

BILAGA 3

Sakkunnigutlåtande avseende utnyttjande av normgivningsbefogenheter i konflikt med lagstiftningens syfte

Uppdraget och dess bakgrund

Jag har fått i uppdrag att uttala mig om frågan om hur man ur ett konstitutionellt perspektiv ska se på det förhållandet att en förvaltningsmyndighet utnyttjar en befogenhet att reglera en fråga på ett sätt som kan sägas stå i strid med den grundläggande lagstiftningens syfte och inriktning. Annorlunda formulerat kan frågeställningen sägas gälla vilket utrymme en myndighet som fått normgivningmakt sig delegerat har att utnyttja denna på ett sätt som inte stämmer med intentionerna bakom den lagstiftning som medger delegationen? Till detta kommer följdfrågan: vilken rättslig verkan har ett utnyttjande av delegerad regleringsmakt som utnyttjats i konflikt med grundläggande lag?

Bakgrunden till frågeställningen är följande:

I ellagen och tillhörande författningar ges bestämmelser om att den som bedriver elnätsverksamhet får ersättning för detta genom en metod som baseras på en förhandsberäkning av intäkter och kostnader som sedan kan justeras gentemot utfallet. Det är Energimarknadsinspektionen (EI) som i beslut fastställer de enskilda bolagens s.k. intäktsram. Denna ska också utveckla metoder för att beräkna intäktsramens storlek. Av propositionen till de ändringar där systemet med förhandsprövning infördes följer att den skälighetsbedömning av ett nätföretags verksamhet som förhandsprövningen innefattar ska utgå från de ekonomiska förutsättningarna att bedriva sådan verksamhet:

”Man borde sålunda utgå från att avkastningen i nätverksamheten skulle motsvara vad som kunde bedömas vara normalt för konkurrensutsatt affärsverksamhet med motsvarande risknivå. Detta kunde också uttryckas som den avkastning som fordras för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk kunna attrahera kapital för investeringar i den aktuella nätverksamheten. Detta skulle leda till en lämplig avvägning mellan elkundernas och nätföretagens intressen eftersom

den angav vad som krävdes för att möjliggöra nödvändiga investeringar för att upprätthålla en rimlig överföringskvalitet på nätet.” (prop. 2008/09:141 s. 24¹)

I propositionen anges särskilt angående konsumentintresset:

”Konsumentintresset kan även fortsättningsvis skyddas genom att skäligheten i nätföretagens intäkter tar sin utgångspunkt i bl.a. krav på rationalitet och effektivitet i nätverksamheten samt genom kravet på att företagens avgifter ska vara objektiva och icke-diskriminerande.” (Prop. 2008/09:141 s. 31)

I beslut angående intäktsramen för perioden 2012 – 2015 har myndigheten, i tillägg till de faktorer som framgår av lagstiftningen och dess förarbeten, kommit att utarbeta en övergångslösning som skall motverka att prisutvecklingen på elmarknaden höjs i en takt som motverkar konsumenternas intresse av låga och stabila elpriser. Detta innebär att myndigheten inte strikt följer ovan angivna utgångspunkter, utan introducerat egna kriterier för hur en skälighetsprövning ska utformas. Som jag förstått saken är dessa kriterier närmast hämtade från den tidigare regleringen i ellagen (se prop. 1993/94:162, s. 158 och prop. 1996/97:136, s 149), som numera ersatts av det system med förhandsprövning av intäktsramar som översiktligt beskrivits ovan. Man kan således tala om att myndigheten genom utformningen av sin modell för beräkning återinfört hänsynstaganden som tillhör ett avskaffat system. Dessutom anger myndigheten att den anser att det krävs inte mindre än fyra tillsynsperioder – dvs. 16 år – innan de nya reglerna kan få ges fullt genomslag, varför man utarbetat en metod för gradvis uppräknig av intäktsramen under denna tid.

Den huvudsakliga frågeställningen är i vilken mån en myndighet, som utnyttjar ett bemyndigande att utforma regler på ett område, kan avvika från de kriterier som lagstiftningens förarbeten angett som avgörande för lagens utformning utan att detta kommer att stå i strid med grundlagens krav på legalitet och objektivitet. Av särskilt intresse är just att det handlar om att ta in kriterier som varit del av tidigare reglering på området.

Utlåtande är disponerat så att först ges en mer allmän beskrivning av den rättsliga reglering som är aktuell här, därefter ges exempel på hur denna tillämpats i praktiken i fall som anknyter till de frågor som behandlats i EI:s reglering av elmarknaden

Regeringsformens krav på objektivitet

I regeringsformen 1 kap. 9 § stadgas att myndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall iaktta saklighet och opartiskhet. Denna

¹ Se även a prop. s. 58 ff.

bestämmelse ger uttryck för en allmängiltig offentlighetsprincip: *objektivitetsprincipen*. Samma princip kommer till uttryck i grundlagsregeln om tillsättande av statliga tjänster, 11 kap. 9 § andra stycket.

Med *saklighet* avses främst, såsom den ursprungliga lydelsen klarare angav, att myndigheternas beslut inte skall gynna eller missgynna enskilda utan att detta i sig har stöd i lag. Innebär detta i praktiken att kravet på saklighet inte är något mer än en precisering av legalitetsprincipens krav på lagstöd? Sannolikt får man inte tolka bestämmelsen så. Detta sammanhänger med att den moderna offentlighetslagstiftningen i hög utsträckning är utformad på ett sätt som ger förvaltningen ett visst manöverutrymme – ett så kallat *fritt skön*.² Ett exempel kan vara på sin plats: Tillstånd av olika slag skall ibland medges om den sökande kan anses *lämplig*, men vad som utgör lämplighet är endast möjligt att till viss grad ange i lagtext och kompletterande föreskrifter, råd och anvisningar.³ En bedömning i det enskilda fallet måste trots allt göras och denna kan inte styras i detalj. Här finns alltid en risk för att sakförhållanden som inte har direkt betydelse för just denna fråga – huruvida personen ifråga varit samarbetsvillig, trevlig, aggressiv, etc – tillmäts vikt och leder till ett annorlunda beslut än vad som annars hade varit fallet.

Lagen anger i dessa fall de yttre gränserna för förvaltningens fria skön, men inom dessa gränser kan det fortfarande finnas beslut som vid en granskning i efterhand framstår som de i huvudsak grundats på ovidkommande hänsyn. Om lagens formulering är så pass vag att en stor delmängd beslut innefattas av den, så fungerar kravet på saklighet som en garanti för att vissa beslutsgrunder inte kan komma ifråga. Kravet på salighet har därmed också en självständig betydelse vid sidan av legalitetsprincipen, eftersom den senare mera sällan kan utgöra en gräns för maktutövningen.⁴ Saklighetskravet är det ytterligare säkerhetsnät som skall fånga upp det maktmissbruk som legalitetsprincipen inte förmår komma åt.

I förhållande till kravet på likabehandling är det också tydligt att grundlagens krav i hög grad överlappar varandra: det är sällan sakligt att inte behandla lika fall lika. För att i någon mån separera de två kraven brukar det framhållas att kravet på likabehandling framför allt innebär ett krav på viss konsekvens i beslutsfattandet.⁵ I övrigt ligger det nära till hands att se kravet på saklighet som innefattande ett krav på likabehandling, men också innefattande andra krav.

² Se Strömberg/Lundell, s. 62 f., Wennergren, Förvaltningens fria skön, FT 1984 s. 378, och Marcusson, Laglighet och lämplighet, FT 1992 s. 121.

³ Se RÅ 1994 ref 20 som gällde återkallelse av vapentillstånd.

⁴ Wennergren, s. 381 f., framhåller dock att saklighetskravet är ett utflöde ur kravet på legalitet.

⁵ Se Strömberg, Allmän förvaltningsrätt (2002) s. 67 och JO beslut 2003-03-04 (dnr 4188-2000), där JO inte fann anledning att kritisera en kommunal myndighet för bristande likabehandling, trots att viss olikbehandling förekommit i två snarlika bygglovsärenden.

Bedömning

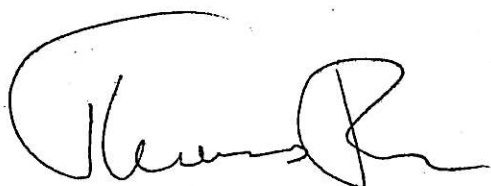
Det är tydligt att EI:s beslut om intäktsramar är just sådana beslut där myndigheten har ett relativt stort utrymme för fritt skön och där kraven på saklighet och likabehandling i 1 kap 9 § RF därför har särskild betydelse. Det är uppenbart från regleringen i ellagen och tillhörande författningar – samt dessas förarbeten – att EI har en central roll i såväl tillskapandet av ett sammanhängande regelverk som i kontrollen av dess efterlevnad. I dessa befogenheter ingår att utforma en generell modell för beräkningar av intäktsramen och att fatta beslut i enskilda fall om ett visst nätföretags intäktsram. I förarbetena ges förhållandevis öppna premisser för den modell man förutsätter att EI tar fram (prop. 2008/09:141 a, 32 ff., 60 ff. och 70 ff.). Det ligger således in sakens natur att EI har ett betydande utrymme att anpassa sin modell till det som är lämpligast och mest rättvisande utifrån ellagens regler och syfte.

Det är just det sistnämnda som utgör den springande punkten i detta sammanhang. Av förarbetena framgår relativt klart att hänsyn till konsumenterna ska tas genom att hänsyn till kvalitét vägs in i myndighetens beslut. Några direkta uttalanden som annars ger stöd för att konsumenthänsyn ska tas vid införandet av det nya förfarandet med förhandsprövning av intäktsramen finns inte i förarbetena. EI införande av en övergångsperiod på inte mindre än 16 år framstår i ljuset detta som ett avsteg från regleringens syfte. Att myndigheten tillför egna bedömningar när den utformar det närmare regelverket kan nu naturligtvis inte i sig sägas vara vare sig olämpligt eller rättsligt sett felaktigt. Tvärtom förutsätter regelverket sådana åtgärder. Vad som kan ifrågasättas är att myndigheten för in bedömningsgrunder i sin modell som man kan säga att den nya lagstiftningen tagit avstånd från genom att etablera ett system där hänsyn till konsumentintresset ska tas på ett annat sätt än tidigare. Man utnyttjar således sitt fria skön till att mot lagstiftarens, i varje fall underförstådda, vilja inte ge reglerna om täckande av skäliga kostnader och rätt till rimlig avkastning direkt och fullt genomslag.

Det kan konstateras att nätföretagen i och för sig angett rimliga belopp för intäktsramen, men att EI anser att kundernas intresse av låga och stabila tariffer är något som myndigheten ska ta hänsyn till. Därför ”jämkas” intäktsramen till ett väsentligt lägre belopp än det som myndigheten i och för sig ansett vara rimligt. Därtill anges att denna justering ska ske under en längre övergångstid omfattande inte mindre än 16 år. Något stöd för att göra undantag från dessa krav finns inte i vare sig i ellagen eller i förarbetena till denna och det kan därför påstås att EI förfarit osakligt i

strid med 1 kap. 9 § RF när man i sina beslut tagit hänsyn till en faktor – kundernas intresse av låga och stabila tariffer – som inte framgår av den för myndigheten bindande regleringen. Även om man skulle kunna anse att det ligger i myndighetens roll att justera beräkningsmodeller m.m. så att inte orimliga konsekvenser uppstår i praktiken så kan det knappast ligga inom ramen för en sådan kompetens att skjuta upp det faktiska genomslaget för regleringen om rätt till rimlig avkastning för närföretag i vad som motsvarar fyra val till riksdagen. Det är inte att någon mindre praktisk anpassning av ett nytt regelverk till realiteter, det är istället närmast att bedriva energipolitik från det som ska vara en verkställande myndighets sida.

När det gäller den rättsliga betydelsen av att ett myndighetsbeslut strider mot kravet på saklighet så torde den vanligaste rättsföljden av detta vara att beslutet upphävs och återförvisas till den beslutande myndigheten för ett nytt, korrekt, beslut (se t.ex. RÅ 1996 ref 28). Till detta kan naturligtvis komma att myndigheten blir ansvarig för uppkomna skador för enskilda på grund av brister i myndighetsutövningen enligt skadeståndslagen, även om kraven härför vanligtvis är relativt högt ställda, liksom att straffansvar för tjänstefel enligt brottsbalken i undantagsfall kan komma ifråga. Beslut som strider mot saklighetskravet kan således utmyнна i att beslutet som sådant och de som fattat det vidkänns rättsliga konsekvenser.



Thomas Bull

Professor i konstitutionell rätt

Uppsala universitet