

Stockholm den 12 februari 2024

R-2024/0028

Till Klimat- och näringslivsdepartementet

KN2023/04245

Sveriges advokatsamfund har genom remiss som inkom först den 8 januari 2024 beretts tillfälle att senast den 12 februari 2024 yttra sig över betänkandet Ett förändrat regelverk för framtidens el- och gasnät (SOU 2023:64).

Sammanfattning

Advokatsamfundet har i vissa delar ingen erinran mot förslagen i betänkandet. Advokatsamfundet ser dock brister i flera av utredningens bedömningar och förslag.

Advokatsamfundet anser att det baserat på unionsrätten inte finns skäl att upphäva portalbestämmelserna i ellagen och naturgaslagen om vad nätföretagens intäktsramar ska täcka, dvs. 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen.

Samfundet anser vidare att det framstår som problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt att, såsom utredningen föreslår, hela ramverket för regleringen i stället ska anges i föreskriftsform, varvid ett och samma offentliga organ (Energimarknadsinspektionen, ”Ei”) både ska anta betungande föreskrifter om enskildas (företagens) ekonomiska förhållanden och sedan tillämpa sagda föreskrifter i förhållande till de enskilda.

Advokatsamfundet anser inte heller att det finns skäl – och dessutom är betänkligt ur rättssäkerhetssynpunkt – att upphäva 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätverksamhet.



Synpunkter

Allmänna synpunkter

Utredningens uppdrag har varit att se över reglerna för de avgifter som elnäts- och naturgasföretagen tar ut för att ge tillgång till nät och annan infrastruktur, i syfte att åstadkomma ett regelverk som är förenligt med gällande EU-rätt. Utredningen har bl.a. särskilt övervägt hur det svenska regelverket förhåller sig till EU-domstolens dom i mål C-718/18, Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland ("Tysklandsdomen").

Utredningen menar att nuvarande regelverk om förhandsprövningen av intäktsramar innehåller materiella regler i både lag och förordning som inte föranleds av krav i EU-rätten. Efter Tysklandsdomen anser utredningen att det är tydligt att nuvarande regler inte är förenliga med el- och gasmarknadsdirektiven (s. 133 ff.). I betänkandet föreslås mot denna bakgrund genomgripande ändringar av lagstiftningen. Utredningen föreslår bl.a. att reglerna om intäktsramar i ellagen respektive naturgaslagen görs om och till stora delar utmönstras från lagstiftningen, samt att Ei i stället ges en långtgående föreskriftsrätt. Utredningen anser också att lagen (2021:311) om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet medför begränsningar av Ei:s möjligheter att självständigt fastställa intäktsramar, varför lagen behöver upphävas.

Tysklandsdomen och dess konsekvenser

Beträffande Tysklandsdomen noterar Advokatsamfundet inledningsvis följande. Artikel 59.7 a i elmarknadsdirektivet¹ (som motsvaras av artikel 37.6 a i det tidigare elmarknadsdirektivet)² föreskriver att de nationella tillsynsmyndigheterna ska *"ansvara för att i tillräckligt lång tid innan dessa träder i kraft fastställa eller godkänna åtminstone nationella metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för [...] anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder [...]".*

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om ändring av direktiv 2012/27/EU.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72 av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG.

Motsvarande artikel i gasmarknadsdirektivet³, artikel 41.6 a, föreskriver att ”[t]illsynsmyndigheterna ska ansvara för att tillräckligt lång tid i förväg innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för [...] anslutning och tillträde till nationella nät, inbegripet överförings- och distributionstariffer, samt villkor och tariffer för tillträde till LNG-anläggningar [...]”.

I Tysklandsdomen prövades om Tyskland korrekt implementerat bl.a. artikel 37.6 a i det tidigare elmarknadsdirektivet⁴ samt artikel 41.6 a i gasmarknadsdirektivet⁵. Enligt den tyska regleringen hade förbundsregeringen getts befogenhet inte bara att fastställa villkoren för tillträde till nätet, inbegripet tillhandahållande av balanstjänster, eller metoder för att fastställa dessa villkor, samt metoder för att fastställa avgifter för tillträde till nätet, utan även att besluta i vilka fall och under vilka villkor den nationella tillsynsmyndigheten får fastställa dessa villkor eller metoder, eller godkänna dem på begäran av den systemansvarige, samt i vilka särskilda fall av nätanvändning eller under vilka förutsättningar den nationella tillsynsmyndigheten, i enskilda fall, får godkänna eller vägra godkänna enskilda tariffer för tillträde till nätet.⁶

EU-domstolen framhöll att det följer av ovan nämnda bestämmelser i el- respektive gasmarknadsdirektivet att ”fastställandet av metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive tillämpliga tariffer” ingår bland de befogenheter som direkt förbehålls de nationella tillsynsmyndigheterna genom dessa direktiv.⁷ Det rör sig enligt EU-domstolen om fastställandet av ”vilka omständigheter som är av vikt för fastställandet av tariffer, såsom vinstmarginalen”.⁸ Eftersom den tyska regleringen ger förbundsregeringen vissa

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72 av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT 2009 L 211, s. 55).

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG.

⁶ Dom av den 2 september 2021, Kommissionen mot Tyskland, C-718/18, EU:C:2021:662, punkt 114.

⁷ Dom av den 2 september 2021, Kommissionen mot Tyskland, C-718/18, EU:C:2021:662, punkt 105.

⁸ Dom av den 2 september 2021, Kommissionen mot Tyskland, C-718/18, EU:C:2021:662, punkt 106. EU-domstolen poängterade också i denna punkt i domen att detta redan tidigare slagits fast så tidigt som år 2009 i mål C-474/08. Tysklandsdomen innebär således inget nytt i denna del.



befogenheter som uteslutande är förbehållna den nationella tillsynsmyndigheten, ansåg EU-domstolen att regleringen strider mot el- och gasmarknadsdirektiven.⁹

Enligt Tysklandsdomen är det således fastställandet av de omständigheter som är nödvändiga för att fastställa tarifferna, eller metoderna för deras beräkning, som är förbehållet de nationella tillsynsmyndigheterna och som inte får tilldelas någon annan myndighet. Inom ramen för denna uppgift får de nationella tillsynsmyndigheterna inte ges några externa instruktioner från andra offentliga eller privata organ. Det följer således av Tysklandsdomen att det är fastställandet av parametrar och metoder för beräkningen av intäktsramen som är förbehållna tillsynsmyndigheten, dvs. för svenskt vidkommande, Ei.

Som utredningen noterar (s. 112 ff.) meddelade Kammarrätten i Jönköping den 16 juni 2022 domar i 120 mål om intäktsramar för ett stort antal nätföretag (mål nr 1103–1222–21) i vilka kammarrätten hänvisade till Tysklandsdomen. Kammarrätten ansåg att bestämmelserna i 17–26 §§ förordning (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet strider mot artiklarna 37.1 a och 37.6 a i det tidigare elmarknadsdirektivet eftersom regeringen, genom dessa detaljerade materiella bestämmelser, har angett vilken metod och vilka variabler som Ei ska använda vid beräkning av avkastningen på kapitalbasen, men att ”den mer övergripande bestämmelsen i 5 kap. 1 § första stycket 3 ellagen inte kan anses strida mot artiklarna 37.1 a och 37.6 a i elmarknadsdirektivet eftersom lagrummet överlåter till tillsynsmyndigheten att avgöra vilka metoder och variabelvärden som ska användas vid beräkning av avkastningen på kapitalbasen och även i övrigt får anses vara förenligt med direktivet”.¹⁰

I betänkandet refereras (s. 113 f.) även till Ei:s beslut om intäktsramar för gasnät för tillsynsperioden 2023–2026, vilka överklagades av samtliga gasnätsföretag. I besluten hävdade Ei, med hänvisning till Tysklandsdomen, att myndigheten inte ska tillämpa vissa nationella bestämmelser eftersom de enligt Ei styr utformandet av metoden och därmed inverkar på myndighetens oberoende. Målen var ännu inte avgjorda vid betänkandets upprättande (se s. 114), men förvaltningsrätten har därefter den 10 oktober 2023 meddelat dom.¹¹ Enligt denna medgav Ei bifall till flera av

⁹ Dom av den 2 september 2021, Kommissionen mot Tyskland, C-718/18, EU:C:2021:662, punkt 115.

¹⁰ Se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 juni 2022 i mål nr 1220–1222–21, s. 19.

¹¹ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 10 oktober 2023 i mål nr 8596–22 och 8601–8602–22.



gasnätsföretagens yrkanden, varvid domstolen inte sett någon anledning att ifrågasätta parternas samstämmiga uppfattning. I domen bifölls därför överklagandena på så sätt att de överklagade besluten upphävdes och målen återförvisades till Ei för ny handläggning, i enlighet med den – idag gällande – rättsliga reglering och metod som följer av de av nätföretagens yrkanden vilka medgetts av Ei och för fastställande av nya intäktsramar avseende tillsynsperioden 2023–2026.

Advokatsamfundet konstaterar således att det inte finns någon domstolspraxis som ger stöd åt slutsatsen i betänkandet att enskilda bestämmelser i ellagen eller i naturgaslagen skulle stå i strid med EU-rätten. Som angetts ovan har Kammarrätten i Jönköping uttryckligen funnit att 5 kap. 1 § första stycket 3 ellagen inte strider mot elmarknadsdirektivet. Förvaltningsrätten i Linköpings dom avseende gasnät från 2023 ger uttryck för motsvarande synsätt avseende bestämmelserna i naturgaslagen och deras förhållande till gasmarknadsdirektivet.

Behovet av regelförändringar mot bakgrund av EU-rätten och Tysklandsdomen

Utredningen menar mot bakgrund av Tysklandsdomen att stora delar av ellagens och naturgaslagens bestämmelser om intäktsramar står i strid med EU-rätten. Utredningen har därför föreslagit genomgripande förändringar i både el- och naturgaslagen samt att lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet ska upphävas (s. 163 ff.).

Advokatsamfundet delar i flera avseenden utredningens slutsatser att den gällande el- och gasnätsregleringen får antas stå i strid med EU-rätten. Detta gäller t.ex. utredningens bedömning avseende 5 kap. 7 § ellagen och 6 kap. 12 § naturgaslagen, som anger hur kapitalbasen ska beräknas. I andra delar anser Advokatsamfundet däremot att det finns anledning att ifrågasätta utredningens slutsatser och därmed även vissa av de enskilda lagändringar som utredningen föreslår.

Advokatsamfundets synpunkter på enskilda ändringsförslag i betänkandet redovisas nedan.

5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen

Utredningen föreslår att 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen ska utgå. I stället föreslår utredningen att Ei ska bemyndigas att ta fram nödvändiga föreskrifter om vilka kostnader för driften av en nätverksamhet som ska täckas av en intäktsram och hur dessa ska beräknas vid bestämmandet av en intäktsram, samt vad som avses

med att nätföretaget ska kunna göra nödvändiga investeringar för att säkerställa nätets funktion (se s. 163 ff.).

I 5 kap. 1 § första stycket ellagen enligt dess gällande lydelse anges att en nätverksamhet för en tillsynsperiod ska ha en bestämd intäktsram som inte ska vara större än vad som behövs för att (1) täcka kostnader för driften av en nätverksamhet som har likartade objektiva förutsättningar och bedrivs på ett ändamålsenligt och effektivt sätt, (2) täcka avskrivningar, och (3) ge en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 10 § första stycket naturgaslagen, där det anges att intäktsramen ska beräknas så att den täcker skäliga kostnader för att bedriva den verksamhet som intäktsramen avser och ger en rimlig avkastning på det kapital som krävs för att bedriva verksamheten (kapitalbas).

I betänkandets anges (s. 140) att 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen innehåller regler om hur en intäktsram ska beräknas på en övergripande nivå, medan exempelvis 5 kap. 7 § ellagen och 6 kap. 12 § naturgaslagen innehåller mer detaljerade regler om en sådan beräkning. Utredningen förklarar dock inte varför eller på vilket sätt de övergripande bestämmelserna i 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen ska anses på ett detaljerat sätt reglera hur Ei ska fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.

I betänkandet noteras även (s. 141) att kammarrätten i sina avgöranden från 2022 funnit att 5 kap. 1 § första stycket 3 ellagen inte kunde anses strida mot elmarknadsdirektivet, men bedömer likväl (s. 141 ff.) att 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen måste utgå. Utredningen menar att sagda bestämmelser är alltför detaljerade och att de därför inkräktar på tillsynsmyndighetens exklusiva befogenheter enligt el- och gasmarknadsdirektiven. Utredningen uppfattar bestämmelserna som alltför styrande när det gäller vad som ska ligga till grund för nätmyndighetens beslut om intäktsram. Utredningen menar att bestämmelserna inte enbart anger hur en intäktsram ska beräknas på ett övergripande sätt utan också under vilka förutsättningar en sådan prövning ska ske (s. 142). Betänkandet innehåller emellertid inga egentliga förklaringar till något av dessa ställningstaganden beträffande 5 kap. 1 ellagen eller 6 kap. 10 naturgaslagen. Som Advokatsamfundet redovisat ovan är det,



enligt Tysklandsdomen, fastställandet av parametrar och metoder för beräkningen av intäktsramen som är förbehållna den nationella tillsynsmyndigheten (Ei).

Advokatsamfundet delar här den tydliga uppfattning som redovisades i kammarrättens domar (se ovan), nämligen att bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen överlåter till tillsynsmyndigheten (Ei), att avgöra vilka metoder och variabelvärden som ska användas vid beräkning av avkastningen på kapitalbasen. Det framgår också av förarbetena till bestämmelsen att det åligger Ei att ta fram en metod för beräkningen av intäktsramen (se prop. 2017/18:237 s. 44). Eftersom 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen är övergripande och inte reglerar fastställandet av parametrar och metoder för beräkningen av intäktsramen, kan det enligt Advokatsamfundets uppfattning starkt ifrågasättas om bestämmelserna står i strid med EU-rätten på sätt som utredningen funnit.

Som ett exempel på en bestämmelse som enligt utredningen inte enbart anger hur en intäktsram ska beräknas på ett övergripande sätt, utan också under vilka förutsättningar en sådan prövning ska ske, pekar utredningen (s. 142) på uttrycket ”rimlig avkastning” som används i 6 kap. 10 § naturgaslagen. En bestämmelse som anger att intäktsramen ger en rimlig avkastning på det kapital som krävs för att bedriva verksamheten kan, enligt Advokatsamfundets uppfattning, inte beskrivas som en bestämmelse som reglerar fastställandet av parametrar och metoder för beräkningen av intäktsramen. Dessutom framgår det av artikel 13.1 i förordning (EG) nr 715/2009 att tillsynsmyndigheten bl.a. ska ta hänsyn till behovet av en rimlig avkastning på investeringar vid fastställande av de tariffer eller de metoder som används för att beräkna dem, vilket utredningen också noterar. Trots detta menar utredningen (s. 142) att det kan vara lämpligare att ta bort en bestämmelse som genomför ett EU-direktiv om bestämmelsen i direktivet ändå preciseras genom en bindande EU-förordning; detta för att undvika att hamna i osäkerhet om huruvida det tillåtna utrymmet för nationell lagstiftning överskrids.

Av artikel 59.7 a i elmarknadsdirektivet respektive artikel 41.6 a i gasmarknadsdirektivet framgår att tariffer eller metoder för beräkning av dessa ”ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion”. I skäl 81 till elmarknadsdirektivet respektive skäl 32 i gasmarknadsdirektivet anges vidare att de nationella tillsynsmyndigheterna bör tillse att ”överförings- eller distributionstarifferna [...] avspeglar kostnaderna”.



Skäl 20 till elmarknadsdirektivet respektive skäl 53 i gasmarknadsdirektivet framhåller också vikten av lämpliga incitament för att elnätsföretagen ska fortsätta att investera. Det anges att ”[m]arknadspriserna bör ge de rätta incitamenten för utvecklingen av nätet och investeringar i ny elproduktion”. Trots att det alltså framgår av direktiven att tariffer och metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras och att tarifferna ska avspegla kostnaderna har utredningen kommit till slutsatsen att 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen, som bl.a. föreskriver just detta, strider mot EU-rätten och måste tas bort.

Advokatsamfundet vill här erinra om att EU-direktiv föreskriver resultat som varje medlemsstat ska förverkliga inom en viss tid, i det egna landet, inom ramen för sin nationella rättsordning. Till skillnad från förordningar måste alltså direktiv genomföras i nationell lagstiftning, dvs. införlivas eller implementeras. Direktiven överläter i princip till medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet (artikel 288.3 FEUF) och tanken med direktivformen är att varje medlemsstat ska kunna lagstifta på det sätt som bäst passar strukturen på den nationella lagstiftningen, förutsatt att man uppnår det resultat som direktivet kräver.¹²

Advokatsamfundet anser att bestämmelserna i 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen får anses återspegla de mål och syften som framgår av el- respektive gasmarknadsdirektivet och att de således utgör korrekta genomföranden av direktiven. Att direktivens mål och syften förs in i lagstiftningen innebär, enligt samfundet, inte att lagen föreskriver någon viss metod eller beräkning i konflikt med unionsrätten. Syftet med direktiv är att de ska genomföras i nationell rätt, dvs. att myndigheter och medborgare ska kunna förlita sig på den införda nationella lagstiftningen.

Advokatsamfundet anser vidare att det framstår som problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt att, såsom utredningen föreslår, hela ramverket för regleringen i stället ska anges i föreskriftsform, varvid ett och samma offentliga organ (Ei) både ska anta betungande föreskrifter om enskildas (företagens) ekonomiska förhållanden och sedan tillämpa sagda föreskrifter i förhållande till de enskilda (jfr. även utredningens notering härom, s. 166 f.). Detta gäller särskilt när det som i förevarande fall handlar om föreskrifter avseende enskildas ekonomiska förhållanden inbördes och/eller betungande offentligrättsliga föreskrifter som avser förhållandet mellan enskilda och

¹² Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, JUNO version 7, s. 57.

det allmänna, dvs. områden där föreskrifter som utgångspunkt ska meddelas genom lag, jfr. [8 kap. 2 § första stycket 1 och 2 regeringsformen](#). Av förarbetena till el- respektive naturgaslagen framgår dessutom att regeringen bedömt att just huvudprinciperna för utformningen av intäktsramen är av sådan karaktär att de bör anges i lag.¹³ Även det nu sagda talar enligt Advokatsamfundets uppfattning mot ett upphävande av de båda lagarnas portalbestämmelser om vad intäktsramar ska täcka.

Advokatsamfundet vill i denna del slutligen framhålla att ett upphävande av portalbestämmelserna i 5 kap. 1 § ellagen och 6 kap. 10 § naturgaslagen skulle kunna försvåra domstolsprövningen av fastställda intäktsramar eftersom en sådan prövning i så fall måste ske med beaktande av direktivets bestämmelser, i stället för med beaktande av nationell lag.

5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet
Utredningen föreslår även att de bestämmelser om överföring av underskott mellan olika tillsynsperioder som finns i 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet ska upphävas.

Grundbestämmelsen (där någon materiell ändring inte föreslås) i detta sammanhang är 5 kap. 29 § ellagen. Enligt denna ska nätmyndigheten (Ei), om de samlade intäkterna från nätverksamheten under en tillsynsperiod har varit mindre än intäktsramen, besluta att nätkoncessionshavaren under den närmast följande tillsynsperioden från nätverksamheten får uppbära ett belopp som motsvarar underskottet.

5 kap. 29 a § ellagen anger att andra regler för överföring av underskott till efterföljande tillsynsperioder kan gälla på grund av att ett s.k. särskilt investeringsutrymme finns. Bestämmelsen innehåller en hänvisning till lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet. Denna lag innebär att elnätsföretag med utnyttjade underskott från tillsynsperioden 2012–2015 kan utnyttja underskotten för att genomföra investeringar i elnäten under senare tillsynsperioder. Lagen är tillämplig på investeringar som elnätsföretagen gör under tillsynsperioderna 2020–2023 och 2024–2027 och syftar till att ”*skapa särskilda drivkrafter för elnätsföretag att göra investeringar som ökar kapaciteten i elnätet.*”¹⁴

¹³ Se prop. 2008/09:141 s. 59 f. och prop. 2023/13:85 s. 52.

¹⁴ 1 § första stycket lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet.



Utgångspunkten för lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet är de underskott som uppstod för ett stort antal elnätsföretag avseende tillsynsperioden 2012–2015. Bakgrunden till dessa underskott var Ei:s beslut avseende elnätsföretagens intäktsramar för perioden 2012–2015, vilka efter överklaganden upphävdes och bestämdes i domstol. Domstolsprocesserna tog lång tid och resulterade i att de intäktsramar som beslutats av Ei för perioden 2012–2015 kom att bli betydligt större än de intäktsramar som följde av Ei:s beslut.

Enligt dåvarande 5 kap. 20 § ellagen skulle, om ett elnätsföretags samlade intäkter från nätverksamheten under tillsynsperioden avvek från intäktsramen, de överstigande eller understigande beloppen öka respektive minska intäktsramen för den påföljande tillsynsperioden. Elnätsföretagen hade alltså möjlighet att föra vidare ett eventuellt underskott till kommande tillsynsperioder.

Under våren 2017 meddelade Ei beslut med stöd av dåvarande 5 kap. 20 § ellagen att för tillsynsperioden 2016–2019 öka elnätsföretagens intäktsramar motsvarande det underskott som uppkommit för respektive elnätsföretag under tillsynsperioden 2012–2015. I sina beslut angav Ei att det belopp med vilket intäktsramen ökade inte kunde föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023. Ei:s beslut att beloppen inte kunde föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023 överklagades av elnätsföretagen och besluten upphävdes i denna del av Förvaltningsrätten i Linköping.¹⁵ Ei överklagade förvaltningsrättens domar till Kammarrätten i Jönköping. I kammarrätten avslogs Ei:s överklaganden och därmed hade elnätsföretagen rätt att föra vidare underskott från tillsynsperioden 2012–2015 till tillsynsperioden 2020–2023.¹⁶

Nuvarande 5 kap. 29 § ellagen, som innebär att ett underskott från en tillsynsperiod endast får utnyttjas under den närmast följande tillsynsperioden, trädde i kraft 2019. Den s.k. stopplagen, som innebär att ett underskott som har uppkommit under tillsynsperioden 2012–2015 och som i enlighet med dåvarande 5 kap. 20 § ellagen har ökat intäktsramen för tillsynsperioden 2016–2019 med motsvarande belopp inte ska beaktas vid tillämpningen av 5 kap. 29 § ellagen, trädde i kraft 2020.¹⁷

¹⁵ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 3 september 2018 i mål nr 1964–18 m.fl.

¹⁶ Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 februari 2019 i mål nr 2700–18 m.fl.

¹⁷ Punkt 6 i övergångsbestämmelserna till lagen (2018:1448) om ändring i ellagen (1997:857).



Lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet och 5 kap. 29 a § ellagen, som trädde i kraft den 1 juni 2021, gav elnätsföretag med outnyttjade underskott från tillsynsperioden 2012–2015 en rätt att utnyttja dessa underskott även under tillsynsperioderna 2020–2023 och 2024–2027, om de används för att genomföra investeringar i elnäten. Om (i) ett elnätsföretags intäktsram för tillsynsperioden 2016–2019 ökades med tillämpning av dåvarande 5 kap. 20 § ellagen och (ii) de faktiska intäkterna för tillsynsperioden 2016–2019 understiger den ökade intäktsramen för den perioden, ska Ei enligt 3 § lagen om särskilt investeringsutrymme besluta om ett särskilt investeringsutrymme efter ansökan från elnätsföretaget.

I betänkandet framgår (kap. 8.2.3) att det enligt EU-rätten inte är möjligt att i lag och förordning ha sådana bestämmelser som finns i lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet och den förordning som meddelats i anslutning till lagen, då dessa bestämmelser inkräktar på tillsynsmyndighetens exklusiva kompetens. Enligt utredningens bedömning innebär lagen och förordningen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet, i ljuset av Tysklandsdomen, otvetydigt inskränkningar i Ei:s exklusiva befogenheter att fastställa metoder för att beräkna överförings- och distributionstariffer.

Advokatsamfundet anser att utredningens tolkning av EU-rätten och Tysklandsdomen även i denna del kan ifrågasättas. Som samfundet framhållit ovan är det fastställandet av parametrar och metoder för beräkningen av intäktsramen som enligt EU-domstolens uttalanden i Tysklandsdomen är förbehållna Ei. Bestämmelserna i 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet ger elnätsföretag med outnyttjade överskott från perioden 2012–2015 en rätt att utnyttja dessa underskott under senare tillsynsperioder om de används för att genomföra investeringar i elnäten. Det handlar således om en reglering av elnätsföretagens rätt att utnyttja underskott och till vad underskotten får användas. Sådana bestämmelser är inte detsamma som bestämmelser om beräkning av tariffer eller om metoder för beräkning av tariffer. Att det i lag anges hur ett underskott, som ökar intäktsramen, ska användas innebär inte något fastställande av parametrar eller metoder för beräkningen av intäktsramen. Tysklandsdomen ger således, enligt Advokatsamfundets uppfattning, inte stöd åt utredningens slutsats att bestämmelserna skulle innebära en inskränkning i Ei:s exklusiva befogenheter.

Advokatsamfundet anser vidare att utredningens förslag att ta bort 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet riskerar att strida mot de EU-rättsliga principerna om rättssäkerhet och skydd av berättigade förväntningar. Utredningen (s. 184 f.) menar att EU-domstolens praxis inte skulle ge stöd för att en svensk lagstiftning som inte uppfyller kraven enligt EU-rätten skulle kunna skapa berättigade förväntningar i den ifrågasatt situationen. Utredningen hänvisar vidare till EU-domstolens avgörande i mål C-201/08¹⁸ och noterar bl.a. att en näringsidkare inte med fog kan förvänta sig att rådande förhållanden ska bestå när dessa kan ändras inom ramen för de nationella myndigheternas egna skön. Mot bakgrund härav och med hänvisning till de resonemang som fördes vid införandet av stopplagen bedömer utredningen att ett upphävande av lagen om särskilt investeringsutrymme skulle vara förenligt med principen om berättigade förväntningar.

Advokatsamfundet ser anledning att ifrågasätta utredningens slutsatser även i denna del. Som nämnts ovan finns till att börja med anledning att ifrågasätta utredningens slutsats att 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme inte skulle vara oförenliga med EU-rätten. Även om utredningen återgivit redogörelsen i förarbetena till stopplagen av den EU-rättsliga principen om berättigade förväntningar,¹⁹ innehåller betänkandet inte några närmare resonemang om hur förslaget att ta bort 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme förhåller sig till denna princip. EU-domstolen har förklarat att principen om berättigade förväntningar omfattar ”*varje enskild person hos vilken en förvaltningsmyndighet har väckt grundade förhoppningar genom att ge vederbörande tydliga försäkringar*”.²⁰ Bestämmelser i en lag, såsom 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet, kan således utgöra en försäkran som väcker sådana grundade förhoppningar. Efter det att lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet och 5 kap. 29 a § ellagen trätt ikraft kan elnätsföretagens förväntningar på att kunna utnyttja outnyttjade underskott från tillsynsperioden 2012–2015 även under tillsynsperioderna 2020–2023 och 2024–2027, under förutsättning att de utnyttjas för att genomföra investeringar i elnäten, vara såväl rimliga som berättigade. En sådan slutsats bekräftas dessutom

¹⁸ Mål C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG mot Hauptzollamt Darmstadt, EU:C:2009:539.

¹⁹ Utredningen hänvisar här till prop. 2019/20:53.

²⁰ Dom av den 26 juli 2017, Europa Way och Persidera, C-560/15, EU:C:2017:593, punkt 80 och där angiven rättspraxis.

ytterligare av de beslut om särskilt investeringsutrymme som Ei redan har utfärdat. Som utredningen noterar utgör principen om skydd för berättigade förväntningar inte något hinder mot att lagändringar görs. Däremot kan tillvägagångssättet vid en sådan ändring ifrågasättas. Likaså innebär rättssäkerhetsprincipen inte att lagstiftning inte får ändras, utan att lagstiftaren ska beakta de ekonomiska aktörernas särskilda situation och i förekommande fall anpassa tillämpningen av de nya rättsliga bestämmelserna härefter.²¹

Här rör det sig om underskott från tillsynsperioden 2012–2015 som elnätsföretagen enligt då gällande rätt²² hade rätt att föra vidare till påföljande tillsynsperioder, vilket bekräftades av Kammarrätten i Jönköping.²³ Denna rätt begränsades sedan genom lagstiftning till att enbart gälla för den närmast följande tillsynsperioden. Lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet och 5 kap. 29 a § ellagen fastslog därefter att de utnyttjade underskotten från tillsynsperioden 2012–2015 under vissa förutsättningar ändå får utnyttjas under tillsynsperioderna 2020–2023 och 2024–2027.

Enligt Advokatsamfundet finns en risk att ett upphävande av lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet och 5 kap. 29 a § ellagen, som ger elnätsföretagen rättigheter till att utnyttja ett underskott (rättigheter som ursprungligen uppstod redan under tillsynsperioden 2012–2015), kan innebära att lagstiftaren inte beaktar de ekonomiska aktörernas särskilda situation. Detta skulle i så fall utgöra ett brott mot de EU-rättsliga principerna om rättssäkerhet och skydd av berättigade förväntningar. Det kan med fog ifrågasättas om en sådan ändring kan anses vara förutsebar för en normalt kunnig och omsorgsfull aktör.²⁴

Därutöver skulle upphävandet av 5 kap. 29 a § ellagen och lagen om särskilt investeringsutrymme för elnätsverksamhet kunna innebära en retroaktiv inskränkning av elnätsföretagens rätt att utnyttja det utnyttjade underskottet från tillsynsperioden 2012–2015 i strid med elmarknadsdirektivet. EU-domstolen och Europeiska

²¹ Dom av den 7 juni 2005, VEMW m.fl., C-17/03, EU:C:2005:362, punkt 81.

²² Bestämmelsen i den då tillämpliga 5 kap. § 20 ellagen.

²³ Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 februari 2019 i mål nr 2700–18 m.fl.

²⁴ Jfr. dom av den 12 december 1996, The Queen mot Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte Accrington Beef, C-241/95, EU:C:1996:496, punkt 36.



kommissionen har vid flera tillfällen understrukt vikten av förutsebarhet på elmarknaden och att retroaktiva ändringar på redan gjorda investeringar ska undvikas.

Som nämnts uppställer artikel 59.7 a i elmarknadsdirektivet krav på att tariffer ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion. EU-domstolen har avseende tolkningen av artikel 23.2 a i det tidigare andra elmarknadsdirektivet,²⁵ vilken idag återspeglas i artikel 59.7 a i elmarknadsdirektivet, beaktat kravet på förutsebarhet av tariffer eller de metoder som används för att beräkna dessa.²⁶

Även de riktlinjer som Kommissionen publicerat understryker kravet på regler som är förutsebara och framhåller vikten av att undvika retroaktiva ändringar. I sitt meddelande ”*För en välfungerande inre marknad för energi*”, har Kommissionen klargjort att medlemsstaterna måste undvika offentliga ingrepp som avskräcker från privat investering eller undergräver den inre marknaden.²⁷ Beträffande elmarknaden har Kommissionen i sitt meddelande ”*Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt*” understrukt förbudet mot retroaktiva ändringar.²⁸ Betydelsen av att undvika retroaktiva ändringar uppmärksammades även av Kommissionen i meddelandet ”*Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt*”, avseende stödordningar för förnybar energi.²⁹

Utredningen har inte närmare berört hur upphävandet av de aktuella lagbestämmelserna förhåller sig till dessa krav på förutsebarhet och att retroaktiva ändringar på redan gjorda investeringar ska undvikas. Detta är, enligt Advokatsamfundet, en betydande brist i utredningen.

Slutligen noterar Advokatsamfundet att ett upphävande av ovannämnda bestämmelser i vissa fall också skulle kunna innebära att elnätsföretagens kommande intäktsram minskas kraftigt och att elnätsföretagen riskerar överdebiteringstillägg. Mot denna

²⁵ Direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el.

²⁶ Dom av den 29 oktober 2009, Kommissionen mot Sverige, C-274/08, ECLI:EU:C:2009:673, punkterna 29 och 38.

²⁷ Meddelande från Kommissionen, För en välfungerande inre marknad för energi, COM(2012) 663 final, 15 november 2012, s. 13.

²⁸ Meddelande från Kommissionen, Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt, C (2013)7243 final, 5.11.2013, s. 12.

²⁹ Meddelande från Kommissionen, Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt, C (2013)7243 final, 5.11.2013, s. 15 f.



bakgrund skulle ett sådant upphävande riskera att stå i strid med den straffrättsliga legalitetsprincipen, som stadfästs i artikel 49.1 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och som enligt EU-domstolens praxis utgör ett särskilt uttryck för den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Denna princip förutsätter att lagen på ett tydligt sätt beskriver brotten och de straff som utdöms för dem.³⁰ Det är inte enbart de påföljder som räknas upp i 1 kap. 3 § brottsbalken (1962:700) som anses ha straffrättslig karaktär i EU-rättens mening. Även administrativa påföljder såsom skattetillägg³¹ och konkurrensskadeavgift³² har av svenska domstolar, EU-domstolen och Europadomstolen ansetts ha straffrättslig karaktär.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander

³⁰ Dom av den 8 mars, NE, C-205/20, EU:C:2022:168, punkt 47 och där angiven rättspraxis.

³¹ Se exempelvis NJA 2013 s. 502, punkt 34–37.

³² Se exempelvis Europadomstolens dom av den 27 september 2011, A. Menarini Diagnostics S.L.R mot Italien, mål nr 43509/08, EU-domstolens dom av den 18 juli 2013, Schindler Holding m.fl. mot kommissionen, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, punkt 30–38, och MD 2015:4, punkt 25.