

Till

Kammarrätten i Jönköping

endast per e-post: kammarrattenijonkoping@dom.se

KAMMARRÄTTEN I JÖNKÖPING	
INKOM:	2022-01-31
MÅLNR:	1211-21
ÅRSTAL:	23

Malmö den 31 januari 2022

2022-02-02

2019-102785-0025

## YTTRANDE

Mål nr 1211—1214—21

**Energimarknadsinspektionen ./. E.ON Energidistribution AB**

Med hänvisning till kammarrättens föreläggande, kab 20, får vi som ombud för E.ON Energidistribution AB ("E.ON") återkomma enligt följande.

### 1 INSTÄLLNING

1. E.ON bestrid Energimarknadsinspektionens ("Ei") överklagande, förstahandsyrkandet såväl som andrahandsyrkandet, och yrkar att förvaltningsrättens dom ska stå fast.
2. E.ON motsätter sig att det ställs tolkningsfrågor till EU-domstolen.

### 2 INLEDNING

Kammarrätten har förelagt E.ON att inkomma med skriftligt svar avseende Ei:s begäran om att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Detta yttrande gäller således frågan om det finns förutsättningar för att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen.

Enligt E.ON:s uppfattning har förvaltningsrätten kommit till ett riktigt slut och förvaltningsrättens dom ska därför stå fast. Därvid kommer bolaget nedan att hänföra sig till bakgrund och andra rättsfrågor i målet i vissa avseenden, som är av omedelbar betydelse för frågan om det finns förutsättningar att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen.

Bemötandet av Ei:s överklagande kommer att utvecklas senare när tillfälle ges av kammarrätten, och sker således inte inom ramen för detta yttrande.

### 3 BAKGRUND

Nättarifferna för svenska elnätsföretag har sedan den 1 januari 2012 förhandsprövats enligt bestämmelser i ellagen (1997:857), genom beslut om intäktsramar för en fyraårig tillsynsperiod.

Syftet med regleringen om förhandsprövning var att korrekt implementera Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG ("elmarknadsdirektivet"), vilket Sverige dessförinnan fått kritik av EU-kommissionen för att inte ha gjort.<sup>1</sup>

Den 16 augusti 2018 utfärdades förordningen (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet ("intäktsramsförordningen"). Bestämmelserna i 17 § andra stycket samt 18-26 §§ intäktsramsförordningen ("metodbestämmelserna") anger att den kalkylränta som bestämmer den regulatoriska avkastningen ska beräknas på ett visst sätt och med vissa utgångspunkter.

Från den 1 januari 2012 till dess metodbestämmelserna blev gällande har utgångspunkterna för fastställande av kalkylräntan styrts av 5 kap. 6 § ellagen (numera 5 kap. 1 § ellagen), som endast angett att intäktsramarna ska ge en rimlig avkastning respektive avkastning som behövs för att få tillgång till kapital för investeringar. Beräkningssätt, liksom ingående värden och parametrar, har *de facto* beslutats av Ei och därefter överprovats av förvaltningsdomstolarna. De beräkningssätt, värden och parametrar som slås fast genom metodbestämmelserna gör i flera avseenden väsentliga avsteg från den praxis som hade utvecklats under 5 kap. ellagen.

Vid fastställande av intäktsramar för tillsynsperioden 2020-2023, för E.ON:s del i beslut den 10 oktober 2019, tillämpade Ei metodbestämmelserna.

E.ON med flera nätföretag överklagade intäktsramsbesluten.

I överklagandeprocessen har nätföretagen bl.a. åberopat att metodbestämmelserna strider mot överordnade författningar i ellagen och i unionsrätten,

- genom att bestämmelserna, i strid med den formella lagkraftens princip, i förordningsform ändrar innebörden av 5 kap. 1 § ellagen;
- genom att bestämmelserna strider mot 5 kap. 1 § ellagen avseende hur kalkylräntan fastställs och resultatet (nivån på kalkylräntan);
- genom att i strid med artiklarna 35.4, 37.1a och 37.6a i elmarknadsdirektivet ingripa i tillsynsmyndighetens (Ei) exklusiva befogenhet och inskränka myndighetens oberoende;
- genom att i strid med artiklarna 37.16 och 37.17 i elmarknadsdirektivet inskränka möjligheten till domstolsprövning av Ei:s beslut; samt
- genom att i strid med artikel 37.6a elmarknadsdirektivet lägga fast nätföretagens intäktsramar på en nivå som inte motsvarar en marknadsmissig avkastning och därmed inte möjliggör nödvändiga investeringar i elnäten, och att i strid med nämnda artikel och grundläggande unionsrättsliga principer ändra förutsättningarna för reglerad nätverksamhet på ett sätt som innebär att regleringen blir kortsiktig och oförutsebar.

Nätföretagen har därvid framhållit att tydlig EU-domstolspraxis bekräftar att antagande av detaljerade bestämmelser om metoder för beräkning av in-

---

<sup>1</sup> Prop. 2008/09:141 s. 30 ff.

täktsramar inte är förenligt med elmarknadsdirektivets krav på att tilldela de regleringsuppgifter som framgår av ovannämnda artiklar till den nationella tillsynsmyndigheten, och inte heller är förenligt med att tillsynsmyndighetens beslut ska kunna domstolsprövas i sin helhet till sitt materiella innehåll.

Under processen i förvaltningsrätten meddelade EU-domstolen dom i mål C-767/19, *Kommissionen mot Belgien*, och generaladvokaten gav förslag till avgörande i mål C-718/18, *Kommissionen mot Tyskland*. Denna dom och detta yttrande underströk ytterligare att i de fall villkor och metoder enligt elmarknadsdirektivet ska fastställas av tillsynsmyndigheten får de inte bestämmas av annan, varken genom författning eller på annat sätt.<sup>2</sup>

Ei hemställde ändå att förvaltningsrätten skulle tillfråga EU-domstolen *om metodbestämmelserna strider mot unionsrätt*. Nätföretagen svarade att det inte finns förutsättningar för att ställa sådana tolkningsfrågor eftersom de relevanta reglerna har uttolkats av EU-domstolen i flera mål, som är tillräckligt underlag för bedömningen.<sup>3</sup>

Förvaltningsrätten har i dom den 26 februari 2021 bl.a. i mål nr 9349-19 m.fl. funnit dels att det inte fanns behov av att inhämta förhandsavgörande, dels att metodbestämmelserna inte får tillämpas

- då metodbestämmelserna ändrar bestämmelsen i 5 kap. 1 § ellagen och står i strid med ellagen,<sup>4</sup> samt
- då metodbestämmelserna strider mot kravet på tillsynsmyndighetens oberoende enligt elmarknadsdirektivet.<sup>5</sup>

Ei har överklagat förvaltningsrättens dom och har, efter långa anstånd, kompletterat överklagandet vid två separata tillfällen.

Den 2 september 2021 meddelade EU-domstolen dom i mål nr C-718/18, varvid EU-domstolen åter bekräftade att elmarknadsdirektivets krav på tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva behörighet inte tillåter politisk styrning av tariffer eller metoder för att beräkna tariffer, inte heller i författningsform.

#### 4 Ei:s HEMSTÄLLAN OM FÖRHANDSAVGÖRANDE

I den andra kompletteringen av Ei:s överklagande, den 27 oktober 2021, har myndigheten anfört att den svenska regleringen har likheter med den som prövades i mål nr C-718/18. Dock menar Ei nu att justering av det svenska regelverket är en fråga (underförstått: endast) för lagstiftaren. Enligt Ei ska metodbestämmelserna därför tillämpas i detta mål oavsett att metodbestämmelserna strider mot elmarknadsdirektivet, eftersom artiklarna som gäller

---

<sup>2</sup> Se de nämnda EU-domstolsavgörandena. Domen och yttrandet har även kommenterats i Ellevios yttrande den 11 december 2020 samt mejl den 14 januari 2021 i mål nr 9850-19 m.fl., som E.ON anslutit sig till och hänvisat till.

<sup>3</sup> Se om detta E.ON:s yttrande den 28 augusti 2020, punkten 5.1 och Ellevios yttrande ds, punkten 9.

<sup>4</sup> a. dom s. 17 f.

<sup>5</sup> a. dom s. 20, samt dom samma dag i mål nr 9850-19 m.fl., s. 26-31.

tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva behörighet inte – enligt vad Ei nu hävdar – har direkt effekt.

Ei har vidare åter hemställt att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, nu gällande frågan "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".<sup>6</sup>

## 5 DET FINNS INTE SKÄL ATT INHÄMTA FÖRHANDSAVGÖRANDE

### 5.1 Inledning

E.ON ansluter sig och hänvisar till vad som anförts av Öresundskraft m.fl. (mål nr 1103-21 m.fl.) i yttrande den 28 januari 2022 samt av Vattenfall (mål nr 1215—1219-21) respektive Ellevio (mål nr 1220—1222-21) i yttranden som getts in till kammarrätten denna dag.

### 5.2 Rättsliga utgångspunkter

EU-domstolen är behörig att meddela förhandsavgöranden angående tolkning av unionens fördrag samt giltigheten och tolkningen av andra unionsrättsakter (artikel 19.3b Fördraget om Europeiska unionen och artikel 267 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, "FEUF").

Nationella domstolar får begära ett sådant förhandsavgörande *om de anser att det är nödvändigt för att döma i saken* (artikel 267 FEUF, andra stycket). I sista instans är inhämtande av förhandsavgörande obligatoriskt (artikel 267 FEUF tredje stycket).

Samtidigt får nationella domstolar tillämpa och tolka unionsrätten i de mål som de avgör. Detta är också helt nödvändigt för att unionsrätten ska få genomslag i medlemsstaterna, och för att EU-domstolen inte ska få en helt orimlig arbetsbörda.<sup>7</sup> Syftet med förhandsavgöranden är att EU-domstolen ska kunna vägleda nationella domstolar, att säkerställa att tillämpningen av unionsrätten blir enhetlig samt att utveckla unionsrätten och lösa problem med unionens rättsordning.<sup>8</sup> Huruvida nationell domstol, som inte har en skyldighet därtill, bör ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen måste bestämmas efter en avvägning vid vilken EU-domstolens nu angivna uppgifter beaktas.<sup>9</sup>

Nationella domstolar får aldrig förklara unionsrättsliga regler ogiltiga (det får endast EU-domstolen göra).<sup>10</sup> Däremot får nationella domstolar pröva giltigheten av unionsrätt när slutsatsen är att den gäller. Avseende tolkningsfrågor är nationella domstolar i sista instans skyldiga att ställa frågor till EU-domstolen,

---

<sup>6</sup> Kab 13, s. 8-9.

<sup>7</sup> Bergström m.fl., *Introduktion till EU-rätten*, (2015, JUNO), s. 363 ff. och s. 375 f.

<sup>8</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 363 ff.

<sup>9</sup> Se t.ex. EU-domstolen i mål C-295/04, *Manfredi*, punkt 26.

<sup>10</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 376 och s. 294, se även EU-domstolens dom 22 oktober 1987 i mål C-314/85 *Foto-Frost*.

och de får avstå endast om EU-domstolen redan har gett tillräcklig vägledning om frågan eller om den rätta tolkningen av unionsrätten är uppenbar (*acte claire*).<sup>11</sup> Andra domstolsinstanser som – likt kammarrätten – har möjlighet att ställa frågor bör beakta om det finns behov av vägledning både i det förevarande målet och i allmänhet, dvs. om ett förhandsavgörande skulle bidra till syftet att få en enhetlig tillämpning av unionsrätten. Om det vid nationell domstol har uppkommit en fråga gällande en giltig unionsrättsakt och det inte finns ett behov av (ytterligare) vägledning om samma fråga i andra mål och medlemsstater, bör det nationella målet avgöras utan att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen.<sup>12</sup> Om EU-domstolen redan väglett om den aktuella frågan, genom att besvara samma fråga eller besvara snarlika frågor i andra fall, tjänar ett nytt förhandsavgörande inget syfte.

EU-domstolen prövar inte sakfrågor eller frågor om tolkningen eller giltigheten av nationella författningar (det är en uppgift för de nationella domstolarna).<sup>13</sup> I EU-domstolens rekommendationer till nationella domstolar framhålls att även om nationella domstolar kan ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen så snart det kan konstateras att det är nödvändigt för att avgöra ett mål, måste både omständigheterna i målet och de nationella rättsfrågorna bli väl utredda innan den nationella domstolen överväger att formulera och ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen, om förfarandet ska vara till någon nytta.<sup>14</sup>

### 5.3 Målen kan avgöras oavsett elmarknadsdirektivet

Nätföretagen har åberopat flera rättsliga grunder, hänförliga till både nationell rätt och unionsrätt, för att metodbestämmelserna inte får tillämpas.

Här ska framhållas det för icke-tillämpning av metodbestämmelserna enligt 11 kap. 14 § regeringsformen är tillräckligt att bestämmelserna står i strid med en överordnad författning. Således är var och en av de rättsliga grunderna som åberopats tillräckligt skäl för det slut som förvaltningsrätten kommit till.

Ei anger i sin andra komplettering av överklagandet att frågan i detta mål är "vad rättsverkningarna är av ett felaktigt genomfört direktiv".<sup>15</sup> Det är en felaktig, alltför snäv, beskrivning av målet. Frågan i detta mål är om metodbestämmelserna får tillämpas, dvs. om bestämmelserna strider mot någon av de överordnade författningar som nätföretagen hänfört sig till, inkluderande både ellagen och elmarknadsdirektivet.

Frågorna om metodbestämmelserna i strid med 8 kap. 18 § regeringsformen ändrat 5 kap. 1 § ellagen (som den uttolkats i praxis), och om bestämmelserna strider mot 5 kap. 1 § ellagen, gäller uteslutande tolkning och tillämpning av nationell rätt. E.ON:s bemötande av Ei:s överklagande kommer i denna del

---

<sup>11</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 372 ff., samt EU-domstolens dom 6 oktober 1982 i mål C-823/81 *CILFIT*.

<sup>12</sup> Jfr Bergström m.fl. (2015), s. 376 ff.

<sup>13</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 378.

<sup>14</sup> Jfr EU-domstolens *Rekommendationer till nationella domstolar*, punkt 12-13, och därtill gjorda hänvisningar.

<sup>15</sup> Ei:s komplettering den 27 oktober 2021, kab 13, s. 5.

att utvecklas när kammarrätten ger tillfälle därtill. Redan nu kan noteras att det enligt E:ON:s mening är tydligt att förvaltningsrätten har gjort en riktig bedömning avseende ellagen, med hänsyn till både metodbestämmelsernas innehåll och bestämmelsernas avsedda effekt.

Om kammarrätten, likt förvaltningsrätten, finner att metodbestämmelserna har antagits i strid med 8 kap. 18 § regeringsformen och strider mot 5 kap. 1 § ellagen ska metodbestämmelserna inte tillämpas.

Det finns inget behov av att tillämpa unionsrätt, och därmed inget behov av förhandsavgörande, för att konstatera att metodbestämmelserna strider mot ellagen och inte får tillämpas.

#### 5.4 Målen kan avgöras oavsett direkt effekt av direktivbestämmelserna

När det gäller de unionsrättsliga frågorna i målet är det klart, och efter EU-domstolens dom i mål C-718/18 tillsynes även ostridigt, att metodbestämmelserna strider mot i vart fall artiklarna 35.4, 37.1a och 37.6a i elmarknadsdirektivet avseende tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva behörighet.

I enlighet med den unionsrättsliga lojalitetsprincipen och principen om unionsrättens företräde, är nationella domstolar och myndigheter skyldiga att lojalt säkerställa unionsrättens genomslag.<sup>16</sup>

Ei hävdar nu att icke-tillämpning av metodbestämmelserna endast kan bli aktuellt om de aktuella artiklarna dessutom har direkt effekt. Det finns – enligt Ei – inget annat sätt att få ett resultat som överensstämmer med unionsrätten t.ex. genom EU-konform tolkning av nationell rätt. Påståendet synes grunda sig på att Ei dels endast övervägt om det finns någon tolkning av metodbestämmelserna som uppfyller elmarknadsdirektivets krav, dels antagit den felaktiga utgångspunkten att tolkning [av nationell rätt] inte kan leda till icke-tillämpning av metodbestämmelserna.

I motsats till vad Ei påstått, framgår det dock av EU-domstolens praxis att nationella domstolar ska underlåta eller avgränsa tillämpning av nationella bestämmelser som strider mot unionsrätt utan direkt effekt – om det finns möjlighet att uppnå detta inom den nationella rättsordningen. Därvid ska det beaktas om det resultat som eftersträvas i direktivet kan uppnås med något medel i den nationella rättsordningen, inklusive principer för lagtolkning samt lösning av normkonflikter mellan nationella regler.<sup>17</sup>

I detta fall ligger det i öppen dager att icke-tillämpning av metodbestämmelserna kan ske inom ramen för den nationella rättsordningen – nämligen genom nätföretagens och förvaltningsrättens tolkning av 5 kap. 1 § ellagen.

Regleringen i 5 kap. ellagen infördes för att genomföra elmarknadsdirektivet och bestämmelsen i 5 kap. 1 § anvisar endast resultatet som ska uppnås

---

<sup>16</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 99 ff. och s. 117 ff, Bernitz m.fl., *Europarättens grunder* (JUNO, 2018), s. 101 ff.

<sup>17</sup> Bergström m.fl. (2015), s. 117 f. med där gjorda hänvisningar. Samt se mål C-379/01—C/403-01 *Pfeiffer m.fl.* punkten 116 (114-117) och mål C-261/20 *Thelen Technopark Berlin*, s. 2.

(bl.a. tillräcklig avkastning för att kunna få kapital till nätinvesteringar, i linje med liknande formuleringar i elmarknadsdirektivet). Genom 5 kap. 3 § ellagen fick Ei bemyndigande att *besluta om intäktsramar* och ange vilka *uppgifter och metoder* som använts för att bestämma intäktsramen. Bestämmelsen ändrades specifikt för att uppfylla artikel 37.1a elmarknadsdirektivet och därvid konstateras att det *"inte finns något utrymme för att regeringen fastställer intäktsramen"*.<sup>18</sup> Regleringen har möjliggjort att närmare utgångspunkter och beräkningsmetoder utvecklas i myndighets- och domstolspraxis utan att detaljstyras av regeringen (också i linje med elmarknadsdirektivet).

Metodbestämmelserna infördes långt därefter av regeringen för att fastlägga utgångspunkter och beräkningsmetoder, med uttalat syfte att ändra utgångspunkter och metoder som tidigare utvecklats i domstolspraxis samt begränsa omfattningen av framtida domstolsprövningar. Resultatet av bestämmelsernas tillämpning, som gick att förutse redan när regeringen antog dem, blev att spannet av möjliga regulatoriska kalkylräntor kraftigt begränsats och att den regulatoriska kalkylräntan har sänkts väsentligt.

Som förvaltningsrätten funnit har metodbestämmelserna andra utgångspunkter än ellagen, samt är bindande för Ei och begränsar myndighetens val av metoder och beräkningssätt vid fastställande av kalkylräntan.<sup>19</sup> Detta är inte förenligt med ellagen eller med kravet på tillsynsmyndighetens oberoende.

Förvaltningsrättens dom innebär, redan i den del som endast avser ellagen, att situationen innan regeringen antog metodbestämmelserna återställs. Med andra ord återbördas handlingsutrymmet vid val av metoder och beräkningssätt till Ei och förvaltningsdomstolarna. Detta genom att en överordnad nationell regel (5 kap. 1 § ellagen) – tolkad på sätt som följer den rättspraxis som utvecklats utan regeringens detaljstyrning (utan metodbestämmelserna) och följer elmarknadsdirektivet – får företräde i enlighet med nationella regler om normkonflikter (8 kap. 18 § och 11 kap. 14 § regeringsformen). Unionsrättens krav på tillsynsmyndighetens oberoende och möjlighet till fullständig materiell domstolsprövning av dess beslut blir därigenom också tillgodosedda.

Även normgivningsbemyndigandet i 5 kap. 8 § ellagen ska tolkas direktivkonformt, vilket i detta fall bör leda till att bemyndigandet inte anses omfatta utfärdande av förordning som strider mot elmarknadsdirektivet (eller med 5 kap. 1 och 3 §§ ellagen tolkade i ljuset av direktivet). Detta är helt i linje med förvaltningsrättens bedömning att bemyndigandet inte strider mot elmarknadsdirektivet i sig, men att bemyndigandet i detta fall använts felaktigt på ett sätt som strider mot direktivet.<sup>20</sup>

Det ovan sagda illustrerar att nationell rätt – ellagen – på flera punkter kan tolkas direktivkonformt och stödjer att metodbestämmelserna inte får tillämpas enligt nationella regler om normkonflikter. Unionsrättens krav talar ytterligare för dessa tolkningar, som kan ske med hänsyn till den unionsrättsliga

---

<sup>18</sup> Prop. 2010/11:70 s. 126, SFS 2011:712.

<sup>19</sup> Jfr förvaltningsrättens dom i mål nr 9349-19 m.fl., s. 17-18 samt förvaltningsrättens dom i mål nr 9850-19 m.fl., s. 29.

<sup>20</sup> Jfr förvaltningsrättens dom i mål nr 9850-19 m.fl., s. 31.

lojalitetsprincipen och principen om unionsrättens genomslag, samt till EU-domstolens praxis om direktivkonform tolkning av nationell rätt.

Det finns inget behov av att tillämpa direktivbestämmelserna direkt (direkt effekt), och inget behov av förhandsavgörande, för att konstatera att metodbestämmelserna även ska åsidosättas med stöd av nationell rätt som tolkas i ljuset av relevanta bestämmelser i elmarknadsdirektivet.

## 5.5 Unionsrätten är inte oklar – direktivbestämmelserna har direkt effekt

Även om kammarrätten – trots det som sagts ovan – skulle anse att frågan om de åberopade direktivbestämmelserna har direkt effekt kan bli avgörande för utgången i detta mål, kan målet avgöras av kammarrätten utan att det behöver inhämtas förhandsavgörande från EU-domstolen.

Det finns en omfattande EU-domstolspraxis rörande direkt effekt av EU-direktiv, som ger fullt tillräcklig vägledning för att konstatera att de aktuella artiklarna i elmarknadsdirektivet har direkt effekt. Även om denna praxis rör andra direktivbestämmelser än de artiklar i elmarknadsdirektivet som har åberopats av nätföretagen, ger den tydlig vägledning för bedömningar om direkt effekt generellt, som kan appliceras på artiklarna och i detta mål.

EU-domstolen har i flera avgöranden anfört att direktivbestämmelser kan ha direkt effekt under förutsättning att bestämmelsen är tillräckligt ovillkorlig och precis i fråga om resultatet, samt att införlivandetiden passerat.<sup>21</sup>

I Ei:s komplettering av överklagandet och i därtill fogade rättsutlåtanden, görs det gällande att kraven på *tillsynsmyndigheters* oberoende och exklusiva behörighet "...endast [är] instruktioner för hur tillsynsmyndigheterna ska organiseras, vilka mål som tillsynsmyndigheterna ska ha och vilka uppgifter som tillsynsmyndigheterna är skyldiga att utföra" och att de inte ger upphov till rättigheter för enskilda.<sup>22</sup> Synsättet att elmarknadsdirektivets regler om tillsynsmyndighetens oberoende endast är instruktioner för organisering, eller är skyddsregler för myndigheten själv, kommer också till uttryck genom att Nergelius utlåtande betonar att intäktsramsförordningen tillkommit efter önskemål från Ei som "inte var tillfreds med hur den gamla förordningen [rätteligen ellagen, vår anm.] tillämpats i domstol". Ei:s utgångspunkt i detta argument är i grunden felaktig.

Kravet på tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva behörighet är en skyddsregel för elmarknadens funktion och dess aktörer, inte för Ei. Det kan inte dispenserar av myndigheten. Samma sak gäller även kravet att tillsynsmyndighetens beslut ska kunna överklagas och domstolsprövas i sin helhet.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Bergström m.fl. (2015) s. 400 ff., Bernitz m.fl. (2018), s. 115 och s. 118, Craig et al., *EU Law – Text, cases and materials* (Oxford 2015 (6u)), s. 200 f. Se även EU-domstolen t.ex. i mål C-397/01 *Pfeiffer m.fl.*, punkt 104.

<sup>22</sup> Kab 13, s. 7. Se även Nergelius utlåtande (kab 14), s. 8 och Bengtssons utlåtande (kab 17), s. 9.

<sup>23</sup> Avseende möjligheten till domstolsprövning av beslut angav förvaltningsrätten i och för sig att metodbestämmelserna inte strider mot elmarknadsdirektivet då "prövningen i nu aktuella mål inte begränsas till en laglighetsprövning" (dom i mål nr 9850-19 m.fl., s. 9-10). I detta avseende, som inte haft någon inverkan på utgången i målet, vidhåller E.ON



För det första är det ett anmärkningsvärt påstående att bestämmelser med syfte att freda myndighetsbeslut från politisk påverkan, inte skulle vara att hänföra till bestämmelser som ger upphov till rättigheter för enskilda. Kravet på tillsynsmyndighetens oberoende innebär just att medlemsstaterna ska säkerställa att beslut, bl.a. om villkoren för nättillträde och metoderna för beräkning av tariffer, fattas utan direkt eller indirekt politisk styrning för att skapa ett investeringsklimat präglad av stabilitet och förutsebarhet.<sup>24</sup> Det torde vara uppenbart att frihet från politisk inblandning i myndighetsbeslut, med syfte att ge trygghet och förutsebarhet i de frågor som besluten avser, är att hänföra till rättigheter och dessutom grundläggande sådana. Att detta inte skulle gälla reglerna om myndighetens oberoende i elmarknadsdirektivet, eller att denna rätt i något avseende skulle vara oklar eller så "ofärdig" att den inte kan tillämpas utan att införlivas genom en specifik nationell lagregel eller kompletteras, är orimligt och felaktigt. Kravet på tillsynsmyndighetens oberoende är vidare starkt knutet till kraven på motivering av myndighetens beslut och möjlighet till domstolsprövning av detsamma.<sup>25</sup> Rätten till domstolsprövning av beslut är i det närmaste ett typexempel på en tydlig och i sig själv "färdig" bestämmelse om rättigheter för enskilda.

För det andra är det i sig felaktigt att frågan om direktivbestämmelser ger "rättigheter för enskild", i den meningen som Ei tycks hävda, är avgörande för om bestämmelserna har direkt effekt. Direkt effekt innebär att enskilda har rätt att åberopa direktivbestämmelser och att bestämmelserna kan tillämpas av nationella domstolar. Att bestämmelserna ger (materiella) rättigheter till enskilda utgör inte en förutsättning för direkt effekt. Det framgår av EU-domstolens praxis att bestämmelser som ålägger medlemsstaterna en skyldighet, inkluderande bestämmelser som anger att medlemsstater inte får agera på ett visst sätt, kan åberopas av enskilda. I detta fall innebär unionsrätten att medlemsstaterna inte får meddela bestämmelser som detaljstyr metoder för beräkning av tariffer – en entydig skyldighet att inte agera på ett visst sätt, som uppfyller alla förutsättningar för direkt effekt. Detta utvecklas i Ellevios yttrande punkterna 8-9, som E.ON anslutit sig till.

Ei gör vidare gällande dels att det inte framgått direkt av elmarknadsdirektivets ordalydelse att den styrning som tillsynsmyndigheten får söka eller ta emot, inte heller får komma i författningsform, dels att "i princip alla" medlemsstater antagit liknande författningar om metoderna för beräkning av tariffer och inte uppfattat elmarknadsdirektivet som ett hinder för detta.<sup>26</sup> Myndigheten hävdar att detta visar att direktivbestämmelserna inte kan anses klara och otve-

---

att prövning enligt 11 kap. 14 § regeringsformen (lagprövning), likt författningsdomstolarnas laglighetsprövningar i andra rättsordningar, enligt tydlig EU-domstolspraxis inte uppfyller elmarknadsdirektivets krav.

<sup>24</sup> Se elmarknadsdirektivets skäl 34 (preambeln) och t.ex. EU-kommissionens uttalande 22 januari 2010 i *Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas: The regulatory authorities*, s. 6. Även EU-domstolen i mål C-718/18 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 112 f. och 132 (myndighetens oberoende) och punkten 118 f. (domstolsprövning).

<sup>25</sup> EU-kommissionen (2010), s. 19-22.

<sup>26</sup> Kab 13, s. 8.

tydiga och därför inte kan ha direkt effekt. Påståendet är både felaktigt i sig och därtill inte relevant för den slutsats som Ei vill härleda ifrån det.

Den CEER-rapport (*Report on Regulatory Frameworks for European Energy Networks*) som Ei gett in till kammarrätten visar inte att "i princip alla" medlemsstater antagit liknande regler [som metodbestämmelserna] – rapporten visar tvärtom att flertalet av medlemsstaterna har överlämnat åt nationella tillsynsmyndigheter att fastställa metoder för att beräkna tariffer.<sup>27</sup>

I motsats till vad Ei påstår är det vidare inget hinder mot direkt effekt av direktivbestämmelser om bestämmelserna behöver tolkas.<sup>28</sup> Det är heller inget hinder mot direkt effekt när medlemsstaterna getts ett visst handlingsutrymme vid genomförandet.<sup>29</sup> Om en tillräckligt tydlig och ovillkorlig regel (rättighet eller skyldighet – eller ett icke obegränsat handlingsutrymme som medlemsstaten gått utanför) kan separeras ut från direktivets övriga delar, kan den regeln åberopas av enskilda.<sup>30</sup> I ljuset av EU-domstolens praxis är dessutom innebörden av elmarknadsdirektivets bestämmelser om tillsynsmyndighetens oberoende och exklusiva kompetens, både före domen i mål C-718/18 och i synnerhet därefter, klar och tydlig. Medlemsstater får inte anta författning som detaljstyr hur metoder för att beräkna tariffer fastställs. Detta är en ovillkorlig och otvetydig regel, som kan ha direkt effekt.

Slutligen ska noteras att Ei har hänfört sig till den tyska nationella tillsynsmyndighetens, *Bundesnetzagentur*, uttalande att tyska nationella regler ska fortsätta tillämpas tills de har ändrats, grundat bl.a. på att elmarknadsdirektivet inte sägs ha direkt effekt.<sup>31</sup> Ei har anfört att en domstolsprövning i Sverige inte "rimligtvis" kan innebära att elmarknadsdirektivet får mer långtgående effekter här än vad det får i Tyskland.

Här ska framhållas att *Bundesnetzagenturs* förhållningssätt inte utgör en rättskälla vid domstolsprövning i Sverige. Om den tyska tillsynsmyndighetens uttalande ska tillmätas betydelse i detta mål, måste detta härledas från övertygande argument i en jämförbar situation. Av pressmeddelandet som Ei gett in till kammarrätten framgår att *Bundesnetzagentur* beaktat nationell praxis från den tyska författningsdomstolen. Den tyska författningsdomstolen har utvecklat egna kriterier för bedömning av frågor om direkt effekt och icke-tillämpning eller partiell icke-tillämpning av nationell rätt, som inte har någon motsvarighet i svensk rättspraxis. I svensk praxis finns istället tydligt stöd för att domstolarna omedelbart erkänner unionsrättens företräde, och finns flera exempel på icke-tillämpning av nationella bestämmelser när dessa bedömts strida mot unionsrätt.<sup>32</sup> Vidare har *Bundesnetzagentur* framhållit att icke-tillämpning av de nationella reglerna i detta skede, innan lagstiftaren har gjort

---

<sup>27</sup> A.. rapport, ingiven av Ei som kab 15/18. Se även Ellevios yttrande, punkten 10 som E.ON ansluter och hänvisar till.

<sup>28</sup> Se t.ex. Craig et al. (2015), s. 202, Bernitz (2018) s. 116.

<sup>29</sup> Craig et al. (2015), s. 202.

<sup>30</sup> A.a.

<sup>31</sup> Kab 13, s. 9, och kab 14.

<sup>32</sup> Se t.ex. Bernitz m.fl. (2018), s. 112 ff. med där gjorda hänvisningar.

de justeringar som krävs, skulle leda till en rättsosäker situation där det saknas färdiga utgångspunkter för att fastställa eller beräkna tariffer. Oavsett hur situationen faktiskt ser ut i Tyskland kan konstateras att det argumentet saknar all relevans för svenska förhållanden – där metodbestämmelserna infördes först 2018, och bestämmelsernas icke-tillämpning skulle innebära en återgång till tidigare ordning att metoderna för att beräkna tariffer utvecklas i beslut och praxis under 5 kap. ellagen. Det finns således nationella regler och praxis i Sverige, som utan vidare kan tillämpas utan risk att regleringen blir haltande, ofullständig eller oförutsebar. Slutligen har *Bundesnetzagentur* (enligt vad myndigheten kommunicerat) ett bemyndigande i nationell rätt som inte omfattar att göra en allsidig prövning och välja metoder, utan endast att tillämpa bestämmelser om beräkning av tariffer. Oavsett vad som gäller den tyska myndigheten finns i vart fall ingen sådan begränsning av Ei:s beslutsbefogenhet enligt 5 kap. 3 § ellagen.

Det är också ett anmärkningsvärt argument att EU-domstolens dom med automatik måste få mindre konsekvenser för medlemsstater som inte varit parter i målet (vilket Sverige dessutom var, genom intervention). Enligt fast praxis och doktrin ska samtliga medlemsstater samt deras domstolar och myndigheter, i enlighet med den unionsrättsliga lojalitetsprincipen och principen om unionsrättens genomslag, tolka och tillämpa unionsrätten. Nationella domstolar och myndigheter ska därvid självständigt beakta vägledande praxis från EU-domstolen. Det finns inget utrymme att hävda att direktiv och EU-domstolspraxis ska få mindre genomslag i vissa medlemsstater. I detta avseende går Ei:s argument emot själva grundtanken med unionsrätten.

## 5.6 Det är olämpligt att ytterligare fördröja handläggningen

E.ON vill avslutningsvis framhålla att det är olämpligt och skulle få olyckliga konsekvenser, om kammarrätten skulle välja att skicka tolkningsfrågor till EU-domstolen i detta fall.

Frågan om intäktsramar för nätverksamhet under tillsynsperioden 2020-2023 borde ha avgjorts före tillsynsperiodens början. Innevarande år är det tredje året i den aktuella tillsynsperioden – hälften av tiden som intäktsramarna gäller har alltså redan passerat – och själva grunderna för beräkningen av intäktsramarna hänger fortfarande i luften. Osäkerheten om den slutliga storleken på intäktsramarna, och tom. metoderna för att fastställa dessa, gör det svårt för nätföretagen att planera sin verksamhet avseende villkoren för nätanslutning.

Det är uppenbart att skillnaden blir stor mellan den regulatoriska avkastningen som följer av Ei:s beräkning enligt intäktsramsförordningen, å den ena sidan, och en beräkning på basis av tidigare praxis och vedertagen ekonomisk teori, å den andra sidan. Ju längre ett avgörande dröjer, desto svårare blir det för nätföretagen att anpassa sig till stora förändringar och ändå bibehålla rimligt stabila och förutsebara nättariffer. Detta förstärks ytterligare av att regeringen och riksdagen under de senaste åren antagit regeländringar som uttryckligen syftar till att hindra att underskott (i förhållande till intäktsramarna) tas ut och fördelas över mer än en påföljande tillsynsperiod.

Om kammarrätten i detta skede skulle begära förhandsavgörande från EU-domstolen, innebär enbart handläggningstiden i EU-domstolen att intäktsramarna för nätverksamhet sannolikt inte skulle fastställas förrän efter tillsynsperiodens slut (mål om förhandsavgörande tar i genomsnitt över 15 månader<sup>33</sup>); efter EU-domstolens svar måste kammarrätten avgöra dessa mål; och efter kammarrättens avgörande måste dessutom Ei fatta nya beslut i vilka intäktsramarna fastställs.

Tidsutdräkten i sig – för ett förhandsavgörande som det enligt vad som sagts ovan inte finns något faktiskt behov av – skulle innebära en oacceptabel risk för att nätföretagen inte får någon praktisk möjlighet att tillgodogöra sig sina intäktsramar och därmed förlorar stora värden som är nödvändiga underlag för nätinvesteringar. En sådan situation skulle drabba nätföretagen, deras kunder och samhället i stort, eftersom bibehållande och utbyggnad av elnäten är ett väsentligt allmänt intresse. Det skulle också gå stick i stäv med förhandsregleringens grunder och syften.

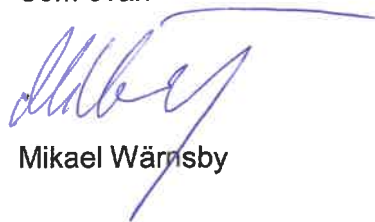
Intresset av att frågan avgörs så snart som möjligt inom tillsynsperioden talar ytterligare emot att enligt Ei:s hemställan ställa frågor till EU-domstolen, vilket skulle fördröja ett avgörande högst betydligt.

## 6 ÖVRIGT

E.ON ansluter sig och hänvisar till det avslutande påpekandet i Vattenfalls inlägga, att Ei:s nya andrahandsyrkande innebär att myndigheten åberopar direkt effekt av direktiv emot enskilda. Som Vattenfall påtalar, och även Ei själva noterat, innebär direkt effekt att direktivbestämmelser kan åberopas av enskilda. Det finns inte förutsättningar för Ei, som myndighet, att åberopa direkt effekt gentemot nätföretagen enligt vad som synes vara tankegången till grund för Ei:s andrahandsyrkande.

---

Som ovan



Mikael Wärnsby

Sara Andersson



---

<sup>33</sup> Europeiska unionens domstol, *Årsrapport 2020 – Den dömande verksamheten*, s. 225.