

RÄTTSUTLÅTANDE I MÅL 1103-21 MED FLERA

Undertecknad har blivit ombedd av Energimarknadsinspektionen (EMI) att i ett rättsutlåtande ge min syn på vissa av de rättsfrågor som uppstått efter Förvaltningsrättens i Linköping domar av den 26 februari i år, i målen 5503-19 m.fl.¹, 9349-19 m.fl., 9738-19, 9745-19, 9779-19 m.fl. samt 9850-19 m.fl. Jag har tidigare i ett utlåtande till Förvaltningsrätten från april 2020 bemött vad klagandena i dessa mål anfört som grund för åsidosättande av EI:s beslut den 10 oktober 2019 om elnätsföretagens intäktsramar för perioden 2020-2023. Detta gällde i synnerhet frågan om innebörden av den s.k. formella lagkraftens princip enligt Regeringsformen (RF) 8 kap 18 §, utifrån företagets påstående att den nya intäktsramsförordningen (2018:1520) innehållsmässigt skulle innebära en sådan ändring av innehållet i Ellagen (1997:857) som står i strid med RF 8:18, enligt vilken lag endast kan ändras genom lag (vilket då skulle innebära att denna förordning av det skälet inte kan tillämpas). Denna fråga behandlas nedan ytterligare, i ljuset av de nämnda domarna från Förvaltningsrätten, där den spelar stor roll. Vidare ska några i sammanhanget centrala EU-rättsliga frågor beröras.

De ovan nämnda domarna från Förvaltningsrätten är inte identiska men innehållsmässigt mycket snarlika, med samma utfall. Det saknas därför här anledning att behandla dem var för sig, utan de behandlas av praktiska skäl i ett enda sammanhang.

INLEDNING OCH BAKGRUND

I ovan nämnda mål yrkade klagandena att Förvaltningsrätten skulle upphäva EMI:s beslut om intäktsramar och återförvisa målen till EMI för fastställande av nya intäktsramar för de berörda företagen avseende tillsynsperioden 2020-2023. Grunderna för detta var, om än med lite olika förtecken i de enskilda målen, att den 2018 antagna intäktsramsförordningen strider mot överordnade regler, främst EU-rätt samt den s.k. formella lagkraftens princip. Utan att gå in på detaljer kan konstateras att Förvaltningsrätten i stort sett bifallit företagens talan. Det är därför logiskt att nedan fokusera på nämnda frågor, medan flertalet andra i målen aktuella frågor om kalkylränteberäkning och dylikt inte kommer att beröras här.

¹ Domarna berör ett mycket stort antal mål, av vilka flertalet listats i en 14-sidig bilaga (Bilaga 1) till domen i målet 5503-19. Därtill kommer ytterligare fem domar.

DEN FORMELLA LAGKRAFTENS PRINCIP

a. Allmänt om Regeringsformen 8 kap. 18 §

RF 8:18 st. 1 stadgar kort och koncist att "En lag får inte ändras eller upphävas på annat sätt än genom lag", vilket alltså brukar beskrivas som den formella lagkraftens princip. Stadgandet är anmärkningsvärt lite kommenterat i doktrinen respektive i grundlagens förarbeten från 1970-talet², men några förtydliganden och preciseringar rörande dess närmare innebörd går ändå att göra.

En i detta mål viktig aspekt på den formella lagkraftens princip, som lyfts fram i samtlig litteratur som befattat sig närmare med frågan, är att principen innebär att en föreskrift på lägre nivå inte *till sin ordalydelse* får ändra en lag.³ Detta är således ett formellt krav för att den formella lagkraftens princip och därmed RF 8:18 st. 1 ska anses ha överträtts, vilket gissningsvis införts för att principen inte ska eller bör kunna åberopas i tveksamma gränsfall, som det nu föreliggande, då det kanske kan ligga nära till hands att tycka att principen överträtts, trots att detta inte står alldeles klart, varom mera nedan. Den formella lagkraftens princip framstår därför som något av ett särfall, avsett att åberopas i speciella situationer, medan det mer typiska fallet att en regel av visst slag strider mot en föreskrift eller författning på högre nivå täcks av principen om *normhierarki* (jfr RF 11:14 och 12:10). Det är viktigt att hålla isär dessa båda principer, vilket Förvaltningsrätten inte lyckats helt med.

Vidare torde det vara ostridigt att även om en viss fråga reglerats genom lag, så är den inte därmed "definitivt fastlåst i lagformen".⁴ Om frågan exempelvis hör till vad som brukar kallas regeringens i RF 8:7 angivna primärområde och en trots det antagen lag i ämnet⁵ sedan upphävs så kommer ämnet i fråga att återföras till primärområdet, varvid regeringen på nytt kan utfärda en förordning. Inom hela det s.k. fakultativa, icke-obligatoriska lagområdet, dvs i alla frågor som inte regleras i RF 8:2 (det s.k. "obligatoriska lagområdet") är det vidare vanligt, som Strömberg framhåller, att delegationsbemyndigande införs i lagen och att en del av dennas innehåll sedan ersätts av föreskrifter i en förordning.⁶

Det är således tydligt att den formella lagkraftens princip är en konstitutionell realitet, men också att begreppet bör begagnas och åberopas med viss försiktighet. Alla exempel på förment bristande överensstämmelse mellan en ny förordning och en lag innebär inte att principen åsidosatts. För att detta med säkerhet ska kunna konstateras vara fallet måste den bristande överensstämmelsen framgå av förordningens ordalydelse. Den formella lagkraftens får, återigen, inte förväxlas med s.k. normhierarki, som ju innebär att en föreskrift som till sitt innehåll strider mot en bestämmelse i överordnad författning eller tillkommit på formellt felaktigt sätt jämlikt RF 11:14 (och 12:10) inte får

² Se närmare SOU 1972:15 s. 101 ff samt prop 1973:90 s. 204 f.

³ Se Eka m.fl. Regeringsformen – med kommentarer, Stockholm 2012 s. 342, liksom E. Holmberg/N. Stjernquist/M. Isberg/M. Eliason/G. Regner, Grundlagarna, 3:e uppl., Stockholm 2012, s. 418 f.

⁴ Jfr Håkan Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3:e uppl., Lund 1999 s. 56.

⁵ Jämlikt RF 8:8 behåller riksdagen sin möjlighet att stifta lag även om regeringen antagit eller kunnat anta en förordning för att reglera en viss fråga.

⁶ Ibid.

tillämpas.⁷ Om intäktsramsförordningen ska åsidosättas måste därför jämlikt nämnda grundlagsregler kunna konstateras att den innehållsmässigt strider mot en överordnad lag (dvs i detta fall Ellagen) eller att den tillkommit på formellt felaktigt sätt. Det måste sålunda nu undersökas hur det förhåller sig därmed.

b. Principens tillämpning i detta mål

Fakta i målet, eller målen, är dessa. Den nya intäktsramsförordningen (2018:1520) trädde i kraft 1/1 2019 och ersatte då en tidigare sådan med samma namn från 2014 (2014:1064). EMI har därefter, med stöd av den nya förordningen, fattat beslut om nya intäktsramar, vilka är ekonomiskt mindre fördelaktiga för de berörda företagen än vad den äldre förordningen, efter domstolsprövning i några fall resulterade i.⁸ Företagen menar nu att den nya intäktsramsförordningen innebär en otillåten ändring av Ellagen (1997:857), så som Ellagen och den gamla förordningen alltså uttolkats av domstol i några fall. En lag kan förvisso inte upphävas eller ändras på annat sätt än genom lag, men det bör redan från början slås fast att den nya förordningen inte till sin ordalydelse strider mot Ellagen (som alltså också ändrats 2018) i dess nuvarande lydelse samt att innebörden av den äldre intäktsramsförordningen inte i något fall prövats av Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD). Något vägledande prejudikat på området finns således inte.

Företagen hävdar nu närmare bestämt följande. Genom den nya intäktsramsförordningen anger regeringen till skillnad från tidigare i detaljerade föreskrifter hur elnätsföretagens avkastning på nättariffer ska beräknas. Detta nya beräkningssätt är en direkt följd av att elnätsföretagen tidigare vunnit bifall i domstol vid prövning enligt den gamla förordningen. Vidare strider den nya förordningen mot tydlig domstolspraxis rörande tolkningen av den äldre förordningen samt av (den likaledes äldre) Ellagen. Genom den nya förordningen styr regeringen ansvarig myndighet, EMI, på ett sätt som strider mot EU:s elmarknadsdirektiv.

Företagens talan bygger på en mycket omfattande argumentation, som delvis är av mycket teknisk och/eller ekonomisk karaktär. Nedan ska dock endast de ovan nämnda, centrala konstitutionella och EU-rättsliga frågorna behandlas i tur och ordning.

DEN NYA REGLEREN I ELLAGEN OCH INTÄKTSRAMSFÖRORDNINGEN

En intäktsram definieras i förarbetena till 2018 års ändringar i Ellagen som ”de samlade intäkter som nätkoncessionshavaren högst får uppbära från nätverksamheten under tillsynsperioden”.⁹ Själva lagtexten i Ellagen 5 kap 1 § lyder på följande sätt:

⁷ Se närmare om begreppet normhierarki bl.a. Nergelius, Svensk statsrätt, 4:e uppl., Lund 2018 s. 254.

⁸ Se här bl.a. domar från Kammarrätten i Jönköping 10 november 2014, mål 101-14, samt från Förvaltningsrätten i Linköping, dom 14 december 2016, mål 4711-15.

⁹ Se lagrådets yttrande, prop 2017/18:237 s. 241 (bil. 11).

”En nätverksamhet ska för en tillsynsperiod 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.

Med kapitalbas avses det kapital som behövs för att bedriva verksamheten.”

Av förarbetena till bestämmelsen framgår också att intäktsramen inte får vara större än vad som behövs för att täcka de kostnader vilka anges i bestämmelsens första stycke.¹⁰ Företagen gör nu gällande att detta inte innebär att någon ändring jämfört med tidigare varit avsedd. Förarbetena till bestämmelsen är förvisso inte glasklara, men regeringen uttalar dock även där att en nätverksamhet för en tillsynsperiod ska ha en bestämd intäktsram *som inte ska vara större än vad som behövs* för att uppfylla kraven i p. 1-3 ovan¹¹ samt att EMI inom den ram som Ellagen 5:1 ger har ett bedömningsutrymme, inom vilket myndigheten kan utforma metoden för att beräkna intäktsramen på olika sätt. Lagrådet hade vid sin granskning ingen vägande kritik häremot.¹² Med stöd av Ellagen 5:8 har så regeringen utfärdat Intäktsramsförordningen, vilken alltså inte till sin ordalydelse på någon punkt strider mot Ellagen. Tvärtom kan förordningen faktiskt sägas harmoniera mycket väl med det nya och samtidigt ikraftträdde 5 kap. Ellagen.

Vad företagen åsyftar när de nu hävdar att den nya förordningen strider mot den formella lagkraftens princip i RF 8:18 är emellertid i själva verket något annat, nämligen att den nya förordningen strider mot den *tolkning* som Förvaltningsrätten i Linköping respektive Kammarrätten i Jönköping i några fall gjort av den gamla intäktsramsförordningen från 2014 och den gamla Ellagen. Detta påstående kan, givet vad som sagts ovan, mycket väl vara korrekt i sig utan att detta innebär att den formella lagkraftens princip som sådan åsidosatts.

Som framgått ovan har det vidare i doktrinen skrivits anmärkningsvärt lite om den formella lagkraftens princip. Inte heller rättspraxis på området är särskilt rikhaltig. Två avgöranden från Regeringsrätten respektive HFD bör dock nämnas här.

I det första, RÅ 1989 ref. 78, valde RegR att inte tillämpa förordningen (1977:542) om sjukförsäkring i vissa fall av arbetsgivarinträde eftersom denna ansågs inskränka en rätt som direkt följde av lagen (1962:381) om allmän försäkring. Förordningen i fråga var vid tidpunkten för domen upphävd. Avgörande var dock att Varbergs kommun enligt den nämnda lagen inträdde som arbetsgivare på grund av kollektivavtal, varvid kommunen även ägde rätt att uppbära anställd skolpersonals sjuk- och föräldrapenning. RegR fann då att denna ”på lag grundade rätt kan inte inskränkas genom föreskrifter av lägre författningsvalör”. Här fastslogs alltså att en förordning inte kan inskränka en rätt som *direkt följer* av en lag, vilket är självklart jämligt RF 11 kap. 14 §. Skillnaden jämfört med nu

¹⁰ Ibid., även på s. 42 ff.

¹¹ Ibid s. 43 (min kursivering).

¹² Se prop 2017/18:237, bil. 11, yttrande 28 mars 2018.

av klaganden anförda domar, där lägre instanser tolkat en tidigare gällande förordning samt lag på ett visst sätt, vilket troligen inte är möjligt jämlikt en ny förordning respektive lag, är uppenbar.

Vidare kan nämnas det betydligt nyare fallet HFD 2014 ref. 72, som ju avgjorts efter att normprövningsregeln i RF 11:14 fick sin nuvarande lydelse. Här var det fråga om fastställande av s.k. sjukpenninggrundande inkomst, *SGI*, för en psykolog som varit deltidsanställd men också bedrivit egen verksamhet. Enligt regler i 25 kap. Socialförsäkringsbalken (2010:110) ska fastställande av *SGI* ske enligt en förmånlig beräkning under den egna verksamhetens två första år, som utgör en s.k. uppbyggnadsfas. Ytterligare regler om ersättningens beräkning gavs i den tidigare nämnda lagen om allmän försäkring samt i Riksförsäkringsverkets föreskrifter om *SGI*. Enligt en förordning från 1998 med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan får den senare myndigheten endast meddela s.k. verkställighetsföreskrifter.¹³ HFD fann här att en av Försäkringskassan utfärdad föreskrift om förlängning av uppbyggnadsfasen inte var att se som en sådan verkställighetsföreskrift, eftersom den tillförde lagregleringen något "väsentligt nytt", varför den stred mot det aktuella lagrummet i Socialförsäkringsbalken (25 kap. 9 §) och jämlikt RF 11:14 inte kunde tillämpas. Även detta framstår som ganska självklart. Paralleller med detta mål saknas.

I båda dessa mål har vi alltså att göra med föreskrifter på en lägre nivå som strider mot regler på högre nivå (eller inkräktar på en rätt som direkt följer därav) och därmed inte kan tillämpas, helt i enlighet med RF 11:14 och den normhierarki som där kommer till uttryck. I de mål som nu ska bedömas har däremot EMI med stöd av en ny förordning, som ger myndigheten denna möjlighet, kommit fram till en för de klagande mindre förmånlig beräkning. Förordningen i fråga har tillkommit samtidigt som den tillämpliga lagen ändrats. Detta är således en helt annan situation. Även om jag personligen är mycket positiv till att svenska domstolar använder sin i RF 11:14 stadgade normprövningsrätt¹⁴ kan jag faktiskt inte se att den formella lagkraftens princip i RF 8:18 eller någon annan grundlagsregel åsidosatts här. Inte heller normhierarkin har överträtts, eftersom intäktsramsförordningen inte strider mot den nya Ellagen (som i sin tur inte kan anses vara grundlagsstridig, vilket inte ens påstås i målet).

Elnätsbolagens argumentation tycks bygga på att varje reell eller förment normkonflikt mellan föreskrifter på olika nivå (dvs mellan lag och grundlag, förordning och lag eller något annat) skulle kunna innebära att den formella lagkraftens princip i Regeringsformen (RF) 8:18 kränkts. Normkonflikter av det slaget är ingalunda ovanliga. Under den tid jag kan överblicka, från införandet av lagprövningsregeln i RF 11:14 1979, har uppskattningsvis ett femtiotal sådana fall prövats vid svenska domstolar, med stigande frekvens sedan RF 11:14 2011 fick sin nuvarande lydelse.¹⁵ Endast i

¹³ Se härom RF 8:7 st. 1 p. 1 samt i litteraturen närmare Eka m.fl., a.a.s. 305 ff samt Strömberg, a.a.s. 127 ff o. 147 ff.

¹⁴ Se närmare Nergelius, Svensk statsrätt, 4:e uppl., Lund 2018, kap. 8.

¹⁵ Det senaste försöket till en fullständig genomgång av dessa fall gjordes 2011 av Karin Åhman, Normprövning – Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med Regeringsformen och Europarätten 2000-2010. Bland viktiga materiella normprövningsfall därefter kan särskilt nämnas NJA 2012 s. 400 (Manga), NJA 2013 s. 502 (ne bis in idem), NJA 2014 s. 323 (berövande av medborgarskap) samt NJA 2015 s. 298. Ett exempel från senare år på formell lagprövning är NJA 2018 s. 743, rörande eventuell bristande beredning av vapenlagen; se därom Nergelius, Är bristande beredning av ett lagförslag grund för åsidosättande av en lag enligt 11 kap. 14 § Regeringsformen? – Några reflektioner kring domstolars behandling av gymnasie- och vapenlagarna under 2018, Festskrift till Wiweka Warnling-Conradsson, Stockholm 2019 s. 271-84.

mycket få av dessa fall har den formella lagkraftens princip aktualiserats; de viktigaste av dessa fall torde faktiskt vara de som jag nämnt ovan. Den typiska situationen i sådana fall är däremot att prövningen sker på det sätt som anges i RF 11:14, dvs antingen av den lägre normens materiella förenlighet med den högre (materiell normprövning) eller med inriktning på formella brister vid den lägre normens tillkomst (formell normprövning). Härom finns numera en mycket omfattande doktrin.¹⁶

Stadgandet om den formella lagkraftens princip berör inte främst förekommande eller stundande normkonflikter av detta slag vid domstol eller myndighet¹⁷, utan tar uttryckligen sikte på att regeringen eller en myndighet försöker ändra eller upphäva en lag, vilket i praktiken inte kan ske på annat sätt än genom ett försök att anta en förordning eller föreskrift som sätter lagen ur spel. Vad som skett här är något helt annat, nämligen att en ny förordning antagits samtidigt som den tillämpliga lagen ändrats. Att denna förordning möjligen avviker från tidigare domstolsbedömningar innebär givetvis inte att den formella lagkraftens princip överträts. Riksdagen har som lagstiftande organ och "folkets främsta företrädare" (jfr RF 1:4) självklart all rätt att ändra en lag, oaktat att detta medför en ändring av tidigare domstolspraxis.

Här är det då lämpligt att undersöka hur Förvaltningsrätten förhållit sig till dessa ingångsvärden i målen, varvid domen i målet 5503-19 används som exempel. Förvaltningsrätten tycks då till en början ha missuppfattat EI:s argumentation, när den skriver att intäktsramsförordningen enligt EI endast kan stå i strid med Ellagen om "det står klart att förordningens ordalydelse strider mot ellagens bestämmelser".¹⁸ Detta återger EI:s syn på den formella lagkraftens princip, men inte myndighetens syn på normhierarkin som sådan. Förvaltningsrätten tycks således från början ha missuppfattat förhållandet mellan dessa två konstitutionella principer, vilket tyvärr får betydelse även för dess fortsatta resonemang.

Domstolen anger vidare att Ellagen 5:1 nu ändrats, men hävdar sedan med hänvisning till motivuttalanden att ändringen inte är avsedd att medföra någon förändring i sak vad gäller den regulatoriska avkastningen.¹⁹ Man anför beträffande tidigare avgöranden från Kammarrätten att dessa klagör "att bestämmelserna i Ellagen stadgar att det ska anläggas ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid beräkning av den regulatoriska avkastningen".²⁰ Dessa avgöranden kom dock 2017 eller tidigare, medan Ellagen alltså ändrades 2018. Redan här faller således domstolens resonemang. Tidigare praxis är helt enkelt föga relevant i den utsträckning som ämnet i fråga nu regleras i nya bestämmelser i Ellagen samt intäktsramsförordningen.

Den nuvarande lydelsen av Ellagen 5:1, som återgavs ovan, ger nämligen inget som helst stöd för dessa Förvaltningsrättens påståenden om hur den regulatoriska avkastningen ska beräknas. Ändå hävdar nu domstolen, med hänvisning till den formella lagkraftens princip, följande:

¹⁶ Utöver de arbeten som tidigare nämnts kan här bl.a. hänvisas till Eka/Hirschfeldt/Jermsten/Svahn Starrsjö, Regeringsformen – med kommentarer, Stockholm 2012, kap. 11. Se även betänkandet SOU 2007:85, liksom SOU 2008:125, En reformerad grundlag (Grundlagsutredningen), kap. 24.

¹⁷ Jfr RF 12:10.

¹⁸ Se t.ex. 5503-19 på s. 14.

¹⁹ Ibid s. 15 f.

²⁰ Ibid s. 18.

”Eftersom den i intäktsramsförordningen angivna metoden för att fastställa värdet på de ingående parametrarna i kalkylräntan inte utgår från det framåtblickande, långsiktiga och stabila perspektiv som *ellagen stadgar* (min kursivering), ändrar förordningen bestämmelsen i 5 kap 1 § ellagen vad gäller den avkastning som ska ingå i intäktsramen.”²¹

Här tycks tyvärr Förvaltningsrätten ha gjort mer än ett fel i samma mening. Ellagen stadgar ju inte längre vad domstolen här påstår att den stadgar, eftersom den ändrades i nu aktuellt avseende 2018. Därmed blir det tydligt att intäktsramsförordningen möjligen ändrar innebörden av Ellagen i dess äldre, men inte i dess nya lydelse och därmed blir domstolens tillämpning av den formella lagkraftens princip felaktig. Det är faktiskt också svårt att se att, eller hur, förordningen i dess nya lydelse strider mot lagen i dess nya lydelse. Förvaltningsrätten förklarar eller anger inte heller detta. Domstolen lyckas därför med konststycket att tolka den formella lagkraftens princip fel och samtidigt underlåta att pröva intäktsramsförordningens materiella förenlighet med den nya Ellagen, men ändå komma fram till att förordningen strider mot Ellagen. Detta är så märkligt att det skulle kunna ses som uppenbart lagstridig rättstillämpning (jfr Rättegångsbalken 58:1 st. 1 p. 4 respektive 58:2 p. 5), men denna aspekt ska inte undersökas närmare här. Att förvaltningsrätten inte lyckats hålla isär de båda grundlagsstadgandena i RF 8:18 respektive 11:14 är dock tydligt.

I och med att den äldre intäktsramsförordningen eller Ellagen aldrig tolkats av HFD går det vidare inte att påstå att den nya förordningen strider mot någon ”etablerad praxis” eller liknande. Det faktum att Kammarrättens dom står fast när HFD inte meddelar prövningstillstånd (jfr 35 § Förvaltningsprocesslagen) innebär naturligtvis inte med automatik att kammarrättens dom även tillmäts något större prejudikatvärde. Även här tycks Förvaltningsrätten ha gjort något av en felbedömning.

Det kanske största misstaget är dock att Förvaltningsrätten väljer att tolka uttalanden i propositionen till införandet av nya regler i Ellagen (prop 2017/18:237) som om ingen ändring i lagen varit avsedd, trots att själva lagtexten anger att så bör vara fallet (även om det naturligtvis kan diskuteras hur stor förändringen ska anses vara). Förvaltningsrätten ger här förarbetsuttalanden företräde framför lagtext och går därmed emot HD:s och Regeringsrättens ställningstaganden i några uppmärksammade, principiellt likartade fall, där konflikt rått just mellan tydlig lagtext och aldrig så tydliga motivuttalanden.

MOTSÄTTNING MELLAN LAGTEXT OCH FÖRARBETEN

På senare år har det hänt i några mål, främst straffrättsliga sådana, att HD ganska tydligt markerat att man inte anser sig bunden att följa lagstiftarens motivuttalanden exempelvis avseende en avsedd straffskärpning för ett visst brott, åtminstone inte där dessa saknat stöd i själva lagtexten.

²¹ Ibid s. 19.

Denna problematik uppmärksammades först avseende domar i några narkotikamål kring 2012-13²², men mest känt är nog målet NJA 2016 s. 3, där HD valde att tolka en lagändring avseende mord, där det klart framgick av motiven att lagstiftarens avsikt varit att dömda brottslingar oftare än tidigare skulle dömas till livstidsstraff, på motsatt sätt, nämligen utifrån ordalydelsen, vilket fick till konsekvens att det snarast blev svårare att döma till livstidsstraff (och i det aktuella målet ledde till ett straff på sexton års fängelse för mord, ehuru en minoritet om två ledamöter ville fastställa hovrättens dom om sjutton år och sex månaders straff). Legalitetsprincipen i RF 2:10 och art. 7 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) åberopades i domen, där också det faktum att HD (inklusive minoriteten) slog fast att lagtexten, i händelse av motstridighet, måste ha företräde framför i motiven uttalade (kriminal)politiska syften bakom en lagändring var av central betydelse. Domen ledde till en intensiv debatt om juridisk aktivism och var generellt sett inte uppskattad i politiska läger, men påminner härvidlag om vad Regeringsrätten slog fast redan 1997 i det s.k. Norra Länken-målet rörande ett motorvägsbygge i norra Stockholm, där situationen var densamma och lagtexten i ett uppmärksammat miljöärende gavs företräde framför i sig entydiga motivuttalanden.²³ I en rättsstat, där den offentliga makten som i Sverige "utövas under lagarna" (jfr RF 1:1), måste rimligen själva lagtexten ha företräde framför de ofta politiskt färgade tankar som inte sällan uttrycks mer fritt i lagens förarbeten. Detta gäller även om denna utgångspunkt, som här, verkar till förmån för en statlig myndighet och till nackdel för enskilda företag.

Det är härvidlag som Förvaltningsrätten i sina domar i detta mål tycks ha gjort ett misstag. Domstolen konstaterar först att och hur ellagen ändrats inför nu aktuell tidsperiod, men slår sedan fast, utan att förklara varför, att den ändrade lydelsen i lagen inte är avsedd att medföra någon "förändring i sak vad gäller den regulatoriska avkastningen", utan endast syftar till att förtydliga lagstiftningen, "bl.a. så att det som tidigare framgick av förarbetena framgår direkt av lagtexten". Det är möjligt att domstolen finner stöd för dessa tankar i de förarbeten den hänvisar till, vilka som nämnts inte är solklara, men den bortser här helt från att det eller de förtydliganden den här talar om faktiskt inte återfinns i eller framgår av själva lagtexten.²⁴ Och i en sådan situation har således både RegR och HD under det senaste kvartsseket i uppmärksammade avgöranden fastslagit att lagtexten måste ges företräde. Motsvarande skedde för övrigt, inom just detta område, i en dom från Kammarrätten i februari 2019, som gick EI emot.²⁵ Den tydliga lagtextens företräde framför lagförarbeten måste naturligtvis gälla även i detta mål.

Om vi då tittar närmare på omständigheterna just här så stadgar alltså Ellagen numera att en nätverksamhet för en tillsynsperiod inte ska ha en större intäktsram än vad som behövs för att täcka vissa kostnader och ge en viss närmare bestämd avkastning. Detta är, alldeles oavsett vad förarbetena innehåller, en ganska tydlig precisering av det tidigare, mycket allmänt hållna stadgandet

²² Se bl.a. NJA 2012 s. 144 och 535, vilka i litteraturen kommenterats bl.a. av Martin Borgeke i artikeln Påföljdsbestämning i narkotikamål, Svensk Juristtidning 2013 s. 1 ff. Se även Bob Nilsson Hjorth, Förändringar i narkotikapraxis, SvJT 2012 s. 845 ff samt Svallvågor efter HD:s nya narkotikapraxis, SvJT 2014 s. 150 ff.

²³ RÅ 1997 ref. 18.

²⁴ Det går naturligtvis inte heller att hävda, som Elnätsföretagen nu gör, att det faktum att regeringen 2009, i förarbeten till Ellagen (prop 2008/09:141) uttalat sig principiellt positivt om en rättsutveckling genom praxis skulle hindra en senare regering från att föreslå eller anta mer detaljerade regler på området (se avsn. 11 i Elnätsföretagens ursprungliga inlägga i målet 5503-19). Även om lagförarbeten generellt tillmäts stor vikt som rättskälla i svensk och nordisk rätt så är detta en total missuppfattning av regeringens och riksdagens respektive roller och kompetenser på normgivningsområdet.

²⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål 2749-18, dom 11 februari 2019.

i Ellagen 5:1 av innebörden att en intäktsram helt enkelt skulle fastställas i förväg för varje tillsynsperiod (varjämte vissa preciseringar avseende intäkter från olika slags nät gavs i Ellagen 5:22-24). Eftersom det numera även framgår av Ellagen 5:6 att EI får utfärda närmare föreskrifter om hur kostnaderna ska beräknas framstår skillnaden mot tidigare som tämligen väsentlig.

Vidare bör nya 5:1 i Ellagen jämföras med vad som tidigare stadgades i Ellagen 5:6-7. 5:1 stadgar alltså numera att en nätverksamhet för en tillsynsperiod ska ha en bestämd intäktsram *som inte ska vara större* (min kursivering) än vad som behövs för att täcka vissa närmare angivna kostnader och ge en viss avkastning. Tidigare angavs däremot i 5:6 att intäktsramen skulle "täcka skäligen kostnader för att bedriva nätverksamhet under tillsynsperioden och ge en *rimlig avkastning* (min kursivering) på det kapital som behövs för att bedriva verksamheten". Det sagda är tillräckligt för att visa att förändringarna i Ellagen inte är oväsentliga eller kosmetiska. Förvaltningsrätten framstår därför som okunnig eller närmast lättsinnig när den med hänvisning till vaga motivuttalanden slår fast att den ändrade lydelsen i Ellagen inte är avsedd att medföra någon förändring i sak avseende regulatorisk avkastning, utan endast syftar till att förtydliga lagstiftningen.²⁶

För tydlighetens skull kan ändå de motivuttalanden som Förvaltningsrätten här hänvisat till granskas lite närmare.²⁷ Förvisso finns här uttalanden om att ingen ändring i sak är avsedd, men det ansvariga statsrådet anför också bland annat följande:

"Det åligger Energimarknadsinspektionen att ta fram en metod för beräkningen av intäktsram. Detta sker i enlighet med de bestämmelser som finns i Ellagen och föreskrifter som ansluter till lagens bestämmelser... När det gäller nuvarande 5 kap. 6 § ellagen kan det starkt ifrågasättas om det finns anledning att använda allmänt hållna uttryck i lagtexten samtidigt som det i bl.a. förarbetena finns mer konkreta beskrivningar av det som avses... Energimarknadsinspektionen har ett bedömningsutrymme. Det utrymme som finns kvarstår dock även om lagtexten förtydligas... Energimarknadsinspektionen kan utforma metoden för att beräkna intäktsramen på olika sätt inom de ramar som regleringen anger, men metoden måste utformas på ett sådant sätt att det belopp som bestäms svarar mot en sådan intäktsram som anges i bestämmelsen."

Intrycket av att förarbetena ingalunda är entydiga förstärks vidare i specialmotiveringen till den nya Ellagen 5:1:

"Av tredje punkten följer att det vid beräkningen av intäktsramen inte ska lämnas utrymme för en större avkastning på kapitalbasen än vad som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Vid bedömningen av vad som ska avses med en likartad risknivå bör beaktas att nätföretagen bedriver en verksamhet där anslutningsskyldighet som huvudregel råder – men också en monopolverksamhet där kostnaderna i huvudsak får föras vidare till kunderna och därmed ger förhållandevis låg investeringsrisk.

En för hög regulatorisk avkastning på kapitalbasen betyder inte bara att nätföretaget kan överkompenseras utan är också oförenligt med en ändamålsenlig och effektiv drift av nätverksamheten, eftersom det på detta sätt skapas incitament för överinvesteringar i nätet med onödiga kostnader som följd."²⁸

²⁶ Se s. 15 f i tidigare citerad dom.

²⁷ Se prop 2017/18:237 s. 44 f.

²⁸ Anf prop s. 87.

Det sagda torde vara tillräckligt för att visa att Förvaltningsrätten inte ägnat de förarbeten man hänvisar till vederbörlig omsorg. Domstolen har enligt min mening, på sätt som framgått ovan, inte heller förstått förhållandet mellan en tydlig lagtext och möjligen motstridiga motivuttalanden på ett korrekt sätt.

Avslutningsvis ska bara nämnas, avseende diskussionen om Ellagens syfte i ljuset både av tidigare och äldre motivuttalanden, att vikten av att undvika stora prishöjningar på el under det senaste året uppmärksammats mer än tidigare i den politiska och mediala debatten, inte minst till följd av förvärrade elförsörjningsproblem i södra Sverige. Denna aspekt ligger i huvudsak utanför den juridiska argumentation mellan parterna som hittills förts i målet, men förtjänar ändå viss uppmärksamhet i ett framtidsperspektiv.

Joakim Nergelius

Professor i konstitutionell rätt

Örebro universitet