
RÄTTSUTLÅTANDE, MÅL 1103-21 M.FL.

Undertecknad har tidigare i år ingett ett rättsutlåtande avseende nationella konstitutionella aspekter på detta eller dessa mål, med kritiska synpunkter på Förvaltningsrättens i Linköping avgörande av den 26 februari i år. Detta utlåtande ägnas däremot åt målets EU-rättsliga aspekter, så som dessa framträder efter EU-domstolens avgörande i målet C-718/18, Kommissionen mot Tyskland, den 2 september i år.¹

Jag tog, innan jag skrev detta utlåtande, del av EI:s kompletterande inlaga i målet, som ingivits den 28 oktober. I huvudsak följer jag, efter en inledande genomgång av den nämnda domen från 2 september sedd i sitt rättsliga sammanhang, den uppdelning av argumenten som EI där gör, även om jag vill understryka att domen i fråga kan tolkas på flera olika sätt.

INLEDNING OCH BAKGRUND

Utgångspunkten för prövningen i svensk domstol är i denna EU-rättsliga del av målen alltså, både före och efter EU-domstolens nämnda dom, frågan om den nya intäktsramsförordningen (2018:1520) innebär att EI inte längre är tillräckligt självständig som ansvarig nätmyndighet eller tillsynsmyndighet enligt EU:s elmarknadsdirektiv (2009/72).

Innebär intäktsramsförordningen att EI inte har en tillräckligt självständig ställning enligt EU:s elmarknadsdirektiv (2009/72)? Detta direktiv innehåller onekligen regler om det oberoende som måste tillkomma de nationella tillsynsmyndigheterna, främst i artiklarna 35-37. Dessa ganska långa artiklar ska inte genomgå i detalj här, men några allmänna iakttagelser ska göras.

Till att börja med märks då att direktivet inte innehåller något uttryckligt förbud mot detaljerade regler om eller för fastställande av intäktsramar i nationell lagstiftning som sådana, utan riktar in sig på tillsynsmyndigheternas oberoende i själva beslutsfattandet.² När det exempelvis anges i direktivets art. 37 p. 1a att tillsynsmyndigheten (dvs EI) är skyldig att "(F)astställa eller godkänna,

¹ EU:C:2021:662.

² Se bl.a. skäl 34 i direktivets preambel samt dess art. 35.4 b ii).

enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem”, så är det rimligt att anta att myndigheten bör ha något slags regelverk att utgå från när den fastställer olika tariffer eller metoder för deras beräkning.

Domen innebär därför en ganska djärv eller om man så vill radikal nytolkning av direktivets innebörd, som nog väckt förvåning i åtskilliga EU-länder. Faktum är, som EI anfört i sitt kompletterade yttrande av den 28 oktober, att samtliga EU-länder har någon form av nationella regler där ramar för tillsynsmyndigheternas beslutsfattande ges.³

I de allra flesta – sannolikt alla – EU-länder är de nationella tillsynsmyndigheterna på ett eller annat sätt underordnade landets riksdag och regering. Skillnaden mellan Sverige och flertalet andra EU-länder är faktiskt att svenska myndigheter, oavsett om de lyder under riksdag eller regering⁴, med stöd av RF 12:2 har en ovanligt hög grad av självständighet i sitt beslutsfattande. Sverige är nämligen ett av få länder i Europa som har ett ovillkorligt förbud mot s.k. ministerstyre i enskilda fall.⁵

Tysk lag ger, som framgår av domen i mål C-718/18⁶, förbundsregeringen befogenhet att fastställa villkoren för tillträde till nätet samt metoder för att fastställa avgifter för tillträde till nätet. Regeringen kan också besluta i vilka fall och på vilka villkor den nationella tillsynsmyndigheten får fastställa dessa villkor eller metoder 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.⁷ EU-domstolen fann nu att denna bestämmelse strider mot bestämmelserna i artikel 37.1 a och 37.6 a och b i direktiv 2009/72, eftersom den ger förbundsregeringen vissa befogenheter som enligt direktivet uteslutande är förbehållna den nationella tillsynsmyndigheten.⁸

Domstolen uttalade att tillsynsmyndighetens i direktivet garanterade oberoende innebär att den ska fatta sina beslut självständigt, enbart på grundval av allmänintresset, för att säkerställa att direktivets målsättningar iakttas, utan att behöva följa några externa instruktioner från andra offentliga eller privata organ.⁹ Tillsynsmyndigheten ska vara fullständigt oberoende i förhållande till ekonomiska och offentliga aktörer, oavsett om det rör sig om företag, förvaltningsmyndigheter eller politiska organ, både i relation till den verkställande makten och lagstiftningsmakten.¹⁰ Domstolen anförde även att eftersom det nu finns ett detaljerat regelverk på unionsnivå gällande taxor och beräkningsmetoder för intern och gränsöverskridande handel, så är det inte nödvändigt att på nationell nivå utarbeta kriterier för beräkning av taxorna.¹¹

³ Se Council of European Energy Regulators, Report on Regulatory Frameworks for European Energy Networks – Incentive Regulation and Benchmarking Work Stream, 11 March 2021 (C20-IRB-54-03).

⁴ Flertalet svenska statliga myndigheter lyder enligt RF 12:1 under regeringen, men vissa undantag finns (t.ex. JO och Riksbanken).

⁵ Jfr bl.a. Jonas Nordquist, Domstolar i det svenska politiska systemet – Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet, Stockholm 2001 s. 13.

⁶ Se p. 13 i domen.

⁷ Se p. 114 i domen i mål C-718/18.

⁸ Ibid, p 115.

⁹ Ibid, p. 109.

¹⁰ Ibid, p. 112.

¹¹ Ibid., p. 123.

EU-domstolen har även tidigare i ett antal mål, t.ex. C-474/08, C-530/16, C-771/18, C-767/19 och C-378/19, uttalat att fastställandet av metoder för att beräkna eller fastställa tariffer ingår bland de befogenheter som direkt är förbehållna de nationella tillsynsmyndigheterna. Domstolen har funnit att befogenheten att fastställa vilka omständigheter som är av vikt för fastställandet av tariffer inte får tillfalla någon annan myndighet än den nationella tillsynsmyndigheten, eftersom detta skulle inskränka dessa myndigheters exklusiva befogenheter.

EU-domstolen kom alltså nyligen i mål C-718/18 fram till att Tyskland genom att inte korrekt införliva artikel 37.1 a och artikel 37.6 a och b i direktiv 2009/72 i nationell rätt underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet. Låt oss därför, mot den nämnda bakgrunden, analysera domen lite närmare.

Omständigheterna i mål C-718/18, rörande Tysklands implementering av direktivet vad gäller förhandsreglering av nätföretagens tariffer, har vissa likheter med den svenska implementeringen. Både Tyskland och Sverige har infört lag- och förordningsbestämmelser till vägledning för hur intäktsramar ska beräknas (dvs metoder för hur tariffer ska beräknas). Domen och tidigare avgöranden från EU-domstolen talar därför, enligt EI:s tolkning, för att den svenska implementeringen av elmarknadsdirektivet kan komma att behöva justeras för att säkerställa EI:s oberoende. Det ankommer i så fall på lagstiftaren att utreda detta och vidta eventuella lagstiftningsåtgärder.

Samtidigt finns utan tvekan stora och tydliga skillnader mellan förhållandena i Sverige och Tyskland. Det kan noteras, som en allmän konstitutionell utgångspunkt, att RF 12 kap. 2 § skyddar svenska myndigheters självständighet i beslutsfattandet genom att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet ska besluta i ett enskilt ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller som rör tillämpning av lag. Inom den på så sätt fredade gruppen av ärenden, vilken torde innefatta alla ärenden som kan fullföljas från myndighet till domstol, kan regeringen endast ge direktiv till myndigheterna genom generella föreskrifter. Klart är här både att EI:s beslut om nättariffer utgör myndighetsutövning och att intäktsramsförordningen, med stöd av vilken EI beslutat om intäktsramar, inte innebär att regeringen kan påverka EI:s beslut i enskilda fall, varför RF 12:2 formellt inte överträtts här. Att självständighet för tillsynsmyndigheten i själva beslutsfattandet är det centrala syftet med direktiv 2009:72 betonades också av EU-domstolen i mål C-718/18.¹²

Vidare är det en allmän utgångspunkt att EU-direktiv är bindande för varje medlemsstat avseende det resultat som ska uppnås, men ”ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet” (art. 288(3) i EU:s funktionsfördrag, FEUF). Detta innebär naturligtvis också att nationella myndigheter vid genomförandet kan anta kompletterande bestämmelser. Därvid är vissa aspekter på intäktsramsförordningens tillkomst av intresse. Eftersom EI inte var tillfreds med hur den gamla förordningen tillämpats i domstol efterlyste man, som en självständig myndighet, en ny reglering från regeringen. EI presenterade 2017, på regeringens uppdrag men utifrån sin egen uppfattning, rapporten Nya regler för elnätsföretagen inför perioden

¹² Se p. 119 i domen.

2020-2023.¹³ Att EI har ett självständigt bedömningsutrymme vid fastställande av intäktsramar framhölls därefter av regeringen i motiven till de 2018 gjorda ändringarna i 5 kap. Ellagen.¹⁴ Vidare framgår myndighetens i sakfrågan från regeringen helt självständiga hållning och önskan att fortsatt värna den egna självständigheten av en PM 2019 från EI till regeringskansliet (Infrastrukturdepartementet).¹⁵ Det är således vid en sammantagen bedömning tydligt att EI själv önskat se den nya intäktsramsförordningen införd, att man anser att denna skyddar den egna självständigheten i beslutsfattandet samt att den inte "tvingats" på EMI av regeringen.

Skillnaden mot Tyskland är här uppenbar. 24 § i den tyska lag (Energiewirtschaftsgesetz) som kom under EU-domstolens bedömning i mål C-718/18 lyder på följande sätt:

"Förbundsregeringen får genom förordning med samtycke från Bundesrat (Förbundsrådet, Tyskland)

1. Fastställa villkoren för tillträde till nätet, däribland inköp och tillhandahållande av betaltjänster, och metoder för att fastställa dessa villkor samt metoder för fastställande av tillträdestariffer...
2. Fastställa i vilka fall och på vilka villkor tillsynsmyndigheten får fastställa dessa villkor eller metoder eller godkänna dem på begäran av systemansvarig,
3. fastställa i vilka särskilda fall av nätanvändning eller under vilka förutsättningar tillsynsmyndigheten, i enskilda fall, får godkänna eller vägra godkänna enskilda tariffer för tillträde till nätet..."¹⁶

Här är det tydligt, utan att gå in på detaljer, att den tyska förbundsregeringen kan styra den tyska tillsynsmyndigheten betydligt hårdare än den svenska regeringen styr EI, som tycks ha en helt annan frihet i sitt konkreta beslutsfattande. Detta anges dock här endast som en allmän bakgrund. Domen i målet C-718/18 är från ett svenskt perspektiv svårtolkad och EI hävdar inte att den visar att myndigheten har en sådan grad av självständighet som direktivet tycks kräva. Samtidigt är det tydligt att förhållandena i Tyskland inte är direkt jämförbara med den svenska situationen. Bland annat tycks i Tyskland en viss, i Sverige helt okänd sammanblandning råda mellan myndigheter och privata elföretag eller -konsortier, vilket också framgår av domen.¹⁷ Kommissionens ursprungliga kritik mot Tyskland och beslut att väcka talan mot landet vid EU-domstolen gällde för övrigt till stor del just dessa förhållanden.

Bakgrunden till det svenska införandet av förhandsprövning av nätföretagens tariffer är helt enkelt att ett sådant krav infördes genom direktiv 2003/54/EG, där det angavs bland tillsynsmyndighetens

¹³ Ei R2017:07.

¹⁴ Se prop 2017/18:237 s. 45.

¹⁵ Underlag gällande Sveriges interventionsansökan angående målet mellan kommissionen och Tyskland, PM 2 maj 2019 (2020-100177).

¹⁶ C-718/18, p. 13 i officiell svensk översättning.

¹⁷ Se närmare p. 29-44 i denna, liksom p. 75-84.

uppgifter i art. 23 (nuvarande art. 59 i direktiv 2019/944, tidigare art. 37 i direktiv 2009/72). Före 2012 kontrollerades de svenska nättarifferna i efterhand. Förhandsreglering infördes sedan kommissionen väckt talan mot Sverige, förmenande att Sverige inte uppfyllde skyldigheten enligt direktivet att beräkna metoder för tariffer på förhand. EU-domstolen fastslog att Sverige inte uppfyllt denna skyldighet, genom att inte i enlighet med dåvarande artikel 23.2.a ge tillsynsmyndigheten ansvar för att på förhand godkänna åtminstone de metoder som används för att beräkna villkoren för tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer.¹⁸

En statlig utredning föreslog 2007 mot denna bakgrund ett system för förhandsreglering.¹⁹ Lagstiftning härom infördes sedan från 1 januari 2012²⁰, varefter den svenska lagstiftningen ansågs uppfylla kraven i elmarknadsdirektivet. Den första intäktsramsförordningen antogs likaledes inför den första tillsynsperioden 2012-2015. Regleringen ändrades sedan från 1 juli 2014²¹ inför den andra tillsynsperioden 2016-2019. Det var vid denna ändring som bemyndigandet att meddela föreskrifter om rimlig avkastning infördes i dåvarande 5 kap. 9 § ellagen.

Den 1 januari 2019 infördes som bekant ytterligare förändringar i lagstiftningen.²² Hela 5 kap. ellagen fick då en ny utformning och bemyndigandet om avkastningen flyttades till 5 kap. 8 § ellagen, samtidigt som den nuvarande intäktsramsförordningen infördes, med regler om hur avkastningen ska beräknas vilka tillämpats för den i målen aktuella tredje tillsynsperioden 2020-2023.

I Sverige har således implementeringen av elmarknadsdirektivets krav på förhandsprövning av nätföretagens tariffer sedan länge införts, varefter justeringar successivt gjorts sedan 2012. De implementerade reglerna har använts för att fastställa nätföretagens intäktsramar under samtliga tillsynsperioder, vilka samtliga också varit föremål för domstolsprövning.

Frågan i detta mål är således om det förhållande att ett direktiv måhända implementerats felaktigt vad gäller tillsynsmyndighetens oberoende också innebär att de nationella bestämmelserna om beräkning av intäktsramar inte får tillämpas, dvs vad rättsverkningarna är av ett felaktigt genomfört direktiv. Ska direktivets bestämmelser tillämpas direkt i stället för de nationella bestämmelserna, eller gäller nationell lagstiftning till dess att den ändrats?

DIREKTIVET SAKNAR DIREKT EFFEKT - ENERGIMARKNADSINSPEKTIONENS FÖRSTAHANDSYRKANDE

I Tyskland, det land som EU-domstolens dom riktar sig mot, kommer gällande tysk lag att fortsätta tillämpas tills lagstiftaren har sett över den nationella implementeringen av direktivet. Skälet härtill är att den tyska nationella tillsynsmyndigheten bedömer att direktivets bestämmelser om

¹⁸ Mål C-274/08, Kommissionen mot Sverige, EU:C:2009:673.

¹⁹ SOU 2007:99.

²⁰ Se prop. 2008/09:141 – Förhandsprövning av nättariffer.

²¹ Se prop. 2013/2014:85 – Elnätsföretagens intäktsramar.

²² Se prop. 2017/2018:237 – Elmarknadsfrågor.

tillsynsmyndighetens oberoende inte har direkt effekt och därmed inte kan tillämpas direkt i stället för nationell lag.²³

Förvaltningsrätten har i den överklagande domen kommit fram till att direktivets krav på Ei:s oberoende inte uppfylls, på grund av att vissa bestämmelser i intäktsramsförordningen påverkar räckvidden av Ei:s beslut på ett otillåtet sätt. Förvaltningsrätten menar därför att bestämmelserna i intäktsramsförordningen om hur avkastningen ska beräknas inte ska tillämpas vid beslut om nätföretagens intäktsramar.

För att de nationella bestämmelserna inte ska få tillämpas krävs dock att direktivets regler har direkt effekt och därmed kan leda till att nationella regler som strider mot bestämmelsen åsidosätts. Förvaltningsrätten har dock i domen inte alls motiverat hur man kommit fram till att de aktuella bestämmelserna i direktivet har direkt effekt och därmed kan tillämpas direkt, med företräde framför nationella regler. Den rättsliga grunden för varför bestämmelserna i intäktsramsförordningen inte får tillämpas saknas således i förvaltningsrättens dom.

Direktiv är en rättsakt riktad till EU-länderna och ska införlivas av dessa i deras nationella lagstiftning. Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktad, men överlåter åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet (artikel 288 FEUF). Ett direktiv är således en instruktion till medlemsstaterna att uppnå ett visst definierat mål. Det binder därför endast medlemsstaterna och bestämmelserna måste genomföras genom nationell lagstiftning, eller på annat lämpligt sätt²⁴, för att få bindande verkan.

EU-domstolen har dock funnit att direktivbestämmelser i vissa fall har direkt effekt i syfte att skydda privatpersoners rättigheter. Domstolen har sålunda fastställt att ett direktiv har direkt effekt om dess bestämmelser innebär en rättighet för en enskild, är ovillkorliga och tillräckligt tydliga och precisa samt när medlemsstaten inte har införlivat direktivet inom tidsfristen.²⁵ Den direkta effekten kan dock endast vara vertikal, vilket innebär att EU-länder måste införliva direktiv men att dessa inte får åberopas av privatpersoner gentemot andra privata rättssubjekt.²⁶ Däremot kan de åberopas av privata rättssubjekt gentemot staten.

Detta förutsätter att bestämmelserna direkt ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter, ett krav som inte alltid är uppfyllt avseende direktiv och inte är uppfyllt här eftersom de tillämpliga delarna av direktivet endast innehåller formella regler om eller villkor för vissa nationella myndigheters beslutsfattande.

²³ Se pressmeddelande från Bundesnetzagentur 2 september 2021, bifogad till klagandens kompletterande inlägga.

²⁴ Även andra former för införlivande av direktiv i den nationella rätten än lag är dock godtagbara om de leder till att direktivets syfte uppnås. EU-domstolen har i en dom 2002 (C-478/99, Kommissionen mot Sverige, ECR 2002 I s. 4147) rentav godkänt att detta skett genom lagförarbeten, med hänsyn till dessas traditionellt starka ställning i svensk rätt. Se även Kommissionen mot Belgien, 239/85, ECR 1986 s. 3645.

²⁵ Se mål 41/74, Van Duyn, ECR 1974 s. 1337, EU:C:1974:133.

²⁶ Se bl.a. mål 148/78, Ratti, ECR 1979 s. 1629. – Kring frågan om i vilken utsträckning samt under vilka förutsättningar direktiv även kan ha vertikal direkt effekt har sedan utvecklats en tämligen livlig doktrin och praxis, som dock inte ska behandlas här. Se bl.a. C-152/84, Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), ECR 1986 s. 723 samt I doktrinen P. Craig/G. de Burca, EU Law – Text, Cases and Materials, 5:e uppl., Oxford 2011 s. 194 ff.

Skälen för att direktiv under vissa förutsättningar tillerkänts direkt effekt är främst att de annars svårligen skulle betraktas som bindande samt att detta är ett sätt att säkra direktivens effektiva verkan eller "effet utile", som den franska termen lyder.²⁷ Vidare har EU-domstolen anfört att ingen medlemstat ska kunna dra nytta av sin egen försummelse, genom att hänvisa till att ett direktiv implementerats i nationell rätt för sent eller på felaktigt sätt.²⁸ Nationella domstolar anses också ha en allmän, något opreciserad skyldighet att tolka nationell rätt i ljuset av ett tillämpligt direktiv.²⁹

Kriteriet att ett direktivs direkta effekt är särskilt angelägen att säkerställa då direktivet är tillräckligt klart och preciserat för att skapa rättigheter och skyldigheter för enskilda märks tydligt exempelvis i fallet van Duyn från 1974, där klaganden vägrats inresetillstånd till Storbritannien på grund av samröre med Scientologkyrkan, enligt brittiska myndigheters tolkning av ett då gällande direktiv som medgav vissa begränsningar av den fria rörligheten för arbetstagare. Enligt direktivet måste dock sådana begränsningar grundas uteslutande på den enskilde individens agerande. EU-domstolen fann att direktivet hade direkt effekt och van Duyn gavs rätt till inresa. Kopplingen till en individuell rättighet i form av fri rörlighet är här tydlig. Detta gäller även i de senare mål där EU-domstolen slog fast att medlemsstater kan bli skadeståndsskyldiga gentemot drabbade individer i fall av felaktig, försenad eller utebliven implementering av direktiv.³⁰

I målet Ratti från 1979 (148/78) fastslog EU-domstolen att om en enskild som följt bestämmelserna i ett direktiv, som en stat har underlåtit att införa i sin interna rättsordning, väcker talan vid en nationell domstol och yrkar att en nationell bestämmelse som är oförenlig med direktivet i fråga inte ska tillämpas, ska den nationella domstolen bifalla yrkandet om skyldigheten i fråga är *ovillkorlig och tillräckligt precis*.³¹ Det krävs således, i motsats till vad förvaltningsrätten här funnit, att bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende i elmarknadsdirektivet innebär rättigheter för enskilda som är tillräckligt ovillkorliga och precisa för att dessa ska kunna åberopas direkt. Om delar av ett direktiv är tillräckligt klara och ovillkorliga så kan direktivet ha direkt effekt enbart i de delarna.³²

Medlemsstaten hade i det nämnda fallet, Ratti, underlåtit att införliva direktivet. I aktuellt mål är det däremot fråga om ett direktiv som har införlivats i rätt tid men möjligen på ett felaktigt sätt.

Det den av EU-domstolen utvecklade principen om att direktiv under vissa ovan beskrivna förutsättningar kan ha direkt effekt syftar till att säkerställa är nämligen, återigen, direktivens *effektiva genomslag*. Det är därför logiskt att frågan om direktivens direkta effekt måste avgöras, som det uttryckts i doktrinen, "on a case by case basis, taking into account their nature, background

²⁷ Se bl.a. Robert Schütze, *European Union Law*, 2:a uppl., Cambridge 2018 s. 97. – För en svensk, måhända inte helt aktuell men i sak korrekt genomgång kan hänvisas till SOU 1997:194 s. 43 ff.

²⁸ S.k. estoppel-princip; se mål 148/78, *Publico Ministerio mot Ratti*, ECR 1979 s. 1629, EU:C:2017:745, p. 32.

²⁹ S.k. direktivkonform tolkning, se bl.a. mål 14/83, *von Colson and Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, ECR 1984 s. 1891.

³⁰ C-690 och 9/90, *Francovich och Bonifaci*, ECR 1991 I s. 5357.

³¹ Mål 148/78, *Publico Ministerio mot Ratti*, ECR 1979 s. 1629, EU:C:2017:745Se p. 22-23 i domen.

³² Se C-292/02, *Meiland Azewijn BV mot Hauptzollamt Duisburg*, ECR I 2004 s. 7905, p. 58-62, liksom C-346/97, *Braathens Sverige AB mot Riksskatteverket*, ECR 1999 I s. 3419, p. 30-31.

and wording”.³³ Frågan vilken handlingsfrihet en medlemsstat har eller haft beträffande formerna för direktivets implementering tycks däremot ha mindre betydelse för bedömningen.³⁴

Bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende i artikel 35 och 37 i direktiv 2009/72 (numera artikel 57 och 59 i elmarknadsdirektivet 2019/944) kan inte anses ha direkt effekt. Eftersom de har en rent formell och organisatorisk karaktär så ger de inte upphov till några rättigheter som går att åberopa i nationell domstol. De kan därför inte tillämpas direkt.

Art. 35 handlar om tillsynsmyndighetens utnämning och oberoende, medan art. 37 innehåller en uppräknning av tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter. Dessa bestämmelser har inte ett sådant innehåll som innebär eller skapar någon rättighet för en enskild. De utgör endast instruktioner för hur tillsynsmyndigheterna ska organiseras, vilka mål de ska ha och vilka uppgifter de är skyldiga att utföra.

Några direkt tillämpliga materiella regler om beräkning av tariffer, utöver de som finns i direktivet i övrigt eller i elmarknadsförordningen, återfinns inte i kapitel IX i direktiv 2009/72. Den enda bestämmelsen där som innehåller något om nivån på tarifferna är art. 37.6 a, som anger att dessa ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som säkerställer nätens funktion. Att de svenska bestämmelserna uppfyller detta krav visas av att nätföretagen alltid får täckning för samtliga investeringar genom intäktsramen. Det är således nätföretagen själva som avgör vilka och hur stora investeringar de ska göra, varefter kostnaderna täcks av intäktsramen. Även förvaltningsrätten har i den överklagade domen funnit att ”nätföretaget inte har visat att Ei:s beslut strider mot tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar i näten samt krav på förutsebarhet och långsiktighet”.

I princip samtliga medlemsstater har alltså infört regulatoriska ramverk med nationella regler om metoder för beräkningen av tariffer och/eller intäktsramar.³⁵ Av detta kan man dra slutsatsen att tillsynsmyndighetens oberoende inte av medlemsstaterna har uppfattats som att det inte får införas några som helst nationella regler till vägledning för beräkningen av intäktsramar. Direktivets bestämmelser kan därför inte heller anses vara entydiga och precisa på ett sådant sätt som krävs för att de ska ha direkt effekt.

Elmarknadsdirektivets bestämmelser om de nationella tillsynsmyndigheterna är således endast instruktioner för hur tillsynsmyndigheterna ska organiseras och vilka uppgifter de ska utföra. De medför inte någon rättighet för enskilda. De är inte heller ovillkorliga och precisa och har därmed inte direkt effekt, varför de inte kan ha företräde framför nationella regler. Den nationella lagstiftningen ska därför tillämpas och gälla tills den är upphävd.

Denna tolkning får också indirekt stöd i den centrala, avslutande delen av EU-domstolens dom i mål C-718/18.³⁶ Granskningen är där helt inriktad på om den tyska tillsynsmyndigheten till följd av den tyska lagstiftningen har en tillräckligt hög grad av självständighet i beslutsfattandet för att möta direktivets krav. Domstolen antyder däremot inte på något sätt att direktivet skulle ha direkt effekt.

³³ Se P. Mathijsen/P. Dyrberg, Mathijsens Guide to European Union Law, London 2013 s. 36.

³⁴ Se Craig/de Burca, a.a.s. 193 in fine m.h.t. praxis.

³⁵ Se ovan i fn 2 nämnd rapport.

³⁶ Punkterna 85-132.

Den rättsliga konsekvensen av det ovan sagda blir då sammanfattningsvis att eftersom intäktsramarna, om direktivet inte anses ha direkt effekt i nu berörda delar behöver räknas om, så ska förvaltningsrättens dom upphävas och ärendena återförvisas till EI för att fastställa nya intäktsramar i enlighet med ovanstående medgivanden från EI.

FRÅGAN OM ATT INHÄMTA FÖRHANDBESKED FRÅN EU-DOMSTOLEN

Det framstår i detta mål som mycket lämpligt att Kammarrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen gällande tolkningen av elmarknadsdirektivet. Frågor bör ställas om huruvida bestämmelserna i elmarknadsdirektivet om tillsynsmyndigheternas organisering och uppgifter har direkt effekt och om de kan åberopas direkt av en enskild i en nationell rättsprocess.

Frågan om den svenska förhandsregleringen av nätföretagens intäktsramar är förenlig med EU-rätten handlar uteslutande om hur bestämmelserna i elmarknadsdirektivet om de nationella tillsynsmyndigheternas organisation och uppgifter ska tolkas. De tolkningar som är avgörande för detta mål har generell betydelse och rör alla EU-länder. Det är som EI anfört av största vikt att tolkningen av bestämmelserna är enhetlig inom EU, särskilt mot bakgrund av att i princip alla medlemsstater har infört nationella regler om beräkning av intäktsramar. EI har för övrigt god kunskap om hur deras systerorganisationer i andra EU-länder ser på frågan.

Tysklands nationella tillsynsmyndighet anser inte att direktivet har direkt effekt och kommer att fortsätta tillämpa nationell lagstiftning. Den svenska prövningen kan rimligtvis inte innebära mer långtgående konsekvenser beträffande tillämpningen av det nationella regelverket på grundval av tolkningen av en dom som rör det tyska regelverket, vilket i väsentliga hänseenden skiljer sig från det svenska. Inget tyder ännu på att någon annan medlemsstat kommer att upphöra med att tillämpa gällande lagstiftning med anledning av domen i målet C-718/18. Samtliga domar som finns från EU-domstolen om denna fråga avser dessutom fördragsbrottstalan mot medlemsstater, medan domstolen ännu inte har tagit ställning till frågan om bestämmelserna om tillsynsmyndigheten i direktivet har direkt effekt.

EI anser alltså att direkt effekt inte föreligger, men att domstolen bör inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att på denna punkt främja en konsekvent och enhetlig tillämpning bland medlemsstaterna. Denna uppfattning har mycket starkt fog för sig. Just frågan om hur ovillkorligt och preciserat ett direktiv måste vara för att ha direkt effekt samt hur tydligt det måste vara att det kan skapa konkreta rättigheter och skyldigheter för enskilda har nämligen inte prövats närmare i EU-domstolens praxis, trots den i övrigt rika mängden av fall kring direktivs direkta effekt.

Granskningen i EU-domstolens dom i mål C-718/18³⁷ var som framgått ovan helt inriktad på om den tyska tillsynsmyndigheten till följd av den tyska lagstiftningen har en tillräckligt hög grad av självständighet i beslutsfattandet för att möta direktivets krav eller inte. Domstolen antyder däremot inte på något sätt att direktivet i nu relevanta delar skulle ha direkt effekt. Hur det ligger till härvidlag har nu avgörande betydelse för prövningen av detta mål, varför det tycks logiskt att inhämta

³⁷ Punkterna 85-132.

förhandsbesked i enlighet med art. 267 FEUF. Hur frågorna till EU-domstolen ska formuleras avgör Kammarrätten, men de bör enligt min mening fokuseras på vilka krav som ställs på att ett direktiv kan skapa konkreta rättigheter för enskilda för att det ska anses ha direkt effekt.

GÄLLANDE REGLER I ELLAGEN OCH INTÄKTSRAMSFÖRORDNINGEN KAN INTE TILLÄMPAS - ENERGIMARKNADSINSPEKTIONENS ANDRAHANDSYRKANDE

Ei har framställt sitt andrahandsyrkande för det fall att kammarrätten skulle komma fram till att de aktuella bestämmelserna i elmarknadsdirektivet har direkt effekt och innebär att nationella regler som strider mot direktivet inte får tillämpas.

Förvaltningsrätten har funnit att 17-26 §§ i intäktsramsförordningen strider mot direktivet och därför inte får tillämpas, eftersom bestämmelserna i fråga är detaljerade och påverkar räckvidden av Ei:s beslut på ett otillåtet sätt.

EU-domstolen har i mål C-718/18 uttalat att oberoendet för tillsynsmyndigheten inte bara ska gälla i förhållande till regeringen utan även gentemot den nationella lagstiftaren. Vidare är det enligt EU-domstolen inte nödvändigt att införa nationella regler om beräkning av intäktsramar.

Som Ei anför följer härav att om direktivet har den effekt som förvaltningsrätten funnit så gäller detta rimligen inte endast bestämmelserna i 17-26 §§ intäktsramsförordningen. Både 5 kap. ellagen och resterande bestämmelser i intäktsramsförordningen innehåller bestämmelser om hur intäktsramen ska beräknas. Samtliga dessa bestämmelser påverkar räckvidden av Ei:s beslut.

Som exempel kan, som Ei anført, nämnas bestämmelsen i 10 § intäktsramsförordningen om vilket index som ska användas. Även 13-14 §§ intäktsramsförordningen och bilaga 1 som anger hur avskrivningar ska beräknas och anger den ekonomiska livslängden och den maximala livslängden påverkar Ei:s beslut, rentav i högre utsträckning än reglerna om hur kalkylräntan ska beräknas.

Även 5 kap. ellagen innehåller bestämmelser som påverkar hur Ei kan beräkna intäktsramarna. 5 kap. 1 § ellagen anger grunderna för hur intäktsramen ska beräknas och sätter en inledande ram för vad intäktsramen får täcka. Vidare kan nämnas 5 kap. 7 § om kapitalkostnader och 5 kap. 9 § om kvaliteten i nätverksamheten. Även bestämmelser om avvikelser från intäktsramen i 5 kap. 27-29a §§ påverkar Ei:s möjligheter att fatta beslut enbart på grundval av allmänintresset.³⁸

För det fall att elmarknadsdirektivet ska anses ha direkt effekt saknas som Ei framhållit anledning att göra skillnad på bestämmelser om hur kalkylräntan ska beräknas och bestämmelser om hur andra delar av intäktsramen ska beräknas. Samtliga dessa påverkar nämligen Ei:s beslut i lika hög utsträckning.

Om nationella regler inte får tillämpas så ska det således gälla alla bestämmelser om beräkning av intäktsramarna. En rättslig följd av detta är även att tidigare domstolsavgöranden vad gäller

³⁸ Koppling till dessa bestämmelser har också lagen (2021:311) om särskilt investeringsutrymme för elnätverksamhet, som innehåller detaljerade bestämmelser om att och hur Ei ska besluta om extra belopp som ska öka intäktsramen.

beräkningen av intäktsramar inte heller ska beaktas, eftersom domstolarna baserat sina avgöranden på lagstiftning som nu inte får tillämpas.

Om det är så att EU-rätten innebär att nationella regler om beräkning av intäktsramarna inte får tillämpas så vilar alltså EI:s beslut på felaktiga grunder, då EI i så fall har tillämpat nationella lagar och förordningar vid fastställandet av intäktsramarna. Om kammarrätten finner att så är fallet ska därför EI:s beslut och förvaltningsrättens domar upphävas. Ärendena måste då återförvisas till EI för att fastställa nya intäktsramar, utan tillämpning av de nationella reglerna härom. Det finns härvidlag inte så mycket ytterligare att lägga till vad EI redan anfört.



Joakim Nergelius

Professor i rättsvetenskap, Örebro universitet.

2021-10-27

2019-102334-0030