

Förvaltningsrätten i Linköping
Enhet 1

Via e-post till:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Kompletterande överklagande

Mål nr 9850-19, 9871-19 samt 9883-19

Ellevio AB ./ Energimarknadsinspektionen

Som ombud för Ellevio AB ("Ellevio") får vi härmed inkomma med kompletterande överklagande i de rubricerade målen.

Frågorna som behandlas i detta överklagande är desamma för samtliga mål och Ellevio inger därför endast ett samlat yttrande.

Yttrandet har följande övergripande struktur.

- I det inledande avsnittet (avsnitt I) redogör Ellevio kort för vad målet handlar om.
- I avsnitt II redovisas Ellevios yrkanden. Vidare sammanfattas de grunder som görs gällande.
- Avsnitt III innehåller en översiktlig bakgrundsbeskrivning till de frågor som målet rör.
- I avsnitt IV redogörs för Eis beslut och hur besluten styrs av Förordningen.
- Avsnitt V redogör för den EU-rättsliga lagstiftningen och pågående fördragsbrottsmål som är relevanta i målet.
- I avsnitt VI utvecklas grunderna för överklagandena.
- I det avslutande avsnittet, avsnitt VII, lämnar Ellevio kommentarer avseende bevisning och fortsatt handläggning.

I inlagen tillämpas följande definitioner och förkortningar.

2014-års Förordning: Förordning (2014:1064) om intäktsram för elnätsföretag.

Ei: Energimarknadsinspektionen.

Elmarknadsdirektiven:

- **Första elmarknadsdirektivet:** Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el.
- **Andra elmarknadsdirektivet:** Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG.
- **Tredje elmarknadsdirektivet:** 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.
- **Fjärde elmarknadsdirektivet:** Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om ändring av direktiv 2012/27/EU.

Förordningen: Förordning (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet.

Förordning 714/2009: Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 714/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel och om upphävande av förordning (EG) nr 1228/2003.

Förordning 2019/943: Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/943 av den 5 juni 2019 om den inre marknaden för el.

Inlagor:

- **E.ONs inlaga:** E.ON Energidistribution ABs inlaga i mål 9349-19, 9362-19, 9372-19 och 9388-19.
- **Vattenfalls inlaga:** Vattenfall Eldistribution ABs inlaga i mål 9779-19, 9784-19 och 9791-19.
- **Öresundskrafts inlaga:** Öresundskraft ABs m.fl. inlaga i mål 5503-19.

KI: Konjunkturinstitutet.

Kommissionens tolkningsmeddelande: ”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”, 22 januari 2010.

KPIF: Konsumentprisindex med fast bostadsränta.

NRA: National Regulatory Authority.

RA-metod: Real annuitetsmetod, tillämpas för fördelning av kapitalkostnader genom att dessa fördelas reellt konstant över tiden.

RL-metod: Real linjär metod, tillämpas för fördelning av kapitalkostnader genom att dessa minskar reellt med nätets ålder.

Stadgan: Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Tredje gasmarknadsdirektivet: Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG.

WACC: Weighted Average Cost of Capital, metod för beräkning av avkastning.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Avsnitt I – Vad målen handlar om	9
Avsnitt II – Yrkanden och grunder	11
1 Yrkanden	11
2 Sammanfattning av grunderna för Ellevios talan	11
2.1 Inledning	11
2.2 Grunder för förstahandsyrkandet	12
2.2.1 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på den nationella regleringsmyndighetens oberoende	12
2.2.2 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas	13
2.2.3 5 kap 8 § ellagen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas	13
2.2.4 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets och unionsrättens krav på rätt till domstolsprövning	14
2.2.5 Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet	15
2.2.6 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar i näten	16
2.2.7 Förordningen strider mot svensk rätt	16
2.3 Grund för andrahandsyrkandet	17
2.4 Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs inlagor	17
Avsnitt III – Bakgrund	17
1 Elmarknaden regleras genom EU-rättslig lagstiftning	17
2 Av EU-rätten följer att Ei ensam ska agera som oberoende regleringsmyndighet för att skapa ett stabilt och förutsebart investeringsklimat	19
3 Kravet på rimlig avkastning	20
4 Det finns en väl etablerad domstolspraxis avseende vad som utgör ”rimlig avkastning”	22
5 Ei har konsekvent fastställt en kalkylränta som understiger kravet på rimlig avkastning enligt fast domstolspraxis	24
6 Ändring i ellagen	24
7 Det fordras starka skäl för att justera etablerade beräkningsmetoder	25

8	Regeringen har inte accepterat domstolsavgörandena avseende intäktsramarna	26
	Avsnitt IV – Eis beslut styrs av Förordningen	29
1	Allmänt om Eis beslut	29
2	Risfri ränta	31
2.1	Inledning	31
2.2	Förordningen	31
2.3	Eis beslut	32
2.4	Tidigare praxis	32
2.5	Sammanfattning	34
3	Aktiemarknadsriskpremie	35
3.1	Inledning	35
3.2	Förordningen	35
3.3	Eis beslut	35
3.4	Tidigare praxis	36
3.5	Sammanfattning	37
4	Jämförelseföretag	37
4.1	Inledning	37
4.2	Förordningen	37
4.3	Eis beslut	38
4.4	Sammanfattning	38
5	Tillgångsbeta	38
5.1	Inledning	38
5.2	Förordningen	39
5.3	Eis beslut	39
5.4	Tidigare praxis	40
5.5	Sammanfattning	41
6	Kapitalstruktur (skuldandel)	41
6.1	Inledning	41
6.2	Förordningen	41
6.3	Eis beslut	42
6.4	Sammanfattning	42
7	Kreditriskpremie	42
7.1	Inledning	42

7.2	Förordningen	42
7.3	Eis beslut	43
7.4	Sammanfattning	43
8	Inflation	44
8.1	Inledning	44
8.2	Förordningen	44
8.3	Eis beslut	44
8.4	Tidigare praxis	45
8.5	Sammanfattning	46
9	Skattesats	46
9.1	Inledning	46
9.2	Förordningen	46
9.3	Eis beslut	46
9.4	Sammanfattning	47
10	Särskild riskpremie	47
10.1	Inledning	47
10.2	Tidigare praxis	47
11	Sammanfattning; Förordningen detaljreglerar kalkylräntan	48
12	Effekter av Eis beslut	49
	Avsnitt V – EU-rättslig lagstiftning och fördragsbrottsmål m.m.	50
1	EU-rättslig lagstiftning	50
1.1	Inledning	50
1.2	Det tredje elmarknadsdirektivet	50
1.2.1	<i>Inledning</i>	50
1.2.2	<i>Regleringsmyndigheternas oberoende och kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas</i>	50
1.2.3	<i>Domstolsprövning</i>	52
1.3	Det fjärde elmarknadsdirektivet	53
1.3.1	<i>Inledning</i>	53
1.3.2	<i>Regleringsmyndigheternas oberoende och kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas</i>	53
1.3.3	<i>Domstolsprövning</i>	55
1.4	Förordningar	56
1.4.1	<i>Inledning</i>	56
1.4.2	<i>Investeringar i infrastruktur ska prioriteras</i>	56

2 EU-domstolens dom mot Belgien, fördragsbrottstalan mot Tyskland, Ungern respektive Belgien samt fördragsbrottsärende mot Sverige	57
2.1 Inledning	57
2.2 EU-domstolens dom mot Belgien	57
2.3 Fördragsbrottstalan mot Tyskland	58
2.4 Fördragsbrottstalan mot Ungern	60
2.5 Fördragsbrottstalan mot Belgien	61
2.6 Pågående fördragsbrottsärende mot Sverige	62
2.7 Sveriges intervention i fördragsbrottsmålet mot Tyskland	64
Avsnitt VI – Utveckling av grunder för överklagandet	66
1 Inledning	66
2 Utveckling av grunderna för förstahandsyrkandet	67
2.1 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas	67
2.1.1 Inledning	67
2.1.2 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på den nationella regleringsmyndighetens oberoende	68
2.1.3 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas	75
2.2 5 kap 8 § ellagen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas	79
2.3 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets och unionsrättens krav på rätt till domstolsprövning	80
2.4 Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet	85
2.5 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar i näten	88
2.6 Förordningens bestämmelser ska åsidosättas då de strider mot EU-rätten	94
2.7 Förordningen strider mot svensk rätt	96
3 Närmare om regeringens avskaffande av 38-årsregeln och särskild riskpremie	97
3.1 Inledning	97
3.2 38-årsregeln var avsedd att kompensera elnätsföretagen för ett tidigare metodbyte	98
3.3 38-årsregeln var avsedd att gälla under tre tillsynsperioder och ge elnätsföretagen kapitalkostnadsersättning och minskad administrativ belastning	99
3.4 Förordningen medför att 38-årsregeln utan underbyggd utredning avskaffas efter endast en tillsynsperiod	100

VINGE

3.5	Avskaffandet av 38-årsregeln har haft stor ekonomisk påverkan på intäktsramarna _____	102
3.6	Förändrade avskrivningstider medför inte att Ellevio kompenseras för avskaffandet av 38-årsregeln _____	102
3.7	Avskaffandet av 38-årsregeln visar med tydlighet att en särskild riskpremie är motiverad _____	103
4	Utveckling av grunderna för andrahandsyrkandet _____	103
	Avsnitt VII – Bevisning och fortsatt handläggning _____	103
	Avsnitt VIII – Bilageförteckning _____	105

Avsnitt I – Vad målen handlar om

1. År 2009 fälldes Sverige för fördragsbrott av EU-domstolen. Efter denna dom infördes förhandsregleringen.
2. Målen handlar om Eis beslut för den tredje tillsynsperioden enligt förhandsregleringen.
3. Ei har konsekvent för samtliga tre perioder prioriterat en enda sak: att sänka elnätsföretagens intäkter. Inte att säkerställa kundernas behov av säkra, moderna och utbyggda elnät. Inte att främja investeringar. Inte att åstadkomma ett långsiktigt stabilt och förutsebart regelverk.
4. Eis beslut för den **första perioden** innehöll en konstruerad ”övergångsmetod” och en kalkylränta som var lägre än de egna konsulternas rekommendationer. Både övergångsmetoden och kalkylräntan underkändes av domstolarna.
5. Ei accepterade inte domstolarnas tolkning av ellagen och EU-regleringen. För den **andra perioden** fastställde Ei en kalkylränta beräknad på samma sätt som förvaltningsdomstolarna redan underkänt. Eis argument för att kammarrättens tidigare domar inte var vägledande var att de avsåg perioden 2012–2015. Även denna gång underkändes Eis kalkylränta av domstolarna. Båda domstolarna påpekade att kammarrättens tidigare domar var vägledande.
6. Ei accepterade inte heller inför den **tredje perioden** domstolarnas tolkning av ellagen och EU-regleringen.
7. På regeringens uppdrag tog Ei fram ett förslag¹, Bilaga 1, som regeringen i allt väsentligt författningsreglerat genom förordning (2018:1520) om intäktsram för elnätsverksamhet (**”Förordningen”**). Förordningen har föranlett Kommissionen att rikta kritik mot Sverige och inleda ett nytt fördragsbrottsärende.
8. Förordningen reglerar i detalj hur kalkylräntan ska fastställas. Förordningen utgår från just den lagtolkning som Ei utan framgång argumenterat för inom ramen för domstolsförfarandena.
9. Eis beslut för den tredje perioden är i allt väsentligt detsamma som redan underkänts av domstolarna för de två första perioderna. Den enda skillnaden är att Ei nu stödjer sig på Förordningen.
10. Förordningen är dock rättsstridig i flera avseenden:
 - (i) Förordningen strider mot Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre

¹ Ei, ”Nya regler för elnätsföretag inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07.

marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG ("det tredje elmarknadsdirektivet") och EU-domstolens praxis. Enligt direktivet är det endast regleringsmyndigheten som ska ha uppgiften att besluta om tariffer och deras beräkningsmetoder. EU-domstolen har slagit fast att denna uppgift inte får delas upp mellan regering och regleringsmyndighet. Myndigheten ska vara oberoende och alla slags instruktioner från en regering är förbjudna.

- (ii) Vidare ska enligt direktivet samtliga delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive beräkningsmetoder, kunna överklagas till domstol. Förordningen strider även mot detta krav.
 - (iii) Förordningens föreskrifter om avkastning strider vidare mot direktivets krav att tariffer och deras beräkningsmetoder ska möjliggöra nödvändiga investeringar för att säkerställa nätens ekonomiska livskraft.
 - (iv) Genom att bryta mot tydliga uttalanden i etablerad svensk domstolspraxis strider Förordningen även mot den unionsrättsliga rättssäkerhetsprincipen och principen om berättigade förväntningar.
 - (v) Förordningen strider mot svensk rätt. Enligt 8 kap 18 § RF får en lag inte ändras på annat sätt än genom lag. Ellagens innebörd enligt domstolspraxis kan inte ändras av regeringen genom en förordning. Det kan bara riksdagen göra, genom en lagändring.
 - (vi) Förordningens föreskrifter om kalkylränta ger inte en sådan avkastning som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Därför strider Förordningen mot 5 kap 1 § ellagen.
11. Om bestämmelser i en nationell rättsakt (t ex en förordning) strider mot EU-rätten, såsom ett EU-direktiv eller en EU-rättslig princip, får de berörda bestämmelserna i rättsakten inte tillämpas, utan måste åsidosättas. Förordningen ska således åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
 12. 11 kap 14 § 1 st. RF stadgar att om en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Förordningens föreskrifter om avkastning får därför inte tillämpas utan ska åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
 13. Målen ska återförvisas till Ei för förnyad beräkning av intäktsramarna med beaktande av ellagen och de principer som utvecklats i rättspraxis. Ei ska härvid tillämpa ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid fastställandet av de parametrar som ingår i beräkningen av elnätsföretagens avkastning samt tillämpa en särskild riskpremie.

Avsnitt II – Yrkanden och grunder

1 Yrkanden

Förstahandsyrkande

14. Ellevio yrkar *i första hand* att förvaltningsrätten undanröjer Eis beslut om intäktsramar och återförvisar målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar för Ellevio avseende tillsynsperioden 2020–2023.
15. Ellevio yrkar att förvaltningsrätten, vid bifall till yrkandet ovan, fastställer att
 - a) ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv ska tillämpas när de parametrar som krävs för att beräkna den regulatoriska kalkylräntan fastställs och att
 - b) en särskild riskpremie ska fastställas vid beräkning av kalkylräntan.

Andrahandsyrkande

16. För det fall förvaltningsrätten inte skulle bifalla Ellevios förstahandsyrkande, yrkar Ellevio *i andra hand* att förvaltningsrätten fastställer att parametern tillgångsbeta enligt 25§ Förordningen ska åsättas ett värde om 0,39 vid bestämmande av kalkylränta och Ellevios intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023.
17. Vid bifall till Ellevios andrahandsyrkande yrkar Ellevio att förvaltningsrätten upphäver Eis beslut om intäktsramar och återförvisar målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar för Elnätsföretagen avseende tillsynsperioden 2020–2023.
18. Yrkandena ovan ersätter Ellevios yrkanden i det ursprungliga överklagandet.
19. Ellevio utreder för närvarande Eis beslut såvitt avser avbrottsersättning. Ellevio förbehåller sig därför rätten att återkomma med ett kompletterande särskilt yrkande i denna fråga.

2 Sammanfattning av grunderna för Ellevios talan

2.1 Inledning

20. Ellevio redogör nedan för de grunder som åberopas för förstahandsyrkandet respektive andrahandsyrkandet.
21. När det gäller grunderna för förstahandsyrkandet baseras de sex första grunderna (avsnitten II.2.2.1–2.2.6 nedan) i huvudsak på EU-rättslig lagstiftning, medan den sista grunden (avsnittet II.2.2.7 nedan) baseras på svensk lagstiftning.

22. Ellevio gör sammanfattningsvis gällande att Förordningen (inklusive 17–26 §§), som legat till grund för Eis beslut om intäktsramarna, strider mot EU-rätten respektive svensk rätt och därför inte får tillämpas. Förvaltningsrätten ska därför undanröja Eis beslut om intäktsramar och återförvisa målen till Ei för förnyad beräkning av intäktsramarna med beaktande av ellagen och de principer som utvecklats i rättspraxis. Ei ska härvid tillämpa ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid fastställandet av de parametrar som ingår i beräkningen av elnätsföretagens avkastning samt tillämpa en särskild riskpremie.
23. Grunden för andrahandsyrkandet åberopas för det fall förvaltningsrätten skulle lämna förstahandsyrkandet utan bifall och således inte skulle åsidosätta nämnda bestämmelser i Förordningen. Under sådana förhållanden gör Ellevio gällande att parametern tillgångsbeta (25 § Förordningen) har fastställts på ett felaktigt sätt av Ei och att förvaltningsrätten därför ska fastställa att parametern ska åsättas ett värde om 0,39 vid bestämmandet av kalkylräntan.
24. Ifråga om Ellevios inställning till Förordningen ska följande klargöras.
25. Ellevios inställning är att Förordningen i sin helhet strider mot EU-rätten och svensk rätt. Ellevios överklagande avser vissa delar av Eis beslut, nämligen elnätsföretagens avkastning. Andra delar i besluten som Ei fattat i enlighet med Förordningen är inte föremål för överklagande. Detta ska inte förstås som att Ellevio accepterar andra delar av Förordningen. Beslut i dessa delar, t ex vad gäller avskrivningstider, ska rätteligen fattas av Ei självständigt utan att vara bunden av några förordningsföreskrifter. Besluten ska således även i dessa delar kunna vara föremål för domstolsprövning.

2.2 Grunder för förstahandsyrkandet

2.2.1 *Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på den nationella regleringsmyndighetens oberoende*

26. 17–26 §§ Förordningen detaljreglerar såväl beräkningsmetod som de parametrar i WACC-metoden som Ei ska tillämpa för att bestämma kalkylräntan.
27. De inskränkningar i Eis befogenhet att fatta beslut som Förordningen resulterar i strider mot kravet på att de nationella tillsynsmyndigheterna ska vara fullständigt oberoende i enlighet med artikel 35.4 samt 37.1 a och 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet.
28. Detta krav är långtgående, vilket bekräftas av EU-domstolens rättspraxis. I mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*,² Bilaga 2, framgår det tydligt att en medlemsstats regering inte får meddela föreskrifter om hur elnätsföretagens avkastning ska bestämmas.

² Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681.

29. Detaljregleringen i 17–26 §§ Förordningen strider följaktligen mot det tredje elmarknadsdirektivet och får därför inte tillämpas, utan ska åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
30. Kalkylräntan ska istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.2 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas

31. 17–26 §§ Förordningen detaljreglerar såväl beräkningsmetod som de parametrar i WACC-metoden som Ei ska tillämpa för att bestämma kalkylräntan.
32. Detaljregleringen i Förordningen innebär en otillåten inskränkning av de uppgifter som är förbehållna regleringsmyndigheten enligt artikel 35.1 samt artikel 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.
33. Detta krav framhålls även i EU-domstolens rättspraxis. I mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2, underströk EU-domstolen att regleringsmyndighetens uppgifter inte får fördelas på flera myndigheter eller inskränkas på annat sätt.
34. Detaljregleringen i 17–26 §§ Förordningen strider följaktligen mot det tredje elmarknadsdirektivet och får därför inte tillämpas, utan ska åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
35. Kalkylräntan ska istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.3 5 kap 8 § ellagen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas

36. 5 kap 8 § ellagen anger att ”regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer” får meddela sådana föreskrifter som anges i bestämmelsen. Föreskrifterna får bland annat avse ”avskrivningar” och ”avkastning”.

37. Det följer av den EU-rättsliga regleringen att de uppgifter som ska ankomma på regleringsmyndigheten inte får delas upp på flera myndigheter.
38. Redan den ”uppdelningsmöjlighet” som anges i 5 kap 8 § ellagen strider således mot den EU-rättsliga regleringen. Att just en sådan ”uppdelningsmöjlighet” som anges i 5 kap 8 § ellagen strider mot EU-rätten bekräftas av EU-domstolens avgörande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2.
39. Med stöd av 5 kap 8 § ellagen har regeringen dessutom utfärdat föreskrifter som detaljreglerar storleken på intäktsramen och som ligger till grund för Eis beslut.
40. Det bemyndigande som sker genom 5 kap 8 § ellagen strider därför mot EU-rättens krav på regleringsmyndighetens oberoende och att alla de uppgifter som direktivet ålägger den nationella regleringsmyndigheten ska hanteras självständigt av en enda myndighet.
41. Som anförts i avsnitt II.2.2.1–2.2.2 ovan strider 17-26 §§ Förordningen i sig mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende i enlighet med artikel 35.4 samt 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet och att dess uppgifter inte får delas upp på flera myndigheter enligt artikel 35.1 samt artikel 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.
42. Då även bemyndigandet enligt 5 kap 8 § ellagen strider mot dessa krav saknar 17-26 §§ Förordningen laglig grund och ska följaktligen åsidosättas även av detta skäl. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
43. Kalkylräntan ska istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.4 *Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets och unionsrättens krav på rätt till domstolsprövning*

44. Förordningen detaljreglerar såväl den metod som de parametrar som Ei ska tillämpa vid beräkningen av kalkylräntan. Denna inskränkning av Eis befogenheter får konsekvenser också för möjligheterna till domstolsprövning av Eis beslut.
45. Genom detaljregleringen inskränker Förordningen en domstolsprövning av Eis beslut om intäktsram till att i det närmaste motsvara en laglighetsprövning, dvs. om kalkylräntan beräknats i enlighet med Förordningen. Denna begränsning av domstolsprövningen strider mot artikel 37.16 och 37.17 det tredje elmarknadsdirektivet.

Ett elnätsföretag ska enligt dessa bestämmelser kunna överklaga alla delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive metoden för hur intäktsramarna beräknas.

46. Skyldigheten för medlemsstaterna att tillse att en sådan domstolsprövning kan ske följer även av unionsrättens krav på rätten till effektiva rättsmedel och de krav som ställs genom rätten till en rättvis rättegång som återfinns i artikel 47.2 i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ("Stadgan") samt grundläggande EU-rättsliga principer.
47. Förordningen medger således inte den domstolsprövning som unionsrätten kräver. Detaljregleringen i 17–26 §§ Förordningen ska därför åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
48. Efter återförvisning till Ei ska kalkylräntan istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.5 Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet

49. Regleringen av elnätsföretagens intäktsramar har varit föremål för ett flertal genomgripande ändringar. Detta har resulterat i en allvarlig regulatorisk osäkerhet för elnätsföretagen. Genom detaljregleringen av kalkylräntan i 17–26 §§ Förordningen ändras ännu en gång förutsättningarna för hur intäktsramarna ska fastställas. Denna gång ändras de beräkningsgrunder och principer som fastställts genom ett flertal domstolsavgöranden. Dessa domstolsavgöranden har grundats på de krav som följer av såväl unionsrätten som den svenska regleringen. Ändringen innebär synnerligen betydande avsteg från tidigare domstolspraxis.
50. Regeringens försök att ändra fast domstolspraxis genom 17–26 §§ Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. Dessa principer är en del av unionsrätten. Ändringen strider även mot det krav på förutsebarhet och långsiktighet som följer av artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.
51. Detaljregleringen i 17–26 §§ Förordningen ska därför åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
52. Efter återförvisning till Ei ska kalkylräntan istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och

stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.6 *Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar i näten*

53. Enligt artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet ska den nationella regleringsmyndigheten fastställa överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion. Detta krav i artikel 37.6 a har särskilt framhållits av EU-domstolen i mål C-274/08, *Kommissionen mot Sverige*,³ Bilaga 3.
54. För att nödvändiga investeringar ska vara attraktiva så att nätens ekonomiska livskraft kan säkras, krävs att tarifferna kan sättas på en nivå som säkerställer en marknadsmässig avkastning. Om en investerare inte erhåller en marknadsmässig avkastning, kommer inte de nödvändiga investeringarna att göras.
55. Genom detaljregleringen i 17–26 §§ Förordningen bestämmer regeringen elnätsföretagens avkastning till en nivå som inte möjliggör nödvändiga investeringar i näten.
56. Det följer därför att 17–26 §§ Förordningen strider mot artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet. 17-26 §§ Förordningen ska därför åsidosättas. Eis beslut saknar därigenom laglig grund och ska undanröjas.
57. Efter återförvisning till Ei ska kalkylräntan istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.2.7 *Förordningen strider mot svensk rätt*

58. 17–26 §§ Förordningen strider mot ellagen och den domstolspraxis rörande innebörden av ellagen som föreligger eftersom den inte ger elnätsföretagen en rimlig avkastning.
59. Förordningen innebär att kalkylräntan inte fastställs utifrån ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv. Förordningen innebär vidare att kalkylräntan inte fastställs enligt vedertagna ekonomiska metoder. Förordningen beaktar inte heller icke systematiska risker, såsom den regulatoriska risken, eftersom den inte tillåter en särskild riskpremie. En tillämpning av Förordningen ger därför inte elnätsföretagen en rimlig avkastning.

³ Mål C-274/08, *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2009:673.

60. Det är inte förenligt med den formella lagkraftens princip (8 kap. 18 § RF) att genom att införa regler på förordningsnivå ändra ett rättsläge som följer av lag och vars tillämpning slagits fast i rättspraxis.
61. Eftersom Förordningen strider mot ellagen får den inte tillämpas enligt 11 kap 14 § RF. De överklagade besluten ska därför undanröjas.
62. Efter återförvisning till Ei ska kalkylräntan istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.

2.3 Grund för andrahandsyrkandet

63. Om förvaltningsrätten – trots vad som anförts ovan – finner att 17–25 §§ Förordningen ska tillämpas, har Ei under alla omständigheter tillämpat Förordningen på ett felaktigt sätt vad avser beräkningen av tillgångsbeta.
64. Kalkylräntan, och därigenom även tillgångsbetan (25 § Förordningen), ska beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder. Eis beslut om fastställande av tillgångsbeta baseras på metodval som stöds på felaktiga tolkningar av Förordningen i strid med vedertagna ekonomiska metoder. Till följd av felaktigheterna har tillgångsbeta bestämts till ett för lågt värde (0,29). Korrekt beräknad ska parametern tillgångsbeta fastställas till 0,39. Förvaltningsrätten ska därför åsätta tillgångsbeta ett värde om 0,39 och återförvisa målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar med beaktande av det nya betavärdet.

2.4 Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs inlagor

65. Beträffande grunderna för överklagandet hänvisar Ellevio till och åberopar till stöd för sin talan även för egen del vad som utvecklats i Öresundskraft ABs m.fl. kompletterande överklagande i mål 5503-19 ("Öresundskrafts inlaga"), Vattenfall Eldistribution ABs kompletterande överklagande i mål 9779-19, 9784-19 och 9791-19 ("Vattenfalls inlaga") och E.ON Energidistribution ABs kompletterande överklagande i mål 9349-19, 9362-19, 9372-19 och 9388-19 ("E.ONs inlaga").

Avsnitt III – Bakgrund

1 Elmarknaden regleras genom EU-rättslig lagstiftning

66. Den 1 januari 1996 avreglerades delar av elmarknaden i Sverige. Handel och produktion av el sker sedan dess i konkurrens mellan de olika elhandelsbolagen.

Elnätsverksamhet har dock förblivit ett reglerat monopol, där elnätsföretagens intäkter regleras och granskas av en regleringsmyndighet.

67. Elmarknaden omfattas sedan länge av unionsrättslig lagstiftning. Ett flertal direktiv och förordningar har antagits på området.
68. Den 19 december 1996 antog EU Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el ("**det första elmarknadsdirektivet**"). Genom direktivet infördes gemensamma regler för att upprätta en inre marknad för el. Detta ansågs särskilt viktigt för att öka effektiviteten vid produktion, överföring och distribution av el och samtidigt stärka försörjningstryggheten och den europeiska ekonomins konkurrensförmåga samt för att respektera miljöskyddet.⁴
69. Elmarknadsregleringen inom EU har härefter utvecklats genom flera viktiga steg. Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG ("**det andra elmarknadsdirektivet**") antogs i juni 2003. I augusti 2009 trädde det idag gällande tredje elmarknadsdirektivet i kraft.
70. Det senaste steget genomfördes i maj 2019 då den återstående delen i det fjärde energipaketet, "*Clean energy for all Europeans*",⁵ Bilaga 4, antogs. Paketet syftar till att genomföra energiunionen och omfattar energieffektivitet, förnybar energi, utformningen av elmarknaden, trygg elförsörjning samt regler för förvaltning av energiunionen. Paketet innehåller Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om ändring av direktiv 2012/27/EU ("**det fjärde elmarknadsdirektivet**") som ska vara genomfört av medlemsstaterna senast den 31 december 2020.
71. Medlemsstaterna måste utforma sina respektive nationella lagstiftningar i enlighet med de krav som följer av det vid varje tidpunkt gällande elmarknadsdirektivet.
72. Utöver ovanstående direktiv har två förordningar antagits som är relevanta för elmarknaden; Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 714/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel och om upphävande av förordning (EG) nr 1228/2003 ("**Förordning 714/2009**") och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/943 av den 5 juni 2019 om den inre marknaden för el ("**Förordning 2019/943**").
73. De krav som EU-rätten ställer är således avgörande för regleringen av den svenska elmarknaden. Om dessa krav inte efterlevs agerar Sverige i strid med de förpliktelser som landet åtagit sig genom sitt EU-medlemskap.

⁴ Skäl 4 till det första elmarknadsdirektivet.

⁵ Kommissionens publikation, "*Clean energy for all Europeans*", 22 maj 2019.

74. I Sverige har reglerna i de olika elmarknadsdirektiv som antagits av EU införlivats i svensk rätt genom ellagen (1997:857). I enlighet med dessa regler har Ei utsetts till svensk regleringsmyndighet.

2 Av EU-rätten följer att Ei ensam ska agera som oberoende regleringsmyndighet för att skapa ett stabilt och förutsebart investeringsklimat

75. Det framgår av innehållet i de direktiv som antagits att en fungerande inre marknad för el vilar på vissa grundförutsättningar. I det tredje elmarknadsdirektivet understryks att oberoende nationella regleringsmyndigheter är en av dessa grundförutsättningar.⁶

76. Kommissionen betonar detta krav på följande sätt i sitt tolkningsmeddelande, Bilaga 6, avseende det tredje elmarknadsdirektivet:

*”These provisions on the independence of the NRA’s staff and persons responsible for their management are key requirements because they are aimed at ensuring that regulatory decisions are not affected by political and specific economic interests, thereby creating a stable and predictable investment climate.”*⁷ (Vår understrykning.)

77. Kommissionen framhåller således särskilt att det fundamentala kravet på regleringsmyndigheternas oberoende motiveras av att deras beslut inte ska påverkas av politiska och särskilda ekonomiska intressen, allt för att skapa ett stabilt och förutsebart investeringsklimat.

78. Det kan redan i detta sammanhang betonas att den svenska termen ”tillsynsmyndighet” inte på ett korrekt sätt reflekterar den roll som det tredje elmarknadsdirektivet ger den nationella myndigheten. Den term som förekommer i andra språkversioner – ”regleringsmyndighet” – är bättre i linje med den nationella myndighetens uppgift att fastställa tariffer eller deras beräkningsmetoder.

79. Ellevio kommer därför i denna inlägga (om det inte är fråga om citat) att använda den korrekta termen ”regleringsmyndighet”.

80. Jämte kravet på oberoende återfinns i artikel 35.1 det tredje elmarknadsdirektivet också ett krav på att alla de uppgifter som åläggs den nationella regleringsmyndigheten ska hanteras av en enda myndighet. Tillsammans med oberoendekravet utgör detta krav en förutsättning för en effektiv reglering av energimarknaden.⁸

⁶ Se Kommissionens information ”Third energy package”, 21 maj 2019, Bilaga 5.

⁷ ”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” (”**Kommissionens tolkningsmeddelande**”), s. 6.

⁸ Se också skäl 33 till det tredje elmarknadsdirektivet.

81. I enlighet med det tredje elmarknadsdirektivet ska Ei alltså agera som **ensam regleringsmyndighet** och fatta beslut **oberoende** av politiska intressen i syfte att skapa ett stabilt och förutsebart investeringsklimat.

3 Kravet på rimlig avkastning

82. Efter att det andra elmarknadsdirektivet antagits i juni 2003 behövde Sverige göra vissa ändringar i ellagen. Den dåvarande svenska tillsynsmodellen byggde på efterhandskontroll, medan direktivet krävde att elnätstarifferna fastställdes genom förhandsprövning. Att denna reglering inte uppfyllde kraven i det andra elmarknadsdirektivet fastslogs av EU-domstolen i en fördragbrottsdom mot Sverige, Bilaga 3.
83. Som en följd av fördragsbrottsförfarandet mot Sverige och EU-domstolens dom, infördes år 2009 bestämmelser i ellagen om en förhandsprövning av nättariffer. Enligt dessa bestämmelser ska Ei i förväg fastställa en intäktsram för de olika elnätsföretagens intäkter. Elnätsföretagen får under den period som intäktsramen gäller inte ta ut avgifter för överföring och anslutning av el som överskrider intäktsramen.
84. Vid införandet av förhandsprövningen framhöll regeringen att regleringen bl.a. syftade till att ge nätföretagen stabila och långsiktiga villkor för sin nätverksamhet:

”Såväl den gällande som den föreslagna regleringen syftar till att nätföretagens verksamhet ska bedrivas effektivt till låga kostnader. Regleringen ska syfta till att säkerhetsställa att kunden får betala ett skäligt pris för nättjänsten. Vidare ska regleringen bidra till att ge kunderna en långsiktig leveranssäkerhet och trygga den svenska elförsörjningen. Nätföretagen ska också få stabila och långsiktiga villkor för sin nätverksamhet. Ytterligare ett viktigt mål med regleringen är att den ska understödja utvecklingen av en väl fungerande elmarknad.”⁹ (Vår understrykning.)

85. I samband med detta infördes en bestämmelse i 5 kap 6 § ellagen enligt vilken intäktsramen skulle ”ge en rimlig avkastning på det kapital som krävs för att bedriva verksamheten (kapitalbas)”.
86. I förarbetena betonades att en *rimlig avkastning* motsvarar den avkastning som fordras för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk kunna attrahera kapital för investeringar.¹⁰
87. Vidare uttalade regeringen följande vad avser rimlig avkastning:

”För att kunna beräkna en kapitalkostnad behöver en skälig avkastning i nätverksamheten kalkyleras. Det ligger i sakens natur att en rimlig avkastning måste beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder utan att detta särskilt uttrycks i lagstiftningen. På så vis möjliggörs den nödvändiga jämförelsen mellan olika placeringsalternativ.

⁹ Prop. 2008/09:141, s. 58.

¹⁰ Prop. 2008/09:141, s. 102.

[...]

Utredningen föreslår att ett nätföretag ska ha rätt till en rimlig avkastning på den av Energimarknadsinspektionen fastställda kapitalbasen. Avkastningen ska beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder. Utredningen bedömer att den metod som i dag tillämpas av Energimarknadsinspektionen, den s.k. WACC-metoden, även ska användas i den nya modellen för att beräkna en rimlig avkastning. Utredningens förslag hindrar dock inte inspektionen från att tillämpa en annan vedertagen ekonomisk metod.”¹¹ (Vår understrykning.)

88. Regeringen konstaterade således att en rimlig avkastning måste beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder. Regeringen framhöll också kopplingen mellan vedertagna ekonomiska metoder och ”den nödvändiga jämförelsen mellan olika placeringsalternativ.” Med andra ord, den nödvändiga jämförelsen mellan olika placeringsalternativ kan endast ske om en vedertagen ekonomisk metod används. Endast under dessa förutsättningar kan en marknadsmässig avkastning fastställas.
89. Regeringen underströk vidare att metoden som skulle användas vid beräkningen av avkastningen inte skulle komma till uttryck i lagstiftning, utan att myndigheten skulle ta ställning till om WACC-metoden skulle användas liksom hur de olika parametrarna som ingår i metoden skulle bestämmas:

”Frågan är om det redan i lagen bör framgå vilken metod som ska användas vid beräkning av skälig avkastning. En fördel med en sådan ordning är att det inte kan uppkomma tvister om vilken metod som ska väljas. Det framstår emellertid som sannolikt att det inte är metoden i sig utan bedömningen och viktningen av olika faktorer som kommer att föranleda meningsskiljaktigheter. Regeringen är av uppfattningen att det även fortsättningsvis bör vara ett ställningstagande för myndigheten om WACC-metoden ska användas, liksom hur de olika variabelvärdena i så fall ska viktas. Sådana bedömningar bör inte komma till uttryck i lagstiftning, eftersom aktuella yttre faktorer är av avgörande betydelse. Detta är också i enlighet med Energinätsutredningens förslag.”¹² (Vår understrykning.)

90. Mot bakgrund av regeringens uttalanden om (i) att avkastningen ska beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder och (ii) att en rimlig avkastning motsvarar den avkastning som fordras för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk kunna attrahera kapital för investeringar, är det tydligt att en rimlig avkastning motsvaras av vad som utgör en marknadsmässig avkastning.
91. Av regeringens uttalanden framgår vidare att regeringen förutsåg att det inte var metoden i sig utan ”*bedömningen och viktningen av olika faktorer som kommer att föranleda meningsskiljaktigheter*”. Samtidigt förklarade regeringen att bedömningen av sådana faktorer (eller ”parametrar”) ”[inte bör] komma till uttryck i lagstiftning”. Dessa faktorer skulle istället bedömas av regleringsmyndigheten, dvs. Ei.

¹¹ Prop. 2008/09:141, ss. 79 och 123.

¹² Prop. 2008/09:141, s. 79.

92. Regeringen förutsåg också att regleringsmyndighetens bedömningar och beslut skulle bli föremål för domstolsprövning:

”Även i fortsättningen kommer det finnas ett inte obetydligt utrymme för en rättsutveckling genom praxis.”¹³

4 Det finns en väl etablerad domstolspraxis avseende vad som utgör ”rimlig avkastning”

93. Efter att reglerna om förhandsprövning av nättariffer infördes i ellagen 2009 har två tillsynsperioder löpt ut, 2012–2015 respektive 2016–2019. Eis beslut avseende dessa tillsynsperioder har varit föremål för ett flertal domstolsprocesser. Det har således skett just en sådan ”rättsutveckling genom praxis” som regeringen förutskickade i det nyss citerade uttalandet. Förutom frågan om rimlig avkastning har även andra frågor relaterade till femte kapitlet ellagen varit föremål för prövning.
94. Tabellen nedan visar de domar som har meddelats avseende tillämpningen av femte kapitlet i ellagen.

	Datum för dom	Domstol	Mål nr	Aktuellt lagrum
1	2013-12-11	Förvaltningsrätten i Linköping	7991-11	5 kap 6 § ellagen
2	2014-11-10	Kammarrätten i Jönköping	101-14	5 kap 6 § ellagen
3	2016-02-01	Förvaltningsrätten i Linköping	8124-14	6 kap 10 § naturgaslagen
4	2016-12-14	Förvaltningsrätten i Linköping	4711-15	5 kap 6 § ellagen
5	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	4713-16	5 kap 12 § ellagen
6	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	4730-16	5 kap 12 § ellagen
7	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	4823-16	5 kap 12 § ellagen
8	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	6232-16	5 kap 12 § ellagen
9	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	8058-16	5 kap 12 § ellagen
10	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	8061-16	5 kap 12 § ellagen
11	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	8062-16	5 kap 12 § ellagen
12	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	8063-16	5 kap 12 § ellagen
13	2017-05-19	Förvaltningsrätten i Linköping	8311-16	5 kap 15 § ellagen
14	2017-11-17	Kammarrätten i Jönköping	430-16	6 kap 10 § naturgaslagen

¹³ Prop. 2008/09:141, s. 59.

15	2017-11-17	Kammarrätten i Jönköping	7-17	5 kap 6 § ellagen
16	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1639-17	5 kap 12 § ellagen
17	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1640-17	5 kap 12 § ellagen
18	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1641-17	5 kap 12 § ellagen
19	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1642-17	5 kap 12 § ellagen
20	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1643-17	5 kap 12 § ellagen
21	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1644-17	5 kap 12 § ellagen
22	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1645-17	5 kap 12 § ellagen
23	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	1646-17	5 kap 15 § ellagen
24	2018-03-08	Kammarrätten i Jönköping	3349-17	5 kap 20 § ellagen
25	2018-09-03	Förvaltningsrätten i Linköping	1964-18	5 kap 20 § ellagen
26	2019-02-11	Kammarrätten i Jönköping	2700-18	5 kap 20 § ellagen

95. I de mål som rört fastställande av rimlig avkastning har domstolarna i samtliga fall i allt väsentligt gått på elnätsföretagens linje. De rättsliga förfarandena och de domar som meddelats avseende tillsynsperioderna 2012–2015 respektive 2016–2019 har resulterat i en omfattande och noggrann rättslig prövning av ellagens krav på rimlig avkastning. Avkastningen har genomgående bestämts till en högre nivå än vad Ei beslutat.
96. I enlighet med regeringens uttalanden i förarbetena till ellagen har domstolarna i sina avgöranden utgått från att avkastningen måste beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder.¹⁴ Detta för att möjliggöra ”den nödvändiga jämförelsen mellan olika placeringsalternativ.” Efter att ha prövat Eis beslut utifrån denna förutsättning fastslog exempelvis Kammarrätten i Jönköping i de tre pilotmål som gällde tillsynsperioden 2012–2015 att Ei fastställt ett antal parametrar felaktigt.¹⁵ Kammarrätten konstaterade att ”Ei utan erforderligt stöd frångått ekonomiskt vedertagen metod”.¹⁶
97. I sina domskäl hänvisade Kammarrätten i Jönköping vidare till unionsrätten¹⁷ och konstaterade att ”[d]e tariffer eller modeller som fastställs i förväg ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion”.¹⁸
98. I den domstolspraxis som föreligger har domstolarna funnit att ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv ska anläggas vid fastställandet av de parametrar som

¹⁴ Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 december 2016 i mål nr 4711-15 m.fl., s. 28, samt Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 november 2014 i mål nr 61-14, s. 37.

¹⁵ Se t.ex. om kreditriskpremie i Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 52.

¹⁶ Se avseende skuldandel, Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 50.

¹⁷ Artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.

¹⁸ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 30.

krävs för att beräkna den regulatoriska kalkylräntan. Domstolarna har också funnit att den riskfria räntan och andra parametrar som ingår i WACC-metoden ska spegla investeringarnas livslängd.

99. För en mer utförlig redogörelse av tidigare domstolspraxis och hur de skilda parametervärdena har behandlats av domstolarna hänvisas till Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs inlagor.

5 Ei har konsekvent fastställt en kalkylränta som understiger kravet på rimlig avkastning enligt fast domstolspraxis

100. Som anförts ovan har domstolarna i elnätsmålen, och även i de motsvarande gasnätsmålen, funnit att de av Ei fastställda kalkylräntorna inte uppfyllt det lagstadgade kravet på en rimlig avkastning. Detta illustreras av nedan angivna tabell, som visar skillnaden mellan (i) av Ei fastställda kalkylräntor för respektive tillsynsperiod och (ii) av kammarrätten fastställda kalkylräntor.

WACC	Elnät 2012–2015	Elnät 2016–2019	Gasnät 2015–2018	Elnät 2020–2023
Ei	5,2%	4,53%	6,26%	2,16%
Kammarrätten	6,5%	5,85%	6,91%	

101. Jämförelsen visar att Ei konsekvent fastställt en kalkylränta som understiger vad domstolarna funnit utgör en rimlig kalkylränta (avkastning). Vidare framgår att Ei för den nu aktuella tillsynsperioden 2020–2023 fastställt en kalkylränta som uppgår till mindre än en tredjedel av den kalkylränta som kammarrätten fastställde för elnätsföretagen för tillsynsperioden 2016–2019.

6 Ändring i ellagen

102. Ellagen har ändrats genom lagen (2018:1448) om ändring i ellagen, vilken trädde i kraft den 1 januari 2019. Enligt propositionen var syftet med dessa lagändringar bl.a. att förenkla och förtydliga regelverket för intäktsramar för elnätsverksamhet.¹⁹
103. Som förklarats ovan fanns i 5 kap 6 § ellagen en bestämmelse om ”*rimlig avkastning*”. Denna bestämmelse har i den nya lagen ersatts av en ny bestämmelse i 5 kap 1 § ellagen. I den nya bestämmelsen föreskrivs bl.a. att intäktsramen inte får vara större än vad som behövs för att ”*ge en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar*”. Vad som tidigare anfördes i förarbetena till bestämmelsen i 5 kap 6 §

¹⁹ Prop. 2017/18:237, s. 1.

ellagen (se punkt 86–88 ovan) har således genom lagändringen kommit att uttryckas direkt i lagtexten.

104. Regeringen förklarar i förarbetena till den nya lagen att det förhållandet att lagtexten inte längre innehåller ordet ”rimlig” avkastning inte har någon betydelse i sak, utan att Ei ”kan utforma metoden för att beräkna intäktsramen på olika sätt inom de ramar som regleringen anger [...]”. Regeringen anför i detta avseende bl.a. följande:

”Det skulle kunna invändas att orden ’skäliga’ och ’rimlig’ visar (sic!) Energimarknadsinspektionen har ett bedömningsutrymme. Det utrymme som finns kvarstår dock även om lagtexten förtydligas. Att det som i dag tydligt framgår på annat sätt kommer till uttryck direkt i lagtexten innebär inte någon ändring i sak. Bestämmelsens karaktär av en allmän ram förblir också densamma. Energimarknadsinspektionen kan utforma metoden för att beräkna intäktsramen på olika sätt inom de ramar som regleringen anger, men metoden måste utformas på ett sådant sätt att det belopp som bestäms svarar mot en sådan intäktsram som anges i bestämmelsen.”²⁰ (Vår understrykning.)

105. I 5 kap 8 § i den nya ellagen anges att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter om hur kapitalbasen ska beräknas, om beräkningen av avskrivningar och om ”en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar”.
106. Det är med stöd av denna bestämmelse som detaljföreskrifter om hur elnätsföretagens avkastning (eller kalkylräntan) ska beräknas har införts i Förordningen. Som utvecklas i avsnitt VI.2.2 nedan strider det bemyndigande som följer av 5 kap 8 § ellagen mot unionsrätten.

7 Det fordras starka skäl för att justera etablerade beräkningsmetoder

107. Mot bakgrund av att frågan om hur en rimlig avkastning ska fastställas nu varit föremål för domstolsprövning vid ett flertal tillfällen, både enligt ellagen och enligt naturgaslagen, finns det en väl etablerad praxis i frågan om vad som utgör rimlig avkastning samt vilka beräkningsmetoder som ska tillämpas vid fastställandet av avkastningen.
108. I fråga om Eis möjligheter att justera etablerade metoder har kammarrätten fastslagit följande:

”Samtidigt som Energimarknadsinspektionens olika beräkningsmetoder ska uppfylla krav på rättssäkerhet och därmed bl.a. vara förutsebara, bör det som framgår ovan vara möjligt för inspektionen att över tid anpassa och förändra beräkningsmetoderna i syfte att förhålla sig till nya förutsättningar. Alla förändringar ska dock kunna motiveras sakligt och hålla sig inom ramen för

²⁰ Prop. 2017/18:237, s. 45.

lagstiftning, praxis och förarbetsuttalanden. Det bör krävas en grundlig utredning och noggranna överväganden för att en redan utarbetad metod ska kunna ändras. För att kunna justera en tidigare använd metod ska det göras sannolikt att det finns sakliga skäl för en förändring.²¹ (Vår understrykning.)

109. För att en etablerad metod ska kunna justeras fordras således en grundlig utredning och noggranna överväganden och att Ei gör sannolikt att det finns sakliga skäl för en ändring. Justeringarna måste vidare vara förenliga med ”lagstiftning, praxis och förarbetsuttalanden”.

8 Regeringen har inte accepterat domstolsavgörandena avseende intäktsramarna

110. Som noterades i avsnitt III.3 ovan förutsåg regeringen när den nya förhandsregleringen infördes att bedömningen av de parametrar som ingår vid en beräkning enligt WACC-metoden skulle bli föremål för en rättsutveckling genom praxis.

111. Regeringen har dock inte accepterat den domstolspraxis som utvecklats.

112. Regeringen har bl.a. anfört att den i praxis fastställda avkastningen utgör orimligt höga intäktshöjningar för elnätsföretagen:

”Regeringen anser att den nuvarande regleringen i vissa avseenden har fungerat mindre bra med utdragna domstolsprocesser och den har lett till möjlighet till orimligt höga intäktshöjningar för elnätsföretagen.”²², Bilaga 7.

113. Ei har gett uttryck för samma uppfattning:

”Ei föreslår en mer detaljerad lagstiftning om hur en rimlig avkastning ska beräknas. Den lagstiftning som gäller idag är otydlig och har lett till omfattande rättsprocesser. Ei anser att utfallet i processerna inte lett till ett rimligt resultat. Den avkastning som förvaltningsrätten fastställde var 28 procent högre än den som Ei beslutade om för perioden 2016–2019.”²³, Bilaga 8.

114. Sex dagar efter att Förvaltningsrätten i Linköping i december 2016 hade avkunnat domar avseende elnätsföretagens avkastning för perioden 2016–2019 gav regeringen Ei i uppdrag att ta fram ett förslag till en ny förordning om beräkning av rimlig avkastning för elnätsföretagen på den svenska elmarknaden, Bilaga 9.²⁴

115. Regeringens avsikt med uppdraget uttrycks på följande sätt i uppdragsbeskrivningen till Ei:

²¹ Se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 november 2017 i mål 430-16, s. 7.

²² Miljö- och energidepartementet – Energheten, ”Fakta-PM elnätsavgifter”, 15 augusti 2018, s. 2.

²³ Ei, ”Ei föreslår tydligare reglering av elnätsföretagens avkastning”, 24 oktober 2017.

²⁴ Miljö- och energidepartementet, ”Uppdrag att se över regleringen av intäkter från elnätsverksamhet”, M2016/03027/Ee, M2016/02275/Ee, M2016/02483/Ee, 20 december 2016.

”Det har krävts långdragna domstolsprocesser för att fastställa nivån på avkastningen. Förvaltningsdomstolarna har i dessa avgöranden fått göra bedömningar i detaljfrågor som rör komplicerade ekonomiska överväganden. För att säkerställa att avkastningen hamnar på en rimlig nivå samtidigt som berörda aktörer får tydligare och enklare bestämmelser att följa med kortare ledtider finner regeringen att det finns skäl att utreda frågan om det bör införas ytterligare reglering av avkastningen i elnätsregleringen.

Energimarknadsinspektionen får därför i uppdrag att utreda och ta fram författningsförslag avseende en rimlig avkastning vid fastställandet av en intäktsram för elnätsverksamhet.”²⁵ (Vår understrykning.)

116. I direkt strid med regeringens egna uttalanden i förarbetena till förhandsregleringen – enligt vilka bland annat bedömningen av de faktorer (eller ”parametrar”) som ingår i WACC-beräkningen inte borde ”komma till uttryck i lagstiftning” – får Ei i uppdrag att ta fram ett ”författningsförslag avseende en rimlig avkastning”.
117. Eis uppdrag resulterade i rapporten ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Bilaga 1.
118. I rapporten påstår Ei bl.a. att ”[d]omstolsavgöranden rörande avkastningen ger enligt Eis uppfattning inte någon vägledning för hur framtida bedömningar ska göras.”²⁶ Mot bakgrund av detta påstående hävdar Ei att det inte finns något hinder att författningsreglera avkastningen i en förordning.²⁷ Som framgått av avsnitt III.4 ovan är påståendet felaktigt. Det finns, tvärt emot vad Ei påstår, en omfattande och tydlig domstolspraxis rörande avkastningen. I sammanhanget kan också noteras att Ei gjort på motsatt sätt vid fastställandet av intäktsramarna för gasnätsföretagen för perioden 2019–2022. I dessa beslut har Ei uttryckligen hänvisat till den domstolspraxis som föreligger och grundat sina beslut på denna praxis.
119. Med vissa justeringar resulterade Eis förslag i Förordningen. Förordningen trädde i kraft den 1 januari 2019.
120. Förordningen föreskriver i detalj hur elnätsföretagens avkastning ska beräknas. Regeringen förklarar också uttryckligen att avsikten med Förordningen är att ”fastställ[a] vissa parametrar”:

”De nya bestämmelserna om avkastningen innebära (sic!) att regeringen fastställer vissa parametrar för beräkning av avkastningen från elnätsföretagens elnätsverksamhet.”²⁸ (Vår understrykning.)

²⁵ Miljö- och energidepartementet, ”Uppdrag att se över regleringen av intäkter från elnätsverksamhet”, M2016/03027/Ee, M2016/02275/Ee, M2016/02483/Ee, 20 december 2016, ss. 2–3, Bilaga 9.

²⁶ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 22, Bilaga 1.

²⁷ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 23, Bilaga 1.

²⁸ Miljö- och energidepartementet – Energheten, ”Fakta-PM elnätsavgifter”, 15 augusti 2018, s. 1, Bilaga 7.

121. Förordningens detaljreglering utgår från den lagtolkning som Ei utan framgång argumenterat för inom ramen för domstolsförfarandena. Detta uppmärksammades i Förvaltningsrätten i Linköpings remissyttrande över Eis förslag, Bilaga 10:

”Förvaltningsrätten noterar [...] att Energimarknadsinspektionens argument för de föreslagna ändringarna i mycket stor utsträckning är desamma som de Energimarknadsinspektionen anfört i de mål som är eller har varit under prövning i förvaltningsrätten. I flera av dessa mål har förvaltningsrätten gjort en annan tolkning av gällande rätt än den Energimarknadsinspektionen gjort.”²⁹ (Vår understrykning.)

122. Regeringen har således genom Förordningen försökt göra Eis av domstolarna underkända lagtolkning till gällande rätt. Regeringen försöker således ändra lagen genom en förordning. Annorlunda uttryckt: regeringen ”sätter sig över domstolarna”, genomdriver sin egen lagtolkning och agerar som ett slags högsta domstol.
123. Regeringen har genom Förordningen varit så exakt i sin detaljreglering att dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan redan i augusti 2018 kunnat uttala sig mer precist om vilken sänkning den nya regleringen skulle leda till:

”Med de nya bestämmelserna kommer elnätsavgifterna sänkas med upp till 21 procent för kunder som i dag har höga elnätsavgifter. Den nya regleringen skapar balans mellan kundernas rätt till skäliga elnätsavgifter och elnätsbolagens möjligheter till skälig avkastning och nödvändiga investeringar. Samtidigt minskar vi risken för långdragna domstolsprocesser kring elnätsavgifterna”³⁰, Bilaga 11.

124. Ibrahim Baylan har dessutom uttalat att kostnaden för elnäten ska sjunka med 60 miljarder kronor för tillsynsperioden 2020–2023.³¹, Bilaga 12.
125. Därutöver har regeringen även kunnat precisera hur stor avkastningen för elnätsföretagen ska vara. Uttalanden visar att regeringen genom Förordningen avsett att sänka avkastningen från 5,85 procent till cirka tre procent.³², Bilaga 13.
126. Samtidigt som intäktsramen för tillsynsperioden 2020–2023 sänks som en följd av Förordningen betonar regeringen behovet av nya investeringar i det svenska elnätet:

”Elenergibehovet och elektrifieringen ökar både globalt och inom Sverige. Pådrivande faktorer är urbanisering, befolkningsstillväxt med ökat bostadsbyggande och nya industrier. I transportsektorn finns ett ökat elbehov för att fossilfria transporter ska vara möjliga. En digitaliserad värld innebär att fler och fler områden blir beroende av säker tillgång på el. Samhällets ökande beroende av el ställer också högre krav på försörjningstrygghet och leveranssäkerhet med få elavbrott och hög elkvalitet.

²⁹ Förvaltningsrätten i Linköping, ”Yttrande avseende Energimarknadsinspektionens rapport Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023 (Ei R2017:07)”, FLI 2017/380, 10 januari 2018, s. 1.

³⁰ Pressmeddelande från Miljödepartementet, Statsrådsberedningen, ”Regeringen skärper regleringen av elnätsavgifterna”, 15 augusti 2018.

³¹ Dagens industris artikel ”Regeringen skärper regler för elnätsavgifter”, 15 augusti 2018.

³² SVT Nyheter artikel ”SVT erfar: Regeringen vill tvinga elbolagen att sänka priserna”, 14 augusti 2018.

*Därtill finns frågan om elnätens kapacitetsbrist. Den senaste tiden har samhällets ökade efterfrågan på el lokalt medfört att nätkapacitetsbrist uppstått i Sveriges tillväxtregioner. Stockholm, Uppsala, Västerås och Malmö pekas ut som städer med stora behov av förstärkt nätkapacitet och förnyelse av äldre elinfrastruktur.”³³,
Bilaga 14.*

127. Samtidigt som regeringen genom Förordningen drastiskt minskar elnätsföretagens intäktsramar och förklarar att just detta är syftet med Förordningen så talar regeringen om ”[s]amhällets ökande beroende av el” och att detta ”ställer [...] högre krav på försörjningstrygghet och leveranssäkerhet”. Regeringen framhåller också att det finns ”stora behov av förstärkt nätkapacitet och förnyelse av äldre elinfrastruktur”. Regeringen intar således, för att uttrycka sig försiktigt, oförenliga ståndpunkter.

Avsnitt IV – Eis beslut styrs av Förordningen

1 Allmänt om Eis beslut

128. Ei meddelade den 25 oktober 2019 tre olika beslut om fastställande av intäktsram för Ellevio avseende tillsynsperioden 2020–2023.³⁴
129. Det anges uttryckligen i besluten att kalkylräntan ska beräknas enligt den formel som återfinns i bilaga 2 till Förordningen.³⁵ Av bilaga 7 till besluten framgår vidare att myndigheten ska använda WACC-metoden för att fastställa kalkylräntan.³⁶
130. Vidare anges det uttryckligen i besluten att värdet på de parametrar som ingår i WACC-metoden ska bestämmas i enlighet med 18–26 §§ Förordningen (jämlikt 17 § andra stycket Förordningen).³⁷
131. Med hänvisning till den metod som anges i bilaga 2 till Förordningen och de parametrar som Förordningen reglerar har Ei beräknat den reala kalkylräntan före skatt till 2,16 procent.³⁸
132. Förordningen reglerar i detalj parametrarna i WACC-formeln. Dessa parametrar är riskfri ränta, aktiemarknadsriskpremie, tillgångsbeta, kapitalstruktur (skuldandel), kreditriskpremie, inflation och skattesats.³⁹ Förordningen detaljreglerar vidare hur de

³³ Infrastrukturdirektoratet, ”Uppdrag att analysera kapacitetsbristen i elnäten”, I2019/02766/E, 24 oktober 2019, ss. 2–3.

³⁴ Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019.

³⁵ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 7.

³⁶ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 1.

³⁷ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 7.

³⁸ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 7.

³⁹ 19–22 och 24–26 §§ Förordningen.

jämförelseföretag som har betydelse vid beräkningen av tillgångsbeta, kapitalstruktur (skuldandel) och kreditriskpremie ska identifieras.⁴⁰

133. Detaljregleringen av parametrarna medför att Förordningen i allt väsentligt dikterat innehållet i Eis beslut. Ei har med andra ord inte lämnats något eget handlingsutrymme vid bestämmandet av kalkylräntan.
134. Flera parametrar har också genom Förordningens detaljreglering bestämts på ett sätt som avviker från domstolspraxis. Förordningen tillämpar exempelvis inte ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid fastställandet av parametrarna trots att domstolarna uttryckligen anfört att ett långsiktigt perspektiv ska tillämpas vid fastställandet av kalkylräntan.⁴¹ Vidare saknar Förordningen en bestämmelse avseende en särskild riskpremie och utesluter därmed möjligheten att tillämpa en sådan, trots att avgöranden i förhållande till tidigare tillsynsperioder tydligt ger uttryck för att en särskild riskpremie ska utgå.⁴²
135. Detta har medfört att det föreligger en diskrepans mellan de parametervärden som fastställts i praxis och de parametervärden som framgår av Eis beslut för tillsynsperioden 2020–2023, vilket påverkat kalkylräntan negativt.
136. Tabellen nedan illustrerar de värden som de olika parametervärdena fastställts till i tidigare domstolspraxis och de väsentligt lägre värden som Ei fastställt baserat på Förordningen.

Parametrar WACC	Kammar- rätten elnät 2012–2015	Förvaltnings- rätten elnät 2016–2019	Kammar- rätten gasnät 2015–2018	Ei elnät 2020–2023
Equity beta (sv. aktiebeta)	0,54	0,72	0,76	0,51
Asset beta (sv. tillgångsbeta)	0,38	0,39	0,45	0,29
Riskfri ränta	4,00	4,01	4,00	0,90
Marknadsriskpremie	4,74	5,00	5,00	6,68
Särskild riskpremie	1,00	0,5	1,50	0,00
Kreditriskpremie	1,83	1,80	1,80	1,44
Skuldandel	37,00	52,00	47,00	49,00
Skattesats	26,30	22,00	22,00	20,80

⁴⁰ 18 § Förordningen.

⁴¹ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14 s. 49, Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 29–31. och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 429-16 s. 11–12.

⁴² Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14 s. 54, Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 42–44. och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 429-16 s. 17.

Inflationsförväntan	2,00	2,04	2,00	1,73
WACC (realt före skatt)	6,5%	5,85%	6,91%	2,16%

137. I följande avsnitt beskriver Ellevio Förordningens detaljreglering av de olika parametrarna och hur de olika parametrarna slutligt kommit att bestämmas i de överklagade besluten. Ellevio beskriver även hur vissa av de i Förordningen angivna parametrarna förhåller sig till etablerad domstolspraxis. För en mer fullständig redogörelse av tidigare domstolspraxis hänvisas till Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs respektive inläga.

2 Riskfri ränta

2.1 Inledning

138. Med riskfri ränta menas den förväntade avkastningen från investeringar i finansiella instrument som saknar risk. Den riskfria räntan utgörs således av den minsta avkastning som en investerare kan kräva.⁴³ Beräkningen av den riskfria räntan har väsentlig betydelse för kalkylräntans storlek då den utgör del av avkastningskravet på eget kapital och på lånat kapital.

2.2 Förordningen

139. Bestämmelsen avseende riskfri ränta finns i 19 § Förordningen. Bestämmelsen lyder:

”En riskfri ränta ska beräknas som genomsnittet av

1. den årliga avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under de fyra kalenderår som föregår Energimarknadsinspektionens beslut om intäktsram, och

2. en marknadsmässig prognos för avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under tillsynsperioden.

Avkastningen enligt första stycket 1 ska beräknas som ett genomsnitt utifrån samtliga värden för bankdagar under den aktuella tiden.”

140. Förordningen reglerar således i detalj den metod som ska tillämpas vid bestämmandet av den riskfria räntan (utgångspunkten ska vara tioåriga svenska statsobligationer) och det tidsperspektiv som myndigheten ska tillämpa (genomsnittet av den årliga avkastningen under de senaste fyra åren och en marknadsmässig prognos för avkastningen under den aktuella tillsynsperioden (dvs. de kommande fyra åren)).
141. Bestämmelsen lämnar inte något utrymme för myndigheten att göra egna bedömningar vid bestämmandet av den riskfria räntan.

⁴³ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 34.

2.3 Eis beslut

142. I besluten avseende tillsynsperioden 2020–2023 har Ei också undantagslöst tillämpat den metod och det tidsperspektiv som Förordningen föreskriver. Ei har fastställt att den riskfria räntan utgör ”genomsnittet av den årliga avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under 2015-2018 och Konjunkturinstitutets prognos/scenario i juni 2019 för avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under 2020-2023”.⁴⁴
143. Ei har baserat den årliga avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under åren 2015–2018 på information från Sveriges riksbank. Baserat på data från Sveriges riksbanks webbsida har Ei beräknat avkastningen för denna historiska period till 0,64%.⁴⁵ Vad avser den marknadsmässiga prognosen för avkastningen under perioden 2020–2023 har Ei använt Konjunkturinstitutets ”Konjunkturläget” där bland annat en nioårig framåtblickande prognos för avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer ingår. Ei har utifrån de första fyra åren i denna prognos beräknat den genomsnittliga avkastningen för åren 2020–2023 till 1,16%.⁴⁶
144. Genomsnittet av den årliga avkastningen på tioåriga svenska statsobligationer under perioden 2015–2018 (0,64%) och prognosen för åren 2020–2023 (1,16%) är 0,90%, vilket är vad den riskfria räntan bestämts till för tillsynsperioden 2020–2023.⁴⁷

2.4 Tidigare praxis

145. Såväl Förordningens reglering av den riskfria räntan som Eis beslut avviker från etablerad domstolspraxis. Domstolarna har undantagslöst funnit att ett långsiktigt framåtblickande perspektiv ska tillämpas vid bestämmandet av kalkylräntan (och därmed även den riskfria räntan).
146. Redan vid den överprövning av intäktsramarna som skedde för tillsynsperioden 2012–2015 konstaterade Kammarrätten i Jönköping att en investering i ett elnät har en mycket lång investeringshorisont, vilket kräver att nivån på avkastningen kan bedömas på längre sikt med viss förutsebarhet.⁴⁸ Vidare anförde kammarrätten att en stabil kalkylränta kan ha en positiv effekt på elnätsföretagens vilja och förmåga att göra de investeringar som krävs.⁴⁹ Kammarrätten kom därför fram till att det var rimligt och i

⁴⁴ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

⁴⁵ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 11-12.

⁴⁶ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 11-12.

⁴⁷ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 11-12.

⁴⁸ Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 november 2014 i mål nr 61-14, s. 49 och i mål nr 101-14 s. 44.

⁴⁹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 49 och i mål nr 101-14 s. 44.

överensstämmelse med förhandsregleringens syfte att anlägga ett långsiktigt perspektiv när de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan fastställs.

147. Samma tidsperspektiv anlades av Förvaltningsrätten i Linköping i domarna avseende tillsynsperioden 2016–2019. I dessa mål fann förvaltningsrätten, bl.a. med hänvisning till de tidigare domarna i elnätsmålen avseende 2012–2015, att ett långsiktigt perspektiv ska användas vid kalkylränteberäkningen.⁵⁰ Kammarrätten i Jönköping meddelade inte prövningstillstånd.
148. I sammanhanget är det dock av intresse att kammarrätten, i beslutet att inte meddela prövningstillstånd, hänvisade till sina avgöranden gällande intäktsramar enligt naturgaslagen (2005:403), som hade meddelats samma dag. Beslutet att inte meddela prövningstillstånd medför således att de principer som kammarrätten tillämpade i naturgasmålen även äger tillämpning i elnätsmålen. Även i naturgasmålen fastställde kammarrätten att kalkylräntan ska bestämmas utifrån ett långsiktigt perspektiv.⁵¹ Samtliga domstolar i elnätsmålen samt de näraliggande naturgasmålen har således varit överens i frågan avseende det långsiktiga tidsperspektivet.
149. Vad avser tillämplig metod för fastställande av den riskfria räntan kan noteras att domstolarna har tillämpat två olika metoder. Båda metoderna har dock utgått från ett långsiktigt perspektiv.
150. I elnätsmålen för tillsynsperioden 2016–2019 fastställde förvaltningsrätten den riskfria räntan utifrån Konjunkturinstitutets nioåriga prognoser och scenarier för tioåriga statsobligationer.⁵² Inom ramen för denna prövning underkände domstolen uttryckligen Eis resonemang om att ett kortsiktigt fyraårigt tidsperspektiv skulle tillämpas. Domstolen gick även på elnätsföretagens linje att den underliggande tillgången skulle spegla investeringarnas tidshorisont och baseras på en löptid som sammanföll med investeringarnas livslängd.⁵³ Förvaltningsrätten konstaterade dock att det inte fanns några ränteprognoser för trettioåriga statsobligationer. För att kompensera för skillnaden i ränta mellan en tioåriga och en trettioårig statsobligation lade förvaltningsrätten till en löptidsdifferens om 0,3%.⁵⁴
151. Kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd. Som anförts ovan hänvisade kammarrätten i beslutet att inte meddela prövningstillstånd till de domar som samma dag meddelats i naturgasmålen, vilket medför att de principer som fastställts i naturgasmålen även ska vara tillämpliga i elnätsmålen. I naturgasmålen fann kammarrätten att den riskfria räntan skulle bestämmas genom att den långsiktigt

⁵⁰ Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 december 2016 i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 30-31, i mål nr 4712-15 m.fl., ss. 35-36 och i mål nr 4794-15 m.fl., ss. 32-33.

⁵¹ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 427-16, s. 11.

⁵² Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 35-37, i mål nr 4712-15 m.fl., ss. 40-43 och i mål nr 4794-15 m.fl., ss. 38-40.

⁵³ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 35-37.

⁵⁴ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 14 december 2016 i mål nr. 4711-15 m.fl., ss. 37-39.

förväntade utvecklingen av BNP adderades till Riksbankens långsiktiga inflationsmål, (den s.k. BNP-metoden).⁵⁵ Kammarrätten hänvisade i detta avseende till kammarrättens domar i pilotmålen avseende tillsynsperioden 2012–2015, av vilka framgår att BNP-metoden tillämpades för att fastställa den riskfria räntan, och framhöll bl.a. att Ei inte hade gjort sannolikt att BNP-metoden inte är en vedertagen ekonomisk metod eller att det skulle vara mer lämpligt att tillämpa statsobligationer för en långsiktig bedömning än BNP-metoden.⁵⁶

152. Av ovanstående följer att den riskfria räntan i enlighet med praxis således ska fastställas utifrån BNP-metoden.
153. Som angivits inledningsvis avviker Förordningen och Eis beslut från tidigare domstolsavgöranden. BNP-metoden har inte tillämpats utan Förordningen utgår från en metod som bestämts utifrån tioåriga statsobligationer. Istället för att – på sätt som domstolarna framhållit i avgöranden avseende tidigare tillsynsperioder – tillämpa ett långsiktigt framåtblickande tidsperspektiv så har Ei, med stöd av Förordningen, tagit hänsyn till fyra historiska år och Ki:s prognos för de kommande fyra åren. Genom att tillämpa den årliga avkastningen under fyra historiska år och en prognos för de kommande fyra åren fastställs ett genomsnitt på en prognosdag som infaller i nutid (dvs. ”idag”). Detta innebär att det i domstolspraxis fastställda långsiktigt framåtblickande perspektivet helt frångås vid fastställandet av den riskfria räntan.

2.5 Sammanfattning

154. Sammanfattningsvis kan konstateras att Förordningen detaljreglerar vilken metod som ska tillämpas vid fastställandet av den riskfria räntan. Ei har i besluten avseende tillsynsperioden 2020–2023 också tillämpat Förordningen.
155. Vidare kan konstateras att såväl Förordningen som Eis beslut avviker från den domstolspraxis som utvecklats vid fastställande av kalkylräntan, där domstolarna uttalat att den riskfria räntan ska spegla investeringarnas tidshorisont och baseras på en löptid som sammanfaller med investeringarnas livslängd samt tillämpat BNP-metoden vid fastställandet av den riskfria räntan. Genom att tillämpa en icke-framåtblickande och kortsiktig metod baserad på statsobligationer avviker Ei således från praxis.

⁵⁵ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 427-16, ss. 11-14.

⁵⁶ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 427-16, ss. 11-14.

3 Aktiemarknadsriskpremie

3.1 Inledning

156. Aktiemarknadsriskpremien utgör den extra avkastningen utöver riskfri ränta som en investerare kräver för att investera i aktier.⁵⁷

3.2 Förordningen

157. Aktiemarknadsriskpremien behandlas i 26 § Förordningen, som lyder enligt följande:

”En aktiemarknadsriskpremie ska beräknas som den avkastning som krävs utöver riskfri ränta enligt 19 § för att attrahera investeringar i aktier.”

158. Aktiemarknadsriskpremien är den parameter som till synes är minst detaljreglerad i Förordningen. Aktiemarknadsriskpremien har dock en tydlig koppling till den riskfria räntan. I bilaga 7 till Eis beslut avseende intäktsramarna för 2020–2023, ”Kalkylränta för elnätsföretag, För tillsynsperioden 2020-2023” beskrivs detta förhållande enligt följande.

*”I CAPM finns det en stark koppling mellan riskfri ränta och aktiemarknadsriskpremien. Sambandet består av att aktiemarknadspremierna härleds från den totala avkastningen som ska minskas med den riskfria räntan för att få korrekt nivå på aktiemarknadspremierna. Den riskfria räntan utgör alltså en del av aktiemarknadsriskpremierna ($rm-rf$) och det är därför viktigt att tillämpa samma tidsperspektiv på dessa. Aktiemarknadsriskpremierna bör därför fastställas med hänsyn till hur den riskfria räntan fastställs.”*⁵⁸

159. Ei förklarar således bland annat att aktiemarknadsriskpremierna bör fastställas med hänsyn till hur den riskfria räntan fastställs.
160. Detta innebär att detaljregleringen av det tidsperspektiv Ei ska tillämpa vid fastställandet av den riskfria räntan även påverkar det tidsperspektiv som ska tillämpas för aktiemarknadsriskpremierna. Genom denna koppling finns i praktiken inget handlingsutrymme för Ei vid bestämmande av aktiemarknadsriskpremierna.

3.3 Eis beslut

161. Ei har i besluten för intäktsramen 2020–2023 angett att aktiemarknadsriskpremierna ”har fastställts utifrån genomsnittet av PwC:s riskpremiestudier för 2015-2018 och för 2019”.⁵⁹

⁵⁷ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 39.

⁵⁸ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 13.

⁵⁹ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

162. Ei har vad avser aktiemarknadsriskpremien tillämpat samma tidsperspektiv som för den riskfria räntan.⁶⁰ Ei anger i beslutet att tidsperspektivet för den riskfria räntan består av fyra bakåtblickande år och fyra framåtblickande år. För att kunna efterlikna de fyra framåtblickande respektive bakåtblickande åren även för aktiemarknadsriskpremien tillämpar Ei en metodik som innebär att ett genomsnittligt värde för de historiska åren och ett enskilt värde för de framåtblickande åren används.⁶¹
163. För de historiska åren utgår Ei från PwC:s historiska marknadsriskpremiestudier för åren 2015–2018. För de fyra framåtblickande åren anser Ei att PwC:s marknadsriskpremiestudie för det senaste året (2019) kan användas som estimat. Den tillämpade metoden innebär således att ett genomsnitt beräknas av PwC:s marknadsriskpremiestudie för åren 2015–2018 (6,55%) och PwC:s marknadsriskpremiestudie för år 2019 (6,80%). Aktiemarknadsriskpremien fastställs därmed till 6,68%.⁶²

3.4 Tidigare praxis

164. Eis beräkning av aktiemarknadsriskpremien avviker från det krav på långsiktighet som domstolarna har konstaterat ska gälla vid bestämmandet av den regulatoriska kalkylräntan.
165. Vid överprövningen av Eis beslut avseende tillsynsperioden 2016–2019 fann förvaltningsrätten att både den riskfria räntan och marknadsriskpremien skulle fastställas utifrån ett långsiktigt perspektiv. Domstolen uttalade att liksom övriga parametrar i WACC-beräkningen bör marknadsriskpremien vara framåtblickande.⁶³
166. Förvaltningsrätten tillämpade dock slutligen en marknadsriskpremie baserat på Ernst & Youngs uppskattning av premien på den svenska marknaden i jämviktsläge. Bedömningen grundades framför allt på en historisk riskpremiestudie avseende marknadsriskpremien på den svenska marknaden för åren 1900–2001 och på det långsiktiga genomsnittet av PwC:s marknadsriskpremiestudie för åren 1998–2014.⁶⁴ Förvaltningsrätten fann visserligen inte att ett sådant genomsnittligt värde gav uttryck för ett långsiktigt perspektiv med utgångspunkt i gällande marknadsläge, motsvarande den metod som förvaltningsrätten tillämpade avseende den riskfria räntan. I avsaknad av annan utredning konstaterade dock förvaltningsrätten att värdet var rimligt.⁶⁵

⁶⁰ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 15-16.

⁶¹ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 16.

⁶² Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 15-16.

⁶³ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 39–40.

⁶⁴ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 40–41.

⁶⁵ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., ss. 40–41.

167. I naturgasmålen hade Ei fastställt aktiemarknadspremien mot bakgrund av EY:s rapport⁶⁶ i vilken premien uppskattades i ett jämviktsläge utifrån den svenska marknaden i ett normalt marknadsläge. Premien medgavs av naturgasföretagen och fastställdes av kammarrätten.⁶⁷

3.5 Sammanfattning

168. Sammanfattningsvis kan således konstateras att aktiemarknadsriskpremien har en koppling till den riskfria räntan. I Förordningen detaljregleras det tidsperspektiv som ska gälla för den riskfria räntan. Samma tidsperspektiv blir också tillämpligt vid bestämmandet av aktiemarknadsriskpremien. Detta medför att Förordningen även begränsar Eis handlingsutrymme att bestämma aktiemarknadsriskpremien.

4 Jämförelseföretag

4.1 Inledning

169. Av Förordningen framgår att jämförelseföretag ska användas vid beräkningen av parametrarna tillgångsbeta, kapitalstruktur (skuldandel) och kreditriskpremie.⁶⁸

4.2 Förordningen

170. Bestämmelsen om jämförelseföretag återfinns i 18 § Förordningen. Bestämmelsen lyder enligt följande.

”När beräkningen av kalkylräntan förutsätter att det finns jämförelseföretag ska ett sådant företag

1. ha överföring av el som sin huvudsakliga verksamhet,

2. vara noterat på en europeisk handelsplats, och

3. ha sitt säte i Europa.”

171. De i Förordningen uppställda rekvisiten medför i praktiken att enbart mycket stora företag som alla är börsnoterade, bedriver stamnätsverksamhet och har geografisk hemvist i andra länder än Sverige kan användas som jämförelseföretag. Kriterierna medför vidare att endast ett fåtal företag kan komma ifråga som jämförelseföretag.

172. Ei har med andra ord ett mycket begränsat handlingsutrymme vid bestämmandet av jämförelseföretagen.

⁶⁶ Ernst & Young, ”Energimarknadsinspektionen: WACC för gasnätsföretag för tillsynsperioderna 2012, 2013 samt 2015–2018”, 2 september 2014.

⁶⁷ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom av i mål nr 427-16, ss. 15-16.

⁶⁸ 20, 22 och 25 §§ Förordningen.

4.3 Eis beslut

173. Av Eis beslut framgår att Ei anlitat en konsult för att välja ut jämförelseföretag. Konsulten har instruerats att beakta de krav som anges i Förordningen.⁶⁹ Förordningens detaljreglering har således legat till grund för besluten och resulterat i det låga antalet jämförelseföretag.
174. Vidare framgår av besluten att Ei därutöver instruerat konsulten att beakta att jämförelseföretagens riskstruktur ska vara sådan att den i så stor omfattning som möjligt överensstämmer med de svenska elnätsföretagens.⁷⁰ Det är dock oklart i vilken omfattning detta kriterium påverkat urvalet.
175. Konsulten har identifierat sex jämförelseföretag, varav ett senare tagits bort med hänvisning till att det saknats information för företaget avseende ett flertal år och eftersom företaget uppvisat extrema värden.⁷¹ Sammanfattningsvis har således endast fem jämförelseföretag identifierats.

4.4 Sammanfattning

176. Sammanfattningsvis kan med avseende på jämförelseföretag konstateras att Förordningen innehåller tydliga kriterier som i praktiken medför att Ei inte ges något handlingsutrymme vid urvalet av jämförelsebolag.

5 Tillgångsbeta

5.1 Inledning

177. Betavärdet är ett vedertaget mått på systematisk risk och anger hur riskfylld en investering är i förhållande till en investering med genomsnittlig risk. Marknadens betavärde är per definition 1,0. Betavärden under 1,0 innebär en lägre risk och betavärden över 1,0 innebär en högre risk än marknadsgenomsnittet på marknaden.⁷²
178. Det finns två betavärden att ta hänsyn till, aktiebeta och tillgångsbeta. Aktiebeta speglar ett börsnoterat företags risk (volatilitet i aktiekurs) i förhållande till marknadens risk (volatilitet i index). Ett företags aktiebeta är en funktion av dess rörelserisk samt finansiella struktur (kapitalstruktur). Då bolag inom en bransch ofta har olika kapitalstruktur måste även tillgångsbeta beaktas. Tillgångsbeta är beta för ett företag

⁶⁹ Bilaga 7 till Eis beslut, "Fastställande av intäktsram enligt ellagen", diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, "Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023", s. 3.

⁷⁰ Bilaga 7 till Eis beslut, "Fastställande av intäktsram enligt ellagen", diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, "Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023", s. 3.

⁷¹ Bilaga 7 till Eis beslut, "Fastställande av intäktsram enligt ellagen", diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, "Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023", ss. 4-5.

⁷² Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 41.

utan finansiell nettoskuld. Med tillgångsbeta går det att jämföra betaobservationer och beräkna ett branschsnitt.⁷³ Tillgångsbeta beräknas på elnätsföretagets egna kapital.

5.2 Förordningen

179. Av 25 § Förordningen följer hur tillgångsbeta ska fastställas:

”Tillgångsbeta ska bestämmas utifrån ett genomsnitt av jämförelseföretagens aktiekursutveckling i förhållande till ett globalt aktiemarknadsindex för de tio kalenderår som föregår Energimarknadsinspektionens beslut om intäktsram. Beräkningen ska utgå från publicerade veckovärden och aktuella skattesatser för jämförelseföretagen.”

180. Förordningen föreskriver preciserade anvisningar rörande flera metodval vid beräkningen av tillgångsbeta. Eis utrymme för bedömning begränsas av Förordningen i flera avseenden: (i) tillämpningen av jämförelseföretagen (urvalet sker utifrån 18 § Förordningen), (ii) tillämpning av ett globalt aktiemarknadsindex; (iii) tidsperioden som aktiekursutvecklingen ska avse, (iv) publicerade veckovärden samt (v) skattesatsen för jämförelseföretagen.

5.3 Eis beslut

181. I de överklagade besluten har tillgångsbeta bestämts utifrån *”aktiebета för jämförelsebolag i förhållande till ett globalt aktiemarknadsindex (MSCI World Index). Vid beräkningen har Ei utgått från en tioårsperiod (2009-2018) med veckovisa observationer, 2018 års bolagsskattesats i jämförelseföretagens respektive hemland och Hamadas formel”*.⁷⁴

182. Av bilaga 7 till besluten framgår att Ei anlitat en konsult för att få underlag till att bedöma betavärdet.⁷⁵ Konsulten föreslog i vissa avseenden bedömningar som enligt Ei avvek från Förordningen. Konsultens förslag tillbakavisades av Ei i dessa delar med hänvisning till Förordningens ordalydelse. Förordningen har således i detalj reglerat fastställandet av betavärdet.

183. Som exempel på ovanstående kan nämnas att Förordningen föreskriver att ett globalt aktiemarknadsindex ska tillämpas för att bestämma tillgångsbeta. Enligt den konsult som Ei anlidade borde Ei istället ha använt ett europeiskt aktiemarknadsindex.⁷⁶ I enlighet med Förordningen tillämpade Ei dock jämförelseföretagets

⁷³ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 6.

⁷⁴ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

⁷⁵ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 6.

⁷⁶ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 7.

aktiekursutveckling i förhållande till ett globalt aktiemarknadsindex (MSCI World Index).⁷⁷

184. Ei anförde till stöd för att avvika från konsultens bedömning att ”*ett europeiskt aktiemarknadsindex inte kan anses ingå i definitionen av globalt*” och ”*[e]ftersom förordningen tydligt anger att ett globalt aktiemarknadsindex ska användas anser Ei att MSCI World Index ska användas.*”⁷⁸
185. Ei har jämfört aktiekursutvecklingen veckovis och beräknat årsvisa observationer. Betavärdet har sedan beräknats genom ett genomsnitt för samtliga årsvisa observationer under tio år. Vidare har Ei tillämpat 2018 års bolagsskatter för jämförelseföretagens hemländer för hela mätperioden eftersom ”*[d]etta tillvägagångssätt är [...] bäst kopplad till intäktsramsförordningens ordalydelse ’aktuell skattesats’*”.⁷⁹
186. I Förordningen anges inte ordagrant huruvida justeringar av observationerna ska göras för att hantera extremvärden i aktiemarknadskurserna. Ei har, i motsats till konsultens rekommendation för bedömning av tillgångsbeta, ansett att justeringar av observationerna inte ska göras. Ei anser nämligen inte att en justering, exempelvis med användande av en R^2 -gräns⁸⁰ eller bortrensning av extremvärden, överensstämmer med Förordningens ordalydelse.⁸¹ Ei har således låtit alla observationer vara med i beräkningen av tillgångsbetan och fastställt denna till 29% för tillsynsperioden 2020–2023.

5.4 Tidigare praxis

187. Frågan om tillgångsbeta har behandlats i begränsad omfattning av domstolarna.⁸² Vad avser tillsynsperioden 2016–2019 argumenterade elnätsföretagen i förvaltningsrätten att det betavärde som fastställdes av kammarrätten för tillsynsperioden 2012–2015 skulle tillämpas. Förvaltningsrätten fann dock att det inte fanns skäl för att ändra det av Ei fastställda betavärdet.

⁷⁷ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 8.

⁷⁸ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 8.

⁷⁹ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 9.

⁸⁰ R^2 kan tillämpas för att justera för extremvärden. Det är ett mått på hur stor del av variationen i den beroende variabeln (Y) som förklaras av modellen, i aktuellt fall hur stor del av variationen i en aktiekurs (beroende variabel) som kan förklaras av rörelse i aktiemarknadsindex (oberoende variabel), se Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, fotnot 11.

⁸¹ Ei anför i detta avseende ”Att justera observationerna, exempelvis med användande av R^2 gräns eller bortrensning av extremvärden, överensstämmer inte med ordalydelsen förordningen (sic!) i denna del” (se Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 10).

⁸² Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl. s. 42.

188. Eis beslut avseende tillsynsperioden 2020–2023 avviker dock från Eis tidigare beräkningar av tillgångsbeta, bl.a. eftersom extremvärdena för tillgångsbetan tidigare justerats med en R^2 -gräns.⁸³ Ei underlåter att göra en sådan justering i beslutet avseende aktuell tillsynsperiod med hänvisning till Förordningens ordalydelse. Ei frångår på så sätt den metod som tidigare har godtagits i praxis.

5.5 Sammanfattning

189. Sammanfattningsvis kan konstateras att Förordningen innehåller preciserade anvisningar rörande flera metodval vid beräkningen av tillgångsbeta och att Ei vid beräkningen av tillgångsbeta för intäktsramarna 2020–2023 påstått sig tillämpa vad Ei (i vissa fall felaktigt) anser utgör Förordningens ordalydelse.⁸⁴ Ei har således haft ett begränsat handlingsutrymme vid bestämmandet av tillgångsbeta.

6 Kapitalstruktur (skuldandel)

6.1 Inledning

190. WACC-metoden innebär att man väger in hur stora långgivarnas respektive aktieägarnas avkastningskrav är i förhållande till deras andel av det totala kapitalet. För beräkning av kalkylräntan behöver därför kapitalstrukturen bedömas. Skuldandelen anger andelen lånat kapital.

6.2 Förordningen

191. Av 22 § Förordningen följer:

”Nettoskuldsättningen ska beräknas som genomsnittet av jämförelseföretagens nettoskuldsättning för de tio kalenderår som föregår Energimarknadsinspektionens beslut om intäktsram.”

192. Förordningen föreskriver en mycket detaljerad metod för Eis beräkning av skuldandelen. Ei har således inga möjligheter att självständigt bedöma lämplig metod. Utöver metoden ger Förordningen, som ovan redogjorts för, även ett mycket begränsat utrymme för Ei vid val av jämförelseföretag. Det begränsade handlingsutrymmet i detta hänseende får således även konsekvenser för elnätsföretagens skuldandel.

⁸³ Vad avser tillsynsperioden 2016–2019 fastställde Ei tillgångsbeta utifrån Ernst & Youngs rapport, i vilken betavärden med låga R^2 tal sorterades bort (se Ernst & Young, ”Energimarknadsinspektionen: WACC för elnätsföretag för tillsynsperioden 2016–2019”, 14 april 2015, ss. 10-11).

⁸⁴ Se i detta avseende Vattenfalls och E.ONs inlagor

6.3 Eis beslut

193. Av Eis beslut framgår att nettoskuldssättningsgraden fastställts ”*utifrån jämförelseföretag och beräknats som nettoskuldens andel av det totala bolagsvärdet under 2009-2018*”.⁸⁵
194. I enlighet med Förordningen har Ei således fastställt skuldandelen utifrån tio års historiska data för de valda jämförelseföretagen. Jämförelseföretagens nettoskuld (genomsnittet av skillnaden mellan identifierade räntebärande skulder och kassa för innevarande och föregående års balansräkning) har dividerats med summan av nettoskulden och börsvärdet. Skuldandelen har därmed fastställts till 49% för tillsynsperioden 2020–2023.⁸⁶

6.4 Sammanfattning

195. Förordningens föreskrifter detaljreglerar hur skuldandelen ska fastställas, vilket ger Ei ett begränsat utrymme vid val av metod för beräkningen samt vid val av jämförelseföretag (vilka i praktiken utgör ett fåtal). Ei ges således inget handlingsutrymme vid bestämmandet av skuldandelen.

7 Kreditriskpremie

7.1 Inledning

196. Kreditriskpremien utgör den ränta, utöver den riskfria räntan, som en långivare kräver för att låna ut kapital till verksamheten.⁸⁷

7.2 Förordningen

197. Kreditriskpremien behandlas i 20 § Förordningen. Av bestämmelsen följer:

”En kreditriskpremie ska beräknas som skillnaden i avkastning mellan

1. jämförelseföretagens obligationslån med tio års löptid, och

2. tioåriga statsobligationer under de åtta kalenderår som föregår Energimarknadsinspektionens beslut om intäktsram.

Statsobligationerna ska ha utfärdats i Europa. Obligationslånen och statsobligationerna ska så långt som möjligt spegla samma marknad.”

⁸⁵ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

⁸⁶ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 5-6.

⁸⁷ Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl. s. 44.

198. Som framgår av den citerade bestämmelsen föreskriver Förordningen en detaljerad metod för fastställande av kreditriskpremien.

7.3 Eis beslut

199. Av Eis beslut för intäktsramarna 2020–2023 framgår att kreditriskpremien ”[...] har bedömts som skillnaden i avkastning mellan ett index för europeiska kraftbolag med kreditranking på BBB och tioårig löptid, IGEEUB10, och den tyska tioåriga statsobligationsräntan under 2011-2018”.⁸⁸
200. Av bilaga 7 till beslutet framgår att Ei med hjälp av en konsult beräknat kreditriskpremien för tillsynsperioden 2020–2023 och att Eis instruktion till konsulten varit att kreditriskpremien ska bedömas i enlighet med Förordningen.⁸⁹
201. För att uppskatta avkastningen på ett jämförelseföretags obligationslån med tio års löptid har ett index för obligationer emitterade av europeiska kraftbolag och tioårig löptid använts. Valet av index är baserat på jämförelseföretagens genomsnittliga kreditvärdighet.⁹⁰ Ei har således inte utgått från jämförelseföretags obligationslån.
202. Eftersom indexet som använts är baserat på företagsobligationer utställda i EUR har jämförelse skett med statsobligationer utställda i EUR och med samma löptid (tio år). Eftersom tyska tioåriga statsobligationer är de i volym största och mest likvida tioåriga statsobligationerna som handlas i EUR har dessa använts vid jämförelse med indexet.⁹¹
203. Mot bakgrund av ovan tillämpad metod har Ei fastställt kreditriskpremien till 1,44% för tillsynsperioden 2020–2023.
204. Ei har således tillämpat den metod som Förordningen föreskriver, med undantag för föreskriften om jämförelseföretags obligationslån. Som framgår av Vattenfalls inlägga är det i praktiken omöjligt att tillämpa Förordningens föreskrift i detta avseende.

7.4 Sammanfattning

205. Sammanfattningsvis har Ei således tillämpat den metod som Förordningen föreskriver, med undantag för föreskriften om jämförelseföretags obligationslån.

⁸⁸ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

⁸⁹ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 10.

⁹⁰ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 10-11.

⁹¹ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 11.

8 Inflation

8.1 Inledning

206. Vid fastställande av kalkylräntan beräknas enligt WACC-metoden först en nominell WACC efter skatt. Denna behöver sedan konverteras till en real WACC före skatt. Vid konvertering av nominell WACC till en real WACC används vanligen standardmetoden, i vilken det ingår en inflationsfaktor.

8.2 Förordningen

207. Av 24 § Förordningen följer:

”Inflationen ska beräknas som genomsnittet av

1. den årliga förändringen av ett konsumentprisindex med fast bostadsränta under de fyra kalenderår som föregår Energimarknadsinspektionens beslut om intäktsram, och

2. en fyraårig marknadsmässig prognos för ett konsumentprisindex med fast bostadsränta för tillsynsperioden.

Den årliga förändringen enligt första stycket 1 ska beräknas utifrån samtliga månadsvärden under den aktuella tiden.”

208. Förordningen föreskriver således i detalj hur inflationsparametern ska beräknas.

209. På samma sätt som vid fastställandet av den riskfria räntan tillämpas ett tidsperspektiv som består av fyra tillbakablickande år och fyra framåtblickande år.

210. Ei är bunden av Förordningens detaljerade reglering och ges inget eget handlingsutrymme vid bedömningen av inflationsnivån.

8.3 Eis beslut

211. I Eis beslut för tillsynsperioden 2020–2023 har inflationen fastställts som

”[...] genomsnittet av den årliga förändringen av konsumentprisindex med fast bostadsränta (KPIF) 2015-2018 och KI:s prognos/scenario i juni 2019 för KPIF för 2020-2023.”⁹²

212. Vid beräkningen av den årliga förändringen enligt punkten 1 i 24 § Förordningen har Ei använt sig av Statistiska Centralbyråns löpande månadsvärden av KPIF och utifrån dessa data beräknat den årliga förändringen av KPIF för åren 2015–2018. När det gäller

⁹² Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

den marknadsmässiga prognosen för KPIF för 2020–2023 har Ei använt sig av KI:s ”Konjunkturläget” för att hämta data för KI:s fyraåriga framåtblickande prognos/scenario för KPIF.⁹³ Utifrån ett genomsnitt av dessa nivåer har Ei fastställt inflationen till 1,73%.⁹⁴ Ei har således tillämpat Förordningens detaljreglering.

8.4 Tidigare praxis

213. Vid prövningen av Eis beslut avseende tillsynsperioden 2012–2015 tillämpade förvaltningsrätten Riksbankens långsiktiga inflationsmål. Kammarrätten bekräftade förvaltningsrättens bedömning och utgick från samma inflation vid omräkning till real kalkylränta.⁹⁵
214. I Eis beslut avseende tillsynsperioden 2016–2019 tillämpade Ei Konjunkturinstitutets prognos för tillsynsperioden (dvs. ett fyraårigt tidsperspektiv). Elnätsföretagen argumenterade i förvaltningsrätten att samma tidsperspektiv skulle tillämpas vid bedömningen av inflationen som vid beräkningen av riskfri ränta och att inflationen därför skulle beräknas som ett genomsnitt av Konjunkturinstitutets nioåriga prognos för inflationen för åren 2016–2024.⁹⁶
215. Förvaltningsrätten gick på elnätsföretagens linje och konstaterade att inflationen, i enlighet med den riskfria räntan, skulle fastställas utifrån Konjunkturinstitutets nioåriga prognoser.⁹⁷
216. Även i naturgasmålen betonades vikten av ett långsiktigt perspektiv. Ei hade utgått från Riksbankens KPIF prognos för 2015–2016 samt det långsiktiga inflationsmålet för 2017–2018 och därmed gjort en bedömning över fyra år. Kammarrätten hänvisade till elnätsmålen för tillsynsperioden 2012–2015 och konstaterade, med betoning på långsiktighet, att det inte fanns skäl att frånga domstolens tidigare ställningstagande. Kammarrätten fann därför att Riksbankens långsiktiga inflationsmål skulle användas som utgångspunkt för inflationsmättet.⁹⁸ Kammarrätten tillämpade således också ett långsiktigt tidsperspektiv vid bestämmandet av inflationen.
217. Förordningen föreskriver att såväl ett tillbakablickande perspektiv som ett kortsiktigt fyraårigt perspektiv ska tillämpas vid bestämmandet av inflationen. Förordningen strider därmed mot det långsiktiga framåtblickande perspektiv som i praxis har fastställts ska gälla vid bestämmandet av inflationen.

⁹³ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 17-18.

⁹⁴ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, ss. 17-18.

⁹⁵ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 11 december 2013 i mål nr 8015-11, ss. 44-46 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, ss. 51 och 56.

⁹⁶ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 45.

⁹⁷ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 45.

⁹⁸ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 november 2017 i mål nr 428-16, ss. 15-16.

8.5 Sammanfattning

218. Förordningens detaljerade reglering ger inte Ei möjlighet att tillämpa en annan metod än den som föreskrivs i 24 §. Ei har också i beslutet avseende intäktsramar 2020–2023 tillämpat Förordningen.
219. I praxis har som anförts ovan betonats att ett långsiktigt framåtblickande perspektiv ska tillämpas vid fastställandet av inflationen. Förordningen strider därför mot etablerad praxis.

9 Skattesats

9.1 Inledning

220. Som ovan nämnts behöver den nominella WACC:en efter skatt som beräkningen av kalkylräntan ger konverteras till en real WACC före skatt. För tillämpning av standardmetoden måste en skattesats bestämmas.

9.2 Förordningen

221. Av 21 § Förordningen följer:

”När intäktsramen beslutas ska den statliga inkomstskatten under tillsynsperioden antas vara den som följer av 65 kap. 10 § inkomstskattelagen (1999:1229).”

222. Förordningen föreskriver således tydligt vilken skattesats som ska tillämpas och lämnar inget utrymme för bedömning till Ei.

9.3 Eis beslut

223. Av Eis beslut avseende intäktsramarna för 2020–2023 följer att skattesatsen är *”medelvärdet av bolagsskatten under perioden 2020-2023.”*⁹⁹
224. Ei har tillämpat ett genomsnitt av skattesatserna under aktuell tillsynsperiod med anledning av att skattesatsen ändras från 21,4% till 20,6% från och med år 2021. Skattesatsen har därigenom bestämts till 20,8% för tillsynsperioden 2020–2023.¹⁰⁰ Ei har således tillämpat Förordningen.

⁹⁹ Se Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, s. 8.

¹⁰⁰ Bilaga 7 till Eis beslut, ”Fastställande av intäktsram enligt ellagen”, diarienummer 2019-100592, 2019-100593, 2019-100594, 25 oktober 2019, ”Kalkylränta för elnätsföretag för tillsynsperioden 2020-2023”, s. 17.

9.4 Sammanfattning

225. Ei har som nyss konstaterats tillämpat den skattesats som föreskrivs i Förordningen.

10 Särskild riskpremie

10.1 Inledning

226. Den särskilda riskpremien används för att fånga upp icke-systematiska risker och utgör ett tillägg till avkastningen på eget kapital utöver det som uppskattningarna av betavärdet ger. Det handlar således om och i vilken utsträckning olika företagsspecifika osäkerheter ska beaktas.¹⁰¹

227. Den särskilda riskpremien beräknas på det egna kapitalet och ger ett förhållandevis stort genomslag på kalkylräntan.

228. I Förordningen finns ingen bestämmelse avseende en särskild riskpremie. Eftersom bilaga 2 till Förordningen anger en formel för beräkning av kalkylräntan (WACC) finns inte heller utrymme för Ei att tillämpa en särskild riskpremie. Eis beslut avseende tillsynsperioden 2020–2023 innehåller följaktligen inte någon särskild riskpremie.

10.2 Tidigare praxis

229. Det faktum att Förordningen utesluter möjligheten att tillämpa en särskild riskpremie står i direkt strid med etablerad domstolspraxis. För tidigare tillsynsperioder har en särskild riskpremie ansetts motiverad med hänsyn till olika företagsspecifika osäkerheter. Kammarrätten konstaterade avseende Eis beslut för tillsynsperioden 2012–2015 att experterna ansåg att en särskild riskpremie var motiverad. Med hänsyn till framtida risker, särskilt vad gäller regleringar och många andra osäkerhetsfaktorer, fann kammarrätten att det var rimligt att tillämpa en särskild riskpremie.¹⁰²

230. När förvaltningsrätten prövade Eis beslut för tillsynsperioden 2016–2019 konstaterades att det fortfarande fanns osäkerhetsfaktorer vid bedömningen av de parametrarna som ingår i WACC-beräkningen. Förvaltningsrätten slog även fast att det finns en osäkerhet i fråga om avkastningskravet som är kopplat till förhandsregleringen som sådan och fann att en särskild riskpremie skulle ingå vid kalkylränteberäkningen.¹⁰³

231. Även i naturgasmålen har det ansetts finnas behov av en särskild riskpremie. Ei hade fastställt en premie med hänvisning till politisk och regulatorisk risk, beroende av ett

¹⁰¹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 54.

¹⁰² Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 54.

¹⁰³ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 m.fl., s. 44.

fåtal kunder och det svenska gasnätets struktur.¹⁰⁴ Kammarrätten uttalade att ”*Precis som i elnätsmålen är experterna ense om att en särskild riskpremie är motiverad [...]*” och fastställde den av Ei tillämpade särskilda riskpremien.¹⁰⁵

232. Samtliga domstolar har således funnit att en särskild riskpremie är motiverad.

11 Sammanfattning; Förordningen detaljreglerar kalkylräntan

233. Som framgår ovan reglerar Förordningen i detalj de parametrar som används vid beräkningen av kalkylräntan enligt WACC-metoden. Förordningen detaljreglerar vidare hur de jämförelseföretag som har betydelse vid beräkningen av tillgångsbeta, kapitalstruktur (skuldandel) och kreditriskpremie ska identifieras.

234. Detaljregleringen av dessa parametrar medför att Förordningen kommit att diktera innehållet i Eis beslut. Förordningen lämnar inget handlingsutrymme till Ei vid bestämmandet av kalkylräntan, utan ger Ei tydliga föreskrifter om vilken metod och vilket tidsperspektiv som ska tillämpas vid fastställande av respektive parameter.

235. Parametrarna riskfri ränta, tillgångsbeta, kapitalstruktur (skuldandel), kreditriskpremie, inflation och skattesats samt kriterierna för val av jämförelseföretag har detaljreglerats i Förordningen. För beräkning av aktiemarknadsriskpremien föreskriver Förordningen visserligen inte en detaljerad metod, men i och med dess tydliga koppling till den riskfria räntan ges Ei inte heller i detta avseende något handlingsutrymme vid beräkning av kalkylräntan.

236. Förordningen avviker vidare från etablerad domstolspraxis i flera avseenden. Enligt Förordningen bestäms parametrarna inte utifrån ett framåtblickande, långsiktigt perspektiv. Detta står i direkt strid med kravet på långsiktighet som domstolarna upprepade gånger har uttryckt vid fastställandet av kalkylräntan.

237. Avseende den riskfria räntan följer av praxis att BNP-metoden är vedertagen som beräkningsmetod. För att frångå BNP-metoden krävs att det görs sannolikt att det finns sakliga skäl för ändring av beräkningsmetoderna, vilket Ei inte har gjort. Vidare utesluter Förordningen, genom formeln i bilaga 2, möjligheten att tillämpa en särskild riskpremie. Detta trots att domstolarna, med hänvisning till expertutlåtanden, i avgöranden för tidigare tillsynsperioder har slagit fast att en särskild riskpremie är motiverad med hänsyn till de risker och osäkerheter som elnätsföretagen påverkas av.

¹⁰⁴ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 1 februari 2016 i mål nr 8020-14, s. 58.

¹⁰⁵ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 428-16, s. 15.

12 Effekter av Eis beslut

238. Som framgår av ovan har Ei, i enlighet med Förordningen, fastställt kalkylräntan för tillsynsperioden 2020–2023 till 2,16 %. Detta utgör en väsentligt lägre kalkylränta än den som fastställdes av kammarrätten för föregående tillsynsperiod (för elnätsföretagen 5,85% och för gasnätsföretagen 6,91 %).
239. Storleken på kalkylräntan är av avgörande betydelse för elnätsföretagens möjligheter att genomföra nödvändiga investeringar i elnäten.
240. En stor del av elnäten byggdes under åren 1970-1980 i samband med att kärnkraften byggdes ut och eluppvärmningen i bostäder och delar av industrin ökade. Idag är många elnät äldre än 40 år. Som regeringen själv konstaterat står samhället inför ett *”ökande beroende av el”* där det ställs *”högre krav på försörjningstrygghet och leveranssäkerhet”* samtidigt som det finns *”stora behov av förstärkt nätkapacitet och förnyelse av äldre elinfrastruktur”*.¹⁰⁶ Kort sagt står samhället inför en situation där det kommer att krävas mycket stora investeringar i elnäten.
241. Den totala investeringskostnaden, både för re- och nyinvesteringar i nät bedöms under den kommande 30-årsperioden (2021-2050) till ca 440–520 miljarder kronor.¹⁰⁷
242. Möjligheten att attrahera kapital till elnätsinvesteringar är direkt beroende av hur elnätsregleringen är utformad.
243. Eftersom de investeringar elnätsföretagen gör har en livslängd om 40-50 år är det av yttersta vikt att intäcksregleringen är förutsebar, framåtblickande, stabil och långsiktig. Kalkylräntan, och de i kalkylräntan ingående parametervärdena, måste därför grundas på framåtblickande och långsiktiga prognoser som överensstämmer med elnätsens investeringshorisont. I annat fall skapas inte den förutsebarhet som investerarna kräver för att göra de nödvändiga investeringarna i elnäten.
244. Den enligt Förordningen beräknade kalkylräntan har inte fastställts utifrån det framåtblickande, stabila och långsiktiga perspektiv som krävs för att ge en rimlig avkastning över tid. Detta medför att avkastningen blir för låg för att få attrahera kapital för investeringar i elnäten.
245. När det gäller effekterna av Eis beslut hänvisar Ellevio vidare till Vattenfalls inläga.

¹⁰⁶ Regeringsbeslut ”Uppdrag att analysera kapacitetsbristen i elnäten”, I 2019/02766/E, 24 oktober 2019, ss. 2-3.

¹⁰⁷ Energiföretagen, Färdplan för fossilfri konkurrenskraft, Elbranschen, s 19.

Avsnitt V – EU-rättslig lagstiftning och fördragsbrottsmål m.m.

1 EU-rättslig lagstiftning

1.1 Inledning

246. Detta avsnitt V innehåller en översikt av den tillämpliga EU-rättsliga regleringen.
247. I det tredje, nu gällande, elmarknadsdirektivet finns bestämmelser om regleringsmyndigheternas oberoende och rätten till domstolsprövning. Motsvarande bestämmelser återfinns även i det fjärde elmarknadsdirektivet, som ska vara genomfört i svensk rätt i december 2020.
248. I sammanhanget ska även beaktas Förordning 714/2009 och Förordning 2019/943. Av dessa förordningar följer bl.a. att investeringar i ny infrastruktur bör främjas kraftfullt.

1.2 Det tredje elmarknadsdirektivet

1.2.1 Inledning

249. Direktiv 2009/72/EG (det tredje elmarknadsdirektivet) fastställer, enligt artikel 1, ”gemensamma regler för produktion, överföring, distribution och leverans av el, samt bestämmelser om konsumentskydd, i syfte att förbättra och integrera konkurrensutsatta elmarknader i gemenskapen.”

1.2.2 **Regleringsmyndigheternas oberoende och kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas**

250. Skäl 34 föreskriver:

”För att den inre marknaden för el ska kunna fungera korrekt behöver energitillsynsmyndigheterna kunna fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor, och de måste också vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen. Detta hindrar inte domstolsprövning och parlamentarisk övervakning enligt medlemsstaternas konstitutionella rätt (...).”

251. Skäl 36 föreskriver:

”De nationella tillsynsmyndigheterna bör kunna fastställa eller godkänna tariffer eller beräkningsmetoder för tariffer på grundval av ett förslag från den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet eller på grundval av ett förslag som en systemansvarig och nätanvändarna kommit överens om. Vid fastställandet eller godkännandet bör de nationella tillsynsmyndigheterna se till att överförings eller distributionstarifferna är icke-diskriminerande och avspeglar kostnaderna och samtidigt ta hänsyn till de långsiktiga marginalkostnader för näten

som går att undvika med hjälp av distribuerad produktion och åtgärder för styrning av efterfrågan.”

252. Artikel 35.1 föreskriver:

”Varje medlemsstat ska utse en nationell tillsynsmyndighet på nationell nivå.”

253. Artikel 35.2 föreskriver:

”Punkt 1 ska inte påverka utnämningen av andra tillsynsmyndigheter på regional nivå i medlemsstaterna, förutsatt att det finns en företrädare på hög nivå för representation och kontakt på gemenskapsnivå i den tillsynsnämnd som ingår i byrån i enlighet med artikel 14.1 i förordning (EG) nr 713/2009.”

254. Artikel 35.3 föreskriver:

”Genom undantag från punkt 1 kan en medlemsstat utse tillsynsmyndigheter för mindre system på ett geografiskt separat område vars konsumtion 2008 understiger 3 % av den samlade konsumtionen i den medlemsstat där området är beläget. Detta undantag ska inte påverka utnämningen av en företrädare på hög nivå för representation och kontakt på gemenskapsnivå i den tillsynsnämnd som ingår i byrån i enlighet med artikel 14.1 i förordning (EG) nr 713/2009.”

255. Artikel 35.4 föreskriver:

”Medlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. I detta syfte ska medlemsstaterna se till att tillsynsmyndigheten, när den utför de uppgifter som den tilldelas i enlighet med detta direktiv och tillhörande lagstiftning,

- a) *är juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ,*
- b) *att dess personal och de personer som svarar för dess ledning*
 - i. *agerar oberoende av marknadsintressen, och*
 - ii. *inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter. Detta 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.”*

256. Vidare föreskrivs i artikel 35.5 a:

”För att bevara tillsynsmyndighetens oberoende ställning ska medlemsstaterna i synnerhet se till

- a) *att tillsynsmyndigheten kan fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ och har särskilda årliga budgetanslag med självständigt ansvar för den anslagna budgetens genomförande och tillräckliga personella och ekonomiska resurser för att kunna utföra sina uppgifter, [...]”*

257. Regleringsmyndighetens skyldigheter och befogenheter, inklusive övervakningsuppgifter, regleras i artikel 37. Enligt artikel 37.1 a är regleringsmyndigheten skyldig att:

”[f]astställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.”

258. Artikel 37.2 föreskriver:

”Om så är föreskrivet i en medlemsstat får de övervakningsuppgifter som avses i punkt 1 utföras av andra myndigheter än tillsynsmyndigheten. I sådana fall ska den information som är resultatet av övervakningen göras tillgänglig för tillsynsmyndigheten så snart som möjligt.”

259. Artikel 37.4 a föreskriver att:

”[m]edlemsstaterna ska säkerställa att tillsynsmyndigheterna får befogenheter att kunna utföra de skyldigheter som anges i punkterna 1, 3 och 6 på ett effektivt och snabbt sätt. För detta ändamål ska tillsynsmyndigheten åtminstone få befogenheter att

a) fatta bindande beslut om elföretag.”

260. Vidare föreskrivs i artikel 37.6 a att:

”[t]illsynsmyndigheterna ska ansvara för att tillräckligt lång tid i förväg innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för

a) anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder; dessa tariffer eller metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion,”

1.2.3 Domstolsprövning

261. Artikel 37.16 föreskriver att:

”[t]illsynsmyndighetens beslut ska vara fullt motiverade för att medge domstolsprövning. Besluten ska vara tillgängliga för allmänheten samtidigt som den konfidentiella karaktären hos kommersiellt känsliga uppgifter ska bevaras.”

262. Enligt artikel 37.17 ska:

”[m]edlemsstaterna [...] se till att det finns lämpliga mekanismer på nationell nivå som ger den part som berörs av ett beslut fattat av en tillsynsmyndighet rätt att överklaga till ett organ som är oberoende av de berörda parterna och av någon regering.”

1.3 Det fjärde elmarknadsdirektivet

1.3.1 Inledning

263. Direktiv 2019/944 (det fjärde elmarknadsdirektivet) antogs den 5 juni 2019 och ska vara införlivat i svensk rätt senast den 31 december 2020. Direktivet är en del av det större paketet ”*Clean energy for all Europeans*”, Bilaga 4, och har som centrala prioriteringar energieffektivitet, EU:s globala ledarskap inom förnybar energi och skäliga villkor för energikonsumenterna.
264. Det nya direktivet innehåller inga materiella skillnader i förhållande till det tredje elmarknadsdirektivet i de avseenden som är aktuella i förevarande mål. Även i det nya direktivet framhålls således betydelsen av de nationella regleringsmyndigheternas oberoende.
265. Artikel 1, Syfte, har följande lydelse:

”I detta direktiv fastställs gemensamma regler för produktion, överföring, distribution, energilagring och leverans av el, samt bestämmelser om konsumentskydd, i syfte att skapa verkligt integrerade, konkurrensutsatta, konsumentorienterade, flexibla, rättvisa och transparenta elmarknader i unionen.

Genom att utnyttja fördelarna med en integrerad marknad syftar detta direktiv till att säkerställa överkomliga, transparenta energipriser och energikostnader för konsumenterna, en hög grad av försörjningstrygghet och en smidig övergång till ett hållbart koldioxidsnålt energisystem. Det innehåller grundläggande regler för hur unionens elsektor ska organiseras och fungera, särskilt regler om konsumentinflytande och konsumentskydd, öppet tillträde till den integrerade marknaden, tredje parts tillträde till överförings- och distributionsinfrastruktur, samt krav avseende åtskillnad och regler om oberoende för tillsynsmyndigheter i medlemsstaterna.”

1.3.2 Regleringsmyndigheternas oberoende och kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas

266. Skäl 80 föreskriver:

”För att den inre marknaden för el ska fungera korrekt behöver tillsynsmyndigheterna kunna fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor, och de behöver också vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen. Detta hindrar varken domstolsprövning eller parlamentarisk övervakning enligt medlemsstaternas konstitutionella rätt [...]”

267. Skäl 82 föreskriver att:

”[t]illsynsmyndigheterna bör fastställa eller godkänna enskilda nättariffer för överförings- och distributionsnät eller fastställa en metod, eller båda delarna. I vardera fallen bör tillsynsmyndighetens oberoende när det gäller att fastställa nätavgifter enligt artikel 57.4 b ii bevaras.”

268. Vad gäller medlemsstaternas nationella energipolitik, framgår av skäl 87:

”Detta direktiv och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG fråntar inte medlemsstaterna möjligheten att fastställa och föra en egen nationell energipolitik. Detta innebär att det, beroende på medlemsstatens konstitutionella arrangemang, kan falla inom medlemsstatens behörighet att bestämma den politiska ram inom vilken tillsynsmyndigheterna ska verka, t.ex. när det gäller försörjningstrygghet. Allmänna energipolitiska riktlinjer som medlemsstaten utfärdar bör emellertid inte inkräkta på tillsynsmyndigheternas oberoende och självständighet.”

269. Artikel 57.1 föreskriver:

”Varje medlemsstat ska utse en tillsynsmyndighet på nationell nivå.”

270. Artikel 57.2 föreskriver:

”Punkt 1 ska inte påverka utnämningen av andra tillsynsmyndigheter på regional nivå i medlemsstaterna, förutsatt att det finns en företrädare på hög nivå för representation och kontakt på unionsnivå i den tillsynsnämnd som ingår i Acer i enlighet med artikel 21.1 i förordning (EU) 2019/942.”

271. Artikel 57.3 föreskriver:

”Genom undantag från punkt 1 kan en medlemsstat utnämna tillsynsmyndigheter för små system på ett geografiskt separat område vars elförbrukning 2008 understeg 3 % av den samlade elförbrukningen i den medlemsstat där området är beläget. Det undantaget ska inte påverka utnämningen av en företrädare på hög nivå för representation och kontakt på unionsnivå i den tillsynsnämnd som ingår i Acer i enlighet med artikel 21.1 i förordning (EU) 2019/942.”

272. Artikel 57.4 föreskriver:

”Medlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. I det syftet ska medlemsstaterna säkerställa att tillsynsmyndigheten, när den utför de uppgifter som den tilldelas genom detta direktiv och tillhörande lagstiftning,

- a) är juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av andra offentliga och privata enheter,
- b) säkerställer att dess personal och de personer som ansvarar för dess ledning
 - i. agerar oberoende av marknadsintressen, och
 - ii. inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller någon annan offentlig eller privat enhet när de utför sina tillsynsuppgifter. Det kravet inkräktar inte på ett i förekommande fall nära samarbete med andra berörda nationella myndigheter eller på de allmänna politiska riktlinjer som regeringen utfärdar och som inte avser tillsynsskyldigheter eller tillsynsbefogenheter enligt artikel 59.”

273. Artikel 57.5 föreskriver vidare:

”För att bevara tillsynsmyndighetens oberoende ställning ska medlemsstaterna i synnerhet säkerställa

- a) att tillsynsmyndigheten kan fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ,*
- b) att tillsynsmyndigheten har de personalresurser och ekonomiska resurser som den behöver för att kunna utföra sina uppgifter och utöva sina befogenheter på ett effektivt och ändamålsenligt sätt.”*

274. Regleringsmyndighetens skyldigheter och befogenheter, inklusive övervakningsuppgifter, regleras i artikel 59. Enligt artikel 59.1 a är regleringsmyndigheten skyldig att:

”[f]astställa, eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem, eller båda.”

275. Artikel 59.2 föreskriver:

”Om så är föreskrivet i en medlemsstat får de övervakningsuppgifter som avses i punkt 1 utföras av andra myndigheter än tillsynsmyndigheten. I sådana fall ska den information som är resultatet av övervakningen göras tillgänglig för tillsynsmyndigheten så snart som möjligt.”

276. Artikel 59.3 a föreskriver:

”Medlemsstaterna ska säkerställa att tillsynsmyndigheterna får de befogenheter som de behöver för att kunna utföra uppgifterna i denna artikel på ett effektivt och snabbt sätt. För detta ändamål ska tillsynsmyndigheten åtminstone ha befogenheter att

- a) Fatta bindande beslut om elföretag,”*

277. Artikel 59.7 föreskriver:

”[Utom i fall där Acer [European Agency for the Cooperation of Energy Regulators] är behörig att fastställa och godkänna villkor eller metoder för genomförandet av nätföreskrifter och riktlinjer enligt kapitel VII i förordning (EU) 2019/943 i enlighet med artikel 5.2 i förordning (EU) 2019/942 till följd av att dessa bör samordnas,] ska tillsynsmyndigheterna ansvara för att i tillräckligt lång tid innan dessa träder i kraft fastställa eller godkänna åtminstone nationella metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för

- a) anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder, varvid dessa tariffer eller metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkerställa nätens funktion, [...]”*

1.3.3 Domstolsprövning

278. Vad gäller rätten att överklaga, föreskriver artikel 60.7-8:

”7. Tillsynsmyndighetens beslut ska vara fullt motiverade för att medge rättslig prövning. Besluten ska vara tillgängliga för allmänheten samtidigt som den konfidentiella karaktären hos kommersiellt känsliga uppgifter ska bevaras.

8. Medlemsstaterna ska säkerställa att det finns lämpliga mekanismer på nationell nivå som ger den part som berörs av ett beslut fattat av en tillsynsmyndighet rätt att överklaga hos ett organ som är oberoende av de berörda parterna och av någon regering.”

279. Sammanfattningsvis framgår således av såväl det tredje som det fjärde elmarknadsdirektivet att regleringsmyndigheterna måste vara oberoende, att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får fördelas på flera myndigheter, att regleringsmyndighetens beslut måste vara fullt motiverade för att medge domstolsprövning och att en berörd part kan överklaga ett beslut som har fattats av myndigheten.

1.4 Förordningar

1.4.1 Inledning

280. Förordning 714/2009 syftar bl.a. till att fastställa rättvisa regler för gränsöverskridande elhandel.

281. Syftet med Förordning 2019/943 är bl.a. att lägga grunden för ett effektivt uppnående av målen för energiunionen och fastställa rättvisa regler för gränsöverskridande elhandel. Förordningen ska tillämpas fr.o.m. den 1 januari 2020.

1.4.2 Investeringar i infrastruktur ska prioriteras

282. Skäl 23 till Förordning 714/2009 föreskriver:

”Investeringar i viktig ny infrastruktur bör prioriteras, samtidigt som man bör se till att den inre marknaden för el fungerar korrekt. [...]”

283. Artikel 14.2 Förordning 714/2009 föreskriver:

”Vid behov ska den tariffnivå som tillämpas för producenter och/eller konsumenter tillhandahålla lokaliseringssignaler på gemenskapsnivå och beakta de nätförluster och överbelastningar som orsakats, liksom investeringskostnader för infrastruktur.”

284. Skäl 66 till Förordning 2019/943 föreskriver:

”Investeringar i viktig ny infrastruktur bör prioriteras, samtidigt som man bör se till att den inre marknaden för el fungerar korrekt. [...]”

285. Artikel 18.2 Förordning 2019/943 föreskriver:

”Tariffmetoderna ska avspegla de fasta kostnaderna för systemansvariga för överförings- och distributionssystem, och ska erbjuda tillräckliga incitament för systemansvariga för överförings- och distributionssystem på både kort och lång sikt, för att öka effektiviteten, inklusive energieffektiviteten, främja marknadsintegreringen och försörjningstryggheten och ge stöd till effektiva investeringar, stöd till relaterad forskningsverksamhet samt att underlätta innovation i kundernas intresse inom exempelvis digitalisering, flexibilitetstjänster och sammanlänknings.”

2 EU-domstolens dom mot Belgien, fördragsbrottstalan mot Tyskland, Ungern respektive Belgien samt fördragsbrottsärende mot Sverige

2.1 Inledning

286. Frågor om medlemsstaters brott mot gällande elmarknadsdirektiv har uppkommit vid flera tillfällen. Redan 2009 fälldes Belgien av EU-domstolen. Kommissionen har därefter väckt fördragsbrottstalan mot Tyskland, Ungern respektive Belgien.
287. Kommissionen har därutöver inlett ett fördragsbrottsärende mot Sverige.
288. Målen och ärendet mot Sverige avser inskränkningar i den nationella regleringsmyndighetens befogenhet och parts möjlighet till domstolsprövning av myndighetens beslut.
289. I detta avsnitt V.2 redogör Ellevio kortfattat för dessa mål och fördragsbrottsärendet mot Sverige.

2.2 EU-domstolens dom mot Belgien

290. I november 2008 väckte Kommissionen en fördragsbrottstalan mot Belgien vid EU-domstolen. Kommissionen ansåg att den belgiska ellagen stod i strid med det andra elmarknadsdirektivet.
291. Artikel 12 i den belgiska ellagen bemyndigade den belgiska regeringen att besluta om särskilda föreskrifter för fastställande av avskrivningar och vinstmarginal för elnät som ansågs vara av nationellt eller europeiskt intresse. Dessa föreskrifter styrde i sin tur fastställandet av elnätsföretagens totala intäkter på vilka elnätsföretagens tariffer baserades.
292. Kommissionen ansåg att artikel 12 i den belgiska ellagen stred mot artikel 23.2 a det andra elmarknadsdirektivet. Lydelsen av artikel 23.2 a är i det närmaste identisk med artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet. Båda bestämmelserna föreskriver att det är regleringsmyndighetens skyldighet att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.

293. Den belgiska regeringen sökte göra gällande olika argument till stöd för att artikel 12 i den belgiska ellagen skulle anses förenlig med det andra elmarknadsdirektivet:
- Regeringen hade endast befogenhet att fastställa föreskrifter för avskrivningar och vinstmarginal för vissa typer av investeringar. Den belgiska regleringsmyndigheten skulle alltså kontrollera att föreskrifterna tillämpades korrekt av elnätsföretagen.
 - Det var den belgiska regleringsmyndighetens uppgift att godkänna eller underkänna de tariffer som skulle tillämpas av elnätsföretagen.
 - De befogenheter som tilldelats regeringen gällde endast för vissa typer av investeringar och kunde endast utövas i enlighet med högre rättsliga normer, såsom det andra elmarknadsdirektivet och den belgiska ellagen.
294. I sitt avgörande den 29 oktober 2009 fastslog EU-domstolen att artikel 12 i den belgiska ellagen stred mot kraven i det andra elmarknadsdirektivet. Av EU-domstolens dom framgår det tydligt att en medlemsstats regering inte får meddela föreskrifter om hur elnätsföretagens vinstmarginal ska bestämmas:
- ”Det kan konstateras att, i ett sådant sammanhang, inskränker regeringens ingripande i bestämmandet av viktiga faktorer för fastställandet av tariffer, såsom vinstmarginalen, de regleringsbefogenheter som tillkommer CREG [den belgiska regleringsmyndigheten] enligt artikel 23.2 a i direktivet.”¹⁰⁸ (Vår översättning (domskälen finns endast på franska.)*
295. EU-domstolen fann det irrelevant att det ankom på den belgiska regleringsmyndigheten att godkänna de tariffer som föreslagits av elnätsföretagen. EU-domstolen underströk härvid att myndigheten vid godkännandet av tariffer var bunden av de särskilda föreskrifter för fastställande av avskrivningar och vinstmarginal som regeringen beslutat.¹⁰⁹
296. EU-domstolens avgörande är av central betydelse för tolkningen av de nationella regleringsmyndigheternas uppgifter och ställning enligt det tredje elmarknadsdirektivet. Vid utvecklingen av grunderna i avsnitten VI.2.1–2.2 nedan återkommer Ellevio till betydelsen av EU-domstolens dom mot Belgien.

2.3 Fördragsbrottstalan mot Tyskland

297. I februari 2015 skickade Kommissionen en formell underrättelse till Tyskland avseende Tysklands inkorrekta införlivande av det tredje elmarknadsdirektivet och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av

¹⁰⁸ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, punkt 29, Bilaga 2.

¹⁰⁹ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, punkt 30, Bilaga 2.

direktiv 2003/55/EG ("det tredje gasmarknadsdirektivet"). I april 2016 skickade Kommissionen ett motiverat yttrande till Tyskland,¹¹⁰ Bilaga 16.

298. Eftersom Tyskland enligt Kommissionen inte åtgärdat bristerna i den nationella lagstiftningen väckte Kommissionen en fördragsbrottstalan mot Tyskland den 16 november 2018.¹¹¹
299. Enligt Kommissionen har Tyskland inte korrekt införlivat det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser avseende den nationella tillsynsmyndighetens befogenheter och oberoende ställning. Kommissionen framhåller särskilt att den nationella regleringsmyndigheten inte har full befogenhet att bestämma elnätstariffer och andra villkor gällande tillgång till elnäten eftersom detta till stor del är reglerat i detaljerade förordningar som antagits av den federala regeringen:

"Germany has not ensured full respect of rules concerning the powers and independence of the national regulatory authority. In particular, the regulator does not enjoy full discretion in the setting of network tariffs and other terms and conditions for access to networks and balancing services, since many elements for setting these tariffs and terms and conditions are to a large extent laid down in detailed regulations adopted by the Federal government."¹¹² (Vår understrykning.)
Bilaga 17.

300. Kommissionen understryker att de nationella regleringsmyndigheternas starkare oberoende ställning under de tredje el- och gasmarknadsdirektiven är en grundförutsättning för el- och gasmarknaden. Kommissionen framhåller särskilt att de tredje el- och gasmarknadsdirektiven kräver att nationella regleringsmyndigheter ska vara oberoende i förhållande till regeringen och affärsintressen:

"A core element of the electricity and gas market framework is the stronger independence and the powers of national regulators under the Electricity and Gas Directive. In particular, the directives provide that national regulators should be independent of the government or business interests and should have the power to independently determine tariffs or the methodologies for calculating tariffs for the use of electricity and gas networks and other terms and conditions for access to those networks."¹¹³ (Vår understrykning.)

301. Med hänsyn till de nationella regleringsmyndigheternas ökade oberoende och befogenheter, framhåller Kommissionen även att direktiven fastställer regler om att myndigheterna ska kunna hållas ansvariga, i syfte att säkerställa transparens och lagenlighet. Kommissionen understryker att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheten för parter som berörs av myndigheternas beslut att överklaga dessa utgör en central aspekt av att myndigheterna måste kunna hållas ansvariga:

¹¹⁰ Kommissionens "fact sheet" "The April infringements' package: key decisions", 28 April 2016.

¹¹¹ Mål C-718/18, *Kommissionen mot Tyskland*.

¹¹² Kommissionens pressmeddelande "Infringement – Internal energy market: Commission refers Germany and Hungary to the Court of Justice of the EU for failure to fully comply with the Third Energy Package", 19 juli 2018.

¹¹³ Kommissionens pressmeddelande "Infringement – Internal energy market: Commission refers Germany and Hungary to the Court of Justice of the EU for failure to fully comply with the Third Energy Package", 19 juli 2018, Bilaga 17.

”At the same time, given the increased independence and competences of national regulators, the Directives establish, as a guarantee for transparency and legality, certain rules on regulators’ accountability. The requirement for the Member States to ensure a possibility for appeal (before a court or another independent body) by parties affected by the regulator’s decisions is a central aspect of this accountability.”¹¹⁴ (Vår understrykning.)

302. Det är inte känt när målet kommer att avgöras av EU-domstolen.

2.4 Fördragsbrottstalan mot Ungern

303. I februari 2015 skickade Kommissionen en formell underrättelse till Ungern avseende en i unionsrättsligt hänseende rättsstridig implementering av det tredje elmarknadsdirektivet och det tredje gasmarknadsdirektivet. Kommissionen skickade därefter ett motiverat yttrande till Ungern i december 2016, Bilaga 18,¹¹⁵ och ytterligare ett yttrande i april 2017, Bilaga 19.¹¹⁶

304. Då Ungern inte hade åtgärdat bristerna i den nationella lagstiftningen, väckte Kommissionen fördragsbrottstalan mot Ungern i juli 2018. Kommissionen anser att Ungerns införlivande av det tredje elmarknadsdirektivet (och det tredje gasmarknadsdirektivet) är rättsstridigt i flera avseenden.¹¹⁷

305. Efter en lagändring som trädde i kraft den 22 december 2016, anges det i artikel 143.5 i den ungerska ellagen¹¹⁸ att tillämpliga nättariffer ska fastställas genom en förordning som antas av den ungerska regleringsmyndigheten på energimarknadsområdet.

306. Enligt ungersk lag kan en ungersk förordning endast bedömas av den ungerska författningsdomstolen. Författningsdomstolen kan endast pröva förordningens laglighet. För att ha rätt att lämna in prövningsansökan, måste en sökande dessutom kunna påvisa att det rör sig om en rättighetskränkning som utgör en principiellt viktig fråga från ett konstitutionellt perspektiv, samt att denne personligen, direkt och väsentligen, påverkats av förordningen.

307. Under en begränsad period, mellan den 1 oktober 2016 och den 21 december 2016, föreskrev den ungerska ellagen att tillämpliga nättariffer skulle fastställas genom myndighetsbeslut som elnätsföretag kunde överklaga till ordinarie domstolar, som i sin tur kunde pröva både beslutets laglighet och dess innehåll. Detta ändrades dock genom den lagändring som trädde ikraft den 22 december 2016, då Ungern återgick till de regler som gällde före den 1 oktober 2016.

¹¹⁴ Kommissionens pressmeddelande ”Infringement – Internal energy market: Commission refers Germany and Hungary to the Court of Justice of the EU for failure to fully comply with the Third Energy Package”, 19 juli 2018, Bilaga 17.

¹¹⁵ Kommissionens ”fact sheet” ”December infringements package: key decisions”, 8 december 2016.

¹¹⁶ Kommissionens ”fact sheet” ”April infringements package: key decisions”, 27 april 2017.

¹¹⁷ Kommissionens pressmeddelande ”Infringement – Internal energy market: Commission refers Germany and Hungary to the Court of Justice of the EU for failure to fully comply with the Third Energy Package”, 19 juli 2018, Bilaga 17.

¹¹⁸ Artikel 143(5) I Act LXXXVI of 2007 of Hungary on Electric Energy.

308. Kommissionen anser att den ändring i den ungerska ellagen som trädde ikraft den 22 december 2016 äventyrar marknadsoperatörernas rätt att överklaga den nationella regleringsmyndighetens beslut om nättariffer.¹¹⁹
309. Det är inte känt när målet kommer att avgöras av EU-domstolen.

2.5 Fördragsbrottstalan mot Belgien

310. I oktober 2014 skickade Kommissionen en formell underrättelse till Belgien avseende en i unionsrättsligt hänseende rättsstridig implementering av det tredje elmarknadsdirektivet och det tredje gasmarknadsdirektivet. Kommissionen skickade därefter ett motiverat yttrande till Belgien den 25 februari 2016, Bilaga 20.¹²⁰
311. Eftersom Belgien inte åtgärdat bristerna i den nationella lagstiftningen beslöt Kommissionen den 25 juli 2019 att väcka fördragsbrottstalan mot Belgien, Bilaga 21.¹²¹ Fördragsbrottstalan mot Belgien väcktes den 17 oktober 2019.¹²²
312. Enligt Kommissionen har Belgien inte korrekt införlivat det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser avseende den nationella regleringsmyndighetens befogenheter. Kommissionen framhåller särskilt att den belgiska lagstiftningen inte ger myndigheten de befogenheter som unionsrätten kräver. I detta avseende påtar Kommissionen att den belgiska regleringsmyndigheten inte har befogenhet att fatta bindande beslut avseende elnätsföretag. Myndigheten kan endast ge förslag till regeringen som sedan fattar beslut. Kommissionen framhåller vidare att förutsättningarna för anslutning till el- och gasnätverken bestäms av regeringen och inte av regleringsmyndigheten, vilket står i strid med unionsrätten.
313. Kommissionen understryker att de nationella regleringsmyndigheternas starkare oberoende ställning under de tredje el- och gasmarknadsdirektiven är en grundförutsättning för el- och gasmarknaden. Kommissionen framhåller särskilt att de tredje el- och gasmarknadsdirektiven kräver att nationella regleringsmyndigheter ska vara oberoende i förhållande till regering och affärsintressen:

”A core element of the electricity and gas market framework is the stronger independence and the powers of national regulators under the Electricity and Gas Directive. In particular, the Directives provide that national regulators should be independent of the government or business interests and should have the power to independently determine tariffs or the methodologies for calculating tariffs for the

¹¹⁹ Kommissionens ”fact sheet” ”April infringements package: key decisions”, 27 april 2017, Bilaga 19.

¹²⁰ Kommissionens ”fact sheet”, ”February infringements' package: key decisions”, 25 februari 2016.

¹²¹ Kommissionens pressmeddelande, ”Energy: Commission refers Belgium to the Court for failing to comply with EU rules on electricity and gas markets”, 25 juli 2019.

¹²² Mål C-767/19, *Kommissionen mot Belgien*.

use of electricity and gas networks and other terms and conditions for access to those networks.”¹²³ (Vår understrykning.)

314. Kommissionen betonar att de nationella regleringsmyndigheterna ska ha befogenhet att oberoende fastställa elnätsföretagens tariffer eller metoderna för beräkning av dem. Kommissionen påtalar dessutom att både det tredje elmarknadsdirektivet och det tredje gasmarknadsdirektivet också innehåller regler avseende beräkningen av tariffer.

315. Med hänsyn till de nationella regleringsmyndigheternas ökade oberoende och befogenheter, påtalar Kommissionen även att direktiven fastställer regler avseende myndigheternas uppgift att säkerställa transparens och rättssäkerhet. Kommissionen understryker att möjligheten för parter som berörs av myndigheternas beslut att överklaga dessa utgör en central del av denna uppgift:

”At the same time, given the increased independence and competences of national regulators, the Directives establish, as a guarantee for transparency and legality, certain rules on regulators' accountability. The requirement for the Member States to ensure a possibility for appeal (before a court or another independent body) by parties affected by the regulator's decisions is a central aspect of this accountability.”¹²⁴ (Vår understrykning.)

316. Det är inte känt när målet kommer att avgöras av EU-domstolen.

2.6 Pågående fördragsbrottsärende mot Sverige

317. Den 9 juli 2018 ställde den dåvarande EU-parlamentarikern Christofer Fjellner följande fråga till Kommissionen med anledning av det arbete som då pågick för att utarbeta Förordningen:

”Om svenska regeringen går vidare med förordningsreglering som fastställer avkastningen för elnätsbolagen i strid med domen i mål C-474/08 [EU-domstolens fällande dom mot Belgien, vår anmärkning], kommer kommissionen då att agera för att säkerställa att fördraget och EU-domstolens praxis respekteras?

I ljuset av att Sverige har haft svårt att respektera ansvarsfördelningen i energimarknadsdirektivet kan det vara aktuellt att kommissionen inhämtar information i ärendet innan en formell anmälan nått kommissionen?”¹²⁵, Bilaga 22.

318. Den dåvarande kommissionären för energifrågor, Miguel Arias Cañete svarade på Kommissionens vägnar den 27 augusti 2018 enligt följande:

¹²³ Kommissionens pressmeddelande ”Energy: Commission refers Belgium to the Court for failing to comply with EU rules on electricity and gas markets”, 25 juli 2019, Bilaga 21.

¹²⁴ Kommissionens pressmeddelande ”Energy: Commission refers Belgium to the Court for failing to comply with EU rules on electricity and gas markets”, 25 juli 2019, Bilaga 21.

¹²⁵ Parlamentsfråga E-003728/2018, 9 juli 2018, tillgänglig på: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-003728_SV.html.

”De nationella tillsynsmyndigheternas oberoende och befogenheter är en central del i direktiv 2009/72/EG, vilket även har bekräftats av domstolen i mål C-474/08 (på grundval av föregångaren till det nuvarande direktivet). Kommissionen har i sin genomförandepraxis ägnat särskild uppmärksamhet åt skyddet av de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende, vilket även omfattar tariffsättning. Den 19 juli 2018 beslutade kommissionen att väcka talan mot Tyskland och Ungern i Europeiska unionens domstol för att säkerställa ett korrekt genomförande av direktivet, även med avseende på den nationella tillsynsmyndighetens tariffsättning. Kommissionen överväger för närvarande hur man bäst kan följa upp detta med de svenska myndigheterna.”¹²⁶, Bilaga 23.

319. Energiföretagen Sverige lämnade in ett klagomål till Kommissionen den 8 november 2018, Bilaga 24.¹²⁷ I klagomålet anförde Energiföretagen att Sverige har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt elmarknadsdirektivet med avseende på den nationella regleringsmyndighetens oberoende ställning, rätten till domstolsprövning samt enligt principerna om rättssäkerhet och berättigade förväntningar.

320. Den 22 maj 2019 tillställde Kommissionen genom Miguel Arias Cañete ett brev till Energi- och digitaliseringsminister Anders Ygeman med anledning av Förordningen, Bilaga 25.¹²⁸ I brevet konstateras att Förordningen innehåller detaljerade regleringar avseende beräkning av intäktsramar, vilket begränsar den nationella regleringsmyndighetens oberoende. Kommissionen understryker att elmarknadsdirektivet föreskriver att det endast ankommer på nationell regleringsmyndighet att fastställa tarifferna för elnätsföretagen och att detta ansvar inte får begränsas av regeringens föreskrifter. Därtill betonar Kommissionen vikten av att varje enskild mot vilken ett beslut av regleringsmyndigheten riktas ska ha rätt att överklaga beslutet till ett oberoende organ. Kommissionen konstaterar:

”Detta är för närvarande inte fallet i Sverige eftersom metoden för att bestämma dessa tariffer i stor utsträckning regleras i bestämmelser som har antagits av regeringen och berörda parter har inte rätt att överklaga.

[...]

I ljuset av det ovan anförda, uppmanar jag den svenska regeringen att ompröva sin roll i antagandet av sådana regler, vilka tillsynsmyndigheten ska ha befogenhet att oberoende anta.”¹²⁹ (Vår översättning.)

321. I ett brev den 25 juli 2019 besvarade energi- och digitaliseringsministern Kommissionens kritik, Bilaga 26.¹³⁰ I brevet menar regeringen att den svenska

¹²⁶ Svar från Arias Cañete på Europeiska kommissionens vägnar, E-003728/2018, 27 augusti 2018.

¹²⁷ Energiföretagen, ”Complaint to the European Commission concerning failure by the Kingdom of Sweden to fulfil its obligations under the third electricity directive (2009/72/EG) on common rules for the internal market in electricity, the independence of the national regulatory authority, the requirement of a full judicial review and the principles of legal certainty and legitimate expectations”, 8 november 2018.

¹²⁸ Kommissionär Miguel Arias Cañetes brev till energi- och digitaliseringsminister Anders Ygeman, Ares(2019) s3008296, 22 maj 2019.

¹²⁹ Kommissionär Miguel Arias Cañetes brev till energi- och digitaliseringsminister Anders Ygeman, Ares(2019) s3008296, 22 maj 2019, Bilaga 25.

¹³⁰ Infrastrukturdepartementets svar till kommissionär Arias Cañete, I2019/01694/E, 25 juli 2019.

regleringen möjliggör för elnätsföretag att genomföra nödvändiga investeringar för att säkra nätens funktion ("viability"), samtidigt som konsumenter skyddas från för höga tariffer.

322. Vidare anför regeringen att Sverige har vidtagit alla medel för att säkerställa att den svenska regleringen överensstämmer med elmarknadsdirektivet. Regeringen förklarar dock att "Sverige känner till Kommissionens tolkning av elmarknadsdirektivet, men delar inte Kommissionens syn på hur vissa bestämmelser i direktivet ska förstås." (Vår översättning.).
323. Slutligen påpekar regeringen att Sverige följer Kommissionens ärenden mot Tyskland och Ungern och att EU-domstolens avgöranden kommer att analyseras noggrant. Regeringen påtalar att om avgörandet mot Tyskland innebär att nationell lagstiftning måste ändras är Sverige redo att vidta åtgärder.
324. Det ska i sammanhanget uppmärksammas att, såsom regeringen förklarade i sitt svarsbrev, Sverige har intervenerat till stöd för Tysklands talan. Ellevio återkommer till detta i avsnitt V.2.7 nedan.
325. Den 13 september 2019 besvarade Kommissionen Sveriges brev av den 25 juli 2019, Bilaga 27.¹³¹ I brevet framför Kommissionen att "Säkerställandet av nationella regleringsmyndigheters oberoende ställning är något som Kommissionen fäster avgörande betydelse vid. Kommissionen vidhåller därför sin uppfattning att Sveriges nationella regleringsmyndighet ska ha rätt att anta helt självständiga beslut, helt oberoende från instruktioner från regeringen."¹³² (Vår översättning.).
326. Vidare uttalar Kommissarie Arias Cañete att Kommissionens tjänstemän kommer att "noga följa utvecklingen i EU-domstolen och förblir öppen för diskussion med [de svenska] myndigheterna för att finna en lösning. Sådana diskussioner ska givetvis inte påverka den pågående talan inför EU-domstolen."¹³³ (Vår översättning.).

2.7 Sveriges intervention i fördragsbrottsmålet mot Tyskland

327. I maj 2019 inkom den svenska regeringen med en interventionsinlägga till EU-domstolen i målet mot Tyskland där svenska regeringen stödjer Tysklands talan, Bilaga 28.

¹³¹ Kommissarie Arias Cañetes svarsbrev till energi- och digitaliseringsminister Anders Ygeman, Ares(2019)s5691882, 13 september 2019.

¹³² "Safeguarding the independence of national regulatory authorities is an issue to which the Commission attaches key importance. The Commission therefore maintains its view that Sweden's national regulatory authority should be empowered to take fully autonomous decisions, independently from any government instructions."

¹³³ "My services will follow closely the developments before the Court of Justice and remain open to discuss with your authorities in order to find a solution. Such discussions should certainly not prejudice the on-going procedure before the Court of Justice."

328. Regeringen menar att direktivets ordalydelse inte ger uttryck för ett förbud för medlemsstater att utforma generella regler för beräkningsmodeller.¹³⁴ Regeringen menar att det tredje elmarknadsdirektivet inte uttömmade reglerar frågorna om nättariffer och att det därför måste finnas utrymme för mer detaljerade föreskrifter för att direktivet ska ges sin fullständiga verkan.¹³⁵
329. Regeringen gör vidare gällande att avgörandet i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2, – i vilket EU-domstolen fastslog att en regerings ingripande i bestämmandet av viktiga faktorer för fastställandet av tariffer utgör en otillåten inskränkning av den nationella regleringsmyndighetens befogenheter – inte i sig innebär att en sådan ordning skulle vara oförenlig med unionsrätten.¹³⁶
330. Regeringen anför också att den anser att nationella föreskrifter, som antagits genom ”demokratiska processer”, inte kan anses utgöra sådana otillåtna direkta anvisningar som avses i artikel 35.4 b ii) det tredje elmarknadsdirektivet.¹³⁷ Enligt den svenska regeringen har sådana föreskrifter inte till syfte att ge den nationella regleringsmyndigheten direkta anvisningar i hur de utför sina tillsynsuppgifter i det enskilda fallet.
331. Regeringen gör också gällande att en rimlig tolkning av ordalydelsen av artikel 37.1 a och 37.6 a och b det tredje elmarknadsdirektivet i förening med det som sägs om regleringsmyndighetens oberoende i artikel 35.4 b ii) i samma direktiv innebär att den nationella regleringsmyndigheten inte får söka eller ta emot anvisningar i det enskilda fallet, det vill säga att myndigheten ska vara oberoende i sitt faktiska beslutsfattande.¹³⁸
332. Regeringen gör vidare gällande att Kommissionens tolkning av det tredje elmarknadsdirektivets ordalydelse skulle innebära att den nationella regleringsmyndigheten ges ett mycket stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. En förvaltningsmyndighet skulle därför i praktiken anförtros uppgiften att bestämma politiken på det aktuella området.¹³⁹
333. Om en nationell regleringsmyndighet skulle ges ett för stort utrymme för bedömning vid fastställande av tarifferna, skulle detta enligt regeringen resultera i att domstolarna skulle lämnas att avgöra överklaganden utan tillräcklig rättslig vägledning. Detta skulle i sin tur leda till en bristande förutsebarhet.¹⁴⁰ Avsaknaden av detaljerade föreskrifter skulle därmed leda till en osäkerhet avseende regleringsmyndighetens beslut, som i sin helhet skulle komma att ifrågasättas och bli föremål för domstolsprövning.¹⁴¹

¹³⁴ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, UDEUD2019/118, 20 maj 2019, punkt 22, Bilaga 28.

¹³⁵ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkterna 30-31, Bilaga 28.

¹³⁶ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkt 31, Bilaga 28.

¹³⁷ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkt 27, Bilaga 28.

¹³⁸ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkt 28, Bilaga 28.

¹³⁹ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkt 33, Bilaga 28.

¹⁴⁰ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkterna 33-34, Bilaga 28.

¹⁴¹ Statsrådsberedningen, Interventionsinlägga i mål C-718/18, punkt 39, Bilaga 28.

334. Slutligen anser regeringen att frånvaron av en detaljerad reglering i form av föreskrifter försvagar den nationella regleringsmyndighetens ställning i förhållande till elnätsföretagen. Enligt regeringen skulle Kommissionens tolkning av direktivets bestämmelser försvåra för regleringsmyndigheten att säkerställa att de fastställda tarifferna är icke-diskriminerande och avspeglar de faktiska kostnaderna.¹⁴²
335. Ellevio anser att regeringens inställning står i strid med unionsrätten. Ellevio kommenterar detta närmare i avsnitt VI.2.1 nedan.

Avsnitt VI – Utveckling av grunder för överklagandet

1 Inledning

336. Som framgått av redogörelsen i avsnitt IV ovan detaljreglerar Förordningen hur kalkylräntan ska beräknas och lämnar inget handlingsutrymme till Ei att själv avgöra hur denna ska fastställas. Detaljregleringen av kalkylräntan har dikterat Eis beslut om elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023. Genom att i detalj reglera beräkningen av kalkylräntan inskränker Förordningen också möjligheten till domstolsprövning av Eis beslut.
337. Genom detaljregleringen av kalkylräntan i 17–26 §§ Förordningen ändras ännu en gång förutsättningarna för hur intäktsramarna ska fastställas. Denna gång ändras de beräkningsgrunder och principer som fastställts genom ett flertal domstolsavgöranden. Dessa domstolsavgöranden har grundats på de krav som följer av såväl unionsrätten som den svenska regleringen.
338. Förordningen medför vidare en sänkning av intäktsramarna som innebär att den avkastning som krävs för att möjliggöra investeringar i elnäten inte längre säkerställs.
339. I detta avsnitt utvecklar Ellevio grunderna för överklagandet. Ellevio kommer i detta avsnitt att visa att Förordningen inte bara strider mot unionsrätten utan att den också står i strid med svensk lag.

¹⁴² Statsrådsberedningen, Interventionsinlaga i mål C-718/18, punkt 40, Bilaga 28.

2 Utveckling av grunderna för förstahandsyrkandet

2.1 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas

2.1.1 Inledning

340. Som framgår av genomgången i avsnitt IV ovan reglerar Förordningen i detalj såväl beräkningsmetod som de parametrar som används vid fastställande av kalkylräntan.
341. Detaljregleringen av dessa parametrar medför att Förordningen dikterat innehållet i Eis beslut. Förordningen lämnar således inget handlingsutrymme åt Ei vid bestämmandet av kalkylräntan. Regleringsmyndigheten Eis roll reduceras till att mekaniskt utföra beräkningar enligt Förordningens detaljföreskrifter där utgången är bestämd på förhand.
342. Detta har också varit regeringens uttalade syfte med Förordningen. Som framgått ovan har regeringen genom Förordningen varit så precis i sin detaljreglering att dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan redan i augusti 2018 kunnat uttala sig om vilken sänkning den nya regleringen skulle leda till:
- ”Med de nya bestämmelserna kommer elnätsavgifterna sänkas med upp till 21 procent för kunder som i dag har höga elnätsavgifter. Den nya regleringen skapar balans mellan kundernas rätt till skäliga elnätsavgifter och elnätsbolagens möjligheter till skälig avkastning och nödvändiga investeringar. Samtidigt minskar vi risken för långdragna domstolsprocesser kring elnätsavgifterna”.*¹⁴³
343. Ibrahim Baylan har dessutom uttalat att kostnaden för elnäten ska sjunka med 60 miljarder kronor för tillsynsperioden 2020–2023.¹⁴⁴ Därutöver har regeringen även kunnat precisera hur stor avkastningen för elnätsföretagen ska vara. Uttalanden visar att regeringen genom Förordningen avsett att sänka avkastningen från 5,85 procent till cirka tre procent.¹⁴⁵
344. Genom Förordningens detaljreglering har regeringen således redan i förväg – och innan något beslut fattats av Ei – kunnat uttala sig om vad intäktsramarna skulle komma att fastställas till och om storleken på elnätsföretagens avkastning.
345. Kraven på de nationella regleringsmyndigheternas oberoende utgör en central del av den unionsrättsliga regleringen av elmarknaden. De inskränkningar som görs genom Förordningen strider mot dessa grundläggande krav (vilket utvecklas i avsnitt VI.2.1.2

¹⁴³ Pressmeddelande från Miljödepartementet, Statsrådsberedningen ”Regeringen skärper regleringen av elnätsavgifterna”, 15 augusti 2018, Bilaga 11.

¹⁴⁴ Dagens industris artikel ”Regeringen skärper regler för elnätsavgifter”, 15 augusti 2018, Bilaga 12.

¹⁴⁵ SVT Nyheter artikel ”SVT erfar: Regeringen vill tvinga elbolagen att sänka priserna”, 14 augusti 2018, Bilaga 13.

nedan). Förordningen strider vidare mot den unionsrättsliga regleringens centrala krav på att de uppgifter som åläggs de nationella regleringsmyndigheterna inte får delas upp på olika myndigheter (vilket utvecklas i avsnitt VI.2.1.3 nedan).

2.1.2 *Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på den nationella regleringsmyndighetens oberoende*

346. De nationella regleringsmyndigheternas oberoende behandlas särskilt i artikel 35 tredje elmarknadsdirektivet. I artikel 35.4 stadgas det att ”[m]edlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt”.
347. När det gäller de nationella regleringsmyndigheternas relation till regering eller annat offentligt organ anges dessutom uttryckligen i artikel 35.4 b (ii) att medlemsstaterna ska tillse att regleringsmyndigheterna ”inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter”.¹⁴⁶
348. Artikel 37.1 a det tredje elmarknadsdirektivet föreskriver att det är regleringsmyndighetens skyldighet att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem. I artikel 37.6 a anges vidare följande:
- ”Tillsynsmyndigheterna ska ansvara för att tillräckligt lång tid i förväg innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för [...] anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder”.* (Vår understrykning.)
349. Det är således tydligt att det är regleringsmyndighetens ansvar att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.
350. I artikel 35.4 föreskrivs följande:
- ”Medlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. I detta syfte ska medlemsstaterna se till att tillsynsmyndigheten, när den utför de uppgifter som den tilldelas i enlighet med detta direktiv och tillhörande lagstiftning,*
- är juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ,*
- att dess personal och de personer som svarar för dess ledning*

¹⁴⁶ Se också skäl 34 till det tredje elmarknadsdirektivet, som är, om möjligt, ännu tydligare: ”För att den inre marknaden för el ska kunna fungera korrekt behöver energitillsynsmyndigheterna kunna fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor, och de måste också vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen.” (Vår understrykning.)

agerar oberoende av marknadsintressen, och

inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter. Detta 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.)

351. I enlighet med artikel 35.4 måste således uppgifterna att ”fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem” (etc.) utföras självständigt av regleringsmyndigheten och oberoende av och utan anvisningar från en medlemsstats regering. Förordningen innehåller just sådana otillåtna anvisningar.
352. Det ska i detta avseende åter framhållas att den svenska översättningen ”tillsynsmyndighet” inte på ett korrekt sätt reflekterar den roll som det tredje elmarknadsdirektivet ger den nationella myndigheten. Den term som är förekommande i andra språkversioner – ”regleringsmyndighet” – är bättre i linje med den nationella myndighetens uppgift att fastställa tariffer eller deras beräkningsmetoder.
353. Exempelvis benämns den nationella myndigheten i den engelska språkversionen ”regulatory authority”, i den franska språkversionen ”autorité de régulation” och i den tyska språkversionens ”nationale Regulierungsbehörde”. Även språkversionen i övriga två nordiska EU-medlemsländer använder denna benämning. Den danska språkversionen använder termen ”regulerende myndighed” och den finska ”säätelyviranomainen”.¹⁴⁷
354. Det långtgående kravet på myndighetens oberoende bekräftas av EU-domstolens rättspraxis. Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2, är här av central betydelse.
355. I målet hade EU-domstolen att ta ställning till artikel 23.2 a det andra elmarknadsdirektivet.¹⁴⁸ Denna artikel motsvaras idag av artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet. EU-domstolen förklarar tydligt att en medlemsstats regering inte får reglera hur avkastningen till elnätsföretagen ska bestämmas:

”Il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir.”

¹⁴⁷ Andra språkversioner använder också benämningen ”regleringsmyndighet”. Bland dessa märks den italienska ”autorità nazionale di regolamentazione”, spanska ”autoridad reguladora”, nederländska ”regulerende instantie” och portugisiska ”entidade reguladora”.

¹⁴⁸ ”Tillsynsmyndigheterna skall ansvara för att, innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder som används för att beräkna eller fastställa villkoren för a) anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer; dessa tariffer, eller metoder, skall utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion”.

356. Vår översättning (domskälen finns endast på franska):

”Det kan konstateras att, i ett sådant sammanhang, inskränker regeringens ingripande i bestämmandet av viktiga faktorer för fastställandet av tariffer, såsom vinstmarginalen, de regleringsbefogenheter som tillkommer CREG [den belgiska regleringsmyndigheten] enligt artikel 23.2 a i direktivet.”¹⁴⁹

357. Som nyss noterats avsåg domen det andra elmarknadsdirektivet. Det ska därför understrykas att kravet på oberoende har ytterligare förstärkts i det tredje elmarknadsdirektivet i förhållande till det andra elmarknadsdirektivet. I skäl 33 till det tredje elmarknadsdirektivet uttalas:

”Genom [det andra elmarknadsdirektivet] infördes ett krav på medlemsstaterna att utse tillsynsmyndigheter med särskilda befogenheter. Erfarenheterna visar dock att tillsynens effektivitet ofta hämmas av att tillsynsmyndigheterna inte är tillräckligt självständiga gentemot staten, har otillräckliga befogenheter och för liten handlingsfrihet. Därför uppmanade Europeiska rådet vid sitt möte den 8–9 mars 2007 kommissionen att utarbeta lagstiftningsförslag för ytterligare harmonisering av medlemsstaternas energitillsynsmyndigheters befogenheter och förstärkning av deras oberoende. Det bör vara möjligt för dessa nationella tillsynsmyndigheter att omfatta både el- och gassektorn.”¹⁵⁰ (Vår understrykning.)

358. I det tredje elmarknadsdirektivet konstateras således att regleringsmyndigheterna inte är tillräckligt självständiga gentemot staten, har otillräckliga befogenheter och för liten handlingsfrihet. Kommissionen skulle därför utarbeta lagstiftningsförslag för ytterligare harmonisering av regleringsmyndigheternas befogenheter och förstärkning av deras oberoende.

359. Kravet på den nationella regleringsmyndighetens oberoende framhålls vidare med eftertryck i Kommissions tolkningsmeddelande avseende det tredje elmarknadsdirektivet.¹⁵¹ Häri klargörs tydligt den nationella regleringsmyndighetens roll i förhållande till en medlemsstats regering och andra offentliga organ:

”The NRA [National Regulatory Authority] must be able to take autonomous decisions, independently from any political, public or private body. This has consequences ex ante (before a decision is taken) and ex post (after a decision is taken). From an ex ante perspective, this requirement excludes any interference from the government or any other public or private entity prior to an NRA decision.”¹⁵² (Vår understrykning.)

¹⁴⁹ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, punkt 29, Bilaga 2.

¹⁵⁰ I Kommissionens tolkningsmeddelande framhålls: *”Pursuant to Article 35(4)(a) of the Electricity Directive and Article 39(4)(a) of the Gas Directive, ‘the regulatory authority is legally distinct and functionally independent from any other public or private entity’ when carrying out the regulatory tasks conferred upon it by the Electricity and Gas Directives. This requirement goes beyond the requirement of independence laid down in the second Electricity and Gas Directives, which was limited to the electricity and gas industry. Independence in the new legislation concerns not only the electricity and gas industry but also any other public body (including national, local or regional government, municipalities and political organisations or structures) or private body.” (Vår understrykning.) (se Kommissionens tolkningsmeddelande, ss. 5-6, Bilaga 6).*

¹⁵¹ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 3, Bilaga 6.

¹⁵² Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 9, Bilaga 6.

360. Kommissionen förklarar således mycket tydligt att det tredje elmarknadsdirektivet utgår från att regleringsmyndigheten måste kunna fatta självständiga beslut oberoende av politiska organ och att detta utesluter varje inblandning från regeringen ("excludes any interference from the government").
361. Detta uttryckliga krav avseende regleringsmyndighetens oberoende ska inte sammanblandas med medlemsstaternas möjlighet att föra en egen nationell energipolitik. En sådan möjlighet följer av artikel 35.4 b (ii) enligt vilken en regering får utfärda "allmänna politiska riktlinjer". Samtidigt anges i samma artikel uttryckligen att sådana "allmänna politiska riktlinjer" inte får avse "tillsynsskyldigheter och tillsynsbefogenheter enligt artikel 37 [det tredje elmarknadsdirektivet]".
362. Det framgår vidare av Kommissionens tolkningsmeddelande att de allmänna politiska riktlinjer som är tillåtna för medlemsstaternas regeringar måste vara av övergripande karaktär och avse övergripande mål som att trygga elförsörjning, ta hänsyn till förnybara energikällor och att sätta effektivitetsmål.¹⁵³ Samtidigt understryker Kommissionen att de allmänna politiska riktlinjer som en medlemsstat är tillåten att anta under inga omständigheter får inskränka den nationella regleringsmyndighetens befogenheter vid fastställande av intäktsramar:

*"However, these guidelines should not encroach on the NRA's competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA."*¹⁵⁴ (Vår understrykning.)

363. I tolkningsmeddelandet förklarar Kommissionen således uttryckligen att en föreskrift som bestämmer en "profit margin" utgör en förbjuden direkt instruktion till regleringsmyndigheten.
364. Som framgått av avsnitt V.2.5 ovan har Kommissionen nyligen beslutat att väcka fördragsbrottstalan mot Belgien. Kommissionens uppfattning avseende det unionsrättsliga kravet på regleringsmyndighetens oberoende och befogenheter sammanfattas väl i det uttalande som gjordes i samband med beslutet att inleda en sådan talan:

"A core element of the electricity and gas market framework is the stronger independence and the powers of national regulators under the Electricity and Gas Directive. In particular, the Directives provide that national regulators should be independent of the government or business interests and should have the power to

¹⁵³ Kommissionens tolkningsmeddelande, ss. 7 och 14, Bilaga 6.

¹⁵⁴ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 14, Bilaga 6. Se även Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 7; "*The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets. However, general energy policy guidelines issued by the government must not encroach on the NRA's independence and autonomy.*" (Vår understrykning.)

*independently determine tariffs or the methodologies for calculating tariffs for the use of electricity and gas networks and other terms and conditions for access to those networks. The Electricity and Gas Regulations also lay down rules on the calculation of network tariffs, which shall take into account all actual costs incurred to network operators.*¹⁵⁵ (Vår understrykning.)

365. Kommissionen understryker således att ”*the stronger independence and the powers of national regulators*” är ett fundamentalt krav – ett ”*core element*” – enligt det tredje elmarknadsdirektivet. Särskilt – ”*in particular*” – ska den nationella regleringsmyndigheten vara oberoende av regeringen – ”*be independent of the government*” – och ha befogenhet att självständigt fastställa tariffer eller beräkningsmodeller – ”*the power to independently determine tariffs or the methodologies for calculating tariffs*”.
366. I juni 2019 antogs det fjärde elmarknadsdirektivet. Direktivet ska vara införlivat i svensk rätt senast den 31 december 2020.
367. Reglerna avseende de nationella regleringsmyndigheternas oberoende i detta direktiv är i det närmaste identiska med reglerna i det tredje elmarknadsdirektivet.¹⁵⁶ Det nya direktivet medför således inte någon ändring avseende de nationella regleringsmyndigheternas roll och kravet på oberoende.
368. Vikten av regleringsmyndigheternas oberoende såvitt avser fastställande av nättariffer framhålls tydligt i skäl 82 till det fjärde elmarknadsdirektivet:
- ”Tillsynsmyndigheterna bör fastställa eller godkänna enskilda nättariffer för överförings- och distributionsnät eller fastställa en metod, eller båda delarna. I vardera fallen bör tillsynsmyndighetens oberoende när det gäller att fastställa nätavgifter enligt artikel 57.4 b ii [artikel 35.4 b ii i tredje elmarknadsdirektivet] bevaras.”*¹⁵⁷ (Vår understrykning.)
369. Vidare återfinns nu de klagöranden avseende de nationella regleringsmyndigheternas respektive medlemsstaternas uppgifter som finns i artikel 35.4 b (ii) det tredje elmarknadsdirektivet och som återges i punkt 361 ovan även i skäl 87 till det nya direktivet:

”Detta direktiv [...] fråntar inte medlemsstaterna möjligheten att fastställa och föra en egen nationell energipolitik. Detta innebär att det, beroende på medlemsstatens konstitutionella arrangemang, kan falla inom medlemsstatens behörighet att bestämma den politiska ram inom vilken tillsynsmyndigheterna ska verka, t.ex. när det gäller försörjningstrygghet. Allmänna energipolitiska riktlinjer som

¹⁵⁵ Kommissionens pressmeddelande, ”Energy: Commission refers Belgium to the Court for failing to comply with EU rules on electricity and gas markets”, 25 juli 2019, Bilaga 21.

¹⁵⁶ Artikel 35 det tredje elmarknadsdirektivet motsvaras av artikel 57 det fjärde elmarknadsdirektivet. Artiklarna 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet motsvaras av artiklarna 59.1 a respektive 59.7 a det fjärde elmarknadsdirektivet.

¹⁵⁷ Skäl 82 till det fjärde elmarknadsdirektivet.

medlemsstaten utfärdat bör emellertid inte inkräkta på tillsynsmyndigheternas oberoende och självständighet.¹⁵⁸ (Vår understrykning.)

370. I avsnitt V.2.6 ovan har Ellevio redogjort för Kommissionens pågående fördragsbrottsärende mot Sverige. Det förhållandet att Förordningens detaljreglering strider mot det tredje elmarknadsdirektivet framgår av Kommissionens kommunikation i fördragsbrottsärendet, Bilaga 25. Kommissionen framhåller i kommunikationen att det ankommer på den nationella regleringsmyndigheten att fastställa tarifferna för elnätsföretagen och detta ansvar får inte begränsas av föreskrifter från regeringen. Kommissionen konstaterar därför att Förordningen begränsar den nationella regleringsmyndighetens oberoende och att Förordningen således inte är förenlig med det tredje elmarknadsdirektivet.
371. Som tydligt framgått av redogörelsen ovan utgör kraven på de nationella regleringsmyndigheternas oberoende en helt central del av den unionsrättsliga regleringen av elmarknaden. Förordningens detaljreglering av såväl beräkningsmetod som parametrar står i strid med denna reglering. Detta är också Kommissionens uppfattning.
372. I det fördragsbrottsärende mot Tyskland som Ellevio redogjort för i avsnitt V.2.3 ovan har regeringen i sin interventionsinlägga, Bilaga 28, framfört ett antal påståenden som står i direkt strid med den unionsrättsliga regleringen. Den svenska regeringen gör gällande att nationella föreskrifter, som antagits genom demokratiska processer, inte kan anses utgöra sådana otillåtna ”direkta anvisningar” som avses i artikel 35.4 b (ii) i elmarknadsdirektivet. Regeringen påstår istället att det skulle vara frågan om regleringsmyndigheten söker eller tar emot anvisningar i det enskilda fallet som är avgörande för huruvida dess oberoende inskränks.
373. Regeringens påståenden är felaktiga.
374. För det första, som framhållits ovan följer det av artikel 35.4 b (ii) att de ”allmänna politiska riktlinjer” som en regering får bestämma inte får avse regleringsmyndighetens ”tillsynsskyldigheter och tillsynsbefogenheter enligt artikel 37 [det tredje elmarknadsdirektivet]”. En av dessa skyldigheter är att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem vilket uttryckligen följer av artikel 37.1 a respektive artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.
375. Som Kommissionen understrukit i det ovan diskuterade tolkningsmeddelandet måste de allmänna politiska riktlinjer som en regering får bestämma vara av övergripande karaktär och avse övergripande mål som exempelvis att trygga elförsörjning, att hänsyn ska tas till förnybara energikällor och att sätta effektivitetsmål.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Skäl 87 till det fjärde elmarknadsdirektivet.

¹⁵⁹ Kommissionens tolkningsmeddelande, ss. 7 och 14, Bilaga 6.

376. Som tydligt framgått av redogörelsen i avsnitt IV ovan är Förordningen inte av övergripande karaktär och avser inte heller sådana övergripande mål som regeringen kan bestämma enligt artikel 35.4 b (ii) och Kommissionens tolkningsmeddelande, Bilaga 6. Förordningen utgör tvärtom en detaljreglering av de parametrar som ingår vid fastställande av den kalkylränta som Ei ska fastställa vid beräkningen av elnätsföretagens intäktsramar.
377. För det andra, en regerings reglering av hur en intäktsram ska beräknas binder med nödvändighet regleringsmyndigheten när denna fattar enskilda beslut. Om så inte vore fallet, skulle givetvis regleringen inte antas. Ur ett oberoendeperspektiv går det således inte att separera nationella föreskrifter av mer detaljerad karaktär från en situation där regleringsmyndigheten söker eller tar emot anvisningar i det enskilda fallet på det sätt som den svenska regeringen tycks påstå. En detaljerad reglering av beräkningen av intäktsramen, och parametrarna härför, innebär att regleringsmyndighetens uppgift begränsas till att endast tillämpa vad regeringen anser utgör en lämplig intäktsram.
378. Dessutom framgår det tydligt av EU-domstolens dom i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, att en regering inte får inskränka den nationella regleringsmyndighetens bestämmande av viktiga faktorer för fastställandet av tariffer.¹⁶⁰
379. Detaljerade instruktioner från regeringen om hur kalkylräntan ska fastställas är således otillåtna oavsett om de lämnas i form av nationella föreskrifter eller i det enskilda fallet. Den EU-rättsliga regleringen ger överhuvud inte utrymme för sådana anvisningar.
380. Det ska i detta sammanhang åter noteras att Förordningen är så detaljerad att regeringen till och med kunde uttala sig om elnätsföretagens avkastning och hur stora intäktsramarna skulle bli för den nu aktuella tillsynsperioden innan Ei fattat några beslut. Förordningen utgör således i realiteten en sådan anvisning i det enskilda fallet som enligt regeringens egen uppfattning inte är tillåten.
381. Den svenska regeringen påstår också inom ramen för fördragsbrottstalan mot Tyskland att det finns en risk i att ge regleringsmyndigheten ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. Enligt regeringen skulle en regleringsmyndighet genom att anförtros sådana uppgifter i praktiken anförtros uppgiften att bestämma politiken på det aktuella området.
382. Även detta påstående är felaktigt. Den EU-rättsliga regleringen och den svenska ellagen ger inte utrymme för några skönsmässiga bedömningar. Detta bekräftas dessutom av det förhållandet att det finns en omfattande och tydlig svensk rättspraxis baserad bland annat på vedertagen ekonomisk metodik beträffande fastställandet av de parametrar som ingår i WACC-metoden.

¹⁶⁰ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:68, 1, punkt 29, Bilaga 2.

383. Avsaknaden av detaljerade föreskrifter skulle enligt den svenska regeringen också leda till en osäkerhet avseende regleringsmyndighetens beslut, som i sin helhet skulle komma att ifrågasättas och bli föremål för domstolsprövning. Vidare menar regeringen att frånvaron av en detaljerad reglering i form av föreskrifter försvagar den nationella regleringsmyndighetens ställning i förhållande till elnätsföretagen.
384. Även dessa påståenden är oförenliga med den EU-rättsliga regleringen.
385. För det första följer det tydligt av den unionsrättsliga regleringen av elmarknaden att regleringsmyndigheten ska vara oberoende. Som framgår i punkt 75 ovan är detta en grundförutsättning för en fungerade gemensam elmarknad inom EU och även ett av de centrala syftena med den unionsrättsliga regleringen.
386. Det är dessutom inte det EU-rättsliga kravet på regleringsmyndighetens oberoende som skapar osäkerhet. Osäkerheten skapas av att regeringen utfärdat Förordningen i direkt strid med gällande EU-reglering. Regeringen försöker genom Förordningen underkänna den rättspraxis som etablerats av domstolarna och tvingar därvid även Ei att fastställa en avkastning som inte är marknadsmässig och som inte ger utrymme för nödvändiga investeringar i elnäten. Som framhållits ovan försöker regeringen således ändra lagen genom en förordning. Annorlunda uttryckt: regeringen ”sätter sig över domstolarna”, genomdriver sin egen lagtolkning och agerar som ett slags högsta domstol.
387. För det andra, som kommer att utvecklas i avsnitt VI.2.3 nedan är ett annat grundläggande krav i den EU-rättsliga regleringen att regleringsmyndighetens beslut måste kunna överklagas i sin helhet. Rätten till domstolsprövning är en grundläggande rättighet. Det är minst sagt anmärkningsvärt att den svenska regeringen ser domstolsprövning som något negativt.
388. Sammanfattningsvis följer av vad som anförts ovan, att Förordningen, som i detalj reglerar parametrarna för beräkningen av intäktsramen, strider mot artiklarna 35.4, 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet.

2.1.3 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas

389. Enligt artikel 35.1 det tredje elmarknadsdirektivet ska ”[v]arje medlemsstat [...] utse en nationell tillsynsmyndighet på nationell nivå.” (Vår understrykning.)
390. Kravet på att alla de uppgifter som direktivet ålägger de nationella regleringsmyndigheterna ska hanteras av en enda myndighet understryks av de begränsade undantag från huvudregeln som kommer till uttryck i artikel 35.2 och 35.3 det tredje elmarknadsdirektivet. Här framgår att det endast är regleringsmyndigheter på

regional nivå eller för mindre system på ett geografiskt separat område som tillåts jämte den nationella regleringsmyndigheten.

391. Att alla uppgifter ska hanteras av en enda myndighet framgår tydligare i andra språkversioner än den svenska. Här kan t ex hänvisas till den engelska, franska respektive tyska språkversionen av artikel 35.1 där detta krav återspeglas tydligare;

*”a single national regulatory authority”, ”une seule autorité de régulation nationale”, respektive ”eine einzige nationale Regulierungsbehörde”.*¹⁶¹ (Vår understrykning.)

392. I artikel 37 det tredje elmarknadsdirektivet anges de uppgifter som tilldelats den nationella regleringsmyndigheten. Som beskrivs i punkt 348–349 ovan följer det av artikel 37.1 a och 37.6 a att det bl.a. är regleringsmyndighetens skyldighet att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.

393. I enlighet med artikel 37.2 det tredje elmarknadsdirektivet är det endast de övervakningsuppgifter som avses i 37.1 som får utföras av andra myndigheter än regleringsmyndigheten. Dessa övervakningsuppgifter anges i artikel 37.1 (g)–(k), (m) samt (q)–(t). Dessa innefattar inte uppgiften att fastställa eller godkänna tariffer eller metoder för beräkning av dem.

394. Kravet på att endast en myndighet ska vara nationell regleringsmyndighet och ansvara för de grundläggande uppgifter som följer av det tredje elmarknadsdirektivet framhålls även i EU-domstolens rättspraxis. I det ovan diskuterade målet C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2, underströk EU-domstolen att regleringsmyndighetens uppgifter inte får fördelas på flera myndigheter:

”La loi sur l’électricité prévoit, à son article 12 novies, ainsi que cela a été exposé précédemment, que le Roi peut définir des règles particulières relatives à la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire en ce qui concerne les installations de transport de l’électricité reconnues comme étant d’intérêt national ou d’intérêt européen.

Il convient de constater que, dans un tel contexte, l’intervention du Roi dans la détermination d’éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l’article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir.

“La circonstance, soulignée par le Royaume de Belgique, qu’il incombe toujours à la CREG, même à l’égard de ces installations de transport, d’approuver les tarifs proposés par les gestionnaires de réseau est sans pertinence en l’espèce. En effet, l’attribution desdits pouvoirs au Roi réduit l’étendue des compétences conférées à

¹⁶¹ Även andra språkversioner understryker kravet på att alla de uppgifter som direktivet ålägger de nationella tillsynsmyndigheterna ska samlas i en myndighet. Exempelvis används i den danska, italienska respektive spanska språkversionen; *”en enkelt national regulerende myndighed”*, *”un’unica autorità nazionale di regolamentazione”*, respektive *”una única autoridad reguladora nacional”*. (Vår understrykning.)

l'autorité de régulation par la directive, dès lors que, dans l'approbation des tarifs, la CREG est liée par les règles particulières sur la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire établies par le Roi.

Il convient en conséquence de constater que, en attribuant à une autorité autre que l'autorité de régulation la compétence pour définir des éléments déterminants pour le calcul des tarifs en ce qui concerne certaines installations de transport de l'électricité, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive.”¹⁶² (Vår understrykning.)

395. Vår översättning (domskälen finns endast på franska):

”Ellagens artikel 12h föreskriver, såsom tidigare förklarats, att regeringen kan besluta om särskilda föreskrifter avseende fastställande av avskrivningar och vinstmarginal för elöverföringsnät som erkänts vara av nationellt eller europeiskt intresse.

Det kan konstateras att, i ett sådant sammanhang, inskränker regeringens ingripande i bestämmandet av viktiga faktorer för fastställandet av tariffer, såsom vinstmarginalen, de regleringsbefogenheter som tillkommer CREG [den belgiska regleringsmyndigheten] enligt artikel 23.2 a i direktivet.

Det faktum, som Konungariket Belgien har understrukit, att det fortfarande åligger CREG, även när det gäller dessa överföringsnät, att godkänna de tariffer som föreslagits av nätoperatörerna, är irrelevant i detta fall. Att regeringen tilldelas dessa befogenheter minskar omfattningen av de befogenheter som regleringsmyndigheten tilldelats av direktivet, eftersom CREG, vid godkännandet av tariffer, är bunden av de särskilda föreskrifter för fastställande av avskrivningar och vinstmarginal som regeringen beslutat.

Följaktligen, genom att tilldela en annan myndighet än regleringsmyndigheten befogenhet att definiera faktorer som har avgörande betydelse för beräkningen av tarifferna vad gäller vissa anläggningar för elöverföring, har Konungariket Belgien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 23.2 a i direktivet.”¹⁶³ (Vår understrykning.)

396. EU-domstolens uttalanden träffar direkt det bemyndigande som skett genom 5 kap 8 § ellagen (se närmare avsnitt VI.2.2 nedan) och den detaljreglering som den svenska regeringen med stöd av bemyndigandet beslutat genom Förordningen.
397. Såsom tydligt framgår av EU-domstolens dom får regleringsmyndighetens uppgifter inte fördelas på flera myndigheter eller inskränkas på annat sätt. Att en medlemsstat tilldelar regeringen befogenheter som enligt det tredje elmarknadsdirektivet tillkommer den nationella regleringsmyndigheten står enligt domen i direkt strid med detta krav.
398. Kravet på att de grundläggande myndighetsuppgifterna ska tilldelas en enda myndighet framhålls även av Kommissionens ovan diskuterade tolkningsmeddelande, Bilaga 6.

¹⁶² Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, punkterna 28-31, Bilaga 2.

¹⁶³ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, punkterna 28-31, Bilaga 2.

Det framgår även här att de grundläggande uppgifter som åläggs de nationella regleringsmyndigheterna inte får delas upp på olika myndigheter:

”Article 35(1) of the Electricity Directive and Article 39(1) of the Gas Directive stipulate that: ‘Each Member State shall designate a single national regulatory authority at national level’. It is clear that under the new legislation all missions and duties listed in the Electricity and Gas Directives and Regulations have to be assigned to a single national regulatory authority.

Whereas the wording of the second Electricity and Gas Directives allowed the designation of several regulatory authorities in one Member State, this is not possible anymore under the new Electricity and Gas Directives. It is therefore no longer possible for a Member State to designate at national level one regulatory authority to deal with one of the regulatory duties listed in the Electricity and Gas Directives (or Regulations), say network tariffs, and a different (regulatory or other) authority to deal with another duty of the regulatory authority. According to the text of the Electricity and Gas Directives, a single national regulatory authority at national level must be entrusted with all the regulatory duties provided for in the Electricity and Gas Directives. This means that the core duties of the NRA can no longer be split between the NRA and the Ministry. However, some monitoring duties can be carried out by another authority [...].

*The requirement of having a single national regulatory authority also implies that the same regulatory authority must have the powers to carry-out these duties.”¹⁶⁴
(Vår understrykning.)*

399. Kommissionens tolkningsmeddelande är synnerligen klart.
400. Regleringsmyndighetens uppgifter måste tilldelas en enda nationell regleringsmyndighet – ”*have to be assigned to a single national regulatory authority.*” Regleringsmyndighetens centrala uppgifter får inte delas upp mellan myndigheten och regeringen – ”*the core duties of the NRA can no longer be split between the NRA and the Ministry.*” Det är just detta som nu skett i den svenska regleringen.
401. Även det fjärde elmarknadsdirektivet understryker kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella regleringsmyndigheten inte får delas upp på olika myndigheter. Direktivets reglering avseende detta krav motsvarar i stort regleringen i det tredje elmarknadsdirektivet.¹⁶⁵
402. Sammanfattningsvis, Förordningen innebär att regeringen tilldelats uppgifter som enligt det tredje elmarknadsdirektivet endast tillkommer Ei. Den svenska regleringen innebär följaktligen en uppdelning av Eis uppgifter som strider mot artikel 35.1, 37.1 a och 37.6 a i direktivet.

¹⁶⁴ Kommissionens tolkningsmeddelande, ss. 3-4, Bilaga 6.

¹⁶⁵ Artikel 57.1-3 det fjärde elmarknadsdirektivet motsvarar artikel 35.1-3 det tredje elmarknadsdirektivet. Artikel 59.1 (k), (m)-(q) samt (u)-(w) - motsvarar artikel 37.1 (g)-(k), (m) samt (q)-(s). Artikel 59.2 motsvarar artikel 37.2.

- 2.2 5 kap 8 § ellagen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att den nationella regleringsmyndigheten ska vara oberoende och att den nationella myndighetens grundläggande uppgifter inte får inskränkas**
403. Som framgått ovan har Förordningen utfärdats med stöd av bemyndigandet i 5 kap 8 § ellagen. Bestämmelsen lyder:
- ”Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela*
1. ytterligare föreskrifter om hur kapitalbasen ska beräknas,
2. föreskrifter om beräkningen av avskrivningar och en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar.”
404. 5 kap 8 § ellagen anger således att ”regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer” får meddela sådana föreskrifter som anges i bestämmelsen. Föreskrifterna får bland annat avse ”avskrivningar” och ”avkastning”.
405. Som utvecklats i föregående avsnitt följer det emellertid av den EU-rättsliga regleringen att de uppgifter som enligt denna reglering ska ankomma på regleringsmyndigheten inte får delas upp på flera myndigheter. Redan den ”uppdelningsmöjlighet” som anges i bestämmelsen strider således mot den EU-rättsliga regleringen.
406. Ellevio erinrar här åter om EU-domstolens mycket tydliga uttalande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, Bilaga 2:
- ”[Den belgiska] [e]llagens artikel 12h föreskriver, såsom tidigare förklarats, att regeringen kan besluta om särskilda föreskrifter avseende fastställande av avskrivningar och vinstmarginal för elöverföringsnät som erkänts vara av nationellt eller europeiskt intresse.”*
407. Bemyndigandena i den svenska lagen och i den av EU-domstolen underkända belgiska lagen är i stort sett identiska. Bemyndigandet i den svenska lagen avser ”avskrivningar” och ”avkastning” medan det underkända bemyndigandet i den belgiska lagen avsåg ”avskrivningar” och ”vinstmarginal”.
408. EU-domstolen fortsätter:
- ”Följaktligen, genom att tilldela en annan myndighet än regleringsmyndigheten befogenhet att definiera faktorer som har avgörande betydelse för beräkningen av tarifferna vad gäller vissa anläggningar för elöverföring, har Konungariket Belgien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 23.2 a i direktivet.”*
409. EU-domstolen slår fast att just en sådan ”uppdelningsmöjlighet” som anges i 5 kap 8 § ellagen strider mot EU-rätten. Bestämmelsen ”tilldela[r] en annan myndighet [i detta fall den svenska regeringen] än regleringsmyndigheten [i detta fall Ei] befogenhet att

definiera faktorer som har avgörande betydelse för beräkningen av tarifferna [i detta fall avkastningen (kalkylräntan)]”.

410. Här erinras också om följande uttalande i EU-domstolens dom mot Belgien, Bilaga 2:

”Att regeringen tilldelas dessa befogenheter minskar omfattningen av de befogenheter som regleringsmyndigheten tilldelats av direktivet, eftersom CREG, vid godkännandet av tariffen, är bunden av de särskilda föreskrifter för fastställande av avskrivningar och vinstmarginal som regeringen beslutat.” (Vår understrykning.)

411. På samma sätt som den belgiska regleringsmyndigheten är Ei bunden av föreskrifterna i Förordningen. Med stöd av 5 kap 8 § ellagen har regeringen utfärdat föreskrifter som detaljreglerar storleken på intäktsramen och som ligger till grund för Eis beslut. Som framgått ovan är Förordningen på en sådan detaljnivå att regeringen ansett sig kunna beräkna intäktsramarnas storlek för tillsynsperioden redan innan Ei fattat några beslut om intäktsramar.

412. Sammanfattningsvis strider det bemyndigande som sker genom 5 kap 8 § ellagen mot EU-rättens krav på (i) regleringsmyndighetens oberoende enligt artikel 35.4, 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet och (ii) att alla de uppgifter som direktivet ålägger de nationella regleringsmyndigheterna ska hanteras självständigt av en enda myndighet enligt artikel 35.1, 37.1 a och 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet. Följaktligen saknar härmed 17-26 §§ Förordningen laglig grund.

2.3 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets och unionsrättens krav på rätt till domstolsprövning

413. Eis beslut om intäktsramar får enligt 13 kap 7 § ellagen överklagas till förvaltningsrätten.

414. Förordningen lämnar inte något utrymme för en individuell bedömning av de parametrar som ska beaktas vid beräkningen av kalkylräntan. Därmed begränsas i praktiken förvaltningsrättens prövning till att endast kontrollera om Eis beslut fattats i enlighet med Förordningen, dvs. om Ei ”räknat rätt”. Detta motsvarar närmast en sorts laglighetsprövning.

415. Förordningen inskränker således väsentligt rätten till domstolsprövning av Eis beslut om intäktsram.

416. Detta var också regeringens uttalade syfte med Förordningen. Som framgått ovan uttalade dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan i augusti 2018 att

regeringen genom den nya regleringen (dvs. Förordningen) ”minskar [vi] risken för långdragna domstolsprocesser kring elnätsavgifterna”.¹⁶⁶

417. Syftet med en detaljreglering på ”parameternivå” som i realiteten innebär att regeringen bestämmer intäktsramarnas storlek i förväg – och därmed ska göra domstolsprövningarna meningslösa – bekräftas av regeringen:

”Totalt resulterar regleringen att den totala kostnadsmassan för elnät sjunker med 60 miljarder kronor under perioden 2020—2023, enligt Ibrahim Baylan.

*Det blir även förenklade och snabbare domstolsprocesser, enligt Baylan.”*¹⁶⁷

418. Inskränkningen av rätten till domstolsprövning strider mot unionsrätten.
419. Som visats i avsnitt VI.2.1 ovan utgör de nationella regleringsmyndigheternas oberoende en central del av den unionsrättsliga regleringen av elmarknaden. En av de nationella regleringsmyndigheternas huvuduppgifter (”core duties”) är att fastställa överförings- och distributionstariffer eller godkänna metoder för hur de ska beräknas.
420. De nationella regleringsmyndigheternas oberoende innebär att denna uppgift inte får regleras av medlemsstaterna.
421. Den unionsrättsliga elmarknadsregleringen ger således de nationella regleringsmyndigheterna omfattande befogenheter som får långtgående betydelse. De nationella regleringsmyndigheternas oberoende ställning kräver att deras beslut kan kontrolleras och övervakas av den part som berörs av deras beslut.¹⁶⁸ Myndighetens oberoende ställning går således hand i hand med den kontrollfunktion som utövas av berörda parter.
422. Ett grundläggande moment i denna kontrollfunktion är att de nationella regleringsmyndigheternas beslut kan överklagas.
423. I enlighet med detta föreskriver artikel 37.16 det tredje elmarknadsdirektivet att regleringsmyndighetens beslut ”ska vara fullt motiverade för att medge domstolsprövning.”
424. Enligt artikel 37.17 är medlemsstaterna skyldiga att tillse att en berörd part kan överklaga ett beslut som har fattats av en regleringsmyndighet:

”Medlemsstaterna ska se till att det finns lämpliga mekanismer på nationell nivå som ger den part som berörs av ett beslut fattat av en tillsynsmyndighet rätt att

¹⁶⁶ Pressmeddelande från Miljödepartementet, Statsrådsberedningen ”Regeringen skärper regleringen av elnätsavgifterna”, 15 augusti 2018, Bilaga 11.

¹⁶⁷ Dagens industris artikel ”Regeringen skärper regler för elnätsavgifter”, 15 augusti 2018, Bilaga 12.

¹⁶⁸ Kommissionens tolkningsmeddelande, ss. 19-20, Bilaga 6.

överklaga till ett organ som är oberoende av de berörda parterna och av någon regering.”

425. Artikel 37.16 respektive 37.17 det tredje elmarknadsdirektivet motsvaras av artikel 60.7 respektive 60.8 det fjärde elmarknadsdirektivet.

426. Sambandet mellan regleringsmyndighetens oberoende och vikten av att dess beslut kan prövas av domstol understryks i Kommissionens tolkningsmeddelande avseende det tredje elmarknadsdirektivet:

”Apart from these provisions it is important to recognise the clear link, in the new Electricity and Gas Directives, between increased NRA independence and NRA accountability.”¹⁶⁹ (Vår understrykning.)

427. Som kommissionen förklarar i tolkningsmeddelandet finns det således i direktiven en tydlig koppling – ”clear link” – mellan regleringsmyndighetens oberoende och regleringsmyndighetens ansvar – ”accountability” – för de beslut den fattar, dvs. att besluten ska kunna överklagas.

Kommissionen uttalar också i tolkningsmeddelandet:

”Since all decisions of the NRA have to be subject to judicial review or appeal mechanisms before any other bodies independent of the parties involved and of any government [...], the same holds true for the powers given to the NRA under Article 37(4) of the Electricity Directive and Article 41(4) of the Gas Directive. By the same token, the NRA will have to apply stringent procedures respecting the rights of defence of the companies concerned.”¹⁷⁰

428. Som Kommissionen förklarar ska alla beslut som fattas av de nationella regleringsmyndigheterna kunna överklagas (vilket följer av direktivet). Tolkningsmeddelandet, Bilaga 6, hänvisar vidare till artikel 37.4 i direktivet som lyder:

”Medlemsstaterna ska säkerställa att tillsynsmyndigheterna får befogenheter att kunna utföra de skyldigheter som anges i punkterna 1, 3 och 6 på ett effektivt och snabbt sätt. För detta ändamål ska tillsynsmyndigheten åtminstone få befogenheter att fatta bindande beslut om elföretag.”

429. Som framgår hänvisar artikel 37.4 till punkterna 1, 3 och 6 i samma artikel, som bl.a. avser regleringsmyndighetens skyldighet att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer eller metoder för hur dessa ska beräknas. Sådana beslut ska kunna bli föremål för domstolsprövning, dvs. ”be subject to judicial review or appeal mechanisms.” Av uttalandet följer också att regleringsmyndigheten måste iaktta strikta procedurer som respekterar elnätsföretagens rätt att utföra sin talan mot de beslut som regleringsmyndigheten fattar – ”the NRA will have to apply stringent procedures respecting the rights of defence of the companies concerned.”

¹⁶⁹ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 20, Bilaga 6.

¹⁷⁰ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 18, Bilaga 6.

430. Med andra ord, utgångspunkten enligt det tredje elmarknadsdirektivet är (i) att regleringsmyndigheten ska fatta beslut om tariffer eller metoder och (ii) att beslut om tariffer eller metoder i sin helhet ska kunna prövas av domstol. Om tarifferna eller metoderna ”flyttas” från myndighetens beslut till en förordning strider detta inte bara mot kravet enligt (i), utan även mot kravet på rätt till domstolsprövning enligt (ii).
431. Då regeringen ”flyttar” beräkningsmetod och parametrar från Ei till Förordningen i syfte att begränsa domstolsprövningen, strider detta mot uttryckliga föreskrifter i det tredje elmarknadsdirektivet.
432. Att ett elnätsföretag ska kunna överklaga alla delar av tillsynsmyndighetens beslut, inklusive tariffer eller metoder för hur intäktsramarna beräknas, följer inte endast av det tredje elmarknadsdirektivet utan också av unionsrättens grundläggande krav på rätten till effektiva rättsmedel.
433. Enligt fast rättspraxis från EU-domstolen ankommer det på medlemsstaternas domstolar att, enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU, säkerställa domstolsskyddet för de rättigheter som enligt unionsrätten tillkommer enskilda. Enligt artikel 19.1 FEU ska medlemsstaterna tillhandahålla sådana möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten.¹⁷¹
434. Skyldigheten för medlemsstaterna att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel är enligt EU-domstolens rättspraxis långtgående:
- ”[...] varje bestämmelse i en nationell rättsordning eller varje lagstiftnings-, förvaltnings- eller domstolspraxis som kan få till följd en försvagning av [unions]rättens verkan på grund av att den domstol som är behörig att tillämpa denna rätt förvägras möjligheten att vid tillämpningstillfället göra allt som erfordras för att utelämna nationella lagbestämmelser vilka, även temporärt, kan hindra [unions]reglernas fulla verkan, är oförenlig med de krav som följer av [unions]rättens karaktär [...]”¹⁷²*
435. Som konstaterats ovan innebär Förordningen att rätten till domstolsprövning av Eis beslut om intäktsram inskränks väsentligt. Därmed ges inte ett elnätsföretag som berörs av regleringsmyndighetens beslut möjlighet att genom domstolsprövning säkerställa att beslutet är förenligt med de krav som det tredje elmarknadsdirektivet och unionsrätten i övrigt ställer på hur intäktsramen ska fastställas.
436. Inskränkningen hindrar följaktligen domstolarna från att pröva om Eis beslut om intäktsram är förenliga med unionsrätten. Detta får till effekt att berörda elnätsföretag förvägras möjligheten att säkerställa att deras rättigheter enligt unionsrätten

¹⁷¹ Mål C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2016:838, punkt 50.

¹⁷² Mål C-213/89, *Factortame*, ECLI:EU:C:1990:257, punkt 20.

upprätthålls. Förordningen strider således mot medlemsstaternas skyldighet att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel.

437. I sammanhanget måste även den EU-rättsliga principen om rätten till en rättvis rättegång beaktas.
438. Stadgan är bindande för samtliga medlemsstater. Enligt artikel 51.1 i Stadgan och fast rättspraxis, är bestämmelserna i Stadgan tillämpliga när medlemsstaterna tillämpar unionsrätten.
439. Artikel 47.2 i Stadgan innehåller bestämmelser om rätten till rättvis rättegång. Av förklaringarna avseende Stadgan framgår att artikel 47.2 i Stadgan motsvarar artikel 6.1 i Europakonventionen.¹⁷³ Enligt artikel 52.3 i Stadgan ska rättigheter som har sin motsvarighet i Europakonventionen¹⁷⁴ ha samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen. Enligt förklaringarna avseende Stadgan ska även rättspraxis vid Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna beaktas.¹⁷⁵
440. Enligt Europadomstolens rättspraxis måste en domstol ha behörighet att pröva alla faktiska och rättsliga omständigheter som är relevanta för tvisten i det aktuella målet (*”jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it”*).¹⁷⁶
441. För att detta krav ska vara uppfyllt är det enligt Europadomstolens rättspraxis nödvändigt att pröva föremålet för det överklagade beslutet, det sätt på vilket man kom fram till beslutet och tvistens innehåll, inklusive överklagandets avsedda och konkreta grunder.¹⁷⁷ Av vad som anförts ovan följer att detta även gäller vid tillämpning av den EU-rättsliga regleringen.
442. Utöver det krav på domstolsprövning som följer av det tredje elmarknadsdirektivet samt EU-fördragen och Stadgan, har EU-domstolen också fastslagit att *”kravet på domstolskontroll av en nationell myndighets beslut [utgör] en allmän [unions]rättslig princip som bygger på författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna. Denna princip har även kommit till uttryck i artiklarna 6 och 13 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.”* (Vår understrykning.)
443. Sammanfattningsvis följer det inte endast av uttryckliga bestämmelser i det tredje elmarknadsdirektivet, EU-fördragen och Stadgan utan också av grundläggande EU-

¹⁷³ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (2007/C 303/02), 14 december 2007, tillgänglig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)

¹⁷⁴ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁷⁵ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (2007/C 303/02), 14 december 2007, tillgänglig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)

¹⁷⁶ Europadomstolens dom av den 17 december 1996 i mål nr 20641/92 *Terra Woningen mot Nederländerna*, punkt 52

¹⁷⁷ Europadomstolens dom av den 22 november 1995 i mål nr 19178/91 *Bryan mot Förenade konungariket*, punkt 45.

rättsliga principer, att elnätsföretag måste kunna överklaga alla delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive de metoder och parametrar som är avgörande för myndighetens beräkning av intäktsramarna. En medlemsstat får inte begränsa denna rätt på sätt som regeringen gjort genom Förordningen.

444. Denna slutsats bekräftas av Kommissions fördragsbrottstalan mot Ungern. Som framgår i punkt 308 ovan, föranledes detta fördragsbrottsförfarande av att den ungerska ellagen begränsar marknadsoperatörernas rätt att överklaga den nationella regleringsmyndighetens beslut om nättariffer. Av Kommissionens pressmeddelande, Bilaga 17, framgår tydligt att Kommissionen anser att en laglighetsprövning av regleringsmyndighetens beslut inte är tillräcklig för att uppfylla kravet på domstolsprövning.

2.4 Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet

445. I unionsrätten finns två ytterligare grundläggande rättsprinciper; rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar.¹⁷⁸
446. Enligt EU-domstolens fasta praxis ska rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar iaktas av EU-institutionerna och även av medlemsstaterna då dessa utövar sina befogenheter enligt unionsdirektiven.¹⁷⁹
447. Av rättssäkerhetsprincipen följer att lagstiftning ska vara entydig och dess tillämpning förutsebar för enskilda. Detta krav gäller särskilt i fråga om lagstiftning som kan vara ekonomiskt betungande, eftersom de personer som berörs måste kunna få exakt vetskap om de skyldigheter som de har enligt denna lagstiftning.¹⁸⁰
448. Principen om skydd för berättigade förväntningar innebär att en enskild ska vara tillåten att fortsätta bedriva sin näringsverksamhet i berättigad förväntan om att den existerande unionsrätten ska fortsätta att gälla.¹⁸¹ EU-domstolen har fastslagit att principen omfattar ”*varje enskild person hos vilken en förvaltningsmyndighet har väckt grundade förhoppningar genom att ge vederbörande tydliga försäkringar*”.¹⁸²
449. I detta sammanhang har EU-domstolen också konstaterat att ”*[t]ydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter från behörig och tillförlitlig källa utgör, oavsett i vilken form de*

¹⁷⁸ Mål C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten mot Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, ECLI:EU:C:1996:45, punkt 27 respektive mål C-17/03 *VEMW m.fl.*, ECLI:EU:C:2005:362, punkt 73.

¹⁷⁹ Mål C-183/14 *Salomie och Oltean*, ECLI:EU:C:2015:454, punkt 30.

¹⁸⁰ Mål C-183/14 *Salomie och Oltean*, ECLI:EU:C:2015:454, punkt 31 och mål C-325/85 *Irland mot Kommissionen* ECLI:EU:C:1987:546, punkt 18.

¹⁸¹ Bernitz, U., *Europarättens grunder*, (Norstedts Juridik, femte upplagan), 2014, s. 163.

¹⁸² Mål C-560/15 *Europa Way och Persidera*, ECLI:EU:C:2017:593, punkt 80.

*har lämnats, en sådan försäkran som kan väcka grundade förhoppningar”.*¹⁸³ Detta gäller givetvis särskilt när källan för sådana uppgifter är lagakraftvunna domar.

450. På sätt som lagstiftaren förutsåg i förarbetena till den aktuella lagstiftningen finns det en omfattande och tydlig praxis om hur avkastningen ska fastställas enligt ellagen (se avsnitt III.4 ovan⁴ ovan).
451. Kammarrätten har vidare uttalat att ändringar i beräkningsmetoder ska kunna motiveras sakligt och hålla sig inom ramen för lagstiftning, praxis och förarbetsuttalanden.¹⁸⁴
452. Den enhetliga domstolspraxis som vuxit fram för att fastställa metoden för bestämmande av intäktsramarna måste anses utgöra tydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter från behörig och tillförlitlig källa avseende tillämpning av det tredje elmarknadsdirektivet och ellagen. Domstolarnas avgöranden har följaktligen skapat berättigade förväntningar hos elnätsföretagen.
453. Som diskuterats i avsnitt III.8 ovan har inte regeringen accepterat domstolarnas tillämpning av ellagen, dvs. den fasta praxis som utvecklats. Genom Förordningen vill regeringen ”svepa bort” den praxis som föreligger till nackdel för elnätsföretagen. Detta syfte har också bekräftats av dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan.
454. Detta agerande står i direkt strid med unionsrättens krav på berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen.
455. I detta sammanhang ska det också uppmärksammas att Förordningens ikraftträdande också innebär att den s.k. 38-årsregeln avskaffas. Denna regel återfanns i förordning (2014:1064) om intäktsram för elnätsföretag (**”2014-års Förordning”**) och var enligt regeringen avsedd att kompensera för den drastiska sänkning av elnätsföretagens intäktsramar som uppstod genom att beräkningen av kapitalkostnaderna inte längre skulle ske utifrån real annuitet utan baserat på en real linjär metod.¹⁸⁵ Regeringen angav uttryckligen att 38-årsregeln var avsedd att vara tillämplig under en övergångsperiod om 12 år, dvs. fram till år 2026.¹⁸⁶
456. De ändringar som Förordningen medför strider även i detta avseende mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. 38-årsregeln behandlas vidare i avsnitt VI.3 nedan.

¹⁸³ Mål C-560/15 *Europa Way och Persidera*, ECLI:EU:C:2017:593, punkt 80.

¹⁸⁴ Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 428-16, s. 11.

¹⁸⁵ Eis rapport ”Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar”, Ei 2014:09, se exempelvis sammanfattningen, [Bilaga 29](#).

¹⁸⁶ Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys till Energimarknadsinspektionens rapport Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar (Ei2014:09)”, 22 augusti 2014, s. 2, [Bilaga 30](#).

457. Utöver rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar måste i sammanhanget det tredje elmarknadsdirektivets krav på förutsebarhet och långsiktighet beaktas.
458. I artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet föreskrivs att den nationella regleringsmyndigheten är ansvarig för att fastställa överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder så att nödvändiga investeringar i näten kan göras för att säkra nätens funktion.
459. Regleringsmyndighetens skyldighet i detta avseende har framhållits av EU-domstolen inom ramen för en fördragsbrottsalan mot Sverige, Bilaga 3:
- ”Denna bestämmelse [artikel 37.6 a¹⁸⁷] innehåller även en materiell regel, nämligen att tariffer eller metoder ska utformas så, att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion. Sådana investeringar kan bara förväntas av de ekonomiska aktörerna om tarifferna eller metoderna är tillräckligt precisa och ger en tillfredsställande förutsebarhet”.*¹⁸⁸ (Vår understrykning.)
460. Nyssnämnda uttalande gjordes av EU-domstolen i mål C-274/08 Kommissionen mot Sverige, Bilaga 3. Sverige fälldes för fördragsbrott då den svenska ellagstiftningen inte uppfyllde det EU-rättsliga kravet på tillräcklig förutsebarhet.
461. Kommissionen har i sitt meddelande *”För en välfungerande inre marknad för energi”*, Bilaga 31, under rubriken *”En välfungerande marknad främjar lämpliga investeringar”*, understrukit vikten av att *”undvika offentliga ingrepp som avskräcker från privat investering eller undergräver den inre marknaden”*.¹⁸⁹
462. I sitt meddelande *”Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt”* konstaterar Kommissionen att:
- ”offentliga ingrepp, för att nå sina syften, [måste] motsvaras av stabila, långsiktiga, öppna, förutsebara och trovärdiga åtaganden gentemot investerare och konsumenter. Att regelverket behöver ändras med anledning av utvecklingen på marknaden motiverar inte retroaktiv tillämpning av sådana förändringar på investeringar som redan gjorts om behovet av ändringar uppstår på grund av att de offentliga myndigheterna misslyckats att i tid göra riktiga förutsägelser eller anpassningar. Om retroaktiva ändringar tillämpas i sådana situationer undermineras investerarnas förtroende allvarligt, och det bör undvikas i möjligaste mån.”*¹⁹⁰, Bilaga 32.
463. Det tredje elmarknadsdirektivets krav på förutsebarhet och långsiktighet har även framhållits av svensk domstol. Med hänvisning till unionsrätten och EU-domstolens

¹⁸⁷ Artikel 37.6 a har sin föregångare i artikel 23.2 a det andra elmarknadsdirektivet, vars ordalydelse i här relevanta delar var identisk.

¹⁸⁸ Mål C-274/08 *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2009:673, punkt 29, Bilaga 3.

¹⁸⁹ Meddelande från Kommissionen *”För en välfungerande inre marknad för energi”* COM(2012) 663 final, 15 november 2012, s. 13.

¹⁹⁰ Meddelande från Kommissionen *”Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt”* C(2013) 7243 final, 5 november 2013, s. 12.

rättspraxis konstaterade Kammarrätten i Jönköping i pilotdomarna avseende fastställande av intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 att ett långsiktigt perspektiv ska användas vid bestämmandet av kalkylräntan:

”Det övergripande syftet med förhandsregleringen är att skapa förutsebarhet för nätföretagen och deras kunder (prop. 2008/09:141 s. 31). Nätföretagen ska också få stabila och långsiktiga villkor för sin nätverksamhet (prop. 2008/09:141 s. 58).] I Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG art. 37.6.a anges särskilt att nödvändiga investeringar i näten ska kunna göras för att säkra nätens funktion (jfr även EU-domstolens dom i mål C-274/08 p. 38). En investering i elnät har en mycket lång investeringshorisont, vilket kräver att nivån på avkastningen kan bedömas på längre sikt med viss förutsebarhet.”¹⁹¹ (Vår understrykning.)

464. Av den EU-rättsliga regleringen följer således tydligt att den nationella implementeringen av regleringen måste uppfylla kraven på långsiktighet och förutsebarhet. Den synnerligen betydande ändring av tidigare domstolspraxis som sker genom Förordningen strider mot dessa krav.
465. Brotten mot rättssäkerhetsprincipen respektive principen om skydd för berättigade förväntningar och kravet på förutsebarhet och långsiktighet i den nationella regleringen utgör var för sig och sammantaget grund för att åsidosätta Förordningen.

2.5 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar i näten

466. På samma sätt som den europeiska elmarknaden står den svenska elmarknaden inför mycket stora utmaningar. För att klara omställningen från fossila bränslen till hållbar energi kommer att fordras både utbyggnad och förnyelse av det alltjämt delvis föråldrade elnätet. Det är således av synnerlig vikt att elnätsföretagens intäktsramar bestäms på sådant sätt att de ger utrymme för sådana investeringar.
467. Ellevio hänvisar här vidare till avsnitt II.2.2.6 ovan och Vattenfalls inläga.
468. Att intäktsramarna ska bestämmas på sådant sätt att elnätsföretagen ska kunna genomföra erforderliga investeringar är också ett krav enligt den unionsrättsliga regleringen.
469. Skäl 5 till det tredje elmarknadsdirektivets framhåller att *”en trygg elförsörjning är av avgörande betydelse för samhällsutvecklingen i Europa”*.
470. Artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet föreskriver att den nationella regleringsmyndigheten är skyldig att fastställa överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder *”så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion”*.

¹⁹¹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, ss. 48-49 och i mål nr 101-14, ss. 44.

471. Intäktsramarna ska således bestämmas på sådant sätt att elnätsföretagen kan göra nödvändiga investeringar i elnäten. Om detta inte sker står besluten om intäktsramar i strid med den EU-rättsliga regleringen.
472. Förordningen har tvingat Ei att fastställa en avkastning som inte kommer att medge nödvändiga investeringar. Förordningen står därför även av detta skäl i direkt strid med det tredje elmarknadsdirektivet.
473. I detta sammanhang ska noteras att den svenska lydelsen av artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet, dvs. att tarifferna ska bestämmas ”*så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion*”, inte fullt ut återspeglar den korrekta innebörden av denna artikel.
474. Vid en jämförelse med exempelvis de engelska, franska, tyska, spanska och italienska versionerna av artikel 37.6 a framgår att uttrycket ”*säkra nätens funktion*” inte återspeglar det krav som artikeln rätteligen ställer på medlemsstaterna. I dessa språkversioner används istället uttryck som innebär att medlemsstaterna är skyldiga att ”säkra nätens livskraft/livsduglighet/ekonomiska bärkraft”.¹⁹²
475. Det tredje elmarknadsdirektivet kräver således att den nationella regleringsmyndigheten fastställer överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder på ett sådant sätt att elnätsföretagen kan göra de investeringar som krävs för att säkra nätens livskraft/livsduglighet/ekonomiska bärkraft.
476. Kravet på att överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder utformas på så sätt att det gör det möjligt för elnätsföretagen att investera i elnäten har också framhållits av EU-domstolen. I mål C-274/08, *Kommissionen mot Sverige*, underströk EU-domstolen att artikel 37.6 a innehåller ”*en materiell regel, nämligen att tariffer eller metoder ska utformas så, att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion*”.¹⁹³ (Vår understrykning.)
477. Detta krav har också betonats av Kommissionen. I sitt meddelande ”*För en välfungerande inre marknad för energi*” understryker Kommissionen att man måste undvika offentliga ingrepp som avskräcker från privat investering eller undergräver den inre marknaden.¹⁹⁴ För låga intäktsramar har naturligtvis en negativ inverkan på privata investeringar och riskerar i förlängningen att undergräva den inre marknaden.

¹⁹² Engelska: *to ensure the viability of the networks*; franska: *de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux*; tyska: *dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist*; spanska: *que quede garantizada la viabilidad de la red*; italienska: *per garantire la redditività economica delle reti*.

¹⁹³ Mål C-274/08 *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2009:673, punkt 29, Bilaga 3.

¹⁹⁴ Meddelande från Kommissionen ”*För en välfungerande inre marknad för energi*”, COM (2012) 663 final, 15 november 2012, s. 13, Bilaga 31.

478. Även i det fjärde elmarknadsdirektivet betonas vikten av att överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder utformas på så sätt att de möjliggör investeringar i elnäten.
479. Artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet har i Sverige implementerats genom 5 kap 1 § ellagen.
480. 5 kap 1 § punkt 3 ellagen föreskriver att intäktsramarna bestämmas så att de ”*ge[r] en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar.*”
481. Bestämmelsen återspeglar väl de krav som följer av det tredje elmarknadsdirektivet. ”*Nödvändiga investeringar*” enligt direktivet möjliggörs just om avkastningen på investeringarna är marknadsmässig.
482. Om avkastningen inte är marknadsmässig, kommer däremot ”marknaden” att söka andra placeringar. Elnätsföretagen kommer då inte att få tillgång till kapital för nödvändiga investeringar.
483. Det är enligt denna bestämmelse (i dess tidigare lydelse) som det utvecklats en omfattande domstolspraxis avseende ellagens avkastningskrav i enlighet med de krav som följer av den EU-rättsliga regleringen.
484. Det tredje energipaketet omfattar även förordning 714/2009 avseende villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel, dvs. Förordning 714/2009.
485. Artikel 14.2 Förordning 714/2009 föreskriver att den tariffnivå som tillämpas avseende tillträde till elnäten för producenter och/eller konsumenter bl.a. ska beakta ”*investeringskostnader för infrastruktur*”.
486. Skäl 23 till Förordning 714/2009 framhåller vikten av att investeringar i elnäten främjas:
- ”Investeringar i viktig ny infrastruktur bör prioriteras, samtidigt som man bör se till att den inre marknaden för el fungerar korrekt. [...]”*
487. På samma sätt som beträffande den svenska språkversionen av artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet återspeglar den svenska språkversionen inte Förordning 714/2009s verkliga innebörd.
488. I den svenska språkversionen används ordet ”*prioritera*”. I den engelska, franska och tyska språkversionen används i stället ”*promoted*”, ”*encourager*” respektive ”*gefördert werden*”, ord som närmast kan översättas med ”främja”. I den danska versionen används också just ordet ”*fremmes*”.

489. Medan det i den svenska språkversionen talas om ”ny viktig” infrastruktur talas i andra språkversioner om ”nya stora” infrastrukturer etc. Något anmärkningsvärt har också de förstärkningsuttryck som används i andra språkversioner ”fallit bort” i den svenska språkversionen. Nedan återges den danska, engelska, franska och tyska språkversionen (där förstärkningsorden markerats):

*”Investeringer i store nye infrastrukturer bør fremmes **kraftigt**, samtidig med at der sikres et fuldt funktionsdygtigt indre marked for elektricitet.”*

*”Investments in major new infrastructure should be promoted **strongly** while ensuring the proper functioning of the internal market in electricity.”*

*”Il convient d’encourager **fortement** les investissements dans la réalisation de grandes infrastructures nouvelles tout en assurant le bon fonctionnement du marché intérieur de l’électricité.”*

*”Investitionen in neue Großinfrastrukturen sollten **stark** gefördert werden, wobei es das ordnungsgemäße Funktionieren des Elektrizitätsbinnenmarkts sicherzustellen gilt.”¹⁹⁵*

490. I dessa språkversioner används således orden ”kraftigt”, ”strongly”, ”fortement” och ”stark”.
491. Innebörden i skäl 23 till Förordningen är således rätteligen att investeringar i ny stor infrastruktur ska främjas kraftfullt.
492. En intäktsram som inte kraftfullt främjar investeringar i elnäten står följaktligen i strid med kravet i artikel 14.2 Förordning 714/2009.
493. Förordning 714/2009 har ersatts av en ny förordning, Förordning 2019/943. Den nya förordningen trädde i kraft i juli 2019 och ska tillämpas från och med den 1 januari 2020.
494. Förordning 2019/943 är således tillämplig på den intäktsram som ska tillämpas under tillsynsperioden 2020–2023. Ei har således när den meddelade sina beslut om nu omtvistade intäktsramar varit skyldig att beakta de krav som följer av Förordning 2019/943.
495. I artikel 18.2 Förordning 2019/943 föreskrivs följande:

”Tariffmetoderna ska avspegla de fasta kostnaderna för systemansvariga för överförings- och distributionssystem, och ska erbjuda tillräckliga incitament för systemansvariga för överförings- och distributionssystem på både kort och lång sikt, för att öka effektiviteten, inklusive energieffektiviteten, främja marknadsintegreringen och försörjningstryggheten och ge stöd till effektiva investeringar, stöd till relaterad forskningsverksamhet samt att underlätta

¹⁹⁵ I den spanska versionen anges: ”*debe promocionarse intensamente*” och i den italienska: ”*dovrebbero essere promossi in modo deciso*”.

innovation i kundernas intresse inom exempelvis digitalisering, flexibilitetstjänster och sammanlänkningar.” (Vår understrykning.)

496. Tariffmetoderna ska således ge tillräckliga incitament för systemansvariga.
497. Skäl 23 till Förordning 714/2009 motsvaras av ovan diskuterade skäl 66 till Förordning 2019/943. De brister i den svenska språkversionen i skäl 23 till Förordning 714/2009 finns även i skäl 66 till Förordning 2019/943. Även enligt den nu gällande förordningen ska således investeringar i ny stor infrastruktur främjas kraftfullt.
498. De intäktsramar som Ei beslutat i enlighet med Förordningens detaljreglering ger inte elnätsföretagen den avkastning på kapitalbasen som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Förordningen och Eis beslut strider således mot ellagen. Förordningen och Eis beslut strider också mot de krav som följer av det tredje elmarknadsdirektivet. Än mindre uppfyller de kravet på att investeringar i ny stor infrastruktur ska främjas kraftfullt.
499. Till stöd för vad som nu anförts hänvisar Ellevio till Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs inlagor inklusive sakkunnigutlåtanden.
500. Att Förordningen och Eis beslut strider mot den EU-rättsliga regleringen styrks också av en jämförelse mellan Eis beslut om intäktsramar för elnätsföretagen och gasnätsföretagen.
501. Det regelverk som styr elnätsföretagens verksamhet är i stora avseenden likartat det som gäller för gasnätsföretagens verksamhet. Följaktligen ingår de båda regelverken i det tredje energipaketet.
502. Som EU-domstolen har konstaterat har det tredje elmarknadsdirektivet och det tredje gasmarknadsdirektivet samma syften, vilket också framgår såväl av skälen 3, 4, 9–12, 15, 25 och 44 till det tredje elmarknadsdirektivet som av skälen 3, 4, 6–13, 22 och 40 till det tredje gasmarknadsdirektivet.¹⁹⁶
503. Sambandet mellan el- och gasnätregleringen framgår även direkt av de krav som de båda direktiven ställer på tarifferna och hur de ska fastställas. Som uppmärksammas i punkt 260 ovan föreskrivs det i artikel 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet att den nationella regleringsmyndigheten är skyldig att fastställa överförings- och distributionstariffer eller beräkningsmetoderna ”så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion”.
504. Motsvarande formulering finns i det tredje gasmarknadsdirektivet. Artikel 41.6 (a) föreskriver att tariffer eller metoder ska utformas ”så att nödvändiga investeringar i näten och LNG-anläggningarna [anläggningar för kondenserad naturgas] kan göras på

¹⁹⁶ De förenade målen C-105/12–C-107/12, *Essent m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:677, punkt 65.

ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens och LNG-anläggningarnas funktion på längre sikt”.¹⁹⁷

505. Vidare framgår det nära sambandet av Kommissionens tolkningsmeddelande, Bilaga 6. Det framgår tydligt i tolkningsmeddelandet att de uppgifter som de nationella regleringsmyndigheterna måste fullgöra enligt det tredje elmarknadsdirektivet i stort är de samma som de uppgifter som de nationella regleringsmyndigheterna måste fullgöra enligt det tredje gasmarknadsdirektivet. Dessa regleringsmyndigheter behandlas också tillsammans i tolkningsmeddelandet. Vad särskilt gäller de nationella regleringsmyndigheternas uppgift att fastställa tariffer eller beräkningsmetoderna anges exempelvis:

”The NRA’s core duty as regards tariffs is stipulated in Article 37(1)(a) of the Electricity Directive and Article 41(1)(a) of the Gas Directive: ‘fixing or approving, in accordance with transparent criteria, transmission or distribution tariffs or their methodologies’. The core task of the NRA relating to the approval of network tariffs is, as in the second Electricity and Gas Directives, further specified in specific provisions, in particular paragraphs 6, 7, 8 and 10.

Under Article 37(6)-(7) of the Electricity Directive and Article 41(6)-(7) of the Gas Directive, the NRA must be responsible for fixing or approving sufficiently in advance of their entry into force at least the methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.”¹⁹⁸ (Vår understrykning.)

506. De respektive nationella regleringsmyndigheternas uppgift att fastställa tariffer eller beräkningsmetoderna i enlighet med 37.6 a det tredje elmarknadsdirektivet respektive artikel 41.6 (a) det tredje gasmarknadsdirektivet är således i sak i det närmaste identiska.
507. Den tydliga koppling som finns mellan den EU-rättsliga el- respektive gasnätregleringen framgår även av den svenska lagstiftningen. Regeringen uppmärksammade detta förhållande i prop. 2012/13:85 s. 30 där det uttalas:

”Det får anses vara angeläget att tillsynen av energimarknaden i Sverige bedrivs på ett likartat sätt, oavsett energislag och verksamhetsinriktning. Detta bör underlätta såväl tillsynsmyndighetens som naturgasföretagens verksamhet samt bidra till en ökad förutsägbarhet på naturgasmarknaden för både kunder och företag. Regeringen ser även ett visst värde i att kraven på förhandsprövning genomförs på ett i stora drag likartat sätt när det gäller elmarknadsdirektivet och gasmarknadsdirektivet.”¹⁹⁹ (Vår understrykning.)

¹⁹⁷ Orden ”på längre sikt” i artikel 41.6 (a) det tredje gasmarknadsdirektivet återfinns inte i den svenska versionen av artikel 37.6 (a) det tredje elmarknadsdirektivet. Vid en jämförelse med exempelvis de engelska, franska, tyska, spanska och italienska versionerna av artikel 41.6 (a) det tredje gasmarknadsdirektivet framgår det att den svenska versionen är felaktig i detta avseende. Motsvarande skillnad i den EU-rättsliga regleringen avseende de krav på [tariffer] som ställs i artikel 37.6 (a) det tredje elmarknadsdirektivet respektive 41.6 (a) det tredje gasmarknadsdirektivet finns inte.

¹⁹⁸ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 13, Bilaga 6.

¹⁹⁹ Prop. 2012/13:85 s. 30.

508. Det nära sambandet mellan el- och gasnätsregleringen bekräftas också i rättspraxis. I sitt avgörande avseende elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2016–2019 konstaterade kammarrätten att regleringen i elnätsmålen i väsentliga delar motsvarar den reglering som kammarrätten hade att tillämpa i naturgasnätsmålen. De slutsatser som kammarrätten drog avseende naturgasföretagens intäktsramar var därför av direkt betydelse för beslutet att inte meddela prövningstillstånd avseende elnätsföretagens intäktsramar.²⁰⁰ Kammarrätten gjorde liknande uttalanden avseende i sina avgöranden gällande naturgasföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2015–2018.²⁰¹
509. Mot denna bakgrund framstår det som uppenbart orimligt att Ei i sina beslut för elnätsföretagen fastställt en kalkylränta som inte ens uppgår till en tredjedel av den kalkylränta som myndigheten ett år tidigare hade fastställt för gasnätsföretagen.
510. För gasnätsföretagen fastställde Ei kalkylräntan till 6,52 procent för tillsynsperioden 2019-2022.²⁰² Ei baserade uttryckligen sina beslut på gällande domstolspraxis. Med utgångspunkt från att, på sätt som följer av praxis, en långsiktigt stabil riskfri ränta ska fastställas, bestämdes den riskfria räntan till 4 procent.
511. I enlighet med Förordningens detaljreglering fastställde Ei en kalkylränta om 2,16 procent för elnätsföretagen. Den riskfria räntan fastställdes därvid till 0,90 procent.
512. Redan skillnaden i bedömning av den riskfria räntan är uppseendeväckande mot bakgrund av likheterna vad gäller bransch och reglering.
513. Beträffande den i sak omotiverade och rättsstridiga skillnaden i bedömningen av elnätsföretagens respektive gasnätsföretagens intäktsramar hänvisas vidare till Öresundskrafts inlägga.

2.6 Förordningens bestämmelser ska åsidosättas då de strider mot EU-rätten

514. Som Ellevio visat i avsnitten VI.2.1–2.5 ovan, strider Förordningen mot det EU-rättsliga regelverket.
515. En nationell domstol är skyldig att i så stor utsträckning som möjligt ge den nationella lag som den skall tillämpa en tolkning som överensstämmer med unionsrättens krav.²⁰³ Detta följer av principen om unionskonform tolkning.
516. En enskild har vidare enligt principen om direkt effekt rätt att direkt åberopa direktivbestämmelser som är tillräckligt precisa och ovillkorliga gentemot staten, om

²⁰⁰ Kammarrättens i Jönköpings beslut av den 17 november 2017 i mål nr 7-17 m.fl..

²⁰¹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 430-16, s. 6.

²⁰² Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, 22 juni 2017.

²⁰³ Mål C-262/97, *Engelbrecht*, ECLI:EU:C:2000:492, punkt 39.

staten inte i tid har genomfört direktivet i nationell rätt eller har genomfört det på ett felaktigt sätt.²⁰⁴

517. Om bestämmelser i en nationell rättsakt som utgör den rättsliga grunden för ett nationellt beslut, strider mot EU-rätten, såsom ett EU-direktiv eller en EU-rättslig princip, får de berörda bestämmelserna i rättsakten inte tillämpas, utan måste åsidosättas. Detta förbud mot att tillämpa en regel som strider mot unionsrätten innefattar även enskilda konkreta förvaltningsbeslut.²⁰⁵
518. Konsekvenserna av EU-rättens genomslag har beaktats av svensk domstol vid ett flertal tillfällen. Som exempel på när svensk domstol åsidosatt svenska bestämmelser för att de ansetts strida med EU-rätten, kan nämnas:
- a. I mål 7380-14, *Tele2 Sverige AB mot PTS*²⁰⁶ fann kammarrätten att de svenska bestämmelserna om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål i 6 kap. 16 a § lagen om elektronisk kommunikation ("LEK") och 37–43 §§ förordningen om ekonomisk kommunikation ("FEK") inte var förenliga med artikel 15.1 direktiv 2002/58/EG²⁰⁷ och artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i Stadgan. Kammarrättens dom föranleddes av EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-203/15 och C-698/15, *Tele2 Sverige och Watson m.fl.*²⁰⁸ Efter att kammarrätten funnit att de svenska bestämmelserna stod i strid med EU-rätten fastslog domstolen att dessa bestämmelser inte fick tillämpas. PTS hade därmed inte rätt att förelägga Tele2 att lagra trafikuppgifter med stöd av 6 kap. 16 a § LEK och 37–43 §§ FEK.
 - b. I mål Ö 52-18, *Nyman mot Laigar och Werder*, fann Högsta domstolen att bestämmelsen om foruminvändning som regleras i 34 kap. 2 § rättegångsbalken inte skulle tillämpas i målet då det skulle utvidga tillämpningsområdet för artikel 26.1 i Bryssel I-förordningen.²⁰⁹ Detta skulle i så fall ske i strid med artikelns lydelse och i strid med förordningens syfte. Domstolen konstaterade att eftersom unionsrätten ska ges företräde framför den nationella rätten fick den aktuella bestämmelsen i rättegångsbalken inte tillämpas.
 - c. I det s.k. Rosengren-målet²¹⁰ tog Högsta domstolen ställning till huruvida införselförbudet för spritdrycker, vin och alkohol i 4 kap. 2 § alkohollagen stod i strid med unionsrätten. Efter att ha erhållit ett förhandsavgörande från EU-domstolen,²¹¹ konstaterade Högsta domstolen att förbudet stod i strid med

²⁰⁴ Mål C-152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punkt 46.

²⁰⁵ Mål C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, punkterna 29–32.

²⁰⁶ Kammarrätten i Stockholms dom av den 7 mars 2017 i mål 7380-14, se även referat RK 2017:1.

²⁰⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation).

²⁰⁸ De förenade målen C-203/15 och C-698/15, *Tele2 Sverige och Watson m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:970.

²⁰⁹ Högsta domstolens beslut av den 4 december 2018 i mål nr Ö 52-18, punkt 20.

²¹⁰ Högsta domstolens dom av den 4 december 2007 i mål nr B 712-03, NJA 2007 s 941.

²¹¹ Mål C-170/04, *Rosengren m.fl.*, ECLI:EU:C:2007:313.

artiklarna 34 och 36 FEUF [dåvarande artiklarna 28 och 30 i EG-fördraget], dvs. den fria rörligheten för varor. Högsta domstolen framhöll därefter att en nationell bestämmelse som strider mot dessa bestämmelser inte ska tillämpas av den nationella domstolen. Domstolen fastslog således att införselförbudet i 4 kap. 2 § alkohollagen inte skulle tillämpas.

- d. I mål NJA 2002 s. 75, *S.G. mot staten*²¹², tog Högsta domstolen ställning till frågan om rätten till lönegaranti. Högsta domstolen konstaterade att de tillämpliga bestämmelserna i 7 § lönegarantilagen och 12 § förmånsrättslagen, som undantog närstående till företags ägare från lönegarantin, var oförenliga med Sveriges undantag till direktiv 80/987/EEG.²¹³ Högsta domstolen fann härefter, med stöd av direktivet och med bortseende från den mot unionsrätten stridande undantagsregeln i förmånsrättslagen angående närstående till företagets ägare, att klaganden omfattades av den svenska lönegarantin.
- e. I mål RÅ 1997 ref. 65, *Lassagård mot Jordbruksverket*,²¹⁴ fastslog Regeringsrätten att bestämmelsen i 33 § jordbruksförordningen om förbud mot överklagande av Jordbruksverkets beslut var oförenlig med EU-rättens allmänna rättsprinciper, så som de kommit till uttryck i målet *Borelli*.²¹⁵ EU-domstolen hade här konstaterat att kravet på domstolskontroll av varje beslut av en nationell myndighet reflekterade en allmän princip inom unionsrätten. Regeringsrätten tillämpade därför inte bestämmelsen i 33 § jordbruksförordningen om fullföljdsförbud.

519. Med hänsyn till vad Ellevio anført ovan får således Förordningen inte tillämpas. Eftersom Ei grundat sina beslut om intäktsramar på Förordningen, saknar besluten laglig grund. Förvaltningsrätten ska därför undanröja besluten och visa målen åter till Ei för ny beräkning av intäktsramar i enlighet med Ellevios yrkanden.

2.7 Förordningen strider mot svensk rätt

- 520. 17–26 §§ Förordningen strider mot ellagen och den domstolspraxis rörande innebörden av ellagen som föreligger eftersom den inte ger elnätsföretagen en rimlig avkastning.
- 521. Förordningen innebär att kalkylräntan inte fastställs utifrån ett långsiktigt, framåtblickande och stabilt perspektiv. Förordningen innebär vidare att kalkylräntan inte fastställs enligt vedertagna ekonomiska metoder. Förordningen beaktar inte heller icke systematiska risker, såsom den regulatoriska risken, eftersom den inte tillåter en särskild riskpremie. En tillämpning av Förordningen ger därför inte elnätsföretagen en rimlig avkastning.

²¹² Högsta domstolens dom av 14 februari 2002 i mål nr T 3067-98, NJA 2002 s 75.

²¹³ Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

²¹⁴ Regeringsrättens dom av den 25 november 1997 i mål nr 219-1997, RÅ 1997 ref. 65.

²¹⁵ Mål C-97/91, *Oleificio Borelli mot Kommissionen*, ECLI:EU:C:1992:491.

522. Det är inte förenligt med den formella lagkraftens princip (8 kap. 18 § RF) att genom att införa regler på förordningsnivå ändra ett rättsläge som följer av lag och vars tillämpning slagits fast i rättspraxis.
523. Eftersom Förordningen strider mot ellagen får den inte tillämpas enligt 11 kap 14 § RF. De överklagade besluten ska därför undanröjas.
524. Efter återförvisning till Ei ska kalkylräntan istället bestämmas med utgångspunkt i ellagen och de principer som fastställts i domstolspraxis. Förvaltningsrätten ska därför anvisa Ei att, vid sin förnyade prövning, anlägga ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv vid bestämmandet av de parametrar som krävs för att beräkna kalkylräntan samt tillämpa en särskild riskpremie.
525. Ellevio hänvisar i detta avseende och ansluter sig till det som anförs i Öresundskrafts, Vattenfalls och E.ONs inlagor samt de sakkunnigutlåtanden som givits in av dessa företag.

3 Närmare om regeringens avskaffande av 38-årsregeln och särskild riskpremie

3.1 Inledning

526. Som angivits ovan saknar Förordningen en reglering avseende en särskild riskpremie. Avskaffandet av den särskilda riskpremien strider mot tidigare domstolspraxis.
527. Redan i kammarrättens avgörande avseende tillsynsperioden 2012–2015 konstaterades att en särskild riskpremie var motiverad med hänsyn till den regulatoriska osäkerhet som förelåg:
- ”Kammarrätten finner med hänsyn till framtida risker, särskilt gäller regleringar, och många andra osäkerhetsfaktorer att det är rimligt att använda en särskild riskpremie om 1 procent.”²¹⁶*
528. Förvaltningsrätten i Linköping uttalade även vad avser intäktsramarna för den följande tillsynsperioden 2016-2019 att en riskpremie var motiverad med hänsyn till regulatoriska risker:

”Det finns emellertid andra förhållanden som talar för att en särskild riskpremie bör användas. Kammarrätten ansåg i domarna avseende föregående tillsynsperiod att det med hänsyn till framtida risker, särskilt vad gäller regleringar, och många andra osäkerhetsfaktorer var rimligt att använda en särskild riskpremie. Att det fortfarande finns osäkerhetsfaktorer vid bedömningen av de i WACC-beräkningen ingående parametrarna, visas redan av att Energimarknadsinspektionens konsulter har gjort olika bedömningar i flera avseenden, vilket också enligt dem motiverar att

²¹⁶ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 61-14, s. 54.

*en särskild riskpremie används. Det finns också en osäkerhet i fråga om avkastningskravet som är kopplat till förhandsregleringen som sådan. Även om denna risk kan antas avta om regleringsmodellen stabiliseras, är den ännu sådan att den måste beaktas”.*²¹⁷

529. På elnätsområdet råder en stor regulatorisk osäkerhet. Regleringen rörande elnätsföretagens intäkter har varit föremål för omfattande ändringar sedan det andra elmarknadsdirektivet infördes år 2003. De återkommande regeländringarna och Eis agerande har påverkat elnätsföretagens möjligheter att planera och genomföra erforderliga investeringar i elnäten. En av de ändringar som genomförts och som illustrerar behovet av en särskild riskpremie är avskaffandet av den s.k. 38-årsregeln.

3.2 38-årsregeln var avsedd att kompensera elnätsföretagen för ett tidigare metodbyte

530. Ett elnätsföretag som företar en investering i ett nät med 40–50 års avskrivningstid har en legitim förväntan på att den reglerade avkastningen som elnätsföretaget får ta ut inte förändras under den reglerade avskrivningstiden.
531. Inför den andra tillsynsperioden, dvs. 2016–2019, skedde dock ett omfattande metodbyte för beräkning av kapitalkostnaderna. Ändringen innebar att beräkningen av kapitalkostnaderna inte längre skedde utifrån real annuitet utan baserades på en real linjär metod. Ändringen skedde efter förslag från Ei,²¹⁸ och beslutades av regeringen genom antagandet av 2014-års Förordning, efter att ett nytt bemyndigande förts in i ellagen i dess dåvarande lydelse.
532. Den reala linjära metoden tillämpades för såväl nya investeringar som för investeringar som elnätsföretagen redan hade gjort men inte skrivit av i sin helhet. Metodbytet från real annuitet till en real linjär metod resulterade i en drastisk sänkning av elnätsföretagens intäktsramar – en sänkning med cirka 30 miljarder kronor eller 15 % – för den då aktuella tillsynsperioden, dvs. 2016–2019.
533. Vid tillämpningen av en real linjär metod baseras kapitalkostnaden på anläggningarnas ålder, vilket medför att anläggningarna vid tillämpningen av metoden måste åldersbestämmas. Ei föreslog i sin rapport att myndigheten skulle få meddela närmare föreskrifter om hur åldern skulle fastställas i de fall åldersuppgifter för anläggningarna saknades.²¹⁹
534. Regeringen genomförde en kompletterande konsekvensanalys och valde istället att föra in en övergångslösning.²²⁰ Övergångslösningen innebar att alla tillgångar som var äldre än 38 år, samt tillgångar vars ålder var okänd, skulle tilldelas en ålder på 38 år.

²¹⁷ Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 december 2016 i mål nr 4711-15 m.fl., s. 44.

²¹⁸ Eis rapport ”Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar”, Ei 2014:09, Bilaga 29.

²¹⁹ Eis rapport ”Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar”, Ei 2014:09, s. 68, Bilaga 29.

²²⁰ Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys”, s. 2-6, Bilaga 30.

535. Övergångslösningen, den s.k. 38-årsregeln, infördes i 12 § i 2014-års Förordning.

3.3 38-årsregeln var avsedd att gälla under tre tillsynsperioder och ge elnätsföretagen kapitalkostnadsersättning och minskad administrativ belastning

536. 38-årsregeln var avsedd att gälla under tre tillsynsperioder, det vill säga tolv år. Det framgår av regeringens egen analys av 12 § i 2014-års Förordning:

”Bestämmelsen innebär att alla äldre anläggningar får en bestämd ingångsålder vid fastställandet av kapitalbasen. Bestämmelsen tar sikte på de anläggningstillgångar som tillsätts en regulatorisk ekonomisk avskrivningstid om 40 år. Det innebär att för de anläggningstillgångar som omfattas av bestämmelsen får en normalavskrivning om 2 år och en ytterligare avskrivningstid med den successiva revideringskomponenten om 10 år, dvs. dessa anläggningar kommer att ge avkastning i ytterligare 12 år, tre tillsynsperioder, förutsatt att de är i drift.”²²¹ (Vår understrykning.)

537. Regeringen anförde vidare:

”Bestämmelsen medger under kommande tre tillsynsperioder elnätsföretagen rätt till avkastning för alla sina anläggningstillgångar som är i drift och svarar mot kraven i 5 kap. 9 § ellagen. Bestämmelsen ger därmed ett golv för den lägsta nivå för vilken avkastning som kommer att medges för samtliga anläggningstillgångarna under de tre nästkommande tillsynsperioderna. Tillgångarna kommer att tillräknas ett värde oavsett tillgångens ålder och där konsekvensen blir en mjukare övergång till en real linjär avskrivningsmetod för de elnätsföretag som har en större andel av äldre tillgångar i sitt elnät.”²²² (Vår understrykning.)

538. Som framgår av citatet ovan var ett av syftena med övergångslösningen att ge elnätsföretagen en mjukare övergång till en real linjär metod och ge elnätsföretagen kapitalkostnadsersättning i form av avskrivning och ränta under tre tillsynsperioder.

539. 38-årsregeln innebar vidare att elnätsföretagen inte behövde åldersbestämma äldre anläggningar. 38-årsregeln minskade därför även elnätsföretagens administrativa kostnader. Den minskade administrativa belastningen var också något som regeringen förutsåg i sin konsekvensanalys:

”Bestämmelsen i 12 § intäktsramsförordningen innebär konsekvenser för elnätsföretagens intäkter och kan komma påverka elnätsföretagens administrativa kostnader genom minskad administrativ belastning i arbetet med att ta fram åldersuppgifter för tillgångar som är 38 år eller äldre.”²²³ (Vår understrykning.)

²²¹ Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys”, s. 2, Bilaga 30.

²²² Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys”, s. 3, Bilaga 30.

²²³ Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys”, s. 3, Bilaga 30.

540. Regeringen uppmärksammade vidare att 38-årsregeln kunde påverka elnätsföretagens investeringar genom att äldre investeringar kunde senareläggas och ske planerat och successivt under en tolvårig övergångsperiod:

”Bestämmelsen kan även innebära att investeringar senareläggs, som annars av ekonomiska skäl hade genomförts, eftersom dessa tillgångar inte hade genererat någon avkastning inom ramen för förhandsregleringen. Att tidpunkten senareläggs innebär tid för elnätsföretagen att kunna planera kommande förnyelseinvesteringar så de sker mer successivt över tid.”²²⁴

541. Regeringen var medveten om att bestämmelsen skulle medföra högre intäktsramar för elnätsföretagen än om övergångslösningen inte hade införts.²²⁵
542. I en rapport som upprättades av Sweco (se mer härom nedan) framgår att 29 % av anläggningarnas värde under tillsynsperioden 2016–2019 åldersbestämdes enligt 38-årsregeln. Övergångslösningen hade således en betydlig inverkan på intäktsramarna för den tillsynsperioden.

3.4 Förordningen medför att 38-årsregeln utan underbyggd utredning avskaffas efter endast en tillsynsperiod

543. I och med Förordningens ikraftträdande upphävs 2014-års Förordning.²²⁶ Förordningen innehåller inte någon motsvarighet till 38-årsregeln. Den övergångsregel som var avsedd att under tre tillsynsperioder kompensera elnätsföretagen för de kostnader som övergången från real annuitet till real linjär metod innebar har således upphört att gälla redan efter en tillsynsperiod. 38-årsregeln avskaffas med andra ord åtta år före den tidigare angivna tidpunkten.
544. I Eis rapport ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Bilaga 1, som togs fram i samband med antagandet av Förordningen och som således låg till grund för avskaffandet av övergångsregeln, anförs inget relevant sakskäl till varför 38-årsregeln avskaffas.
545. Ei anför bl.a. att ett avskaffande av regeln är motiverat eftersom samma omständigheter inte gör sig gällande år 2020 som år 2016. Som skäl anges vidare att nätföretagen haft längre tid på sig att åldersbestämma anläggningarna, att vissa anläggningar har bytts ut och att anläggningar som finns kvar och inte kan åldersbestämmas ger lägre påverkan och således genererar lägre kapitalkostnader:

”Situationen ser dock annorlunda ut 2020 jämfört med 2016. Nätföretagen har haft längre tid på sig att åldersbestämma anläggningar, en del av de anläggningar som

²²⁴ Näringsdepartementet ”Kompletterande konsekvensanalys”, s. 3, Bilaga 30.

²²⁵ Näringsdepartementet ”Kompletterande konsekvensanalys”, ss. 3-4, Bilaga 30. Eftersom åldersstrukturen för de svenska elnäten var okänd och det inte heller gick att veta i vilken utsträckning elnätsföretagen skulle tillämpa de möjligheter som metoden gav så kunde inte regeringen med säkerhet fastställa hur kommande intäktsramar skulle påverkas.

²²⁶ I övergångsbestämmelserna till Förordningen framgår att 2014-års Förordning upphävs.

inte har åldersbestämts har bytts ut och anläggningar som trots allt finns kvar och som inte kan åldersbestämmas ger lägre påverkan då de även med sin schablon-ålder är fyra år äldre och således genererar lägre kapitalkostnader.”²²⁷

546. Eis påståenden är ogrundade. Ett av skälen till 38-årsregeln var att elnätsföretagen inte skulle behöva inleda ett administrativt betungande arbete att försöka åldersbestämma äldre anläggningstillgångar, ett arbete som kan vara mycket tungrovt av det enkla skälet att det i många fall helt enkelt inte finns tillgång till dokumentation eller andra uppgifter som gör det möjligt att åldersbestämma äldre tillgångar. Genom att 38-årsregeln infördes i samband med övergången från real annuitet till en linjär metod hade elnätsföretagen således inte någon anledning att inleda något sådant arbete. Att ytterligare fyra år förlupit gör det inte ”lättare” att nu åldersbestämma äldre anläggningstillgångar och elnätsföretagen har självklart inte ”haft längre tid på sig” som Ei påstår.
547. Det förhållandet att anläggningar som inte kan åldersbestämmas ger lägre påverkan då de är fyra år äldre och således genererar lägre kapitalkostnader var känt redan då 38-årsregeln infördes. Ett av skälen till att regeringen införde 38-årsregeln var att uppnå en mjukare (dvs gradvis) övergång efter metodbytet från real annuitet till real linjär metod. Eis påstående utgör därför inte något skäl för att ta bort regeln i förtid.
548. I Eis rapport, Bilaga 1, anges vidare att upphävandet av 38-årsregeln skulle innebära ”marginella konsekvenser” för elnätsföretagen. Samtidigt anförs emellertid, utan närmare förklaring, att det skulle medföra en ”kraftig överkompensation” för elnätsföretagen om 38-årsregeln behålls:
- ”Ei anser att det skulle medföra en kraftig överkompensation för elnätsföretagen om 38-årsregeln eller liknande schablonregler för att bestämma ålder behålls eller införs. Att slopa 38-årsregeln verkar också innebära marginella konsekvenser för elnätsföretagen. Ei föreslår att den så kallade 38-årsregeln inte ska modifieras med anledning av de nya förslagen om avskrivningstider utan att den helt ska tas bort.”²²⁸*
549. Ovanstående uttalande görs trots att det av Eis rapport framgår att Ei är medveten om den ekonomiska effekt som 38-årsregeln haft på intäktsramarna (elnätsföretagen skulle ha förlorat ca 5 miljarder kronor under tillsynsperioden 2016–2019 om övergångsregeln inte hade införts²²⁹) och att ett avskaffande därför inte kan anses medföra ”marginella konsekvenser” för elnätsföretagen.
550. Ei föreslår således att 38-årsregeln avskaffas, trots att Ei i samma rapport tidigare konstaterat att 38-årsregeln var avsedd att tillämpas under tre tillsynsperioder.²³⁰

²²⁷ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 124, Bilaga 1.

²²⁸ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 124, Bilaga 1.

²²⁹ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 182, Bilaga 1.

²³⁰ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 123, Bilaga 1.

3.5 Avskaffandet av 38-årsregeln har haft stor ekonomisk påverkan på intäktsramarna

551. Ellevio har genomfört beräkningar i syfte att illustrera de ekonomiska konsekvenserna som uppstår till följd av att 38-årsregeln upphävs. Av beräkningarna framgår att om den reglering som gällde under tillsynsperioden 2016–2019 skulle ha bestått även under tillsynsperioden 2020–2023, skulle Ellevio ha varit berättigat till en kapitalkompensation om ca 9 miljarder kronor (innefattande WACC-avkastning beräknad med en WACC om 2,16 % och en avskrivningskomponent).
552. Genom avskaffandet av 38-årsregeln efter endast en tillsynsperiod (och med beaktande av nya avskrivningstider) tillerkänns Ellevio istället ca 7,9 miljarder kronor i kapitalkompensation. Ellevio förlorar således ca 1,1 miljarder kronor under en tillsynsperiod genom att 38-årsregeln avskaffas.
553. Ovanstående beräkningar tar inte hänsyn till de administrativa kostnader som uppstår i och med avskaffandet av 38-årsregeln som därmed också måste adderas för att ge en rättvisande bild av de ekonomiska konsekvenser som Förordningen medför för Ellevio i detta avseende.
554. Sammanfattningsvis medför avskaffandet av 38-årsregeln således mycket stora ekonomiska konsekvenser för Ellevio.

3.6 Förändrade avskrivningstider medför inte att Ellevio kompenseras för avskaffandet av 38-årsregeln

555. Ei hänvisar i ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Bilaga 1, till att Sweco, som agerade som Eis konsult i samband med utarbetandet av Förordningen, kommit fram till att det vore orimligt att behålla 38-årsregeln i sin nuvarande form mot bakgrund av det i Förordningen införs differentierade avskrivningstider.
556. Ovanstående beskrivning är emellertid inte korrekt. Sweco föreslog inte att 38-årsregeln skulle avskaffas, utan att den nuvarande övergångsregeln skulle omarbetas för att kunna appliceras på de nya avskrivningstiderna.²³¹ Genom att föreslå ett avskaffande av 38-årsregeln gick Ei således emot sin egen konsults förslag.
557. De ändrade avskrivningsreglerna kompenserar inte heller Ellevio för avskaffandet av 38-årsregeln. Detta framgår tydligt av de beräkningar som Ellevio genomfört.
558. Av beräkningarna framgår att Ellevio, i scenariot då 38-årsregeln är avskaffad och ändrade avskrivningstider är införda får ca 20 miljoner kronor mindre än vad Ellevio skulle ha fått om avskrivningstiderna skulle ha lämnats oförändrade.

²³¹ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 124, Bilaga 1.

3.7 Avskaffandet av 38-årsregeln visar med tydlighet att en särskild riskpremie är motiverad

559. Som framgått av redogörelsen ovan var syftet med 38-årsregeln att elnätsföretagen skulle få tillgodoräkna sig en lägsta kapitalkostnad för samtliga anläggningar som var i drift under tre tillsynsperioder med början 2016. 38-årsregeln var vidare avsedd att begränsa den betydande minskningen av intäktsramen som metodbytet från real annuitetsmetod till real linjär metod innebar.
560. Avskaffandet av 38-årsregeln visar med tydlighet på den stora regulatoriska osäkerhet som föreligger på elnätsområdet och de ekonomiska konsekvenser som de ständiga regeländringarna medför för elnätsföretagen. En särskild riskpremie är därför i högsta grad motiverad för att fånga upp den typen av risk. Som följer av kammarrättens och förvaltningsrättens domar avseende tidigare tillsynsperioder ska därför en särskild riskpremie ingå vid kalkylränteberäkningen med hänsyn till risken för framtida regleringar.
561. Av dessa skäl och vad som i övrigt anges i Öresundskrafts och Vattenfalls inlagor ska förvaltningsrätten fastställa att en särskild riskpremie ska ingå vid beräkning av kalkylräntan på sätt som anförs i Ellevios förstahandsyrkande.

4 Utveckling av grunderna för andrahandsyrkandet

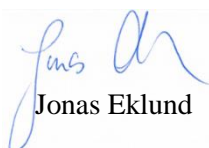
562. Om förvaltningsrätten – trots vad som anförts ovan – finner att 17–26 §§ Förordningen ska tillämpas, har Ei under alla omständigheter tillämpat Förordningen på ett felaktigt sätt vad avser beräkningen av tillgångsbeta.
563. Kalkylräntan, och därigenom även tillgångsbetan (25 § Förordningen), ska beräknas utifrån vedertagna ekonomiska metoder. Eis beslut om fastställande av tillgångsbeta baseras på metodval som stöds på felaktiga tolkningar av Förordningen i strid med vedertagna ekonomiska metoder. Till följd av felaktigheterna har tillgångsbeta bestämts till ett för lågt värde (0,29). Korrekt beräknad ska parametern tillgångsbeta fastställas till 0,39. Förvaltningsrätten ska därför åsätta tillgångsbeta ett värde om 0,39 och återförvisa målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar med beaktande av det nya betavärdet.
564. Ellevio hänvisar i detta avseende till vad som anförts i Vattenfalls och E.ONs inlagor och sakkunnigutlåtanden.

Avsnitt VII – Bevisning och fortsatt handläggning

565. Ellevio avvaktar med att avge sin inställning ifråga om återopad bevisning till dess att Ellevio tagit del av Eis inställning till vad som anförts ovan.

566. Ellevio avser att återkomma i frågan avseende muntlig förhandling.
567. Ellevio avser att återkomma i frågan om ett kompletterande särskilt yrkande avseende avbrottsersättning.

Stockholm den 28 februari 2020



Jonas Eklund



Carl Johan af Petersens



Martin Johansson



Helena Brännvall



Erik Lagerlöf

Avsnitt VIII – Bilageförteckning

Bilaga	Dokument	Datum
1	Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07	24 oktober 2017
2	Mål C-474/08, <i>Kommissionen mot Belgien</i> , ECLI:EU:C:2009:681 samt icke auktoriserad översättning till svenska upprättad av Vinge	29 oktober 2009
3	Mål C-274/08, <i>Kommissionen mot Sverige</i> , ECLI:EU:C:2009:673	29 oktober 2009
4	Kommissionens publikation, ”Clean energy for all Europeans”	22 maj 2019
5	Kommissionens information ”Third energy package”	21 maj 2019
6	Kommissionens tolkningsmeddelande ”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”	22 januari 2010
7	Miljö- och energidepartementet – Energienheten, ”Fakta-PM elnätsavgifter”	15 augusti 2018
8	Ei, ”Ei föreslår tydligare reglering av elnätsföretagens avkastning”	24 oktober 2017
9	Miljö- och energidepartementet, ”Uppdrag att se över regleringen av intäkter från elnätsverksamhet”, M2016/03027/Ee, M2016/02275/Ee, M2016/02483/Ee	20 december 2016
10	Förvaltningsrätten i Linköping, ”Yttrande avseende Energimarknadsinspektionens rapport Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023 (Ei R2017:07)”, FLI 2017/380	10 januari 2018
11	Pressmeddelande från Miljödepartementet, Statsrådsberedningen ”Regeringen skärper regleringen av elnätsavgifterna”	15 augusti 2018
12	Dagens industris artikel ”Regeringen skärper regler för elnätsavgifter”	15 augusti 2018
13	SVT Nyheters artikel ”SVT erfar: Regeringen vill tvinga elbolagen att sänka priserna”	14 augusti 2018

VINGE

14	Infrastrukturdepartementet, ”Uppdrag att analysera kapacitetsbristen i elnäten”, 2019/02766/E	24 oktober 2019
15	Utgår	
16	Kommissionens ”fact sheet” ”The April infringements’ package: key decisions”	28 april 2016
17	Kommissionens pressmeddelande ”Infringement – Internal energy market: Commission refers Germany and Hungary to the Court of Justice of the EU for failure to fully comply with the Third Energy Package”	19 juli 2018
18	Kommissionens ”fact sheet” ”December infringements package: key decisions”	8 december 2016
19	Kommissionens ”fact sheet” ”April infringements package: key decisions”	27 april 2017
20	Kommissionens ”fact sheet”, ”February infringements’ package: key decisions”	25 februari 2016
21	Kommissionens pressmeddelande, ”Energy: Commission refers Belgium to the Court for failing to comply with EU rules on electricity and gas markets”	25 juli 2019
22	Parlamentsfråga E-003728/2018	9 juli 2018
23	Svar från Arias Cañete på Europeiska kommissionens vägnar, E-003728/2018	27 augusti 2018
24	Energiföretagen Sverige, ”Complaint to the European Commission concerning failure by the Kingdom of Sweden to fulfil its obligations under the third electricity directive (2009/72/EG) on common rules for the internal market in electricity, the independence of the national regulatory authority, the requirement of a full judicial review and the principles of legal certainty and legitimate expectations”	8 november 2018
25	Kommissionär Miguel Arias Cañetes brev till energi-och digitaliseringsminister Anders Ygeman, Ares(2019)s3008296)	22 maj 2019
26	Infrastrukturdepartementets svar till kommissionär Arias Cañete, I2019/01694/E	25 juli 2019
27	Kommissionär Arias Cañetes svarsbrev till energi- och digitaliseringsminister Anders Ygeman, Ares(2019)s5691882	13 september 2019
28	Statsrådsberedningen, Interventionsinlaga i mål C-718/18, UDEUD2019/118	20 maj 2019

VINGE

29	Ei, ”Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar”, Ei 2014:09	30 mars 2014
30	Näringsdepartementet, ”Kompletterande konsekvensanalys till Energimarknadsinspektionens rapport Bättre och tydligare reglering av elnätsföretagens intäktsramar (Ei2014:09)”	22 augusti 2014
31	Meddelande från Kommissionen ”För en välfungerande inre marknad för energi”, COM(2012) 663 final	15 november 2012
32	Meddelande från Kommissionen ”Fullbordande av den inre marknaden för el och utnyttjande av offentliga ingrepp på bästa sätt”, C(2013) 7243 final	5 november 2013