøre indsigelse, såfremt en overførsel må anses for overførsel til nyttiggørelse i Danmark.

I forlængelse heraf har Miljøstyrelsen – i samråd med departementet – anmodet Kammeradvokaten om at vurdere, hvilke kriterier der i styrelsens sagsbehandling kan lægges til grund for vurderingen af ”hovedformålet” med behandlingen af det olieholdige spildevand, som efter EU-Domstolens praksis er afgørende for, om der kan være tale om nyttiggørelse eller bortskaffelse. Miljøstyrelsen har selv foreslået nogle kriterier, der muligvis kan være relevante at tillægge betydning ved vurderingen.

Dette notat er bygget således op, at vores samlede konklusion på Miljøstyrelsens spørgsmål gives i [afsnit 2](#). I [afsnit 3](#) gennemgås den retlige ramme for vores vurdering, herunder sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse og den relevante praksis fra EU-Domstolen om nyttiggørelsesbegrebets nærmere indhold. Endelig følger i [afsnit 4](#) vores vurdering af det rejste spørgsmål, hvor vi desuden vil pege på de nærmere kriterier, som efter vores vurdering kan være særligt relevante at inddrage i forhold til den konkrete sag om overførsel af olieholdigt spildevand fra Norge. Afslutningsvis i afsnit 4 omtaler vi Miljøstyrelsens mulighed for at gøre indsigelse mod den konkrete overførsel, forudsat at den anses for overførsel til nyttiggørelse, i medfør af transportforordningens² artikel 12, stk. 1, litra g.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at vi i det følgende lægger til grund, at det omhandlede spildevand ikke er undtaget fra transportforordningens og affaldsdirektivets³ anvendelsesområder i medfør af transportforordningens artikel 1, stk. 3, litra e, jf. affaldsdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a. Vi bemærker i den forbindelse, at vi ikke har kendskab til, at overførsel af olieholdigt spildevand er omfattet af anden EU-lovgivning med bestemmelser, der modsvarer reglerne i transportforordningen.

2. KONKLUSION

Det følger af EU-Domstolens praksis og af affaldsdirektivets legaldefinition af nyttiggørelse, at det væsentlige kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation er, at den primært har til formål, at affald kan opfylde en effektiv funktion ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed. Dette vil være tilfældet, hvor operationen ville være blevet gennemført, selvom den omhandlede type affald ikke var tilgængeligt, og det derfor havde været nødvendigt at anvende andre materialer.

² Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1013/2006 af 14. juni 2006 om overførsel af affald. Transportforordningen er senest ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2020/2174 af 19. oktober 2020.

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/98/EF af 19. november 2008 om affald og om ophævelse af visse direktiver. Affaldsdirektivet er senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/851 af 30. maj 2018. Det nugældende affaldsdirektiv erstattede det tidligere direktiv 2006/12/EF af 5. april 2006, der selv erstattede direktiv 75/442/EØF af 15. juli 1975.

Det forhold, at der ved operationen fremkommer materialer, der kan genvindes, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse operationen for nyttiggørelse. Såfremt disse materialer alene kan anses for en *sekundær konsekvens* af operationen – og ikke det primære formål hermed – følger det af EU-Domstolens praksis og affaldsdirektivets legaldefinition af bortskaffelse, at operationen vil være en bortskaffelsesoperation.

Ved vurdering af en bestemt operations *primære formål* eller *hovedformål* kan der ifølge EU-Domstolens praksis og efter vores vurdering blandt andet lægges vægt på følgende kriterier, jf. afsnit 4.1:

- Om det pågældende forarbejdningsanlæg (primært) er indrettet til bortskaffelse eller til nyttiggørelse af affald.
- Om driftsherren af forarbejdningsanlægget erlægger betaling for affaldet til producenten eller indehaveren af affaldet, idet dette vil være et indicium for nyttiggørelse. Omvendt taler det for, at der er tale om bortskaffelse, såfremt producenten eller indehaveren af affaldet betaler driftsherren for at modtage affaldet.
- Om den energi eller de stoffer, som fremkommer og udvindes ved behandlingen af affaldet, er større end det, der forbruges ved forbrændingsprocessen.
- Om den del af det energioverskud eller de stoffer, som frigøres ved affaldsbehandlingen, faktisk udnyttes.
- Om størstedelen af affaldet opbruges under operationen, og om størstedelen af den frigjorte energi eller de frigjorte stoffer genindvindes og udnyttes.
- Om affaldet ud fra den foreliggende videnskabelige og tekniske viden er egnet til at udfylde det pågældende formål, dvs. egnet til den pågældende affaldsbehandling.

Det bemærkes, at de ovenstående kriterier ikke enkeltvis kan være afgørende for, om der er tale om en nyttiggørelsesoperation eller ej. Der er således i højere grad tale om indikationer på, om hovedformålet med en operation udgør nyttiggørelse eller bortskaffelse af affald. Klassificeringen må foretages på grundlag af en konkret afvejning af samtlige relevante kriterier i forhold til den konkrete operation.

Efter vores vurdering følger det af EU-Domstolens praksis og af sammenhængen mellem på den ene side sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse og på den anden side indsigelsesmuligheden i transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, at der ikke kan tages hensyn til blandt andet følgende forhold ved vurderingen af en bestemt operations primære formål eller hovedformål, jf. afsnit 4.2:

- Om det omhandlede affald er farligt eller ej.
- Affaldets varmeværdi, indholdet af skadelige stoffer i affaldet, affaldets karakter af blanding eller ej eller affaldets sammensætning i øvrigt.

UDKAST

- De konsekvenser for miljøet, som operationen vil have, herunder som følge af forholdet mellem den del af affaldet, der kan nyttiggøres, og den del, der ikke kan nyttiggøres, eller hvad der efterfølgende skal ske med restaffaldet.
- Økonomiske betragtninger, herunder i forhold til den skønnede værdi af de materialer, der nyttiggøres endeligt, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres.

Disse sidstnævnte forhold, som efter vores vurdering ikke kan inddrages ved klassificeringen af affaldsbehandlingen som nyttiggørelse eller bortskaffelse, vil i stedet kunne indgå i forbindelse med overvejelser om, hvorvidt der skal gøres indsigelse mod overførslen i medfør af transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g – forudsat at den konkrete operation i øvrigt må anses for en nyttiggørelsesoperation.

På baggrund af vores kendskab til den konkrete sag om overførsel af olieholdigt spildevand til Danmark er det vores umiddelbare vurdering, at mest taler for, at der konkret er tale om en *bortskaffelsesoperation*, der alene som sekundær konsekvens indebærer, at der genvindes olie, som givetvis kan raffineres og genanvendes, jf. afsnit 4.3. Vi lægger på baggrund af de ovennævnte kriterier navnlig vægt på, at det umiddelbart forekommer usandsynligt, at genvindingen/udskillelsen af olien ville være blevet gennemført, selvom det olieholdige spildevand fra Norge ikke var tilgængeligt for RGS, og det derfor havde været nødvendigt at anvende andre materialer. Hvis RGS ikke kan skaffe affald i form af olieholdigt spildevand, vil udskillelsen af olien således sandsynligvis slet ikke finde sted.

Det må understreges, at det dog i sidste ende er op til Miljøstyrelsen at foretage en vurdering på baggrund af den konkrete sags faktiske omstændigheder. Såfremt Miljøstyrelsen måtte komme frem til, at der i den konkrete sag er tale om en nyttiggørelsesoperation, er det vores umiddelbare vurdering, at styrelsen vil kunne gøre indsigelse mod overførslen i medfør af transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, jf. afsnit 4.4. Såfremt Miljøstyrelsen derimod finder, at overførslen er en bortskaffelsesoperation, kan Miljøstyrelsen anvende indsigelsesmuligheden i forordningens artikel 12, stk. 1, litra h, som anført i Miljøministeriets notat af 23. august 2021.

3. DEN RETLIGE RAMME

3.1 Overordnet om sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse i affaldsreguleringen

Med EU's affaldsregulering er der gennemført en væsentlig sondring mellem behandling af affald, der udgør 'nyttiggørelse', og behandling af affald, som i stedet må karakteriseres som 'bortskaffelse'. Efter affaldsdirektivets artikel 4 om affaldshierarkiet skal nyttiggørelse således prioriteres over bortskaffelse, når der udarbejdes lovgivning og politikker om affaldsforebyggelse og -håndtering.

Som konsekvens heraf har sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse blandt andet betydning i forbindelse med overførsel af affald EU-landene imellem og mellem EU-lande og tredjelande.⁴ Reguleringen heraf findes hovedsageligt i transportforordningen, der i dansk ret suppleres af blandt andet bekendtgørelse nr. 1031 af 27. maj 2021 om overførsel af affald og overførsel af brugt elektrisk og elektronisk udstyr (import-/eksportbekendtgørelsen).

Sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse viser sig blandt andet i transportforordningens artikel 11 og 12, hvor artikel 11 giver videre muligheder for at gøre indsigelse mod overførsel af affald mellem EU-lande til bortskaffelse, herunder i form af et egentligt forbud, mens artikel 12 indeholder bestemmelser om, hvornår medlemsstaternes kompetente myndigheder kan gøre indsigelse mod overførsel af affald bestemt til nyttiggørelse.

Ved transportforordningens definition af 'nyttiggørelse' og 'bortskaffelse' henviser forordningen til affaldsdirektivets legaldefinitioner, der er en kodifikation af EU-Domstolens hidtidige praksis herom. Disse definitioner og EU-Domstolens praksis omtales nedenfor under afsnit 3.2. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at én og samme operation ikke samtidig kan klassificeres som 'bortskaffelse' og som 'nyttiggørelse'.⁵

3.2 Nærmere om nyttiggørelses- og bortskaffelsesbegreberne

3.2.1 Legaldefinitioner af 'nyttiggørelse' og 'bortskaffelse'

I transportforordningens artikel 2, nr. 6, er 'nyttiggørelse' defineret ved en henvisning til definitionen i det tidligere affaldsdirektivs (2006/12) artikel 1, stk. 1, litra f. Det tidligere affaldsdirektiv indeholdt ikke en egentlig definition af 'nyttiggørelse', men henviste til en ikke-udtømmende liste over hyppigt forekommende nyttiggørelsesoperationer i direktivets bilag II. Med affaldsdirektivet fra 2008 indførtes en egentlig legaldefinition af 'nyttiggørelse' i artikel 3, nr. 15, og henvisningen i transportforordningens artikel 2, nr. 6, skal i dag læses som en henvisning til denne definition.⁶

Efter affaldsdirektivets artikel 3, nr. 15, er en nyttiggørelsesoperation defineret som:

”enhver operation, hvis hovedresultat er, at affald opfylder et nyttigt formål ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, der ellers ville være blevet anvendt til at opfylde en bestemt funktion,

⁴ Norge sidestilles som EFTA-land med andre EU-lande i relation til transportforordningens regler.

⁵ Jf. f.eks. sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (præmis 41).

⁶ Dette følger af det nugældende affaldsdirektivs artikel 41 in fine, jf. sammenligningstabellen i direktivets bilag V.

eller som er forberedt med henblik på at opfylde den bestemte funktion i anlægget eller i samfundet generelt. Bilag II indeholder en ikke-udtømmende liste over nyttiggørelsesoperationer”.

Som det fremgår af definitionen, indeholder affaldsdirektivets bilag II en ikke-udtømmende liste over de angiveligt mest almindelige nyttiggørelsesoperationer.⁷ Definitionen i artikel 3, nr. 15, og listen i bilag II suppleres af præambelbetragtning 19 til det gældende affaldsdirektiv, der er sålydende:

”Definitionerne på nyttiggørelse og bortskaffelse bør ændres, så der sikres en klar sondring mellem de to begreber, der hviler på en reel forskel i miljøbelastningen ved substitution af naturressourcer i økonomien og erkendelsen af de mulige fordele for miljøet og menneskers sundhed, der ligger i at anvende affald som en ressource. Herudover kan der udarbejdes retningslinjer til klarlægning af tilfælde, hvor denne sondring vanskeligt lader sig anvende i praksis, eller hvor klassificering af aktiviteten som nyttiggørelse ikke stemmer overens med operationens faktiske miljøbelastning.”

EU-Domstolen har i sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (præmis 38) udtalt, at definitionen af nyttiggørelse i det nugældende affaldsdirektivs artikel 3, nr. 15, svarer til den, der er blevet udviklet i Domstolens praksis i relation til de tidligere gældende affaldsdirektiver, jf. sag C-6/00, *ASA*, der omtales nedenfor under afsnit 3.2.2.

I transportforordningens artikel 2, nr. 4, er ’bortskaffelse’ defineret ved en henvisning til det, der i dag er affaldsdirektivets artikel 3, nr. 19,⁸ hvor en bortskaffelsesoperation er defineret som:

”enhver operation, der ikke er nyttiggørelse, også hvis operationen som sekundær konsekvens fører til genvinding af stoffer eller til energiudnyttelse. Bilag I indeholder en ikke-udtømmende liste over bortskaffelsesoperationer”.

Bortskaffelsesbegrebet skal således afgrænses negativt og som en residualkategori omfattende de operationer, der ikke er nyttiggørelse. Definitionen af bortskaffelse indebærer, at en operation, der ikke er nyttiggørelse, altid vil skulle karakteriseres som bortskaffelse, uden at det kan tillægges betydning, at operationen – som en sekundær konsekvens – fører til genvinding af stoffer eller til energiudnyttelse, jf. også sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (præmis 43), der omtales under afsnit 3.2.3.

⁷ Der er foretaget ændringer i affaldsdirektivets bilag II ved Kommissionens direktiv (EU) 2015/1127 af 10. juli 2015 og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/851 af 30. maj 2018.

⁸ Det tidligere affaldsdirektiv (2006/12) indeholdt heller ikke en egentlig definition af ’bortskaffelse’, men henviste alene til den ikke-udtømmende liste over bortskaffelsesoperationer i direktivets bilag I.

I og med at 'bortskaffelse' skal anses for en residualkategori, der omfatter enhver affaldsbehandling, der ikke er nyttiggørelse, er det væsentligste spørgsmål i praksis, om en given operation kan karakteriseres som 'nyttiggørelse' eller ej.

3.2.2 Hovedresultatet skal være, at affaldet erstatter anvendelsen af andre materialer, der ellers ville være blevet anvendt

Som det fremgår af affaldsdirektivets artikel 3, nr. 15, jf. afsnit 3.2.1, er det et centralt kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation, at operationens "hovedresultat" er, at affaldet erstatter anvendelsen af andre materialer, der ellers ville være blevet anvendt til at opfylde en bestemt funktion, eller som er forberedt med henblik på at opfylde den bestemte funktion i anlægget eller i samfundet generelt.

Som nævnt i afsnit 3.2.1 er dette kriterium en kodifikation af EU-Domstolens hidtidige praksis, navnlig sag C-6/00, *ASA*, som angik en ansøgt overførsel af 7.000 tons farligt affald fra Østrig til opfyldning af en nedlagt saltmine i Tyskland. De østrigske miljømyndigheder mente, at der var tale om bortskaffelse, hvilket den østrigske virksomhed ASA bestred. Sagen førte til en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen om forståelsen af nyttiggørelsesbegrebet, hvor Domstolen udtalte (præmis 69):

"[...] det væsentlige kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation er, at den primært har til formål, at affald kan opfylde en effektiv funktion, som bidrager til at bevare de naturlige ressourcer, ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed."

EU-Domstolen præciserede ligeledes i sag C-6/00 (præmis 68), at det er uden betydning for klassificeringen af en operation som bortskaffelse eller nyttiggørelse, om det omhandlede affald er farligt eller ej.

I flere efterfølgende sager har EU-Domstolen forholdt sig til, hvordan "hovedresultatet" eller "det primære formål" med en nærmere bestemt operation nærmere skal fastlægges.

I sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland*, skulle EU-Domstolen tage stilling til, om de tyske myndigheder med rette havde modsat sig overførsel af affald til Belgien med den begrundelse, at der var tale om bortskaffelse og ikke nyttiggørelse. Kommissionen anførte, at affaldet hovedsageligt skulle anvendes i brændeovne i cementindustrien, hvorfor hovedformålet med forbrændingen var nyttiggørelse. Kommissionen henviste i den forbindelse til, at forbrændingen var omfattet af den ikke-udtømmende liste over nyttiggørelsesoperationer i det dagældende affaldsdirektivs (75/442 med senere ændringer) bilag II B, pkt. R 1, "*Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling*".⁹

⁹ Modsvares af det nugældende affaldsdirektivs bilag II, pkt. R 1.

EU-Domstolen udtalte om affaldsdirektivets bilag II, pkt. R 1 (præmis 41-43):

”41. Denne bestemmelse må fortolkes således, at den tillige inkluderer affald, der anvendes som brændsel i cementovne, for det første når hovedformålet med den pågældende operation er at gøre det muligt at anvende affaldet som et middel til energifremstilling. Udtrykket »anvendelse« i punkt R 1 i direktivets bilag II B må nemlig forstås således, at det vigtigste mål med den operation, som er omhandlet i bestemmelsen, er, at affaldet kan opfylde en effektiv funktion, nemlig energifremstilling.

42. For det andet udgør anvendelsen af affald som brændsel i cementovne en operation som omhandlet af punkt R 1 i direktivets bilag II B, når det i betragtning af de betingelser, hvorunder operationen foretages, må antages, at den er et »middel til energifremstilling«. Dette forudsætter dels, at den energi, som fremkommer og udvindes ved forbrænding af affald, er større end den, der forbruges ved forbrændingsprocessen, dels, at en del af det energioverskud, som frigøres ved forbrændingen, faktisk udnyttes, enten direkte i form af den varme, forbrændingen frembringer, eller efter forarbejdning i form af elektricitet.

43. For det tredje fremgår det af udtrykket »hoved«[anvendelse] i punkt R 1 i direktivets bilag II B, at affaldet hovedsagelig skal anvendes som brændsel eller andet middel til energifremstilling, hvilket indebærer, at størstedelen af affaldet skal opbruges under operationen, og at størstedelen af den frigjorte energi skal genindvindes og udnyttes.” (vores understregninger)

EU-Domstolen udtalte videre, at når anvendelsen af affald som brændsel opfylder disse tre betingelser, udgør den en nyttiggørelsesoperation som omhandlet i bilag II, pkt. R 1, ”uden at der kan tages hensyn til kriterier såsom affaldets varmegærdi, indholdet af skadelige stoffer i det brændte affald, eller affaldets karakter af blanding eller ej” (præmis 47).

I forlængelse heraf understregede Domstolen dog (præmis 49), at de kompetente myndigheder – uanset at der er tale om en nyttiggørelsesoperation – har mulighed for at gøre indsigelse mod overførslen af affaldet i medfør af den dagældende transportforordnings (259/93) artikel 7, stk. 4, litra a, som i det væsentligste modsvarer af den nugældende transportforordnings artikel 12. Konkret henviste Domstolen til indsigelsesmuligheden, som nu findes i artikel 12, stk. 1, litra g, hvorefter der kan gøres indsigelse mod overførsel til nyttiggørelse i det følgende tilfælde:

”forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, der ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der nyttiggøres endeligt, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, begrundet ikke nyttiggørelsen ud fra økonomiske og/eller miljømæssige betragtninger”.

I forbindelse med en sådan indsigelse kan de nationale myndigheder ifølge Domstolen lægge vægt på blandt andet affaldets varmekvælden, indholdet af skadelige stoffer i det brændte affald, eller affaldets karakter af blanding eller ej (præmis 50).

EU-Domstolen har gentaget de tre betingelser i sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (præmis 32-34), sag C-116/01, *SITA* (præmis 53) og sag C-113/02, *Kommissionen mod Holland* (præmis 31-32), der alle omhandlede fortolkningen af bilag II, pkt. R 1, i relation til forbrænding af affald.

3.2.3 Genvinding af stoffer eller energiudnyttelse er alene en "sekundær konsekvens" af bortskaffelsen

Som nævnt i afsnit 3.2.1 følger det af affaldsdirektivets artikel 3, nr. 19, at 'bortskaffelse' er "*enhver operation, der ikke er nyttiggørelse, også hvis operationen som sekundær konsekvens fører til genvinding af stoffer eller til energiudnyttelse*". Den omstændighed, at en operation fører til genvinding af stoffer, der kan sælges eller på anden måde anvendes, indebærer således ikke i sig selv, at operationen må karakteriseres som en nyttiggørelsesoperation.

At en bortskaffelsesoperation kan omfatte en operation, der som *sekundær* konsekvens eller effekt medfører en genvinding af stoffer – såsom olie – må ses som en refleksvirkning af nyttiggørelsesbegrebets forudsætning om, at *hovedresultatet* ved – eller det *primære* formål med – den omhandlede operation skal være, at affaldet erstatter anvendelsen af andre materialer, der ellers ville være blevet anvendt.

At en genvinding af stoffer eller energiudnyttelse som en sekundær konsekvens ikke udelukker, at der er tale om bortskaffelse, må tilsvarende anses for en kodifikation af EU-Domstolens praksis. Domstolen har i to sager haft lejlighed til at udtale sig om, hvornår der ved genvinding af stoffer eller energiudnyttelse alene vil være tale om en *sekundær* konsekvens eller effekt af en bortskaffelsesoperation.

Den første sag, hvor EU-Domstolen skulle forholde sig hertil, var sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg*. Sagen omhandlede anmeldelse af to overførsler af husholdningsaffald fra Luxembourg til nyttiggørelse ved forbrænding i Frankrig. De luxembourgske myndigheder omklassificerede¹⁰ imidlertid af egen drift anmeldelsen, idet myndighederne fandt, at der var tale om bortskaffelse omfattet af det dagæl-

¹⁰ EU-Domstolen har efterfølgende i sag C-472/02, *Siomab*, udtalt, at en kompetent myndighed ikke ex officio kan omklassificere en overførsel, såfremt myndigheden finder anmelderens klassificering ukorrekt. I stedet må myndigheden gøre indsigelse, jf. hertil transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra h.

dende affaldsdirektivs (75/442 med senere ændringer) bilag II A, pkt. D 10 ("Forbrænding på landjorden").¹¹ Da Kommissionen fandt, at der var tale om nyttiggørelse, anlagde den traktatbrudssøgsmål mod Luxembourg. Kommissionen anførte blandt andet, at affaldet skulle anvendes som middel til energifremstilling, når den pågældende operation resulterede i et energioverskud, og når en væsentlig andel af den energi, som var indeholdt i det brændte affald, blev genindvundet med henblik på udnyttelse.

EU-Domstolen gentog de tre ovennævnte betingelser fra sag C-228/00 (præmis 41-43),¹² men udtalte i forlængelse heraf, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at de luxembourgske myndigheders klassificering af affaldet som bortskaffelse var i strid med transportforordningen. Domstolen begrundede dette på følgende måde (præmis 39-43):

"39. De kompetente luxembourgske myndigheder har nemlig ved de anfægtede beslutninger afslået at anse overførslen af det pågældende affald til et forbrændingsanlæg i Frankrig for en nyttiggørelsesoperation med den begrundelse, at anlæggets primære formål var termisk behandling med henblik på en mineralisering af affaldet.

40. De luxembourgske myndigheders indsigelse er altså baseret på den antagelse, at hovedformålet med den pågældende operation er bortskaffelse af affaldet, hvilket må anses for en rimelig grund til at modsætte sig, at overførslen af affaldet til det pågældende anlæg betegnes som en nyttiggørelsesoperation.

41. Overførslen af affald med henblik på forbrænding heraf i et anlæg, hvor behandlingen er indrettet til bortskaffelse af affald, kan således ikke antages at have til hovedformål at nyttiggøre affald, selv om den varme, der produceres ved forbrændingen, helt eller delvis genindvindes.

42. En sådan genindvinding af energi er ganske vist i overensstemmelse med det formål om bevarelse af de naturlige ressourcer, som forfølges med direktivet.

43. Men når den genindvinding af varme, som produceres ved forbrændingen, kun udgør en sekundær effekt ved en operation, hvis hovedformål er bortskaffelse af affald, kan dette ikke ændre klassificeringen af operationen som en bortskaffelsesoperation." (vores understregninger)¹³

¹¹ Modsvares af det nugældende affaldsdirektivs bilag II, pkt. D 10.

¹² Dommene i sag C-228/00 og sag C-458/00 blev afsagt samme dag af den samme dommerkreds.

¹³ Se også generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sag C-486/04, *Kommissionen mod Italien* (punkt 53): "[...] »Bortskaffelse« leder tankerne hen på, at man »gør sig af med« noget, »skiller sig af med« noget på organiseret vis uden hensigt om at genindvinde det".

UDKAST

EU-Domstolen understregede i samme sag, at Kommissionen ikke havde fremlagt indicier til støtte for, at der reelt var tale om en operation, hvis primære formål var en nyttiggørelse. Sådanne indicier kunne ifølge Domstolen have været, ”*at det pågældende affald var bestemt til et anlæg, som i mangel af forsyning med affald måtte have fungeret ved anvendelse af en primær energikilde, eller at affaldet burde have været leveret til behandlingsanlægget mod et vederlag fra anlæggets driftsleder til producenten eller indehaveren af affaldet*” (præmis 44) (vores understregninger).¹⁴

Det er i øvrigt værd at bemærke, at EU-Domstolen i sag C-458/00 ved vurderingen af, om der var tale om nyttiggørelse eller bortskaffelse, ikke fandt anledning til at forholde sig til Kommissionens anbringende i sagen om, at EU-retten ikke fastsætter en minimumsgrænse for, hvor meget energi der skal produceres, for at forbrænding af affald med sekundær genindvinding af energi kan klassificeres som en nyttiggørelsesoperation, og at det højst kunne antages, at en operation ikke udgør nyttiggørelse, hvis den pågældende energimængde er ”latterligt lille”.¹⁵ Domstolen synes i stedet at have fremhævet væsentligheden af at afgøre, om hovedformålet med operationen er en nyttiggørelse af affaldet eller ej.

Den anden sag, hvor EU-Domstolen forholdt sig til, om der alene var tale om en sekundær konsekvens eller effekt af en bortskaffelsesoperation, var sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato*. I sagen fastslog Domstolen, at affaldsdeponeringsdirektivet (1999/31) alene omfatter affald til bortskaffelse, og at det derfor var afgørende, om en opfyldelse af et stenbrud kunne anses for nyttiggørelse eller bortskaffelse.

EU-Domstolen udtalte, at der alene er tale om nyttiggørelse, såfremt hovedformålet er en bevarelse af naturressourcerne. Hvis en bevarelse af råvarerne derimod kun udgør en ”sekundær effekt” ved en operation, hvis hovedformål er bortskaffelse af affald, ændrer det ikke ved klassificeringen af operationen som en bortskaffelsesoperation (præmis 39). Domstolen udtalte herefter, at hovedformålet ved opfyldningen af stenbruddet kun kan anses for nyttiggørelse, såfremt to kumulative betingelser er opfyldt:

For det første skulle opfyldningen af stenbruddet være blevet gennemført, selvom denne type affald ikke var tilgængeligt, og det derfor havde været nødvendigt at anvende andre materialer (præmis 43).

I den sammenhæng måtte der ifølge Domstolen tages hensyn til betingelserne for gennemførelsen af opfyldningen. Den omstændighed, at driftslederen af stenbruddet erhvervede affaldet mod vederlag, kunne endvidere være et tegn på, at hovedformålet var en nyttiggørelse af affaldet (præmis 44).

¹⁴ Sammenlign også den ældre dom i sag C-2/90, *Kommissionen mod Belgien* (præmis 27), hvor EU-Domstolen anførte, at spørgsmålet om, hvorvidt affald kan ”recirkuleres”, blandt andet afhænger af omkostningerne ved recirkulationen og følgelig også af rentabiliteten med hensyn til den påtænkte genanvendelse.

¹⁵ Kommissionens anbringende er gengivet i generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-458/00 (punkt 44).

UDKAST

For det andet skal affaldet i betragtning af den foreliggende videnskabelige og tekniske viden være egnet til det pågældende formål (opfyldelsen af stenbruddet) (præmis 45). I forhold til den konkrete sag bemærkede Domstolen, at ikke-inert affald og farligt affald ifølge affaldsdeponeringsdirektivet ikke var egnet til opfyldelse af råstofgrave, hvilket indikerede, at der ikke var tale om en nyttiggørelsesoperation.

3.3 Betydningen af en flerleddet affaldsbehandling/successive operationer

I praksis kan forarbejdningen af affald gennemgå flere på hinanden følgende behandlinger/operationer. Dermed opstår der i forbindelse med overførsel af affald det spørgsmål, om der ved klassificeringen af affaldsbehandlingen skal tages hensyn til de samlede operationer, som affaldet skal gennemgå efter overførslen, eller om klassificeringen alene skal tage hensyn til den første operation efter overførslen.

Dette spørgsmål tog EU-Domstolen stilling til i sag C-116/01, *SITA*. Baggrunden for sagen var, at den hollandske virksomhed SITA anmeldte to overførsler af affald til virksomheden STPI i Belgien. Affaldet bestod blandt andet af lim-, kit-, harpiks- og farveaffald og siliciumholdigt affald blandet med savsmuld. Efter overførslen skulle det omhandlede affald bruges af den belgiske cementindustri som brændsel til cementovne og som råstof i cementfabrikkernes produktion af klinker. Ved denne såkaldte ”kombi-proces” skulle energien fra affaldet erstatte energien fra råstoffer, og askeresten fra det forbrændte affald skulle erstatte råstoffer. De hollandske myndigheder gav samtykke til overførslen, men anførte blandt andet, at materialelegenbrug i cementfremstillingen på henholdsvis 25-40 % og 30 % ikke kunne udgøre nyttiggørelse. Myndighederne anerkendte dog, at der var tale om nyttiggørelse, forudsat at affaldet med et klorindhold på mindre end eller lig 1 % havde en brændværdi på over 11.500 kJ/kg, og at affaldet med et klorindhold på over 1 % havde en brændværdi på over 15.000 kJ/kg, hvilket blev fastsat som betingelse for tilladelsen. SITA anfægtede disse betingelsers forenelighed med transportforordningen, hvilket førte til en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, hvor Domstolen navnlig skulle tage stilling til, om en forarbejdningsproces for affald, der består af flere særskilte trin/operationer, skal anses for en helhed i relation til sondringen mellem bortskaffelse og nyttiggørelse.

EU-Domstolen udtalte, at en affaldsforarbejdningsproces i praksis kan omfatte flere på hinanden følgende nyttiggørelses- eller bortskaffelsesfaser. I et sådant tilfælde skal ”*hver fase [...] gøres til genstand for en klassificering med henblik på anvendelse af nævnte forordning, såfremt den pågældende fase i sig selv udgør en særskilt operation*” (præmis 42). Ved sondringen mellem bortskaffelse og nyttiggørelse i relation til transportforordningens regler skal der derfor alene tages hensyn til ”*den behandling, som affaldet skal gennemgå, når det er ankommet til bestemmelsesstedet, og ikke til den behandling, som*

UDKAST

eventuelt senere kan finde anvendelse på det således behandlede affald eller på affaldsresterne” (præmis 46).¹⁶

Det bør bemærkes, at EU-Domstolen som begrundelse for dette resultat blandt andet henviste til (præmis 43), at det fremgik af den dagældende transportforordnings (259/93) artikel 7, stk. 4, litra a, femte led (i dag transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g),

”at en operation, der er klassificeret som nyttiggørelse af affald, kan efterfølges af en bortskaffelsesoperation for den del af affaldet, der ikke kan nyttiggøres. I et sådant tilfælde påvirkes klassificeringen af den første operation som nyttiggørelsesoperation ikke af den omstændighed, at den efterfølges af en bortskaffelsesoperation for restaffaldets vedkommende.”

Generaladvokat Jacobs betonedede i sit forslag til afgørelse i sag C-116/01 ligeledes betydningen af indsigelsesmuligheden i den nugældende transportforordnings artikel 12, stk. 1, litra g, efter at have konkluderet, at der alene kan tages hensyn til den første operation, affaldet gennemgår efter overførslen (punkt 57):

”Dette betyder naturligvis ikke, at afsendelsesmedlemsstaten reelt står magtesløs i forhold til at forhindre eksport af affald, der i sidste ende er bestemt til bortskaffelse, når blot nyttiggørelsesoperationen går forud for bortskaffelsesoperationen. [Transport-]Forordningens artikel 7, stk. 4, litra a), femte led, [nu artikel 12, stk. 1, litra g,] bestemmer, at medlemsstaten kan gøre indsigelse mod overførsel af affald til nyttiggørelse, »hvis forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, som ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der endelig nyttiggøres, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, ikke begrundes nyttiggørelsen ud fra økonomiske og miljømæssige betragtninger«.”

4. VORES VURDERING

I det følgende oplystes først på abstrakt grundlag og med udgangspunkt i EU-Domstolens praksis, hvilke kriterier der kan henholdsvis ikke kan inddrages ved klassificeringen af affald som nyttiggørelse eller bortskaffelse (afsnit 4.1-4.2). Dernæst udpeges de nærmere kriterier, som efter vores vurdering kan være særligt relevante at inddrage i forhold til den konkrete sag om overførsel af olieholdigt spildevand fra Norge (afsnit 4.3).

¹⁶ Omvendt antog Birgitte Egelund Olsen, ”Klassificering af affald efter affaldsforordningen - i lyset af A.S.A. Abfall Service AG-dommen”, U 2002B.226 (229), at hvor en bortskaffelsesoperation indebærer elementer af såvel bortskaffelse som nyttiggørelse, måtte der samlet set være tale om en bortskaffelsesoperation i lyset af affaldsreguleringens formål om miljøbeskyttelse og principperne om nærhed, prioritering af nyttiggørelse og tilstrækkelig egenkapacitet. Denne opfattelse kan ikke opretholdes efter EU-Domstolens (senere afsagte) dom i sag C-116/01, *SITA*.

4.1 Hvilke kriterier kan inddrages ved vurderingen af, om der foreligger nyttiggørelse?

Som det er fremgået ovenfor, er det væsentlige kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation, at den primært har til formål, at affald kan opfylde en effektiv funktion ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed.¹⁷

Dette kendetegn kan også udtrykkes med følgende spørgsmål: Hvis affaldet ikke kan anvendes i en given operation, vil denne operation så alligevel blive udført ved at anvende andet materiale?¹⁸ Eller sagt på en anden måde: Ville operationen være blevet gennemført, selvom denne type affald ikke var tilgængeligt, og det derfor havde været nødvendigt at anvende andre materialer?¹⁹

Ved vurderingen af en operations hovedformål kan der lægges vægt på, om det pågældende forarbejdningsanlæg (primært) er indrettet til bortskaffelse eller til nyttiggørelse af affald.²⁰

Såfremt driftsherren af forarbejdningsanlægget erlægger betaling for affaldet til producenten eller indehaveren af affaldet, er dette endvidere indicium for nyttiggørelse.²¹ Såfremt producenten eller indehaveren af affaldet betaler driftsherren for at modtage affaldet, taler dette omvendt for, at affaldet bortskaffes på anlægget, idet det i så fald må formodes, at operationen ikke ville være gennemført uden affaldet.²²

Hertil kommer, at de tre betingelser, som EU-Domstolen har opstillet i relation til bilag II, pkt. R 1 ("*Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling*"),²³ må antages også at have bredere relevans for afgrænsningen af nyttiggørelsesbegrebet i andre tilfælde.²⁴ I overensstemmelse hermed må der således ved vurderingen af affaldsbehandlings primære formål tillige kunne indgå følgende forhold:

¹⁷ Jf. sag C-6/00, *ASA* (præmis 69) og affaldsdirektivets artikel 3, nr. 15.

¹⁸ Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (punkt 42).

¹⁹ Jf. sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (præmis 43).

²⁰ Jf. sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (præmis 39-41).

²¹ Jf. sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (præmis 44) og sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (præmis 44).

²² Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (punkt 58).

²³ Jf. sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland* (præmis 41-43), sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg* (præmis 32-34), sag C-116/01, *SITA* (præmis 53) og sag C-113/02, *Kommissionen mod Holland* (præmis 31-32).

²⁴ Således udtalte EU-Domstolen i sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland* (præmis 44), at denne fortolkning af bilag II, pkt. R 1, "er i overensstemmelse med selve begrebet nyttiggørelse".

UDKAST

1. Er den energi eller de stoffer, som fremkommer og udvindes ved behandlingen af affaldet, større end det, der forbruges ved forbrændingsprocessen?
2. Udnyttes den del af det energioverskud eller de stoffer, som frigøres ved affaldsbehandlingen?
3. Opbruges størstedelen af affaldet under operationen, og genindvindes og udnyttes størstedelen af den frigjorte energi eller de frigjorte stoffer?

Endelig følger det af sag C-147/15, *Edilizia Mastrodonato* (præmis 45), at der alene kan være tale om en nyttiggørelsesoperation, såfremt affaldet ud fra den foreliggende videnskabelige og tekniske viden er egnet til at udfylde det pågældende formål, dvs. egnet til den pågældende affaldsbehandling.

Det bemærkes, at de ovenstående kriterier ikke enkeltvis kan være afgørende for, om der er tale om en nyttiggørelsesoperation eller ej. Der er således i højere grad tale om indikationer på, om hovedformålet med en operation udgør nyttiggørelse eller bortskaffelse af affald. Klassificeringen må foretages på grundlag af en konkret afvejning af samtlige relevante kriterier i forhold til den konkrete operation.

4.2 Hvilke kriterier kan ikke inddrages ved vurderingen af, om der foreligger nyttiggørelse?

EU-Domstolen har i sin hidtidige praksis udtalt, at der i forbindelse med vurderingen af, om en operation udgør 'nyttiggørelse' eller ej, ikke kan lægges vægt på en række kriterier.

I sag C-6/00, *ASA* (præmis 68) udtalte Domstolen således, at det er uden betydning for klassificeringen af en operation som bortskaffelse eller nyttiggørelse, om det omhandlede affald er farligt eller ej.

I sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland* (præmis 47) udtalte Domstolen videre – i relation til forbrænding – at der ikke ved vurderingen kan tages hensyn til kriterier såsom ”*affaldets varmekvælst, indholdet af skadelige stoffer i det brændte affald, eller affaldets karakter af blanding eller ej*” (præmis 47). Domstolen udtalte imidlertid (præmis 50), at de nationale myndigheder i stedet i forbindelse med en *indsigelse* efter transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, kan lægge vægt på de nævnte kriterier.

Sammenhængen mellem nyttiggørelsesbegrebet og indsigelsesmulighederne i transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, indebærer endvidere, at der ikke kan lægges vægt på miljømæssige betragtninger ved klassificeringen af en konkret affaldsbehandling/operation. Det ændrer ikke herpå, at formålet med affaldsdirektivet og transportforordningen overordnet set er at sikre en høj miljøbeskyttelse, og at nyttiggørelse af affald i almindelighed antages at være bedre rent miljømæssigt end bortskaffelse. Årsagen hertil skal findes i, at affaldet uanset klassificering omfattes af bestemmelserne i både affaldsdirektivet og transportforordningen, og at overførsel af affald til nyttiggørelse blandt andet vil kunne hindres af de kompetente myndigheder i medfør af transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, såfremt nyttiggø-

UDKAST

relse i det konkrete tilfælde ikke er bedre end bortskaffelse miljømæssigt set. Miljømæssige betragtninger, der relaterer sig til affaldets sammensætning, farlighed, brændværdi mv., må i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis inddrages i forbindelse med en vurdering af, om der skal gøres indsigelse i medfør af transportforordningens artikel 12, forudsat at der i øvrigt er tale om nyttiggørelse.²⁵

Der kan tillige henvises til sag C-486/04, *Kommissionen mod Italien* (præmis 41-42), som angik fortolkningen af bortskaffelsesbegrebet *i relation til VVM-direktivet*. EU-Domstolen erkendte i den forbindelse, at nyttiggørelsesbegrebet inden for EU's affaldsregulering, som udlagt i EU-Domstolens praksis, ”ingen sammenhæng [har] med de konsekvenser for miljøet, som selve nyttiggørelsesoperationen kan have”.²⁶

Hvad dernæst angår økonomiske betragtninger, bemærkes det, at EU-Domstolen ikke i sin hidtidige praksis ses at have forholdt sig udtrykkelig til, om dette hensyn kan inddrages ved klassificeringen af en affaldsbehandling som ’nyttiggørelse’ eller ’bortskaffelse’. Efter vores vurdering må dette dog tillige besvares benægtende, således at der ikke ved klassificeringen af affaldsbehandlingen kan lægges vægt herpå.

Transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g, forudsætter nemlig – på samme vis som for så vidt angår miljømæssige betragtninger – at økonomiske betragtninger kan indgå i den kompetente myndigheds overvejelser om, hvorvidt der skal gøres *indsigelse* mod overførsel til nyttiggørelse. Det følger således af bestemmelsen, at der kan gøres indsigelse, såfremt forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, der ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der nyttiggøres endeligt, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, ikke begrundes nyttiggørelsen ud fra økonomiske betragtninger.

Dette indebærer efter vores vurdering, at det alene vil være sagligt at lægge vægt på økonomiske betragtninger ved anvendelse af indsigelsesmuligheden i artikel 12, stk. 1, litra g, hvorfra der må kunne sluttes modsætningsvis, således at disse kriterier ikke kan anvendes ved selve klassificeringen af affaldet. Det må i den forbindelse bemærkes, at EU-Domstolen i flere sager om afgrænsningen af nyttiggørelsesbegrebet har henvist udtrykkeligt til indsigelsesmuligheden i artikel 12, stk. 1, litra g, som begrundelse for, at

²⁵ I præambelbetragtning 19 til affaldsdirektivet forudsættes det, at sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse hviler på en reel forskel i miljøbelastningen, men det erkendes samtidig, at klassificeringen af aktiviteten som nyttiggørelse ikke nødvendigvis stemmer overens med operationens faktiske miljøbelastning.

²⁶ For at sikre VVM-direktivets formål om, at projekter, der kan få væsentlig indvirkning på miljøet, undergives en vurdering af denne indvirkning, inden der gives tilladelse, fortolkede EU-Domstolen bortskaffelsesbegrebet i VVM-direktivets forstand væsentligt mere udvidende, således at det også anses for at omfatte nyttiggørelse, jf. sag C-486/04 (præmis 44).

visse kriterier ikke kan tillægges betydning ved sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse, og at der alene skal tages hensyn til den første operation i en eventuelt flerleddet forarbejdningsproces.²⁷

Som nævnt ovenfor kan det derimod ved klassificeringen tillægges vægt, om driftsherren af det anlæg, hvor der sker affaldsbehandling, betaler et vederlag for modtagelsen af affaldet, eller om indehaveren eller producenten af affaldet omvendt betaler driftsherren for at tage imod affaldet. Såfremt driftsherren ikke erlægger en betaling – eller endog skal betale for at modtage affaldet – udgør det nemlig et indicium for, at det primære formål med operationen ikke er en nyttiggørelse, men derimod bortskaffelse, idet det i så fald må formodes, at operationen ikke ville være gennemført uden affaldet.

4.3 Hvilke kriterier kan være særligt relevante ved klassificeringen af affaldsbehandlingen i den konkrete sag?

I det følgende afsnit peger vi på de nærmere kriterier, som efter vores vurdering kan være særligt relevante at inddrage i forhold til den konkrete sag om overførsel af olieholdigt spildevand fra Norge. Vi vil i vurderingen også forholde os til de notater, som vi har modtaget i sagen: Jacob Brandts notater af 7. maj 2018 og 5. juli 2021, Miljøstyrelsens notat af 20. april 2021 og Miljøministeriets notat af 23. august 2021.

Som anført i Miljøministeriets notat af 23. august 2021 er det afgørende spørgsmål ved klassificeringen af affaldsbehandlingen i den konkrete sag som nyttiggørelse eller bortskaffelse, om hovedformålet med behandlingen af det olieholdige spildevand er at fjerne stoffer (olie) fra spildevandet, der gør biologisk rensning mulig, eller om hovedformålet i stedet er, at olien kan regenereres og dermed nyttiggøres.

Ved klassificeringen af operationen som nyttiggørelse eller bortskaffelse skal der i overensstemmelse med dommen i sag C-116/01, *SITA*, alene tages hensyn til den første operation, som det olieholdige spildevand skal gennemgå efter overførslen til Danmark, jf. ovenfor under afsnit 3.3. Som vi har forstået sagens faktiske omstændigheder, vil Miljøstyrelsen således alene skulle vurdere, om operationen med udskillelse af olie fra spildevandet udgør nyttiggørelse eller ej.

Som en konsekvens heraf kan Miljøstyrelsen ikke i forbindelse med klassificeringen af affaldet tage hensyn til, hvad der efterfølgende skal ske med restaffaldet (spildevandet), herunder om og hvordan dette bortskaffes.

²⁷ Jf. således sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland* (præmis 49-50) og sag C-116/01, *SITA* (præmis 43). Se også generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-116/01 (punkt 57).

UDKAST

Ved vurdering af, hvad der udgør hovedformålet med udskillelsen af olien fra spildevandet, kan Miljøstyrelsen således ikke lægge vægt på, om miljømæssige eller økonomiske betragtninger kan begrunde forholdet mellem olien og den resterende del af spildevandet, der ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af olien, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres. Styrelsen kan heller ikke lægge vægt på spildevandets sammensætning, herunder mængden af olie.

Ved vurderingen må der i stedet tages udgangspunkt i, om operationen (udskillelsen af olien fra spildevandet) primært har til formål, at det olieholdige spildevand kan opfylde en effektiv funktion ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed (genvinding af olie).²⁸ Det afgørende er altså, om *det olieholdige spildevand* erstatter andre materialer, som ellers ville være blevet anvendt – og ikke om den genvundne olien erstatter anvendelsen af anden olie.²⁹

Med andre ord kan der spørges, om genvindingen/udskillelsen af olie ville være blevet gennemført, selvom det olieholdige spildevand fra Norge ikke var tilgængeligt for RGS, og det derfor havde været nødvendigt at anvende andre materialer eller andet spildevand.

I den forbindelse kan Miljøstyrelsen navnlig lægge vægt på, om RGS betaler Equinor for modtagelsen af det olieholdige spildevand. Hvis det er tilfældet, er det et indicium for, at der er tale om nyttiggørelse, fordi RGS i så fald må antages at ville have anskaffet andet spildevand eller andre materialer, hvorfra der kunne udskilles (nyttiggøres) olie. Såfremt Equinor omvendt betaler RGS for at tage imod det olieholdige spildevand, er det en indikation på, at der er tale om bortskaffelse, da det i så fald må formodes, at udskillelsen af olie ikke ville være gennemført uden det omhandlede spildevand.³⁰

Miljøstyrelsen kan endvidere lægge vægt på, om RGS' anlæg må anses for primært at være indrettet til nyttiggørelse eller til bortskaffelse af det olieholdige spildevand. Vi er i den forbindelse enige med Miljøstyrelsen i, at det vil kunne indgå, om der ved forarbejdningen af spildevandet foretages noget ekstraordinært i forhold til den procedure, der vil være nødvendig ved en bortskaffelsesoperation.

²⁸ Equinor har i notifikation NO 500269 angivet, at udskillelsen af olien fra det olieholdige spildevand omfattes af operationerne listet i affaldsdirektivets bilag II, pkt. R 9 ("*Regenerering og anden genbrug af olie*") og R 12 ("*Udveksling af affald med henblik på at lade det gennemgå en af operationerne R 1 til R 11*").

²⁹ Efter vores opfattelse er det derfor ikke helt korrekt, når det i Miljøstyrelsens notat af 20. april 2021 anføres, "*at hovedresultatet af behandlingen ved RGS er, at olien udskilles til nyttiggørelse, hvor den [olien] kan raffineres og erstatte anvendelsen af anden olie*".

³⁰ Vi bemærker, at det fremgår af kontrakten mellem Equinor og RGS, som er bilagt notifikation NO 500269, at omkostningerne til nyttiggørelsen og bortskaffelsen af restaffaldet beløber sig til ca. 5,4 mio. kr., mens den anslåede værdi af det nyttiggjorte materiale (handelsværdien af olie til genraffinerings og vand i Stigsnæs Erhvervsområde) er 0 kr. Derimod fremgår det så vidt ses ikke, om RGS har betalt Equinor for modtagelsen af det olieholdige spildevand eller omvendt.

UDKAST

Derudover kan Miljøstyrelsen undersøge, om udskillelsen af olien er en betingelse for Slagelse Kommunes miljøgodkendelse til bortskaffelse af spildevandet, som RGS efter det oplyste drives på grundlag af. Hvis dette er tilfældet, indikerer det nemlig også, at hovedformålet med udskillelsen af olien er bortskaffelse af spildevandet. I den forbindelse bemærker vi, at det derimod ikke kan tillægges betydning i relation til affaldsreguleringen, om Slagelse Kommune har meddelt en (tillægs)miljøgodkendelse til en nyttiggørelsesaktivitet efter listebekendtgørelsen³¹ som anført i Jacob Brandts notat af 7. maj 2018 (s. 2 f.).

Vurderingen i den konkrete sag må det selvsagt i sidste ende være op til Miljøstyrelsen at foretage. På baggrund af sagens faktiske omstændigheder er det dog umiddelbart vores vurdering, at mest taler for, at der er tale om en bortskaffelsesoperation, der som sekundær konsekvens indebærer, at der genvindes olie, som givetvis kan raffineres og genanvendes. Flere forhold taler således for, at hvis RGS ikke kan skaffe affald i form af olieholdigt spildevand, vil udskillelsen af olien slet ikke finde sted.³²

Det forhold, at der ved operationen fremkommer olie, der kan genvindes, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse operationen for en nyttiggørelsesoperation. Såfremt olien alene kan anses for en sekundær konsekvens af operationen – og ikke det primære formål hermed – vil der være tale om bortskaffelse.

Det må i den forbindelse tillægges betydning, at udskillelsen af olien fra spildevandet efter det oplyste, er en nødvendig forudsætning for efterfølgende at rense og bortskaffe (udlede) spildevandet. Såfremt RGS havde modtaget andet spildevand, der ikke var olieholdigt, må RGS formodes blot at have bortskaffet spildevandet uden genvinding af råstoffer i den forbindelse. Det fremgår således af Jacob Brandts notat af 5. juli 2021 (s. 3):

”RGS Nordic modtager mange forskellige typer af affald. For nogle typer af behandling skal flere behandlingstrin bringes i anvendelse, mens det for andre affaldstyper kun er enkelte af behandlingstrinene, der anvendes. [...] For olieholdigt affald skal behandlingen således både omfatte en genvinding af ressourcen og en rensning af vandet”.

At hovedformålet med udskillelsen af olien således reelt er, at spildevandet skal bortskaffes, understøttes endvidere af, at Jacob Brandt i sit notat af 5. juli 2021 anfører (s. 3): *”Det ene reelle alternativ til behandling af denne type vand, som er affald, hos RGS Nordic eller tilsvarende virksomheder vil være bortskaffelse ved forbrænding”.*

³¹ Bekendtgørelse nr. 1394 af 21. juni 2021 om godkendelse af listevirksomhed.

³² Jf. afsnit 3.2.3 ovenfor og affaldsdirektivets artikel 3, nr. 19, sag C-458/00, *Kommissionen mod Luxembourg*, samt generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-228/00, *Kommissionen mod Tyskland* (punkt 59).

Endelig bemærker vi, at det ikke er korrekt – som hævdet af Jacob Brandt i notatet af 5. juli 2021 (s. 4 f.) – at det vil komme RGS til skade, at de selvstændige operationer som led i forarbejdningen af spildevandet hos RGS gennemføres på samme ejendom af samme juridiske person. Som også anført ovenfor skal Miljøstyrelsen alene tage hensyn til hovedformålet med den første operation, som spildevandet gennemgår på RGS' anlæg, uanset om dette i praksis sker nærmest samtidig med de øvrige operationer.³³

Afslutningsvis finder vi – i lyset af den konkrete sags omstændigheder – anledning til at knytte enkelte bemærkninger til en mulig omgåelsesproblematik i sagen. Som nævnt i afsnit 1 har RGS i en længere årrække modtaget olieholdigt spildevand fra Equinor. Tidligere har overførslen været anmeldt som bortskaffelse, idet der ifølge de norske miljømyndigheder ikke var kapacitet til at forestå bortskaffelsen i Norge. Efter at det norske Miljødirektorat nu har meddelt, at der *er* tilstrækkelig kapacitet til at bortskaffe spildevandet i Norge, har Equinor anmeldt den identiske overførsel til nyttiggørelse.

Uanset sagsforløbet mener vi dog umiddelbart ikke, at der konkret er tale om et omgåelsestilfælde. Equinor har efter det oplyste ikke tidligere haft behov for at anmelde overførsel til nyttiggørelse, idet det var tilstrækkeligt at anse affaldsbehandlingen for en bortskaffelsesoperation. Hertil kommer, at Miljøstyrelsen efter det oplyste tidligere (NO 435092) har givet samtykke til, at der kunne overføre 150.000 tons olieforurenet vand til RGS' anlæg i Danmark til nyttiggørelse. Dette udgør en rimelig begrundelse for, at Equinor og RGS – nu hvor overførsel til bortskaffelse ikke længere er en mulighed – i stedet ønsker anmeldelsen behandlet som en overførsel til nyttiggørelse.

Et omgåelsestilfælde kunne i stedet tænkes at foreligge, hvor en virksomhed bevidst tilfører olie eller andre fremmede stoffer til spildevand alene med det formål at muliggøre, at spildevandet overføres til et andet land under påskud af, at de fremmede stoffer i spildevandet skal udskilles og nyttiggøres, mens den reelle hensigt i alle henseender er, at spildevandet skulle bortskaffes på modtageanlægget.

4.4 Indsigelsesmuligheden i transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g

Som antydnet flere steder ovenfor synes EU-Domstolen i sin praksis at have forudsat, at klassificeringen af en bestemt operation som nyttiggørelse henholdsvis bortskaffelse skal ses i sammenhæng med muligheden for at gøre indsigelse i medfør af navnlig transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g. Som anført i afsnit 3.2.2 indebærer denne bestemmelse, at en kompetent myndighed kan gøre indsigelse mod overførsel mellem EU-lande til nyttiggørelse i følgende tilfælde:

³³ Sammenlign også generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-116/01, *SITA* (punkt 58).

UDKAST

”forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, der ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der nyttiggøres endeligt, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, begrundet ikke nyttiggørelsen ud fra økonomiske og/eller miljømæssige betragtninger”.

Henset til, at denne indsigelsesmulighed er omtalt både i Miljøministeriets notat af 23. august 2021 og Miljøstyrelsens følgenotat til Kammeradvokaten af 30. august 2021 har vi fundet anledning til at fremkomme med enkelte bemærkninger om Miljøstyrelsens mulighed for at anvende indsigelsen, såfremt styrelsen måtte komme frem til, at overførslen anmeldt ved notifikation NO 500269 må anses for overførsel til nyttiggørelse, jf. afsnit 4.3.

Med hjemmel i artikel 12, stk. 1, litra g, kan Miljøstyrelsen gøre indsigelse mod overførslen af det olieholdige spildevand, såfremt overførslen ud fra økonomiske og/eller miljømæssige betragtninger ikke findes begrundet. Vurderingen af de økonomiske og/eller miljømæssige hensyn skal i den konkrete sag foretages i relation til et eller flere af de følgende tre forhold:

1. forholdet (f.eks. det procentvise forhold) mellem olien, der kan nyttiggøres, og det resterende spildevand, der ikke kan nyttiggøres, men må bortskaffes,
2. den skønnede værdi af olien, der nyttiggøres endeligt, eller
3. udgifterne til nyttiggørelsen af olien og udgifterne til bortskaffelse af det resterende spildevand, der ikke kan nyttiggøres.

De betragtninger, som Miljøstyrelsen har angivet i følgenotatet af 30. august 2021 (s. 3), under ”Økonomiske betragtninger” og ”Miljømæssige betragtninger”, vil således kunne indgå ved styrelsens vurdering af, om der i den konkrete sag skal gøres indsigelse mod overførslen i medfør af transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra g.

Det bemærkes i den forbindelse, at EU-Domstolen i sag C-113/02, *Kommissionen mod Holland*, fandt, at en hollandsk ordning, hvorefter der udelukkende blev taget hensyn til forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det, der ikke kan nyttiggøres, var i strid med bestemmelsen. Det følger nemlig af bestemmelsen, at den kompetente myndighed skal undersøge, om bl.a. forholdet mellem det nyttiggjorte og ikke-nyttiggjorte affald *ud fra økonomiske og/eller miljømæssige betragtninger* ikke kan begrundes.

Såfremt Miljøstyrelsen derimod finder, at overførslen er en bortskaffelsesoperation, kan Miljøstyrelsen anvende indsigelsesmuligheden i transportforordningens artikel 12, stk. 1, litra h, som anført i Miljøministeriets notat af 23. august 2021.

UDKAST

København, den 11. september 2021

Stig Grønbæk Jensen
Partner, Advokat (H)