

Kammarrätten i Jönköping

Endast via e-post till
kammarrattenijonkoping@dom.se

KAMMARRÄTTEN I JÖNKÖPING	
INKOM:	2022-01-31
MÅLNR:	1220-21
AKTBIL:	26

2022-02-02

2019-102852-0026

Mål nr 1220–1222-21;

Yttrande över Eis begäran om förhandsavgörande

Med hänvisning till kammarrättens föreläggande av den 25 november 2021 avger Ellevio följande yttrande.

Definierade begrepp som används i detta yttrande har samma betydelse som i tidigare inlagor.

Med ”Eis Yttrande” avses Eis yttrande av den 27 oktober 2021. Med ”Direktivet” avses det tredje elmarknadsdirektivet och med ”Metodbestämmelserna” avses 17-26 §§ i Förordningen.

Till Eis Yttrande har fogats utlåtanden från professor Joachim Nergelius och advokat Tobias Bengtsson. Ellevio hänvisar till dessa som ”Nergelius Utlåtande” respektive ”Bengtssons Utlåtande”.

1 Inställning

1. Ellevio bestrider Eis begäran om förhandsavgörande.

2 Inledande kommentar till Eis begäran

2. Eis Yttrande inklusive utlåtanden omfattar totalt 40 sidor.
3. Eis begäran om förhandsavgörande behandlas på s. 8 och 9 i Eis Yttrande. Nergelius behandlar frågan på s. 9 och 10 i sitt utlåtande. Bengtsson uttalar sig i sitt utlåtande inte om frågan om förhandsavgörande.
4. Även om Ei och Nergelius behandlar frågan om förhandsavgörande i en viss del av yttrandet respektive utlåtandet går det inte någon skarp gränslinje mellan vad Ei och Eis sakkunniga påstår i sak och de skäl Ei och Nergelius anför till stöd för att det skulle behövas ett förhandsavgörande från EU-domstolen.
5. Bengtsson uttalar sig som sagt inte i frågan om förhandsavgörande men framställer likväl påståenden som skulle kunna tas till intäkt för att ett sådant skulle behövas.

6. Till detta kommer att Ei och Eis sakkunniga framför felaktiga påståenden om kriterierna för direkt effekt och lägger dessa felaktiga påståenden till grund för att det skulle föreligga ett behov av ett förhandsavgörande.
7. Ellevio kommer i det följande att inrikta sig på frågan om det påstådda behovet av ett förhandsavgörande. Mot bakgrund av ovanstående måste Ellevio dock även göra vissa bemötanden och klarlägganden.

3 Metodbestämmelserna står även i strid med ellagen

8. Förvaltningsrätten fann att Metodbestämmelserna inte endast står i strid med Direktivet utan att de också står i strid med ellagen. Metodbestämmelserna är med andra ord både lag- och direktivstridiga.
9. Ellevio kommenterar i detta yttrande de EU-rättsliga aspekterna av Eis begäran om förhandsavgörande. Såvitt avser förhållandet att Metodbestämmelserna även strider mot ellagen och att detta utgör ytterligare ett skäl mot förhandsavgörande, hänvisar Ellevio till och åberopar för egen del vad E.ON (mål nr 1211—1214–21) och Vattenfall (mål nr 1215—1219-21) anfört i sina respektive yttranden av den 31 januari 2021 samt vad Öresundskraft m.fl. (mål nr 1103-21 m.fl.) anfört i sitt yttrande av den 28 januari 2022.
10. I detta sammanhang får Ellevio anföra följande. Att Metodbestämmelserna inte ska tillämpas då de strider mot ellagen stöds också av den EU-rättsliga principen om direktivkonform tolkning av nationell rätt, enligt vilken nationella domstolar måste säkerställa att unionsrätten ges full verkan när de avgör ett mål där direktivbestämmelser aktualiseras.
11. EU-domstolen har fastslagit att en nationell domstol, med utgångspunkt i den nationella rätt som antagits för att införliva direktivet i fråga, måste genom att beakta *hela* den nationella rätten göra allt som är möjligt för att säkerställa ett resultat som inte strider mot direktivet.¹ Detta krav är långtgående.
12. EU-domstolen har förklarat att om det ”*enligt nationell rätt är tillåtet [...] att tolka en bestämmelse i den nationella rätten på ett sådant sätt att en konflikt med en annan bestämmelse i den nationella rätten kan undvikas eller att i detta syfte avgränsa bestämmelsens räckvidd genom att bara tillämpa den i den mån den är förenlig med den andra bestämmelsen*”, är den nationella domstolen skyldig att använda sig av sådana nationella tolkningsmetoder för att uppnå det resultat som eftersträvas i direktivet.² (Vår understrykning.)
13. Principen om direktivkonform tolkning innebär således att den nationella domstolen är skyldig att beakta hela den nationella rätten för att tillse att resultatet som eftersträvas i

¹ Mål C-397/01, *Pfeiffer m.fl.*, punkterna 115 och 118.

² Mål C-397/01, *Pfeiffer m.fl.* punkt 116.

det aktuella direktivet uppnås och inte tillämpa en nationell bestämmelse som står i konflikt med en tolkning av den nationella rätten som i övrigt säkerställer direktivets fulla verkan, förutsatt att nationell rätt medger en sådan tolkning.

14. Bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen (tidigare 5 kap. 6 § ellagen) genomför kravet i 37.6 a i Direktivet på hur den nationella tillsynsmyndigheten ska fastställa tariffer eller metoderna för beräkning av dessa. Den domstolspraxis som utvecklades innan Förordningens tillkomst avseende fastställande av elnätsföretagens avkastning på kapitalbasen grundar sig på 5 kap. 1 § ellagen. Domstolarna har vid sin rättstillämpning avseende denna bestämmelse beaktat de krav som Direktivet ställer.
15. Metodbestämmelserna infördes av regeringen med det uttryckliga syftet att ändra domstolarnas tillämpning och tolkning av 5 kap 1 § ellagen och att begränsa möjligheterna att överklaga Eis beslut.
16. Som förvaltningsrätten konstaterat strider Metodbestämmelserna mot 5 kap 1 § ellagen och den formella lagkraftens princip. Enligt kravet på direktivkonform tolkning ska Metodbestämmelserna, med stöd av 11 kap 14 § regeringsformen, följaktligen inte tillämpas. Elnätsföretagens avkastning på kapitalbasen ska bestämmas enligt 5 kap 1 § ellagen, som korrekt genomför de aktuella bestämmelserna i Direktivet. På så sätt säkerställs Direktivets fulla verkan.
17. Metodbestämmelserna strider också mot en direktivkonform tolkning av 5 kap 3 § ellagen. I denna bestämmelse föreskrivs att det är tillsynsmyndigheten som ”ska besluta om intäktsram senast två månader innan tillsynsperioden börjar.” (Vår understrykning.)
18. 5 kap 3 § ellagen genomför kravet enligt artikel 37.1 a och 37.6 a i Direktivet på att befogenheten att fastställa tarifferna eller metoderna för deras beräkning är förbehållen tillsynsmyndigheten och att medlemsstaterna inte får inskränka denna befogenhet.
19. En direktivkonform tolkning av 5 kap 3 § ellagen innebär således att befogenheten att fastställa tarifferna eller metoderna för deras beräkning är förbehållen tillsynsmyndigheten och att denna befogenhet inte får inskränkas.
20. Denna tolkning av 5 kap 3 § ellagen stöds också av förarbetena till ellagen:

”Av artikel 37.6 a i elmarknadsdirektivet framgår att det är den nationella tillsynsmyndigheten som ska ansvara för att fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för bl.a. anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder. Till skillnad från direktiv 2003/54/EG tillåter inte elmarknadsdirektivet att något annat organ svarar för fastställandet.”

[...]Kraven i elmarknadsdirektivet innebär att det inte längre finns något utrymme för att regeringen fastställer intäktsramen.³ (Våra understrykningar.)

21. Metodbestämmelsernas detaljreglering av beräkningsmetod och parametrar utgör en otillåten inskränkning av den befogenhet som uteslutande är förbehållen Ei. Kravet på direktivkonform tolkning innebär följaktligen att Metodbestämmelserna strider mot 5 kap 3 § ellagen och att de därmed enligt 11 kap 14 § regeringsformen inte får tillämpas.
22. Härutöver strider Metodbestämmelserna även mot en direktivkonform tolkning av bemyndigandet i 5 kap 8 § ellagen. I sin dom fann förvaltningsrätten att:

*”bemyndigandet i 5 kap 8 § ellagen inte i sig kan anses strida mot direktivets krav på att den nationella tillsynsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas. Däremot strider intäktsramsförordningens detaljreglering om hur den regulatoriska avkastningen ska beräknas, vilket är en följd av regeringens tillämpning av bemyndigandet, mot dessa krav eftersom de påverkar räckvidden av Ei:s beslut på ett sätt som strider mot unionsrätten.”*⁴ (Våra understrykningar.)
23. Förvaltningsrätten gjorde således bedömningen att regeringen, genom att utfärda Metodbestämmelserna, tillämpade bemyndigandet i 5 kap 8 § ellagen på ett felaktigt sätt. Med andra ord: med en direktivkonform tolkning ska bemyndigandet inte anses innebära en rätt för regeringen att utfärda föreskrifter i strid med Direktivet.
24. Kravet på direktivkonform tolkning innebär följaktligen att Metodbestämmelserna även strider mot 5 kap 8 § ellagen och att de därmed enligt 11 kap 14 § regeringsformen inte får tillämpas.
25. Sammanfattningsvis följer det av principen om direktivkonform tolkning att Metodbestämmelserna, med stöd av svensk rätt, inte får tillämpas för att fastställa elnätsföretagens intäktsramar. 5 kap 1 §, 5 kap 3 § och 5 kap 8 § ellagen samt 11 kap 14 § regeringsformen kan (och ska) således tolkas i enlighet med de krav som de aktuella bestämmelserna i Direktivet ställer. På så sätt säkerställs Direktivets fulla verkan. Även av denna anledning föreligger det således inget behov av att beakta om dessa bestämmelser har direkt effekt.

4 Trots den långa tid som stått till Eis förfogande har Ei inte ens försökt precisera den eller de frågor där det påstås föreligga ett behov av ett förhandsavgörande

26. Mot bakgrund av tidpunkten för Eis begäran och den tid som stått till Eis förfogande för att överväga frågan hade det varit minst sagt rimligt – och måste kunna krävas – att Ei

³ Prop. 2010/11:70, ss. 125-126.

⁴ Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål 9850-19 m.fl. av den 26 februari 2021, s. 31.

hade övervägt och noga preciserat de frågor där Ei menar att det behövs ett förhandsavgörande.

27. Ei har trots detta inte förmått att formulera den eller de frågor där Ei menar att det behövs ett förhandsavgörande. Ei anför istället:

”Kammarrätten bör inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen gällande tolkningen av elmarknadsdirektivet. Frågor bör ställas om bestämmelserna i elmarknadsdirektivet om tillsynsmyndigheternas organisering och uppgifter har direkt effekt och huruvida dessa bestämmelser kan åberopas direkt av en enskild i en nationell rättsprocess. Om kammarrätten anser att förhandsavgörande ska inhämtas bör Ei beredas tillfälle att återkomma med en precisering av de frågor som bör ställas.”⁵

28. Ei framställer således oprecisa och svepande påståenden om de frågor som bör ställas och begär istället att få möjlighet att återkomma med precisering av frågorna om kammarrätten skulle anse att det finns skäl för att inhämta ett förhandsavgörande.

29. Inte heller Eis sakkunnige Nergelius gör något försök att precisera de frågor som han menar bör prövas av EU-domstolen. Nergelius anger dessutom i allmänna ordalag de ”frågor” som bör prövas av EU-domstolen på ett annat sätt än Ei:

”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.”⁶

30. Förutom att varken Ei eller Eis sakkunnige formulerar några konkreta frågeställningar förefaller de således inte vara ense om vad som skulle behöva prövas av EU-domstolen.

31. Till detta kommer att de frågor som enligt Nergelius en begäran om förhandsavgörande bör avse utgår från den av Ei förfäktade uppfattningen att ett krav för att en direktivbestämmelse ska ha direkt effekt skulle vara att den ”innebär rättigheter för enskilda som är ovillkorliga och precisa [...]”⁷. Detta påstådda krav är en konstruktion som helt saknar stöd i EU-rätten. Något sådant krav (eller kriterium) för att direkt effekt ska föreligga finns helt enkelt inte. Nergelius förslag till ”frågeställning” är med andra ord irrelevant.

32. Direktivbestämmelserna om tillsynsmyndigheternas oberoende och beslutsbefogenheter är både omfattande och detaljerade. Vidare kan ett direktiv innehålla bestämmelser som uppfyller kraven för direkt effekt samtidigt som det innehåller andra bestämmelser som inte uppfyller dessa kriterier. Det är således inte tillräckligt att, som Ei, framföra svepande och ospecifika påståenden om att det behöver ställas frågor till EU-domstolen

⁵ Eis Yttrande ss 8-9.

⁶ Nergelius Utlåtande, s. 10.

⁷ Eis Yttrande s. 7.

kring direktivbestämmelser avseende tillsynsmyndighetens ”organisering och uppgifter” och om dessa har direkt effekt.

33. Det förhållandet att Ei, trots den tid som stått myndigheten till buds, inte förmått precisera de frågor där Ei menar att ett förhandsavgörande skulle behövas är både anmärkningsvärt och oacceptabelt.

5 Ett inhämtande av ett förhandsavgörande skulle innebära en oacceptabel tidsutdräkt och medföra allvarliga samhällskonsekvenser

34. Med anledning tidpunkten för Eis begäran framhåller Ellevio följande.
35. Målen gäller elnätsföretagens intäktsramar avseende tillsynsperioden 2020-2023. Trots att intäktsramarna ska fastställas i förväg och att två av de fyra år som perioden avser har passerat, är elnätsföretagens intäktsramar ännu inte fastställda.
36. Eis beslut om intäktsramar såvitt avser Ellevio meddelades den 25 oktober 2019.
37. Ellevio överklagade Eis beslut den 14 november 2019.
38. Den 28 maj 2020 anförde Ei att förvaltningsrätten borde överväga möjligheten att inhämta ett förhandsavgörande, detta med den svepande motiveringen att ”om förvaltningsrätten skulle komma till slutsatsen att intäktsramsförordningen innebär en inskränkning av kravet på Ei:s oberoende, rätten till domstolsprövning eller tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar, bör förvaltningsrätten beakta den betydelse som förfarandet med förhandsavgörande från EU-domstolen har för uttolkningen av unionsrätten och nationella domstolars skyldighet att hänskjuta frågor dit.”⁸
39. I sin dom av den 26 februari 2021 fann förvaltningsrätten att något förhandsavgörande inte behövde inhämtas.
40. Den 17 mars 2021 överklagade Ei förvaltningsrättens dom. Ei har därefter kompletterat sitt överklagande två gånger.
41. I en inlaga av den 6 maj 2021 noterade Ei den då pågående prövningen i Tysklands målet. Ei begärde och beviljades ett långt anstånd med att slutföra sitt överklagande, till och med den 30 augusti 2021. Ei förklarade bland annat följande:

”Förhållandena i det målet är mer lika de svenska förhållandena än någon av de tidigare domarna från EU-domstolen. Det framstår därför som att avgörandet i den kommande domen eventuellt kan påverka även svenska förhållanden. I vart fall kan domen ha betydelse för Ei:s yrkanden och inställning i målen hos kammarrätten samt omfattningen på de aktuella processerna. Av processekonomiska skäl - för

⁸ Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål 9850-19 m.fl. av den 26 februari 2021, s. 31.

såväl de berörda nätföretagen, kammarrätten och Ei - anser Ei att det är lämpligt att avvakta med att slutföra överklagandet tills EU domstolen har meddelat sin dom.”⁹

42. I sin anståndsbegäran hänvisade Ei således bland annat till processekonomiska skäl och ”omfattningen på de aktuella processerna”. Ei antydde således att ”omfattningen” av processerna skulle komma att begränsas beroende på utgången i Tysklandsmålet.
43. Den 27 augusti 2021 begärde Ei ytterligare ett långt anstånd till och med den 27 oktober 2021 med hänsyn till det kommande avgörandet i Tysklandsmålet. Anståndsbegäran avslogs av kammarrätten.
44. I en inlaga av den 31 augusti 2021 återkom Ei till betydelsen av den kommande Tysklandsdomen: ”Förhållandena i målet är mer lika de svenska förhållandena än någon av de tidigare åberopade domarna från EU-domstolen. Det framstår därför som att avgörandet i den kommande domen kan ha stor betydelse även för svenska förhållanden.”¹⁰ (Vår understrykning.)
45. Tysklandsdomen meddelades den 2 september 2021. EU-domstolen fastställde att just det slags bestämmelser som Förordningen innehåller, Metodbestämmelserna, strider mot Direktivet.
46. Trots att Ei förklarar att det ”av processekonomiska skäl” var lämpligt att avvakta utgången i Tysklandsmålet väljer Ei nu att, i stället för att ”slutföra sitt överklagande”, väcka och föra argumentation i en helt ny fråga – frågan om de aktuella direktivbestämmelserna har direkt effekt. I stället för att, som Ei antydde i sin anståndsbegäran, begränsa omfattningen av processerna utvidgar således Ei nu genom sin nya begäran omfattningen av processerna.
47. Det kan också noteras att Ei i sitt överklagande av den 17 mars 2021 anförde att: ”Huvudfrågorna i målen är samma, med undantag för några företags specifika frågor. Målen i förvaltningsrätten handlade om intäktsramens förenlighet med EU-rätten och ellagen [...]”¹¹
48. I Eis Yttrande gör Ei en ”helomvändning” och ger en annan – och ny – beskrivning av vad målen handlar om: ”Frågan i detta mål är således om det förhållande att ett direktiv [sannolikt] 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.”¹² Som framgår av det citerade uttalandet utgår Ei nu från att Direktivet implementerats

⁹ Eis begäran om anstånd till kammarrätten av den 6 maj 2021, ss. 2-3.

¹⁰ Eis komplettering till överklagande av den 31 augusti 2021, s. 5.

¹¹ Eis överklagande av den 17 mars 2021, s. 2.

¹² Eis Yttrande, s. 5.

felaktigt, dvs att Metodbestämmelserna strider mot Direktivet. Ei argumenterar nu för att Metodbestämmelserna ska tillämpas trots att de står i strid med Direktivet.

49. Eis agerande är anmärkningsvärt. Om Ei, oavsett utgången i Tysklands målet och oavsett om Metodbestämmelserna står i strid mot Direktivet, ansåg att bestämmelserna ska tillämpas för tillsynsperioden 2021-2023 så borde Ei ha klargjort detta och inte begärt att få avvakta utgången i Tysklands målet för att slutföra överklagandet. I detta sammanhang ska dessutom framhållas att Ei omöjligen kan ha förväntat sig att Tysklands domen skulle innehålla några uttalanden om direkt effekt. Målet rörde en fördragsbrottstalan mellan Kommissionen och Tyskland och frågan om direkt effekt omfattades därför inte av EU-domstolens prövning. Direkt effekt kan endast aktualiseras i mål avseende en enskild mot staten.
50. Förutom den ytterligare tid som fordras för att kammarrätten ska pröva Eis nu framställda begäran så skulle en prövning i EU-domstolen efter ett eventuellt hänskjutande pågå i vart fall i ett och ett halvt år. Med denna ytterligare fördröjning skulle det med stor sannolikhet föreligga lagakraftäggande avgöranden avseende tillsynsperioden 2020-2023 först efter det att tillsynsperioden löpt ut. Detta skulle få oacceptabla samhällskonsekvenser. Ellevio hänvisar här till och åberopar för egen del vad de elnätsföretag som företräds av A1 Advokater anfört i sin inlägga av den 28 januari 2022.

6 Det är ostridigt att Metodbestämmelserna strider mot artiklarna 35.4, 37.1 a och 37.6 a i Direktivet

51. Det får numera anses ostridigt att Metodbestämmelserna står i strid med Direktivet.
52. Ei anför:

”Omständigheterna i mål C-718/18, dvs Tysklands implementering av direktivet vad gäller förhandsreglering av nätföretagens tariffer, har 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 på lagstiftaren att utreda detta och vidta eventuella lagstiftningsåtgärder.”¹³ (Vår understrykning.)

53. Eis sakkunnige Nergelius synes instämma med Ei då han i sitt utlåtande återger Eis inställning enligt följande:

”Domen och tidigare avgöranden från EU-domstolen talar därför, enligt EI:s tolkning, för att den svenska implementeringen av elmarknadsdirektivet kan komma

¹³ Eis Yttrande, s. 5.

att behöva justeras för att säkerställa EI:s oberoende. Det ankommer i så fall på lagstiftaren att utreda detta och vidta eventuella lagstiftningsåtgärder.”¹⁴

54. Även om Ei (och Nergelius) väljer att uttrycka sig med viss försiktighet – Tysklandsdomen och tidigare avgöranden ”*talat för att den svenska implementeringen av elmarknadsdirektivet kan komma att behöva justeras för att säkerställa EI:s oberoende*” – framgår att Ei (och sannolikt även Eis sakkunnige Nergelius) nu i realiteten delar uppfattningen att Metodbestämmelserna strider mot Direktivet.
55. Vid prövningen av Eis begäran om förhandsavgörande kan kammarrätten således utgå från att det numera är ostridigt i och för sig att de av förvaltningsrätten underkända Metodbestämmelserna står i strid med Direktivet.
56. Ett klagörande fordras dock med anledning av att Ei påstår att ”*[d]et ankommer i så fall på lagstiftaren att utreda detta och vidta eventuella lagstiftningsåtgärder.*” (Vår understrykning.) Påståendet är felaktigt.
57. De omstridda Metodbestämmelserna är 17-26 §§ i Förordningen. Det är således fråga om en *förordning* – inte om en lag. Förordningen är en fråga för regeringen och inte för ”lagstiftaren”.
58. Inte heller behövs det några utredningsåtgärder eftersom det inte fordras mer än att regeringen utmönstrar Metodbestämmelserna ur Förordningen. Det är således i själva verket fråga om ett enkelt regeringsbeslut som kan, och ska, fattas utan tidsutdräkt och utan några ”utredningsomgångar”. De tidigare domarna mot Belgien och Tysklandsdomen är de enda ”utredningar” som regeringen behöver för att upphäva Metodbestämmelserna.
59. Eftersom det i enlighet med EU-rättsliga principer föreligger en skyldighet för regeringen av upphäva Metodbestämmelserna utan tidsutdräkt utgår Ellevio också från att sådana åtgärder kommer att vidtas.
60. I detta sammanhang ska även följande framhållas.
61. Sverige intervenerade i Tysklandsmålet. Inom ramen för denna intervention hävdade Sverige, i likhet med Tyskland, att förordningsbestämmelser avseende beräkningsmetoder etc. inte utgör någon otillåten inskränkning av den nationella tillsynsmyndighetens oberoende och beslutsbefogenheter och därmed inte heller strider mot Direktivet. Som bekant fälldes Tyskland av EU-domstolen för fördragsbrott. Tysklands och Sveriges argumentation underkändes av EU-domstolen.
62. Redan den 22 maj 2019 kontaktade Kommissionen den svenska regeringen och påtalade att de aktuella bestämmelserna i Förordningen utgör en otillåten inskränkning av Eis

¹⁴ Nergelius Utlåtande, s. 3.

oberoende och befogenheter. I sitt svar till Kommissionen den 25 juli 2019 förklarade den svenska regeringen bland annat:

“Sweden is also aware of the European Commission's actions against Germany and Hungary regarding the interpretation of the Electricity Market Directive and has intervened in case C-718/18 in support of Germany. Sweden awaits the ruling of the European Court of Justice in this case and will carefully analyse the judgment. If the ruling should suggest that national legislation must be amended, Sweden is prepared to take action.”¹⁵

63. Regeringen har således gentemot Kommissionen ställt i utsikt att vidta erforderliga åtgärder om Tysklands målet, på sätt som nu skett, skulle utmynna i ett avgörande av innebörd att Metodbestämmelserna strider mot Direktivet. Ellevio utgår som sagt givetvis också från att så kommer att ske.
64. Det föreligger nu en situation där regeringen ska utmönstra – dvs upphäva – de otillåtna Metodbestämmelserna i Förordningen.
65. Om kammarrätten skulle inhämta ett förhandsavgörande, kan således den märkliga situationen uppkomma att regeringen, i enlighet med sitt ovan återgivna uttalande till Kommissionen och i enlighet med de skyldigheter som följer av EU-rätten, har upphävt de otillåtna Metodbestämmelserna redan innan EU-domstolen avgjort den eller de frågor som hänskjutits till EU-domstolen.

7 Det råder ingen tvekan om hur en prövning av elnätsföretagens intäktsramar ska ske utan tillämpning av Metodbestämmelserna – Eis andrahandsyrkande kan inte bifallas

66. Som framhölls inledningsvis är det tydligt att Ei försöker framställa frågorna och konsekvenserna av att aktuella direktivbestämmelser har direkt effekt som svårare och mer oöverskådliga än vad de egentligen är. Ett exempel på detta är följande uttalande i Eis Yttrande (som för övrigt ordagrant överensstämmer med vad Nergelius påstår i sitt utlåtande förutom att Nergelius använder ordet ”mähända” i stället för ”[sannolikt]”):

”Frågan i detta mål är således om det förhållande att ett direktiv [sannolikt] 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?”¹⁶

67. Med Eis formulering skulle frågan vara om elnätsföretagens intäktsramar ska fastställas enligt Direktivets bestämmelser eller om de otillåtna Metodbestämmelserna (”de nationella bestämmelserna”) ska tillämpas tills de upphävs. Frågan är vilseledande.

¹⁵ Infrastrukturdepartementets svar till kommissionär Arias Cañete, I2019/01694/E, 25 juli 2019.

¹⁶ Eis Yttrande s. 5.

68. Mot bakgrund av Eis (och Nergelius) ”fråga” om ”*de nationella bestämmelserna*” ska tillämpas tills ”*nationell lagstiftning*” ändrats, ska först åter framhållas att det handlar om otillåtna *förordningsbestämmelser*.
69. Vidare är ”frågan” i själva verket okomplicerad. Eftersom Metodbestämmelserna är både direktiv- och lagstridiga ska de inte tillämpas. På sätt som förvaltningsrätten funnit i sina domar medför detta att elnätsföretagens intäktsramar ska fastställas enligt ellagen och den utförliga rättspraxis som finns. Mer komplicerat än så är det inte.
70. Det är således inte fråga om att tillämpa några specifika direktivbestämmelser *i stället för* de otillåtna förordningsbestämmelserna på sätt som Ei försöker påskina genom sin ”fråga”. Om de otillåtna Metodbestämmelserna, på sätt som förvaltningsrätten funnit, inte ska tillämpas uppkommer inte någon osäkerhet ifråga om ramarna för domstolens prövning eller det regelverk som domstolarna i sådant fall skall tillämpa.
71. I detta sammanhang finns också skäl att kommentera Eis andrahandsyrkande.
72. Ei yrkar i andra hand att målen ska ”*återförvisas till Ei för att fastställa nya intäktsramar utan tillämpning av några bestämmelser om beräkning av intäktsramar i nationell lagstiftning (ellagen, intäktsramsförordningen eller annan lag och förordning som reglerar beräkning av intäktsramar)*” och att ”*[i]ntäktsramarna ska därmed även fastställas utan beaktande av tidigare domstolsavgöranden vad gäller beräkningen av intäktsramar.*”¹⁷
73. Genom sitt andrahandsyrkande försöker Ei påskina att konsekvensen av att kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, skulle finna att Metodbestämmelserna inte ska tillämpas, skulle vara att ”inga regler alls” skulle gälla vid fastställande av elnätsföretagens intäktsramar.
74. Vad Ei implicit påstår inom ramen för sitt andrahandsyrkande står i strid med fundamentala unionsrättsliga principer.
75. De unionsrättsliga principerna om direkt effekt kan endast åberopas av enskilda mot staten. Däremot kan dessa principer inte åberopas av staten mot enskilda.
76. Ellevio gör gällande att Metodbestämmelserna står i strid med Direktivet och därför inte kan tillämpas. En sådan talan kan (som förvaltningsrätten funnit) endast leda till att de otillåtna bestämmelserna inte ska tillämpas mot den enskilde, i detta fall Ellevio. Däremot kan självklart inte staten åberopa dessa principer mot enskilda på sätt som Ei försöker göra genom sitt andrahandsyrkande.
77. Som Ellevio framhållit ovan blir den enkla konsekvensen om kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, skulle finna att Metodbestämmelserna inte kan tillämpas att

¹⁷ Eis Yttrande, s. 2.

intäktsramarna ska fastställas i enlighet med ellagen och tillämplig rättspraxis. Den ”dramatiska konsekvens” som Ei försöker utmåla genom sitt andrahandsyrkande är således ogrundad.

8 Ei grundar sin begäran om förhandsavgörande på ett kriterium för direkt effekt som inte finns

8.1 Inledning

78. Eis Yttrande och utlåtandena innehåller som sagt oriktiga och vilseledande påståenden om EU-rättens innebörd. Särskilt anmärkningsvärt är att både Ei och Nergelius ”hänger upp” sin argumentation för att det skulle behövas ett förhandsavgörande på ett påstått krav (eller kriterium) för direkt effekt som helt enkelt inte finns.

8.2 Kriterierna för direkt effekt är inte strängare för direktivbestämmelser än för andra unionsbestämmelser

79. I artikel 288.3 FEUF anges att ett direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på de resultat som ska uppnås, men överlåter åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

80. Mot denna bakgrund påstår Ei att direktivbestämmelser endast ”i vissa fall” har direkt effekt och hävdar att direkt effekt utgör ett ”undantag” för direktivbestämmelser.¹⁸

81. Även Eis sakkunniga försöker ge intrycket att direktbestämmelser endast i mer begränsad omfattning har direkt effekt. I nästan identiska ordalag som Ei använder hävdar Nergelius att bestämmelser i direktiv endast ”i vissa fall” har direkt effekt och att direkt effekt utgör ett ”undantag” för dessa bestämmelser.¹⁹ Bengtsson påstår:

”Det är alltså så att vissa bestämmelser, i synnerhet direktivbestämmelser, inte är vare sig avsedda eller möjliga för enskilda att åberopa i ett förfarande i nationell domstol.”²⁰ (Vår understrykning.)

82. Påståendena är oriktiga.

83. Kravet på att en unionsbestämmelse ska vara ovillkorlig och tillräckligt precis för att ha direkt effekt är detsamma oavsett vilken typ av bestämmelse det är fråga om. Kravet skiljer sig inte åt beroende på om den aktuella bestämmelsen återfinns i EU-fördragen, i en förordning eller i ett direktiv. Bernitz och Kjellgren förklarar väl hur kravet för direkt effekt är tillämpligt på samma sätt för alla unionsbestämmelser:

¹⁸ Eis Yttrande, s. 6.

¹⁹ Nergelius Utlåtande, s. 6.

²⁰ Bengtssons Utlåtande, punkt 20.

”Domstolen har emellertid i ett stort antal domar gjort klart att alla typer av EU-rättsakter som innehåller någon form av bindande rättslig förpliktelse (och därmed korresponderande rättighet) i princip kan komma ifråga för direkt effekt, förutsatt att de uppfyller kriterierna för tydlighet, precision och ovillkorlighet.”²¹

84. I motsats till vad Ei försöker hävda framgår det dessutom av EU-domstolens rättspraxis att den frihet som medlemsstaterna enligt artikel 288.3 FEUF har att välja mellan flera möjliga metoder för att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv inte innebär att den aktuella direktivbestämmelsen inte kan ha direkt effekt.²²
85. Som EU-domstolen konstaterat råder det ingen tvekan om att en direktivbestämmelse som ålägger medlemsstaterna en skyldighet som ska leda till ett tydligt resultat och som inte innehåller något villkor angående tillämpningen av den regel som föreskrivs i bestämmelsen uppfyller kravet på att vara ovillkorlig och tillräckligt precis.²³
86. Det enda som skiljer en direktivbestämmelse från andra unionsrättsliga bestämmelser är att tiden för direktivets införlivande ska ha passerats för att bestämmelsen ska kunna ha direkt effekt.²⁴ Förutsatt att denna tidpunkt passerats är kraven på direkt effekt för direktivbestämmelser desamma som för andra unionsbestämmelser.

8.3 Direkt effekt av direktivbestämmelser förutsätter inte att bestämmelsen innebär en rättighet för en enskild

87. Ei och Nergelius påstår att det för att en direktivbestämmelse ska ha direkt effekt krävs att bestämmelsen innebär en rättighet för en enskild. Detta direkt felaktiga påstående upprepas vid flera tillfällen i Eis Yttrande och Nergelius Utlåtande.²⁵ Ei påstår t ex att:

”Domstolen har därför i sin rättspraxis 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 (mål 41/74 Van Duyn).”²⁶ (Vår understrykning.)

88. Förutom kraven att en direktivbestämmelse måste vara ovillkorlig och tillräckligt precis, samt att tiden för direktivets införlivande ska ha passerats, påstår således Ei att bestämmelsen också måste innebära en rättighet för en enskild för att den ska ha direkt effekt. Ei påstår med andra ord att det finns ett ”fjärde” kriterium som måste vara uppfyllt för att direkt effekt ska föreligga.

²¹ Bernitz U. och Kjellgren A., *Europarättens grunder* (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), s. 115.

²² Mål C-138/07, *Belgische Staat mot Cobelfret NV*, punkt 61.

²³ Mål C-397/01, *Pfeiffer m. fl.*, punkt 104.

²⁴ Se exempelvis mål C-62/00, *Marks & Spencer*, punkt 25.

²⁵ Nergelius Utlåtande, s. 7.

²⁶ Eis Yttrande, s. 6.

89. Detta påstådda ”fjärde” kriterium utgör en helt central och avgörande del av deras argumentation för att de nu aktuella bestämmelserna i Direktivet inte skulle ha direkt effekt. Ei hävdar till exempel:

”Artikel 35 handlar om tillsynsmyndighetens utnämning och oberoende och artikel 37 innehåller en uppräknning av tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter. Bestämmelserna om tillsynsmyndigheterna innehåller inte några bestämmelser som innebär någon rättighet för en enskild. I stället utgör dessa bestämmelser endast instruktioner för hur tillsynsmyndigheterna ska organiseras, vilka mål som tillsynsmyndigheten ska ha och vilka uppgifter som tillsynsmyndigheterna är skyldiga att utföra.”²⁷ (Vår understrykning.)

90. Eis och Nergelius påståenden saknar stöd i unionsrätten.

91. Redan i EU-domstolens välkända avgörande i mål 26/62, *Van Gend en Loos*, framgår att en unionsbestämmelse inte måste innebära en rättighet för en enskild att för att bestämmelsen ska kunna göras gällande inför nationell domstol.²⁸

92. Detta mål gällde dåvarande artikel 12 i EEG-fördraget (numera artikel 30 FEUF) som innebar en (negativ) skyldighet för medlemsstaterna att avstå från att sinsemellan skärpa eller införa nya tullar eller avgifter med motsvarande verkan. I sitt avgörande förklarade EU-domstolen:

”I artikel 12 uttalas ett klart och ovillkorligt förbud som innebär en skyldighet, inte att handla utan att underlåta att handla.

Denna skyldighet är inte heller försedd med något förbehåll om att staterna kan låta dess uppfyllande vara beroende av en bekräftande nationell rättsakt.

Genom själva sin karaktär är detta förbud väl ägnat att ha direkt effekt i de rättsliga förhållandena mellan medlemsstaterna och deras medborgare.

Genomförandet av artikel 12 kräver inte att medlemsstaterna vidtar några lagstiftningsåtgärder.

Det faktum att medlemsstaterna genom den artikeln utpekats som dem som är skyldiga att avstå från åtgärder, hindrar inte att deras medborgare kan ha rättigheter på grund av denna skyldighet.”²⁹ (Våra understrykningar.)

93. Enligt EU-domstolen gav således den (negativa) skyldigheten i bestämmelsen att underlåta att handla – ett klart och ovillkorligt förbud – upphov till direkt effekt. Att bestämmelsen riktade sig till medlemsstaterna och inte till enskilda utgjorde inget hinder mot direkt effekt.

94. I t.ex. mål C-72/95, *Kraaijeveld m.fl.*, hade EU-domstolen att ta ställning till om en medlemsstats skyldighet att genomföra en miljökonsekvensbedömning i samband med

²⁷ Eis Yttrande, s. 7.

²⁸ Mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen*.

²⁹ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen*.

byggprojekt enligt artikel 2.1 i direktiv 85/337 hade direkt effekt.³⁰ EU-domstolen konstaterade i sitt avgörande:

”I fråga om en enskilds rätt att åberopa ett direktiv och den nationella domstolens möjlighet att beakta detta har domstolen redan fastställt att det är oförenligt med direktivets bindande verkan enligt artikel [288 FEUF] att i princip omöjliggöra att den skyldighet som föreskrivs i direktivet kan åberopas av berörda personer. I synnerhet i de fall i vilka [unionens] institutioner genom ett direktiv har fastställt att medlemsstaterna skall agera på ett visst sätt, skulle den ändamålsenliga verkan av en sådan rättsakt förlora i styrka om enskilda förhindrades att åberopa den inför domstol och om de nationella domstolarna förhindrades att beakta den såsom en del av [unionsrätten] då de prövar om den nationella lagstiftaren, inom gränserna för de valmöjligheter avseende form och tillvägagångssätt för att genomföra direktivet som denne har givits, har hållit sig inom gränserna för befogenheten att företa en skönsmässig bedömning såsom den har angivits genom direktivet.”³¹ (Vår understrykning.)

95. Det framgår således av EU-domstolens rättspraxis att även direktivbestämmelser som ålägger *medlemsstaterna* en skyldighet att agera, eller inte agera, på ett visst sätt kan ha direkt effekt. Det krävs inte att bestämmelsen ”*innebär en rättighet för en enskild*”, som Ei och Nergelius påstår.

96. Bernitz och Kjellgren sammanfattar de krav som ställs för att en unionsbestämmelse (i sin bok ”Europarättens grunder”) ska ha direkt effekt på följande sätt:

”För att en unionsrättslig bestämmelse ska ha direkt effekt krävs i princip:

- *att den är ovillkorlig, dvs. att den kan tillämpas utan att några kompletterande åtgärder behöver vidtas eller kompletterande regler utfärdas av vare sig EU eller en medlemsstat,*
- *att eventuella övergångsperioder gått till ända samt*
- *att regelns innebörd är klar och precis. Regelns tillämpning får alltså inte vara beroende av en lämplighetsprövning. Tolkningsproblem är dock inget hinder för att anse en artikel vara klar och precis.*”³² (Våra understrykningar.)

97. Bernitz och Kjellgrens redogörelse för kriterierna för direkt effekt bygger direkt på EU-domstolens fasta rättspraxis. Ellevio kan t ex hänvisa till följande uttalande i EU-domstolens avgörande C-62/00:

”Det bör vidare erinras om att enligt fast rättspraxis har enskilda, i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv med avseende på innehållet framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, rätt att åberopa dem inför den nationella domstolen gentemot staten, dels då direktivet inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen, dels då det inte har införlivats på ett korrekt sätt (se bland annat dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker, REG 1982, s. 53, punkt 25, svensk specialutgåva, volym 6, s. 285, av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo, REG 1989, s. 1839, punkt 29, svensk specialutgåva, volym 10, s. 83, och av den 1

³⁰ Direktiv 85/337 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt.

³¹ Mål C-72/95, Kraaijeveld m.fl., punkt 56.

³² Bernitz U. och Kjellgren A., *Europarättens grunder*, (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), s. 116.

juni 1999 i mål C-319/97, Kortas, REG 1999, s. I-3143, punkt 21).” (Våra understrykningar.)

98. Motsvarande uttalanden om kriterierna för direkt effekt finns i ett stort antal andra rättsfall från EU-domstolen.
99. För att en unionsrättslig bestämmelse, t ex en bestämmelse i ett direktiv, ska ha direkt effekt fordras således att den är (i) ovillkorlig, (ii) att eventuella övergångsperioder (såsom t ex fristen för att implementera ett direktiv) gått till ända samt (iii) att bestämmelsen är ”klar och precis”. I motsats till vad Ei och Nergelius påstår, finns det inte något ytterligare, ”fjärde”, kriterium.
100. En helt annan sak är att en direktivbestämmelse som uppfyller kriterierna för direkt effekt – dvs. som är ovillkorlig och tillräckligt precis – *ger upphov till* en rättighet för en enskild som denne kan göras gällande i domstol. Med andra ord: rättigheten för enskilda att åberopa en direktivbestämmelse inför nationell domstol utgör *innebörden* (eller *rättsföljden*) av direkt effekt och *inte ett krav* (eller *kriterium*) för att direkt effekt ska föreligga. Ei och Nergelius har sammanblandat kriterierna för att direkt effekt ska föreligga med rättsföljden av att kriterierna är uppfyllda. Om *kriterierna* är uppfyllda är *rättsföljden* att enskilda har rätt att åberopa direktivbestämmelsen inför domstolen. Om direktivbestämmelsen till exempel förbjuder ett visst slag av nationella föreskrifter, kan enskilda åberopa direktivbestämmelsen och begära att den nationella domstolen inte tillämpar de förbjudna nationella föreskrifterna (rättsföljden).

8.4 Eftersom Ei och Nergelius grundar sin argumentation på ett fjärde kriterium som inte finns kan den inte tillmätas någon betydelse

101. Som nämnts ovan förutsätter inte direkt effekt av direktivbestämmelser att de innebär, eller ger upphov till, en rättighet för en enskild som Ei och Nergelius påstår. Detta oriktiga påstående om ett ”fjärde” kriterium är en helt central del av Eis och Nergelius argumentation för att det skulle behövas ett förhandsavgörande.
102. Ei återkommer med olika ordval till sitt ogrundade påstående om det ”fjärde” kriteriet vid upprepade tillfällen i sin inlaga (nedan våra understrykningar):

”Domstolen har därför i sin rättspraxis 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 [...].”³³

*”Detta förutsätter att bestämmelserna direkt ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter.”*³⁴

³³ Eis Yttrande, s. 6.

³⁴ Eis Yttrande, s. 6.

”Det krävs således, till skillnad från vad förvaltningsrätten funnit, att bestämmelserna om tillsynsmyndighetens oberoende i elmarknadsdirektivet innebär rättigheter för enskilda som är ovillkorliga och precisa för att dessa ska kunna åberopas direkt.”³⁵

”De ger inte upphov till några rättigheter som går att åberopa i nationell domstol och de kan därför inte tillämpas direkt.”³⁶

103. Som framhållits ovan utgår också Eis sakkunnige Nergelius till och med i sin ”frågeställning” från detta icke-existerande fjärde kriterium: *”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.”³⁷*
104. Det ”fjärde” kriterium som Ei och Eis expert lägger till grund för sina påståenden dels om att de aktuella direktivbestämmelserna inte skulle ha direkt effekt, dels om att ett förhandsavgörande skulle behövas, finns helt enkelt inte. Det är således även av detta skäl uppenbart att Eis argumentation om att det skulle föreligga ett behov av ett förhandsavgörande inte kan tillmätas någon betydelse.
105. Slutligen kan noteras att Ei, med instämmande av Nergelius, synes rikta kritik mot förvaltningsrätten då förvaltningsrätten i de överklagade domarna *”inte på något sätt motiverat hur rätten kommit fram till slutsatsen att de aktuella bestämmelserna i direktivet har direkt effekt och därmed kan tillämpas direkt och åsidosätta nationella regler”*.³⁸ Kritiken saknar fog. Det är inte ovanligt att svenska domstolar, däribland Högsta domstolen, åsidosätter nationella regler som strider mot EU-rätten utan att i domskälen särskilt behandla frågan om direkt effekt.³⁹

8.5 Den uppdelning som Bengtsson gör mellan ”materiella” och ”organisatoriska” direktivbestämmelser finns inte i unionsrätten

106. Bengtsson gör i sitt utlåtande en uppdelning mellan ”materiella” och ”organisatoriska” direktivbestämmelser. Enligt Bengtsson är direktivbestämmelser av materiell natur *”handelsdirigerande bestämmelser som ger anvisningar om hur domstolen ska döma i målet”* medan organisatoriska bestämmelser är bestämmelser som *”utgör instruktioner till medlemsstaterna om hur de ska organisera sitt arbete inom det område som regleras av direktivet”*.⁴⁰ Bengtsson påstår att direktivbestämmelser av organisatorisk natur inte *”nödvändigtvis”* ger upphov till samma rättsverkningar som när en materiell bestämmelse har direkt effekt.⁴¹

³⁵ Eis Yttrande, s. 7.

³⁶ Eis Yttrande, s. 7.

³⁷ Nergelius Utlåtande, s. 10.

³⁸ Eis Yttrande s. 6 och Nergelius Utlåtande s. 6.

³⁹ Se t ex NJA 2017 s. 941 och Kammarrätten i Stockholms dom av den 7 mars 2017 i mål 7380-14.

⁴⁰ Bengtssons Utlåtande, punkterna 32-33.

⁴¹ Bengtssons Utlåtande, punkt 33.

107. På samma sätt som Eis och Nergelius påstådda ”fjärde” kriterium saknar Bengtssons påståenden om uppdelning i bestämmelser av ”materiell och organisatorisk natur” helt förankring i unionsrätten. De avgöranden från EU-domstolen som Bengtsson hänvisar till som stöd för sin uppfattning innehåller ingenting om någon uppdelning mellan ”materiella” och ”organisatoriska” direktivbestämmelser. EU-domstolen utgår i målen från kriterierna för direkt effekt, dvs. om de i målen relevanta bestämmelserna är ovillkorliga och tillräckligt precisa och för i detta sammanhang överhuvud inte några resonemang om ”organisatoriska” eller ”materiella” bestämmelser.
108. Den av Bengtsson skapade uppdelningen och de olika resonemang Bengtsson för kring detta utgör således inte något som helst stöd för att kammarrätten skulle behöva inhämta ett förhandsavgörande.

9 Inskränkingsförbudet har direkt effekt

109. De aktuella bestämmelserna i målet är artiklarna 35.4, 37.1 a och 37.6 a i Direktivet.
110. Dessa bestämmelser medför en tydlig skyldighet för medlemsstaterna att inte inskränka den befogenhet att fastställa tarifferna eller metoderna för deras beräkning som utslutande är förbehållen tillsynsmyndigheten. Med andra ord; ett uttryckligt och klart inskränkingsförbud.
111. Artikel 37.1 a föreskriver att ”tillsynsmyndigheten ska fastställa eller godkänna [...] överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem [...].” (Vår understrykning.)
112. Artikel 37.6 a anger att ”tillsynsmyndigheterna [...] ska ansvara för att fastställa eller godkänna [...] överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder [...].” (Vår understrykning.)
113. Artikel 35.4 föreskriver att medlemsstaterna ska se till att tillsynsmyndigheten ”inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering”. I bestämmelsen föreskrivs vidare att ”[d]etta krav inkräktar inte i förekommande fall på ett nära samarbete med andra berörda nationella myndigheter eller på de allmänna politiska riktlinjer som regeringen utfärdat och som inte avser tillsynsskyldigheter och tillsynsbefogenheter enligt artikel 37.” (Vår understrykning.)
114. Av den ovillkorliga och precisa ordalydelsen i artiklarna 35.4, 37.1 a och 37.6 a är det således tydligt att ”tillsynsmyndigheten ska fastställa eller godkänna [...] överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem [...]” samt att denna befogenhet inte får inskränkas. En regering får inte utfärda allmänna riktlinjer som avser den befogenheten.

115. Redan 2009 konstaterade EU-domstolen att uppgiften att fastställa eller godkänna tariffer eller metoderna för beräkning av dessa enligt direktivbestämmelser är förbehållen den nationella tillsynsmyndigheten och att denna befogenhet inte får inskränkas genom en förordning.⁴² EU-domstolen har i Tysklandsdomen upprepat denna grundläggande (negativa) skyldighet.⁴³
116. I Tysklandsdomen framhåller EU-domstolen att artikel 37.1 a respektive artikel 37.6 a föreskriver att befogenheten att fastställa eller godkänna tariffer eller metoderna för beräkning av dem tilldelats de nationella tillsynsmyndigheterna. Domstolen fastslår i sitt avgörande (ännu en gång) att det är förbjudet att ge någon annan en sådan befogenhet eftersom det inskränker den uppgift som är förbehållen den nationella tillsynsmyndigheten.⁴⁴
117. EU-domstolen konstaterar att det följer av artikel 35.4 att de uppgifter som den nationella tillsynsmyndigheten tilldelats i artikel 37 ska kunna utövas oberoende, utan extern påverkan.⁴⁵ EU-domstolen understryker att det framgår tydligt av *ordalydelsen* i artikel 35.4 b ii att sådana allmänna riktlinjer som en regering kan utfärda inte får inskränka tillsynsmyndighetens uppgifter som avses i artikel 37:
- ”Det krav på oberoende som avses i artikel 35.4 b ii i [det tredje elmarknadsdirektivet][...] påverkar visserligen inte de allmänna riktlinjer som regeringen har utfärdat. Det framgår emellertid tydligt av dessa bestämmelsers ordalydelse att sådana allmänna riktlinjer inte rör de uppgifter eller tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i [det tredje elmarknadsdirektivet][...].”⁴⁶ (Vår understrykning.)*
118. Innebörden av artikel 35.4 b ii är således tydlig. En regering får inte inskränka den befogenhet att fastställa tarifferna eller metoderna för deras beräkning som förbehållits tillsynsmyndigheten.
119. Som återgetts ovan konstaterade EU-domstolen redan i sitt avgörande i mål 26/62, *Van Gend en Loos*, att en skyldighet för medlemsstaterna att underlåta att handla – dvs. ett förbud att vidta vissa åtgärder eller införa vissa nationella bestämmelser – kan göras gällande inför nationell domstol av en enskild (se punkterna 91-93).⁴⁷
120. EU-domstolen har härefter vid upprepade tillfällen slagit fast att ett förbud att vidta vissa åtgärder eller införa vissa nationella bestämmelser har direkt effekt.⁴⁸

⁴² Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, punkterna 29-30.

⁴³ Mål C-718/18, *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 106.

⁴⁴ Tysklandsdomen, punkterna 103-106 och 113.

⁴⁵ Tysklandsdomen, punkterna 107-108.

⁴⁶ Tysklandsdomen, punkt 110.

⁴⁷ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen*.

⁴⁸ Se t.ex. mål C-6/64, *Costa mot E.N.E.L.*, som är ett annat välkänt rättsfall.

121. Av denna rättspraxis följer att en skyldighet riktad till medlemsstaterna att inte införa vissa bestämmelser utgör ett typexempel på en unionsbestämmelse som till sin beskaffenhet, såsom ovillkorlig och tillräckligt precis, har direkt effekt.
122. Det råder således ingen som helst tvekan om att det inskränkingsförbud som föreskrivs i artiklarna 37.1 a och 37.6 samt 35.4 i Direktivet har direkt effekt:
- (i) Inskränkingsförbudet är *tillräckligt precis* – medlemsstaterna har en tydlig skyldighet att helt avstå från att genom nationella bestämmelser inskränka myndighetens befogenhet.
- (ii) Inskränkingsförbudet är också *ovillkorligt* – det krävs inte att vare sig EU eller medlemsstaterna vidtar ytterligare åtgärder.
- (iii) Tiden för implementering har löpt ut sedan länge.
123. Ei för i sitt yttrande endast svepande resonemang kring tillsynsmyndighetens ”oberoende” och påstår att kammarrätten bör ställa frågor till EU-domstolen kring tillsynsmyndighetens ”organisering och uppgifter” enligt Direktivet och om dessa bestämmelser har direkt effekt. När det gäller direkt effekt och det påstådda behovet av ett förhandsavgörande gör emellertid Ei inte ens ett försök att analysera de bestämmelser som avser inskränkingsförbudet. Än mindre gör Ei något försök att förklara varför inskränkingsförbudet inte skulle uppfylla kriterierna för direkt effekt. Något sådant försök görs inte heller i Nergelius Utlåtande. Som framgått ovan hänger de istället upp sin argumentation på det påstådda ”fjärde” kriteriet som inte finns.
124. Bengtsson påstår i sitt utlåtande att innebörden av artikel 35.4 ”*endast med svårighet utläses av direktivets ordalydelse*” och därför inte skulle uppfylla kraven på att vara ovillkorlig och tillräckligt precis. När Bengtsson gör detta uttalande förbigår han artikel 37.1 a och 37.6 a.
125. Bengtsson påstår att ”[n]är det gäller frågan om direkt effekt står dock direktivets ordalydelse i centrum och frågan är om direktivet i klara, precisa och ovillkorliga ordalag [...]” föreskriver den aktuella skyldigheten eller förbudet.⁴⁹ Och vidare: ”Den ’rätta innebörden’ av bestämmelsen kan endast med svårighet utläsas av direktivets ordalydelse och i detta avseende skiljer sig direktivet tydligt från de bestämmelser i EU-domstolens praxis som brukar tillerkännas direkt effekt.” Mot denna bakgrund håller Bengtsson ”det för högst tveksamt om artikel 35 [...]” i Direktivet har direkt effekt.⁵⁰
126. Bengtssons påståenden går på tvärs mot EU-domstolens uttalande i Tysklandsdomen. Som nämnts ovan underströk domstolen att det framgår tydligt av just *ordalydelsen* i artikel 35.4 b ii att sådana allmänna riktlinjer som en medlemsstats regering kan utfärda inte får inskränka, eller ens avse, tillsynsmyndighetens uppgifter enligt artikel 37.

⁴⁹ Bengtssons Utlåtande, punkt 53.

⁵⁰ Bengtssons Utlåtande, punkterna 57 och 58.

Bengtssons påstående om att direktivbestämmelsernas ordalydelse skulle vara oklar är således ogrundat.

127. Till detta kommer att Bengtssons påstående att direktivbestämmelsens ordalydelse skulle stå i centrum är fel. Det är primärt bestämmelsens *innebörd* som ska vara klar och precis – inte dess ordalydelse. Detta framhålls av Bernitz och Källgren:

*”För att en unionsrättslig bestämmelse ska ha direkt effekt krävs i princip: [...] att regelns innebörd är klar och precis”.*⁵¹

128. Bengtssons felaktiga påstående om att artikel 35.4 skulle vara svårtolkad är vidare irrelevant. EU-domstolen har klargjort att om det skulle uppstå tolkningsfrågor om den berörda bestämmelsens innebörd och exakta räckvidd kan dessa frågor lösas på rättslig väg, även med tillämpning av artikel 267 FEUF. Att en bestämmelse måste tolkas (vilket inte behövs i detta fall eftersom EU-domstolen uppenbarligen funnit att ordalydelsen i de aktuella direktivbestämmelserna är klar) utgör således inte ett hinder för direkt effekt.⁵² Eller som Bernitz och Kjellgren uttrycker det: *”Tolkningsproblem är dock inget hinder för att anse en artikel vara klar och precis”.*⁵³
129. Sammanfattningsvis utgör inte heller Bengtssons Utlåtande något stöd för att det skulle behövas ett förhandsavgörande.

10 Eis irrelevant påstående om att samtliga EU-länder har någon form av nationella regler där ramar för tillsynsmyndighetens beslutsfattande ges (CEER-rapporten)

130. Ei hänvisar i sitt yttrande till en rapport från the Council of European Energy Regulators (”CEER-rapporten”) där bl.a. de olika EU-medlemsstaternas nationella reglering av elmarknaden redovisas.
131. Utan närmare redogörelse för dess innehåll påstår Ei att det följer av rapporten *”att tillsynsmyndighetens oberoende inte av medlemsstaterna har uppfattats som att det inte får införas några nationella regler till vägledning för beräkningen av intäktsramar.”* Ei hävdar vidare att Direktivets bestämmelser av denna anledning inte kan anses som entydiga och precisa på ett sådant sätt som krävs för att de ska ha direkt effekt.⁵⁴
132. Ei har också i sin begäran om att kammarrätten ska inhämta ett förhandsavgörande påstått att det är nödvändigt *”[s]ärskilt mot bakgrund av att i princip alla medlemsstater har infört nationella regler om beräkning av intäktsramar”.*⁵⁵

⁵¹ Bernitz U. och Kjellgren A., *Europarättens grunder* (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), s. 116.

⁵² Mål C-41/74, *Van Duyn*, punkt 14.

⁵³ Bernitz U. och Kjellgren A., *Europarättens grunder* (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), s. 116.

⁵⁴ Eis Yttrande, s. 8.

⁵⁵ Eis Yttrande, s. 9.

133. Även Nergelius och Bengtsson har hänvisat till CEER-rapporten när de försöker argumentera för att de aktuella bestämmelserna i det tredje elmarknadsdirektivet skulle vara oklara.⁵⁶ Såvitt avser det påstådda behovet av förhandsavgörande hävdar exempelvis Nergelius att det är ”*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*”.⁵⁷
134. I motsats till vad Ei, Nergelius och Bengtsson hävdar, ger CEER-rapporten inget stöd för att det skulle vara nödvändigt att inhämta ett förhandsavgörande angående direkt effekt.
135. För det första, EU-domstolen har vid upprepade tillfällen konstaterat att medlemsstaterna ålagts en (negativ) skyldighet att inte inskränka den exklusiva befogenhet att fastställa tarifferna som tilldelats den nationella tillsmyndigheten. Detta konstaterade EU-domstolen senast genom Tysklandsdomen. Det föreligger ingen som helst oklarhet avseende vad som förväntas av medlemsstaterna enligt Direktivet.
136. För det andra, hur andra länder påstås ha uppfattat Direktivet utgör självklart inte något stöd för vad som gäller enligt unionsrätten. Det är EU-domstolens uppgift att tolka unionsrätten. I förevarande mål finns omfattande praxis och rättsläget är klart. Det finns för övrigt många exempel på när flera EU-medlemsstater uppfattat unionsrätten på ett sätt som senare visat sig felaktigt genom EU-domstolens avgöranden.
137. För det tredje, av CEER-rapporten framgår att det i flertalet fall är myndigheten, och inte regeringen, som fastställer metoderna för beräkning av tarifferna.⁵⁸ Bl.a. följande kan noteras:

Estland: “*The Estonian Competition Authority (ECA) establishes network charges for network operators. [...] The ECA has prepared uniform methods for the calculation of network charges based on the WACC.*”⁵⁹

Frankrike: “*In France, the Commission de Régulation de l’Énergie (CRE) is the independent authority responsible for the regulation of electricity and gas markets. CRE is in charge of setting up access rules and tariffs for the utilisation of electricity and gas grids.*”⁶⁰

Grekland: “*According to law, RAE approves tariff setting methodologies for all non-competitive activities and sets relevant overarching principles and criteria.*”⁶¹

⁵⁶ Nergelius Utlåtande ss. 2, 8 och 9 samt Bengtssons Utlåtande, punkt 54.

⁵⁷ Nergelius Utlåtande, s. 9.

⁵⁸ Dessa 17 länder innefattar Kroatien, Tjeckien, Estland, Finland, Frankrike, Storbritannien, Grekland, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Nederländerna, Nordirland, Norge, Portugal, Rumänien och Spanien.

⁵⁹ CEER-rapporten, s. 29.

⁶⁰ CEER-rapporten, s. 39.

⁶¹ CEER-rapporten, s. 50.

Lettland: “In accordance with the law ‘On Regulators of Public Utilities’, one of the regulator’s main functions is to determine tariffs and the methodology for calculation of tariffs.”⁶²

Nederländerna: “To ensure that network tariffs reflect what is normal in competitive circumstances and to stimulate operators to operate their networks as cost effectively as possible, electricity and gas network operators are subject to regulation. This regulatory task is performed by the Authority for Consumers and Markets (ACM).”⁶³

Rumänien: “The Romanian Energy Regulatory Authority (ANRE) is the regulatory authority responsible in Romania for approving methodologies and tariffs for electricity and gas networks.”⁶⁴

Spanien: “Royal Decree Law 1/2019 gives CNMC (Spanish NRA) powers to set revenues and tariffs, which was previously done by the Ministry.”⁶⁵

Tjeckien: “In the Czech Republic, Act No. 458/2000 (the Energy Act), sets up the Energy Regulatory Office (ERO) for the purpose of regulation in the energy sector. Under the Energy Act, the ERO is obliged to set out, in implementing legal regulations, the method of regulation in energy industries and price control procedures.”⁶⁶

138. Av dessa exempel framgår att Ei, Nergelius och Bengtsson inte har stöd i CEER-rapporten för påståendet att andra medlemsstater anser det möjligt att låta den nationella regeringen fastställa metoder för tariffernas beräkning.
139. CEER-rapporten utgör sammanfattningsvis inte något stöd för Eis begäran om förhandsavgörande angående direkt effekt.

11 Det föreligger inte något behov av att inhämta ett förhandsavgörande

140. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreligger det inte något behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Eis begäran ska därför avslås.

⁶² CEER-rapporten, s. 71.

⁶³ CEER-rapporten, s. 82.


⁶⁴ CEER-rapporten, s. 106.

⁶⁵ CEER-rapporten, s. 119.

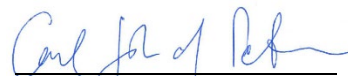
⁶⁶ CEER-rapporten, s. 21.

VINGE

Stockholm den 31 januari 2022



Jonas Eklund



Carl Johan af Petersens



Martin Johansson



Erik Lagerlöf

2022-02-02

2019-102852-0026