

titel och namn

Kammarrätten i Jönköping
Box 42203
550 02 Jönköping

2019-102334-0028
2021-09-01

Komplettering till överklagande i mål nr 1103-21 m.fl

Energimarknadsinspektionen (Ei) inkommer härmed med komplettering till överklagande den 17 mars 2021. Kompletteringen omfattar samtliga de 120 mål som anges i bilaga 1 till överklagandet den 17 mars 2021.

Ei:s yrkanden

Ei yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Ei yrkar att elnätsföretagens intäktsramar ska fastställas med tillämpning av intäktsramsförordningens bestämmelser. Målen bör återförvisas till förvaltningsrätten i denna del eftersom förvaltningsrätten inte gjort en sådan prövning i målen och lämpligen bör göra det som första instans.

Ei yrkar att samtliga kostnader för avbrottsersättning inte ska ingå i beräkningen (gäller förvaltningsrättens mål nr 9779-19, 9784-19, 9791-19 (Vattenfall), 9738-19 (Gotland) och 9745-19 (Västerbergsslagen)). Ei yrkar också att kostnaderna för avbrottsersättning inte ska ingå i beräkningen av nätföretagens beräkning av de löpande kostnaderna och att kammarrätten ska fastställa Ei:s beslut i denna del.

Ei yrkar att tillägg inte ska göras för raseringskostnader (gäller förvaltningsrättens mål nr 9349-19, 9362-19, 9372-19 och 9388-19 (EON)) och att kammarrätten ska fastställa Ei:s beslut i denna del.

Ei begär att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen.

Grunder för överklagandet

Det finns skäl för kammarrätten att meddela prövningstillstånd

Ei har beslutat att fastställa intäktsramar för elnätsföretagen för tillsynsperioden 2020-2023. Besluten innebär att företagen inte får ha högre intäkter än den beslutade intäktsramen. För att avgöra vilken intäktsram som ska fastställas har Ei gjort en skälighetsbedömning av vilka intäkter som företagen behöver under tillsynsperioden för att nätverksamheterna ska få intäkter som inte är större än vad som behövs för att täcka kostnader för driften av en nätverksamhet som har likartade objektiva förutsättningar och bedrivs på ett ändamålsenligt och effektivt sätt, täcka avskrivningar, och ge en sådan

avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar.

Ei ska tydligt redovisa motiveringen till intäktsramen för att skapa förutsägbarhet för elnätsföretagen. Detta gör Ei genom att i besluten ange de metoder, uppgifter och beräkningar som använts vid skälighetsbedömningen. De metoder och beräkningar som Ei har använt utgår från vad som anges i ellagen (1997:857) och i förordningen (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet (intäktsramsförordningen). För till exempel kalkylräntan har Ei redovisat att det är WACC-metoden som använts och angett vilka parametrar som ska ingå i metoden och vilka värden som parametrarna i metoden bestämts till.

Ei:s beslut om intäktsramar överklagades av 120 elnätsföretag. Målen i förvaltningsrätten handlade om intäktsramens förenlighet med EU-rätten och ellagen samt, såvitt nu är ifråga, hanteringen av kostnader för avbrottsersättning och raseringskostnader.

Förvaltningsrätten fann i domarna att bestämmelserna i 17–26 §§ intäktsramsförordningen står i strid med ellagen och elmarknadsdirektivet (2019/944). Förvaltningsrätten menar att intäktsramsförordningen ändrar bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen om den avkastning som ska ingå i intäktsramen och att detta strider mot den i regeringsformen angivna formella lagkraftens princip. Vidare bedömde förvaltningsrätten att intäktsramsförordningen påverkar Ei:s beslut på ett sätt som strider mot regeln i elmarknadsdirektivet om tillsynsmyndighetens oberoende. Bestämmelserna i intäktsramsförordningen får därför enligt förvaltningsrätten inte tillämpas vid fastställandet av intäktsramarna. Förvaltningsrätten ansåg inte att det var aktuellt att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Förvaltningsrätten biföll även elnätsföretagens yrkanden avseende avbrottsersättning och raseringskostnader.

I målen aktualiseras frågor som inte enbart har betydelse för den aktuella tillsynsperioden eller för de specifika bestämmelserna i intäktsramsförordningen som prövats i målen. De ställningstaganden som förvaltningsrätten har gjort i domarna har långtgående inverkan på förhandsregleringen av elnätsföretagens intäktsramar och för Ei:s möjligheter att tillämpa gällande lagstiftning. Förvaltningsrätten har även felaktigt angett att huvudsyftet med regleringen inte är att skydda kunderna från oskäliga priser och villkor, vilket har avgörande betydelse för frågan om hur intäktsramarna ska fastställas.

Ei anser att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till. Ei anser också att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att kammarrätten prövar överklagandena och tar ställning till de principiella frågeställningarna i målen. Kammarrätten bör därför meddela prövningstillstånd.

Förvaltningsrättens prövning av Ei:s beslut

Intäktsramens förenlighet med ellagen

Inför aktuell tillsynsperiod har intäktsramsförordningen med bestämmelser om beräkning av intäktsram trätt i kraft. Elnätsföretagen anser att intäktsramsförordningen strider mot och begränsar syftet med regleringen i ellagen, som de menar är att säkerställa långsiktiga och stabila villkor för elnätsföretagen samt ge dem medel för investeringar. De menar även att intäktsramsförordningen går emot en fastslagen domstolspraxis om innebörden av ellagen, vilket inte är tillåtet då lag endast får ändras genom lag.

Förvaltningsrätten anger i sin bedömning bl.a. följande.

I intäktsramsförordningen finns bl.a. detaljerade bestämmelser om avkastning på kapitalbasen. Det anges att kalkylränta ska tillämpas och beräknas enligt en formel som framgår av bilaga till förordningen, det vill säga WACC-metoden. Vidare anges hur värdet på de parametrar som ingår i formeln ska beräknas. Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelserna om hur parametrarna ska bestämmas inte utgår från en framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv som enligt tidigare domstolsavgöranden följer av ellagen. Detta är särskilt tydligt vad gäller parametrarna riskfri ränta, inflation och aktiemarknadsriskpremier. - I den formel som anges i bilagan om hur kalkylräntan ska beräknas ingår inte heller någon särskild riskpremie. Frågan är då om bestämmelserna i intäktsramsförordningen ändrar bestämmelserna i ellagen gällande den avkastning på kapitalbasen som ska ingå i intäktsramen. Enligt den formella lagkraftens princip får en lag inte ändras på annat sätt än genom lag. 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, ändrar förordningen bestämmelserna i 5 kap. 1 § ellagen vad gäller den avkastning på kapitalbasen som ska ingå i intäktsramen. - De i WACC-metoden ingående parametrarna påverkar varandra inbördes. Därmed måste samtliga bestämmelser om avkastning på kapitalbasen i 17 – 26 §§ intäktsramsförordningen anses stå i strid med ellagen. Enligt 11 kap. 14 §§ RF får dessa paragrafer därmed inte tillämpas. Ei har alltså saknat rättsligt stöd för att fastställa den regulatoriska avkastningen på det sätt som har skett i de överklagade besluten. Den regulatoriska avkastningen ska därmed tillämpas med tillämpning av 5 kap. 1 § ellagen.

Ei anser inte att intäktsramsförordningen innebär någon ändring av ellagen eller domstolspraxis. Den formella lagkraftens princip i 8 kap. 18 § RF har därför inte åsidosatts. Intäktsramsförordningen strider inte heller mot ellagen, och något hinder för att tillämpa förordningen finns därför inte heller enligt 11 kap. 14 § RF. Till stöd för Ei:s inställning i denna del hänvisas till vad Ei anfört i sitt yttrande till förvaltningsrätten den 29 maj 2020 under avsnitt 3. Till stöd för Ei:s inställning i frågan om intäktsramsförordningens giltighet hänvisar Ei också till de rättsutlåtanden av professorn Joakim Nergelius, professorn i rättsvetenskap vid Örebro som Ei åberopade i målen i förvaltningsrätten.

Ei åberopar också ett nytt rättsutlåtande av professor Joakim Nergelius, se bilaga, där han anger att förvaltningsrätten tolkat den formella lagkraftens princip fel och att han inte kan se att den formella lagkraftens princip i RF 8:18 eller någon annan grundlagsregel åsidosatts. Han anser heller inte att normhierarkin har överträtts, eftersom intäktsramsförordningen inte strider mot delagen i dess lydelse efter den 1 januari 2019 och att stadgandet om den formella lagkraftens princip berör inte främst förekommande eller stundande normkonflikter av detta slag vid domstol eller myndighet, 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. Ei har därför haft rätt att tillämpa samtliga bestämmelser om avkastning på kapitalbasen i 17 – 26 §§ intäktsramsförordningen. Kammarrätten ska därför återförvisa målet till förvaltningsrätten för att pröva överklagandet av Ei:s beslut i enlighet med detta.

Intäktsramsförordningens förenlighet med unionsrätten

Elnätsföretagen anför att intäktsramsförordningen ska åsidosättas eftersom den strider mot elmarknadsdirektivets regler om tillsynsmyndighetens oberoende, reglerna om överklagande av tillsynsmyndighetens beslut och reglerna om möjliggörande av investeringar.

För närvarande pågår en process i EU-domstolen (mål C-718/18) där kommissionen väckt talan mot Tyskland och bl.a. gjort gällande att Tyskland åsidosatt tillsynsmyndigheternas exklusiva befogenheter enligt unionsrätten genom att i lag tilldela regeringen befogenhet att anta förordningar som rör tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter (bl.a. som rör att fastställa tariffer eller metoder för beräkning av tariffer). Den pågående processen i EU-domstolen gällande Tyskland har beröringspunkter med frågan om intäktsramsförordningens tillämpbarhet, genom att kommissionen menar att Tysklands införlivande strider mot direktivets bestämmelse om tillsynsmyndighetens självständighet. Kommissionen verkar mena att det inte får finnas några nationella regler som närmare anger hur tariffer utformas (dvs inte bara på förordningsnivå utan även i lag).

Sverige har intervenerat i processen till stöd för Tyskland. Det kan också nämnas att det finns en anmälan till kommissionen mot Sverige (från organisationen Energiföretagen Sverige), som anser att Sverige genom att anta intäktsramsförordningen brutit mot direktivet på liknande sätt som kommissionen gör gällande mot Tyskland.

Generaladvokaten Giovanni Pitruzzella lämnade sitt förslag till avgörande i mål C-718/18 den 14 januari 2021. Förslaget till avgörande från generaladvokaten är att Tyskland underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt direktivet. Enligt generaladvokaten innebär bestämmelsen om tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva behörighet bl.a. att dessa befogenheter inte får inskränkas vare sig genom parlamentets lagstiftning eller regeringsförordningar (se punkt 106 i förslaget). Generaladvokaten menar att det för att införliva direktivet inte behövs nationella regler om beräkning av tariffer utan att det regelverk som finns i EU-rätten är tillräckligt (se punkt 119).

EU-domstolen förväntas meddela dom i målet avseende Tyskland torsdagen den 2 september. Förhållandena i målet är mer lika de svenska förhållandena än någon av de tidigare återopade domarna från EU-domstolen. Det framstår därför som att avgörandet i den kommande domen kan ha stor betydelse även för svenska förhållanden. I vart fall kommer domen ha betydelse för Ei:s yrkanden och inställning i målen hos kammarrätten samt omfattningen på de aktuella processerna. EU-domstolens avgörande kommer även att påverka frågan om det finns behov av att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen. Ei förbehåller sig därför rätten att återkomma i denna del efter det att EU-domstolens dom har analyserats.

Kostnader för avbrottsersättning

När det gäller hur kostnaderna för avbrottsersättning ska hanteras hänvisar Ei till vad som tidigare anförts i yttranden till förvaltningsrätten med följande tillägg.

Ei har i de överklagade besluten inte hanterat kostnaderna för avbrottsersättning som en löpande påverkbar kostnad, utan som en separat post som prognostiserats till noll kronor. Av besluten framgår att vid den omprövning som ska ske efter tillsynsperioden ska de verkliga kostnaderna för avbrottsersättning beaktas. Anledningen till detta förfarande var att ge elnätsföretagen täckning för de kostnader företagen haft för avbrottsersättning under den aktuella tillsynsperioden. En prognos som bygger på historiska värden för en tidigare fyraårsperiod kommer alltid att bli fel eftersom avbrotten varierar stort i omfattning mellan olika år. Ellagen eller förarbetena anger ingenting om vilken sorts kostnad som avbrottsersättningen ska anses vara och hur den ska hanteras i intäktsramsregleringen. Det anges endast att en förutsättning för att avbrottsersättningen överhuvudtaget ska beaktas är att den är en kostnad för en ändamålsenlig och effektiv drift av en nätverksamhet med likartade objektiva förutsättningar, dvs. det som också anges i 5 kap. 1 § ellagen om grunderna för fastställandet av en intäktsram. Det anges också att det alltså inte utan vidare blir aktuellt att beakta kostnaden vid bestämmandet av intäktsramen. (prop. 2017/18:237 s. 47 ff) utan att "det blir Energimarknadsinspektionen som får avgöra hur stor del av avbrottsersättningen som elnätsföretagen ska få ta med sig i intäktsramen" (prop. 2017/2018:237 s. 78). Det framgår inte av förarbetena att kostnaden ska hanteras som en påverkbar kostnad med ett effektiviseringskrav eller som en opåverkbar kostnad. Ei har därför fastställt en metod för hur kostnaderna för avbrottsersättningen ska hanteras. I Ei:s beslut har kostnaden för avbrottsersättningen hanterats som en helt separat post utöver alla andra poster som ingår i beräkningen av intäktsramen (kapitalkostnader, löpande påverkbara och löpande opåverkbara kostnader samt justering för kvalitet och effektivt utnyttjande av nätet). Ei har därför haft rätt att hantera kostnaderna för avbrottsersättning som en separat post som prognostiserats till noll kronor. Ei anser därför att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom och fastställa Ei:s beslut i denna del.

Ei anser att kostnader för avbrott som överstiger 24 timmar inte ska beaktas eftersom en nätkoncessionshavare enligt funktionskravet i 3 kap. 9 a § ellagen ska se till att avbrott i överföringen av el till en elanvändare aldrig överstiger tjugofyra timmar. Att beakta kostnader för sådana avbrott som inte ska få ske är enligt Ei orimligt. Kostnader för avbrott som enligt ellagen inte är tillåtna kan inte anses motsvara en ändamålsenlig och

effektiv drift av nätet och ska inte beaktas i intäktsramen. Ei anser därför att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom och fastställa Ei:s beslut i denna del.

För avbrott om minst 12 och högst 24 timmar anser Ei att det är högst den del av avbrottsersättningen som motsvarar avbrottsvärderingen enligt Ei:s kvalitetsföreskrifter (EIFS 2019:4) som kan anses motsvara kostnader för en ändamålsenlig och effektiv drift av nätverksamheten och som därför ska beaktas som en kostnad vid beräkningen av intäktsramarna. Avbrottsvärderingen i kvalitetsincitamentet är baserad på kundernas betalningsvilja, vilket för detta incitament är förenligt med en samhällsekonomisk optimal nivå. I ellagen finns det också andra incitament (funktionskrav och kundavbrottsersättning), som kompletterar kvalitetsincitamentet. Om lagstiftaren endast hade velat se ett incitament som motiverar att bygga nätet efter kundernas betalningsvilja hade det varken funnits obligatorisk kundavbrottsersättning eller funktionskrav i ellagen. I och med lagens nuvarande utformning, kan inte intentionen från lagstiftaren tolkas på något annat sätt än att det för riktigt långa avbrott kan tillkomma ytterligare negativa effekter för enskilda kunder och för samhället som inte är en linjär funktion av avbrottets längd. Därför har 12 och 24 timmar valts som schablonmässiga gränser. Ei anser därför att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom och fastställa Ei:s beslut i denna del.

Kostnader för rasering

EON har i samband med inrapporteringen av uppgifter till Ei begärt att de löpande påverkbara kostnaderna för basåren 2014 – 2017 ska öka med raseringskostnader som inte ingår i årsredovisningarna för de aktuella basåren. Ei medgav inte den begärda ökningen på den grunden att nätföretagen får skälig täckning för raseringskostnaderna genom den schabloniserade metod som innebär att anläggningarna i kapitalbasen värderas utifrån nuanskaffningskostnaderna.

Förvaltningsrätten biföll nätföretagets yrkande om att kostnaderna för basåren 2014 – 2017 ska öka med raseringskostnader som inte ingår i årsredovisningarna för de aktuella basåren och anförde bl.a. följande. Nätföretaget har inte redovisat raseringskostnaderna som en löpande påverkbar kostnad och kostnaderna återfinns inte i företagens årsrapporter för basåren. I de fall där raseringskostnaderna återfinns i årsrapporterna ingår dessa också i de historiskt påverkbara kostnaderna som ligger till grund för beräkningen av intäktsramen. Den korrigerande som nätföretaget yrkar är därmed inte att anse som en avvikelse från metoden för att fastställa löpande påverkbara kostnader vilket Ei gör gällande. För att nätföretaget ska behandlas på samma sätt som de nätföretag som har redovisat raseringskostnaderna som en påverkbar löpande kostnad har nätföretaget rätt till kompensation genom ett tillägg till de löpande påverkbara kostnaderna. Eftersom raseringskostnader inte ingår i de normvärden som ligger till grund för värdering av anläggningstillgångar i kapitalbasen kan det inte bli fråga om en dubbelkompensation.

Ei vidhåller att nätföretagen får skälig kostnadstäckning för raseringskostnaderna genom den schabloniserade metod som innebär att anläggningarna i kapitalbasen värderas utifrån nuanskaffningskostnaderna, dvs. som om elnätet vore helt nytt. När det gäller

hur kostnaderna för rasering ska hanteras hänvisar Ei till vad som tidigare anförts i yttranden till förvaltningsrätten. Vad Ei anfört där utgör skäl för kammarrätten att ändra förvaltningsrättens dom och fastställa Ei:s beslut i denna del.

Avslutning

EU-domstolen förväntas meddela dom i målet avseende Tyskland torsdagen den 2 september. Domen kommer att ha betydelse för Ei:s yrkanden och inställning i målen hos kammarrätten samt omfattningen på processerna. Ei begärde därför anstånd med att komma in med kompletteringen av överklagandet till den 29 oktober 2021 för att hinna med att analysera EU-domstolens dom och utveckla inställningen och grunderna för överklagandet. Kammarrätten medgav inte Ei begärd anstånd. Kammarrätten meddelade samtidigt att Ei bör komma in med sin komplettering enligt tidigare beviljat anstånd. Eftersom EU-domstolens dom i målet avseende Tyskland ännu inte meddelats förbehåller Ei sig rätten till att återkomma yrkanden och inställning när EU-domstolens dom har analyserats.

Denna komplettering till överklagandet har beslutats av chefsjuristen Göran Morén.

Beslutet har fattats digitalt och saknar därför underskrift.

Göran Morén

Bilaga, Rättsutlåtande av Joakim Nergelius, professor i konstitutionell rätt