

Skickas per e-post: kammarrattenijonkoping@dom.se

Stockholm den 28 januari 2022

Mål nr 1103-21 m fl; Energimarknadsinspektionen ./ Öresundskraft m.fl.

Med referens till rubricerade mål och kammarrättens föreläggande av den 25 november 2021 anför de 108 elnätsföretag som företräds av A1 Advokater (Elnätsföretagen) följande.

1. KAMMARRÄTTENS FÖRELÄGGANDE

Kammarrätten har förelagt Elnätsföretagen att inkomma med skriftligt svar avseende Energimarknadsinspektionens (Ei) begäran om att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Kammarrätten har därvid i föreläggandet klargjort att Elnätsföretagen kommer att ges möjlighet att vid ett senare tillfälle inkomma med yttrande över Ei:s överklagande i övrigt.

2. ELNÄTSFÖRETAGENS INSTÄLLNING TILL EI:S BEGÄRAN

Elnätsföretagen motsätter sig Ei:s begäran att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen.

3. IMPLEMENTERING AV ELMARKNADSDIREKTIVET

Ellagen bygger på EU:s direktiv 2003/54/EG som sedermera ersatts av direktiv 2009/72/EG – det s.k. "Elmarknadsdirektivet".

Ursprungligen implementerade Sverige Elmarknadsdirektivet genom en s.k. efterhandsreglering innebärande att elnätsföretagen själva satte sina nättariffer och att Ei i efterhand årsvis kontrollerade att tariffssättningen var skälig.

Våren 2006 tillskrev EU-kommissionen Sverige med innebörd att Elmarknadsdirektivet inte hade implementerats på ett korrekt sätt bl.a. vad gäller kontrollen av tariffssättningen. Detta resulterade sedermera i att Sverige år 2009 fälldes av EU-domstolen för att inte ha implementerat Elmarknadsdirektivet på ett korrekt sätt (C-274/08).

Under år 2006 tillsatte regeringen en utredning (SOU 2007:99) som kom att resultera i en förändrad implementering av Elmarknadsdirektivet. Den nya lagstiftningen kom i sak att träda ikraft år 2012. Sverige implementerade därmed Elmarknadsdirektivet på ett korrekt sätt, genom förändringar i ellagen.

I anledningen av implementeringen redovisade Sverige vidtagna åtgärder till EU-kommissionen. Implementeringen inkluderade införandet av 5 kap. 6 § ellagen (som i sak motsvarar nuvarande 5 kap. 1 § ellagen). EU-kommissionen hade inga invändningar.

Implementeringen genom ellagen i nu aktuellt avseende, såvitt gäller intäktsram för nätverksamhet, har sålunda skett i enlighet med direktivet.

4. VAD HANDLAR MÅLEN OM – KORT BAKGRUND

Från den 1 januari 2012 bestäms elnätsföretagens tillåtna intäkter – intäktsramarna – i förväg för perioder om fyra år. Varje sådan period utgör en "tillsynsperiod". Ei fastställer genom myndighetsbeslut intäktsramen avseende varje tillsynsperiod för respektive elnätsföretag.

Den första tillsynsperioden under förhandsregleringen var åren 2012–2015. Den nu och för detta mål aktuella tillsynsperioden är den tredje och avser åren 2020–2023.

De grundläggande bestämmelserna för hur intäktsramarna ska fastställas finns i 5 kap. Ellagen. Ellagen bygger i sin tur på EU:s direktiv 2003/54/EG som sedermera ersatts av direktiv 2009/72/EG – det s.k. "Elmarknadsdirektivet".

Enligt 5 kap. 1 § ellagen ska intäktsramen ge en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Innebörden och betydelsen av den äldre lydelsen i 5 kap. 6 § ellagen är densamma som i nuvarande 5 kap. 1 § ellagen. Att så är fallet framgår uttryckligen av prop. 2017/18:237, sid. 75.

Enligt ellagen och fastslagen praxis ska det anläggas ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv när de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan fastställs. Ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv är avgörande för att Elnätsföretagen ska erhålla sådan avkastning på kapitalbasen som följer av ellagen.

Ei har vid fastställandet av Elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023 utgått ifrån och tillämpat bestämmelserna i 17-26 §§ intäktsramsförordningen.

Elnätsföretagen överklagade de av Ei beslutade intäktsramarna för tillsynsperioden 2020-2023 till förvaltningsrätten under åberopande av att besluten stod i strid med ellagen och därför, med hänvisning till 8 kap. 18 § RF, inte fick tillämpas jämlikt 11 kap. 14 § 1 st. RF. Elnätsföretagen gjorde också gällande att besluten stod i strid med Elmarknadsdirektivet.

5. FÖRVALTNINGSRÄTTEN BIFÖLL ELNÄTSFÖRETAGENS TALAN PÅ BÅDA GRUNDERNA. EI ÖVERKLAGADE DÄREFTER DESSA DOMAR TILL KAMMARRÄTTEN.

5.1 Förvaltningsrätten konstaterade att intäktsramsförordningen står i strid med ellagen (dvs. i strid med överordnad författning)

Förvaltningsrätten har i sin dom av den 26 februari 2021 (mål nr 9850-19 m fl.) konstaterat att det genom ett flertal avgörande av kammarrätten (t.ex. mål nr 101-14) har klargjorts att bestämmelserna i ellagen stadgar att det ska anläggas ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid beräkning av den regulatoriska avkastningen (förvaltningsrättens dom sid. 18).

Vidare konstaterade förvaltningsrätten att bestämmelserna i 17–26 §§ intäktsramsförordningen inte utgår från ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv på det sätt som enligt ovan angivna avgöranden följer av ellagen (förvaltningsrättens dom sid. 18).

Därtill konstaterade förvaltningsrätten att 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 bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen vad gäller den avkastning på kapitalbasen som ska ingå i intäktsramen (förvaltningsrättens dom sid. 19).

Förvaltningsrätten slog fast att 17–26 §§ intäktsramsförordningen stod i strid med ellagen och att Ei saknat rättsligt stöd för att fastställa den regulatoriska avkastningen på det sätt som har skett i de överklagade besluten (förvaltningsrättens dom sid. 19).

5.2 Frågan om intäktsramsförordningens förenlighet med unionsrätten

På sätt som ovan sagts bygger Ellagen på EU:s direktiv 2003/54/EG som sedermera ersatts av direktiv 2009/72/EG – det s.k. "Elmarknadsdirektivet". Annorlunda uttryckt – Elmarknadsdirektivet har implementerats i Sverige genom Ellagen.

Kammarrätten har i flera avgöranden avseende elnätsföretagens intäktsramar (t.ex. kammarrättens dom av den 10 november 2014 i mål nr 101-14) hänvisat till Elmarknadsdirektivet och olika EU-domstolsavgöranden och slagit fast att det ska anläggas ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv när de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan fastställs. Dessa perspektiv följer av Elmarknadsdirektivet – ett direktiv som implementerats av Sverige genom Ellagen.

Förvaltningsrätten konstaterade att 17–26 §§ intäktsramsförordningen står i strid med det framåtblickande, långsiktiga och stabila perspektiv som följer av ellagen. Förvaltningsrätten konstaterade också att nämnda bestämmelser i intäktsramsförordningen står i strid med Elmarknadsdirektivets krav på tillsynsmyndighetens oberoende.

Förvaltningsrätten utvecklade och förklarade sin slutsats i sina domskäl i mål nr 9850-19, avseende Ellevio AB.

Till att börja med slog förvaltningsrätten fast att bemyndigandet i 5 kap. 8 § ellagen i sig inte kan anses strida mot Elmarknadsdirektivet. Däremot kan föreskrifter som regeringen och Ei tar fram till följd av bemyndigandet strida mot Elmarknadsdirektivet, om innehållet i artiklarna (artikel 37) och syftet med direktivet inte uppfylls (förvaltningsrättens dom avseende Ellevio sid. 28).

Förvaltningsrätten förklarade att intäktsramsförordningens detaljreglering innebär en form av indirekt styrning från regeringens sida avseende beräkningen av den regulatoriska avkastningen och därför innebär en otillåten inskränkning i Ei:s befogenheter och att direktivets krav på Ei:s oberoende därmed inte uppfylls (förvaltningsrättens dom avseende Ellevio sid. 29).

Intäktsramsförordningens detaljreglering innebär därför i sig en inverkan på Ei:s oberoende samt en inskränkning i Ei:s grundläggande uppgifter och beslutsbefogenheter (förvaltningsrättens dom avseende Ellevio sid. 29).

Sammanfattningsvis konstaterade förvaltningsrätten att intäktsramsförordningens detaljreglering om hur den regulatoriska avkastningen ska beräknas påverkar räckvidden av Ei:s beslut på ett sätt som strider mot unionsrätten. Bestämmelserna i 17-26 §§ intäktsramsförordningen om hur avkastningen ska beräknas ska därför inte tillämpas vid beslut om nätföretagets intäktsramar (förvaltningsrättens dom avseende Ellevio sid. 29).

I Tysklandsdomen anges tydligt att bestämmelser av den art som 17–26 §§ intäktsramsförordningen utgör står i strid med Elmarknadsdirektivet (Tysklandsdomen sid. 29-34). Förvaltningsrättens dom står i överensstämmelse med Tysklandsdomen.

6. EI HAR EN FELAKTIG UPPFATTNING OM VAD MÅLET HANDLAR OM

I sitt kompletterande yttrande av den 27 oktober 2021, sid. 5, 4 st påstår Ei att den fråga som är föremål för kammarrättens prövning är följande:

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.

Vad Ei uppger vara "*frågan i detta mål*" är emellertid inte den fråga som förvaltningsrätten prövade och inte heller den fråga som är föremål för kammarrättens prövning. Målet handlar inte heller om "*direktivets bestämmelser tillämpas direkt i stället för de nationella bestämmelserna, eller gäller nationell lagstiftning till dess att den ändrats*".

Frågan i målet är om beslut grundade på bestämmelserna i 17–26 §§ intäktsramsförordningen står i strid med ellagen och/eller Elmarknadsdirektivet.

- a) Enligt den formella lagkraftens princip får en lag inte ändras på annat sätt än genom lag (8 kap. 18 § RF). 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 bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen vad gäller den avkastning på kapitalbasen som ska ingå i intäktsramen (förvaltningsrättens dom avseende Elnätsföretagen i mål 5503-19, sid. 19).
- b) Elmarknadsdirektivet ställer krav på att den nationella tillsynsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas. Intäktsramsförordningens detaljreglering om hur den

regulatoriska avkastningen ska beräknas, vilket är en följd av regeringens tillämpning av bemyndigandet, strider mot dessa krav och därmed mot unionsrätten. Bestämmelserna i intäktsramsförordningen om hur avkastningen ska beräknas ska därför inte tillämpas vid beslut om nätföretagets intäktsramar (domen avseende Ellevio sid. 31).

7. KONSEKVENSERNA AV EN LÅNG HANDLÄGGNINGSTID I KAMMARRÄTTEN

7.1 Konsekvenser för tillsynsperioden 2020–2023

Besluten om elnätsföretagens intäktsramar fattas före den tillsynsperiod som besluten avser. Därmed ges elnätsföretagen möjligheter att planera sin verksamhet i enlighet med de ekonomiska förutsättningar som gäller för tillsynsperioden.

De intäktsramar som följer av förvaltningsrättens domar medger avsevärt större intäktsramar än vad som följer av de överklagade besluten.

I avvaktan på nya beslut om intäktsramar måste Elnätsföretagen enligt ellagen följa de överklagade besluten. Elnätsföretagen har således ingen möjlighet att anpassa sin verksamhet och sina tariffer till förvaltningsrättens domar.

I förhållande till förvaltningsrättens domar tvingas elnätsföretagen att tillämpa lägre tariffer än vad som följer av ellagen. Elnätsföretagen förlorar därmed sin möjlighet att utnyttja hela den intäktsram som ellagen ger Elnätsföretagen rätt till under tillsynsperioden 2020–2023. Elnätsföretagen möjligheter att investera i elnäten minskas därmed också.

Sverige befinner sig i en situation när en total energiomställning pågår, detta i syfte att stoppa den globala uppvärmningen. Denna energiomställning kräver mycket stora investeringar i de svenska elnäten, såväl i stamnätet, som i region- och lokalnät. Denna situation är redan akut med kapacitetsbrist i elnäten i stora delar av Sverige.

Ett snart avgörande av målen är därför av nationell betydelse.

7.2 Konsekvenser för tillsynsperioden 2024–2027

För det fall ett avgörande av målen kommer först under tillsynsperioden 2024–2027 så kommer detta inte bara att påverka tillsynsperiod 2020–2023, utan att även få vittgående konsekvenser för åtminstone tillsynsperioden 2024–2027.

Utan ett avgörande i kammarrätten kommer Ei under hösten år 2023 att fatta nya felaktiga beslut grundade på 17–26 §§ intäktsramsförordningen för tillsynsperioden

2024–2027. Detta resulterar i fortsatt för låga intäktsramar och lägre investeringar i elnäten.

Utan ett avgörande i kammarrätten kommer Ei inte heller att kunna fullgöra sin lagstadgade skyldighet att under hösten år 2024 fastställa de slutliga intäktsramarna för tillsynsperioden 2020–2023. Därmed kommer Ei inte att kunna bestämma vilka belopp som utgör underskott och som därför får lov att användas under tillsynsperioden 2024–2027.

Konsekvenserna av detta är vittgående eftersom underskott för tillsynsperioden 2020–2023, enligt ellagen endast får överföras till tillsynsperioden 2024–2027. I realiteten blir de negativa konsekvenserna för Elnätsföretagen och för den nödvändiga energiomställningen än mer vittgående för tillsynsperioden 2024–2027 än för 2020–2023 om kammarrättens slutliga avgörande drar ut på tiden.

Konsekvenserna kan bli närmast oöverskådliga.

8. DET SAKNAS SKÄL ATT BEGÄRA FÖRHANDSAVGÖRANDE

Enligt Elnätsföretagens uppfattning saknas skäl att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Elnätsföretagen motsätter sig därför Ei:s begäran.

8.1 Ett förhandsavgörande från EU-domstolen är inte relevant för prövningen om de av Ei beslutade intäktsramarna står i strid med ellagen

På sätt som angivits i avsnitt 5.1 och 8.1 ovan är en grundläggande och självständig fråga i målet om beslut grundande på bestämmelserna i 17–26 §§ intäktsramsförordningen står i strid med ellagen och att dessa bestämmelser i intäktsramsförordningen därför inte får tillämpas vid fastställande av Elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023. Ett förhandsavgörande från EU-domstolen saknar all relevans för prövningen av denna fråga.

Kammarrätten behöver inte avgöra mer än denna fråga om kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning.

8.2 Ett förhandsavgörande från EU-domstolen är inte relevant för prövningen om de av Ei beslutade intäktsramarna står i strid med Elmarknadsdirektivet

Sverige har implementerat Elmarknadsdirektivet genom Ellagen. På sätt som redogjorts för under avsnitt 5.2 ovan konstaterade förvaltningsrätten i sin dom att

intäktsramsförordningens detaljreglering om hur den regulatoriska avkastningen ska beräknas påverkar räckvidden av Ei:s beslut på ett sätt som strider mot unionsrätten.

Frågan i målet är således inte som Ei hävdar att "*ett direktiv [sannolikt] implementerats felaktigt*". Frågan i målet är inte heller som Ei hävdar att "*direktivets bestämmelser [ska] tillämpas direkt i stället för de nationella bestämmelserna, eller gäller nationell lagstiftning till dess att den ändrats*".

Det föreligger således inte någon unionsrättslig tolkningsfråga av relevans för målets avgörande och det erfordras inte något klarläggande från EU-domstolen som är nödvändigt för att kammarrätten ska kunna döma i saken. Den s.k. Tysklandsdomen (EU-domstolens mål C-718/18) har klarlagt rättsläget ytterligare.

På sätt som Ei själv konstaterar i sitt yttrande av den 27 oktober 2021 på sid. 5 ankommer det på lagstiftaren att utreda om den "*svenska implementeringen av elmarknadsdirektivet kan komma att behöva justeras*". Detta är en annan fråga som inte är föremål för domstolens prövning.

9. HANDLÄGGNINGEN

För det fall kammarrätten beslutar att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen framstår det som uppenbart att kammarrätten inte kommer att kunna avgöra målen i sak före det att tillsynsperioden 2020–2023 löpt ut.

På sätt som redovisats i avsnitt 7 ovan medför en sådan fördröjning av målens avgörande vittgående och betydande negativa effekter för såväl Elnätsföretagen som för hela den svenska energiomställning som måste genomföras. De negativa konsekvenserna av att inhämta ett förhandsavgörande är därför väldigt betydande.

Detta är också en omständighet som starkt talar mot att ett förhandsavgörande ska inhämtas.

För det fall kammarrätten, trots vad Elnätsföretagen anfört, skulle överväga att inhämta ett förhandsavgörande vill Elnätsföretagen uppmärksamma kammarrätten på möjligheten att avgöra målen genom mellandom. På sätt som angivits i avsnitt 8.1 ovan kan målen slutligt avgöras på frågan om intäktsramsförordningen står i strid med ellagen.

Nämnda fråga kan avgöras med begränsad ytterligare skriftväxling i såväl tid som omfattning. Skulle kammarrätten dela förvaltningsrättens bedömning undviks de mycket negativa ekonomiska konsekvenser som ett inhämtande av ett förhandsavgörande medför. Högsta förvaltningsdomstolen har genom HFD 2017 ref. 13

förklarat att det inte finns något hinder mot att en förvaltningsdomstol meddelar mellandom, trots avsaknaden av uttrycklig lagregel.

Som ovan



Torgny Wetterberg



Kristoffer Ribbing