



Energimarknadsinspektionen

2019-100593

Parter: Ellevio AB ./.. Energimarknadsinspektionen

Målet gäller: tillämpning av ellagen

Domstolen har fått in handlingar i målen. Handlingarna följer med detta brev.

Vill ni lämna ett yttrande?

Ni får nu tillfälle att yttra er över det som står i handlingarna. Vill ni göra det ska yttrandet vara skriftligt och komma in till domstolen **senast den 30 september 2020**.

När ni skickar in yttrandet

Uppge namn, målnummer 9850-19 och mobilnummer eller annat telefonnummer ni kan nås på. Lämna också e-postadress, så att vi kan skicka handlingar i målet via e-post.

Skicka gärna in handlingar med e-post, helst i PDF-format. De behöver då inte lämnas på annat sätt. För högre säkerhet än vanlig e-post, använd www.domstol.se/kontaktformular.

Har ni frågor?

På webbplatsen finns information om domstolen och om handläggningen. Kontakta oss gärna vid frågor – ni når oss enklast per telefon 013-25 11 00.

James Rosenblad

Bifogade handlingar: aktbilaga 58-60 (mål 9850-19)

Sida 1 (av 1)

Om domstolens behandling av personuppgifter, se www.domstol.se/personuppgifter. Kontakta oss för information på annat sätt.

Besöksadress

Brigadgatan 3

Telefon

013-25 11 00

Öppettider

måndag–fredag

08:00–16:00

Postadress

Box 406

581 04 Linköping

E-post

forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Webbplats

www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Förvaltningsrätten i Linköping

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I LINKÖPING Enhet 1	2020-09-01
INKOM: 2020-08-28 MÅLNR: 9850-19 AKTBIL: 58	

Endast via e-post till
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

28 augusti 2020

2019-102852-0009

**Mål nr 9850-19, 9871-19 och 9883-19,
Ellevio AB ./ Energimarknadsinspektionen**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1	Yrkanden	4
2	Grund för det särskilda yrkandet	5
3	Parterna är ense om att förvaltningsrätten ska upphäva Eis beslut och återförvisa målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar	5
4	Ei har avstått från att bemöta stora delar av elnätsföretagens EU-rättsliga argumentation	5
5	Grundläggande utgångspunkter	7
6	Kommentarer till Eis yttrande	9
6.1	Inledning	9
6.2	Den huvudsakliga frågan i målet är inte om Ei haft fog att tillämpa Förordningen vid fastställandet av elnätsföretagens intäktsramar	10
6.3	Eis oriktiga påståenden om ”Intäktsramsförordningens giltighet”	10
6.4	Direktivets syfte är att förbättra och integrera konkurrensutsatta elmarknader inom EU	12
6.5	Det finns en fast och tydlig praxis om beräkning av intäktsramar	14
6.5.1	Inledning	14
6.5.2	Tvärtemot vad Ei påstår finns det en fast praxis rörande tillämpningen av 5 kap 1 § ellagen (tidigare 5 kap 6 § ellagen)	14
6.5.3	Den praxis som finns är alljämt relevant eftersom 5 kap 1 § ellagen inte innebär någon ändring i sak	21
6.5.4	Domstolarnas praxis har varit enhetlig	22
6.5.5	Ei har själv förklarat sig bunden av den praxis som finns	23
6.5.6	Om förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger relevant praxis är parterna ense om att detta utgjort hinder för Förordningens detaljreglering	25
6.6	Regleringsmyndighetens oberoende	26
6.7	Förordningen är avsedd att inskränka domstolsprövningen till att kontrollera om Ei ”räknat rätt”	33
6.8	Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar	36
6.9	Pågående processer inom EU	39
6.10	Det pågår ett fördragsbrottsärende mot Sverige	41
7	Nergelius utlåtande	43
8	Förhandsbesked	47
9	Övrigt	48

VINGE

BILAGEFÖRTECKNING	50
--------------------------	-----------

2020-09-01

2019-102852-0009

Med hänvisning till Eis inlägga av den 28 maj 2020 ("Yttrandet") får Ellevio avge följande yttrande.

Yttrandet föranleder inte någon ändrad inställning från Ellevios sida. Ellevio vidhåller således talan i sin helhet. Ellevio ansluter sig vidare och återoppar även för egen del vad som anförts i yttranden som denna dag givits in av E.ON, Vattenfall och Öresundskraft m.fl. (med undantag för vad nämnda parter anfört i de företagsspecifika delarna).

I det kompletterande överklagandet ("Överklagandet") förbehöll sig Ellevio rätten att återkomma med ett särskilt yrkande avseende avbrottsersättning.¹ Ellevio har efter ytterligare utredning beslutat sig för att framställa ett sådant särskilt yrkande (se avsnitt 1 stycke 5 nedan).

För fullständighetens skull anges nedan Ellevios samtliga yrkanden.

1 Yrkanden

Förstahandsyrkande

1. 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.
2. 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

3. För det fall förvaltningsrätten inte skulle bifalla Ellevios förstahandsyrkande, yrkar Ellevio *i andra hand* att förvaltningsrätten fastställer att parametern tillgångsbeta enligt 25 § Förordningen ska sättas ett värde om 0,39 vid bestämmande av kalkylränta och Ellevios intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023.
4. 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.

Särskilt yrkande

5. Ellevio yrkar därutöver, och oberoende av yrkandena ovan, att förvaltningsrätten undanröjer Eis beslut om intäktsramar och återförvisar målen till Ei för fastställande av

¹ Överklagandet, s. 11.

nya intäktsramar för Ellevio avseende tillsynsperioden 2020–2023 varvid Ei, vid sin förnyade prövning av intäktsramarna, ska beräkna de löpande påverkbara kostnaderna med beaktande av utbetalda avbrottsersättningar under åren 2014–2017 i dess helhet.

2 Grund för det särskilda yrkandet

6. Vad avser grunden för det nu i stycke 5 ovan framställda särskilda yrkandet ansluter sig Ellevio till vad som anförts i Vattenfalls kompletterande överklagande av den 28 februari 2020 (stycke 18–19 samt avsnitt V) samt vad Vattenfall i denna del i övrigt anför i sitt yttrande av den 28 augusti 2020.

3 Parterna är ense om att förvaltningsrätten ska upphäva Eis beslut och återförvisa målen till Ei för fastställande av nya intäktsramar

7. Som bland annat E.ON noterar i sitt yttrande av den 28 augusti 2020 anser Ei numera att det är rimligt att använda C.N. Transelectrica som jämförelseföretag och att detta påverkar beräkningen av parametrarna tillgångsbeta och nettoskuldssättningsgrad.²
8. Ei förklarar också själv i Yttrandet att målen bör återförvisas till Ei för beräkning av nya intäktsramar på grund av detta.³
9. Parterna är eniga om att parametrarna tillgångsbeta och nettoskuldssättningsgrad ska räknas om som en konsekvens av att C.N. Transelectrica inkluderas. Dock kvarstår flera ytterligare punkter där parterna alltså har olika uppfattningar om korrekt metod för beräkningen av tillgångsbeta. Ellevio hänvisar här till Vattenfalls och E.ONs inlagor av den 28 augusti 2020.
10. Oaktat dessa utestående frågor ska dock noteras att Ei och elnätsföretagen är överens om att förvaltningsrätten ska upphäva Eis beslut om intäktsramar för tillsynsperioden 2020–2023 och att målen, efter förvaltningsrättens prövning av parternas respektive yrkanden, ska återförvisas till Ei för beräkning av nya intäktsramar.

4 Ei har avstått från att bemöta stora delar av elnätsföretagens EU-rättsliga argumentation

11. De olika klagandeparterna har i sina respektive överklaganden utvecklat olika delar av grunderna för elnätsföretagens talan. Härvid har elnätsföretagen i ”andra delar” i huvudsak hänvisat till övriga parter överklaganden i de för elnätsföretagen gemensamma delarna.

² E.ONs yttrande av den 28 augusti 2020.

³ Yttrandet s. 1-2.

12. Ellevio har i Överklagandet särskilt – och tämligen utförligt – utvecklat de EU-rättsliga grunderna för elnätsföretagens talan.
13. Ei har valt att yttra sig över överklagandena i ett gemensamt yttrande för samtliga mål.⁴ De EU-rättsliga grunderna berörs i Yttrandet i huvudsak i avsnitt 3, sidorna 3–12 under rubriken ”Intäktsramsförordningens giltighet”, särskilt avsnitt 3.3, sidorna 6–12, rubricerat ”Intäktsramsförordningen och EU-rätten”.
14. Till stöd för argumentationen om ”Intäktsramsförordningens giltighet” hänvisar Ei ”i huvudsak till utlåtandet från Joakim Nergelius” (bilaga 2 till Yttrandet, ”Nergelius Utlåtande”), vilket enligt Ei ”visar” att elnätsföretagens påståenden är ogrundade.⁵
15. Detta yttrande avser i huvudsak de EU-rättsliga delarna av Yttrandet och Nergelius Utlåtande.
16. Eis invändningar rörande de EU-rättsliga grunderna är felaktiga och oförenliga med uttryckliga föreskrifter i det tredje elmarknadsdirektivet och EU-domstolens praxis. Till detta kommer att Eis framställning är bristfällig och ofullständig.
17. I Överklagandet har Ellevio åberopat sju grunder till stöd för sitt förstahandsyrkande.⁶ Av dessa är sex grunder EU-rättsliga. Tre av grunderna har överhuvud inte bemötts eller kommenterats av Ei. Dessa är följande:
 - (i) Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas;
 - (ii) 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; och
 - (iii) Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet.
18. I dessa delar står således Ellevios och övriga elnätsföretags talan oemotsagd.
19. Av central betydelse för den EU-rättsliga bedömningen är EU-domstolens avgörande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*. Ellevio har utförligt redogjort för detta avgörande i Överklagandet.⁷ EU-domstolen slår här bland annat fast att en regering inte får meddela föreskrifter om avskrivningar och vinstmarginal för elnätsföretag, eftersom sådana föreskrifter skulle inskränka regleringsmyndighetens uppgift att fastställa tariffer och beräkningsmetoder.

⁴ Yttrandet s. 1.

⁵ Yttrandet s. 3.

⁶ Se till exempel avsnitt 2.2.

⁷ Stycke 290–296 i Överklagandet.

20. De omständigheter som EU-domstolen hade att bedöma är i det närmaste identiska med de omständigheter som nu ska prövas av förvaltningsrätten. Avgörandet, som är bindande för svenska myndigheter och domstolar, åberopas bland annat till stöd för de vid (i) och (ii) i stycke 17 ovan angivna (och av Ei ej kommenterade) grunderna.
21. Detta centrala avgörande förbigår Ei i Yttrandet med tystnad.
22. Såvitt avser Nergelius Utlåtande – som Ei i huvudsak hänför sig till som stöd för påståendet om ”Intäktsramsförordningens giltighet” – kan noteras att Ei synes ha ombett denne att yttra sig i andra mål än de mål där Ellevio är part. Trots att Nergelius yttrar sig i vissa (begränsade) EU-rättsliga frågor, synes det som om Nergelius inte ens har tagit del av Överklagandet.⁸
23. I likhet med Eis framställan är Nergelius knapphändiga utlåtande såvitt avser vissa EU-rättsliga frågor oförenligt med gällande EU-rätt. Inte heller kommenterar Nergelius vare sig de tre grunder som redovisats ovan eller det nyssnämnda avgörandet från EU-domstolen.

5 Grundläggande utgångspunkter

24. Mot bakgrund av de påståenden som framförs i Yttrandet och Nergelius Utlåtande får Ellevio inledningsvis framhålla följande.
25. Dessa mål avser Eis beslut om intäktsramar för elnätsföretagen för den tredje tillsynsperioden 2020–2023. Målen rör de gränser som EU-rätten sätter för regeringens befogenheter att besluta om nationella regler för fastställandet av intäktsramar och myndighets tillämpning av dessa regler. Ytterst handlar målen om de krav på regeringen och myndigheterna som följer av Sveriges medlemskap i EU.
26. Elmarknaden regleras sedan länge av unionsrättslig lagstiftning. Ett flertal direktiv och förordningar har antagits på området. De krav som följer av unionsrätten är avgörande för medlemsstaternas, inklusive Sveriges, nationella reglering av elmarknaden.
27. De unionsrättsliga kraven är tydliga och har dessutom utvecklats i EU-domstolens praxis.
28. Det framgår klart av det tredje elmarknadsdirektivet att den nationella regleringsmyndighetens oberoende ställning är en grundförutsättning för en fungerande elmarknad. Det är likaledes tydligt att regleringsmyndighetens uppgifter, däribland att

⁸ Nergelius Utlåtande är rubricerat ”RÄTTSUTLÅTANDE I MÅLEN 5503-19, 9349-19, 9362-19, 9372-19, 9388-19 OCH 9745-19” dvs. mål som inte rör Ellevio. Nergelius förklarar vidare att han har ”blivit ombedd av Energimarknadsinspektionen (EMI) att i ett rättsutlåtande ge min syn på vissa av de rättsfrågor som klagandena i dessa mål anfört som grund för åsidosättande av EMI:s beslut den 10 oktober 2019 om Elnätsföretagens intäktsramar för perioden 2020-2023” (Nergelius Utlåtande, s. 1). Eis beslut såvitt avser Ellevio är daterade den 25 oktober 2019.

fastställa tariffer och beräkningsmetoder, inte får fördelas på flera myndigheter eller inskränkas på annat sätt.

29. Som redan framhållits är i dessa avseenden det ovan nämnda avgörandet i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, av central betydelse. I sina domskäl underströk EU-domstolen att elmarknadsdirektivet förbjuder en medlemsstats regering att meddela föreskrifter om hur elnätsföretagens avkastning och vinstmarginal ska bestämmas eftersom regleringsmyndighetens uppgifter inte får fördelas på flera myndigheter eller inskränkas på annat sätt.
30. Det råder också ett samband mellan å ena sidan kravet på regleringsmyndighetens oberoende och å andra sidan den kontrollfunktion som utövas av berörda parter. Att alla delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive de metoder och parametrar som ligger till grund för myndighetens beräkning av intäktsramarna, ska kunna prövas i domstol framgår inte bara av uttryckliga bestämmelser i det tredje elmarknadsdirektivet, utan även av EU-fördragen, Stadgan och av grundläggande EU-rättsliga principer.
31. Förordningen står i direkt strid med dessa unionsrättsliga krav. Genom att i detalj reglera såväl beräkningsmetod som de parametrar som används vid fastställande av kalkylräntan har Eis roll reducerats till att mekaniskt utföra beräkningar i syfte att uppnå en på förhand bestämd utgång. Regleringen innebär också att en domstolsprövning av Eis beslut begränsas till en kontroll av om beslutet fattats i enlighet med Förordningens detaljreglering, med andra ord, om Ei ”räknat rätt”.
32. Förordningen strider även i andra avseenden mot unionsrätten.
33. Genom de rättsliga förfaranden och de domar som meddelats avseende tillsynsperioderna 2012–2015 respektive 2016–2019 har det tredje elmarknadsdirektivets och ellagens krav avseende elnätsföretagens avkastning underkastats en omfattande och noggrann prövning. Genom dessa prövningar, tillsammans med motsvarande prövningar avseende den närliggande gasnätsregleringen, har det skapats en fast och tydlig praxis avseende elnätsföretagens avkastning. Detta har skapat berättigade förväntningar hos elnätsföretagen.
34. Genom Förordningen försöker regeringen ändra gällande praxis till nackdel för elnätsföretagen. Förordningen står därmed även i strid med såväl unionsrättens allmänna rättsprinciper, principen om berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen, som elmarknadsdirektivets krav på långsiktighet och förutsebarhet.
35. Vidare strider Förordningen mot elmarknadsdirektivets krav på att intäktsramarna ska bestämmas på sådant sätt att elnätsföretagen ska kunna genomföra erforderliga investeringar.

36. Regleringen av elnätsföretagens avkastning framstår också som godtycklig, vilket tydliggörs vid en jämförelse med Eis beslut om intäktsramar för gasnätsföretagen. De nationella regleringsmyndigheternas uppgift att fastställa tariffer eller beräkningsmetoder enligt det tredje elmarknadsdirektivet respektive det tredje gasmarknadsdirektivet är i det närmaste identiska. Den tydliga kopplingen mellan regelverken har bekräftats av såväl EU-domstolen som svensk rättspraxis. Detta till trots har Ei i sina beslut för elnätsföretagen fastställt en kalkylränta som är avsevärt mycket lägre (mindre än hälften) än den som myndigheten ett år tidigare fastställde för gasnätsföretagen. Konsekvensen av denna omotiverade skillnad är att elnätsföretagens intäktsramar inte ger elnätsföretagen möjlighet att genomföra erforderliga investeringar.
37. Sammanfattningsvis har både regeringen och Ei konsekvent vägrat att acceptera de krav som följer av unionsrätten.
38. Som medlem i EU har Sverige åtagit sig att följa de förpliktelser som följer av medlemskapet. Skyldigheten att följa de krav som unionsrätten ställer är en grundläggande del av EU-medlemskapet.
39. Om bestämmelser i en nationell rättsakt som utgör den rättsliga grunden för ett nationellt beslut strider mot unionsrätten, får de berörda bestämmelserna i rättsakten inte tillämpas, utan måste åsidosättas. Detta förbud mot att tillämpa en regel som strider mot unionsrätten omfattar även enskilda förvaltningsbeslut.
40. Mot denna bakgrund får Förordningen inte tillämpas i de nu överklagade delarna. Eftersom Ei grundat sina beslut på Förordningen, saknar besluten laglig grund.
41. Förvaltningsrätten ska därför undanröja besluten och visa målen åter till Ei för ny beräkning av intäktsramar i enlighet med Ellevios yrkanden. Som redan noterats är parterna ense om att besluten ska upphävas och målen visas åter till Ei för nya beräkningar av intäktsramarna.

6 Kommentarer till Eis yttrande

6.1 Inledning

42. I detta avsnitt kommenterar Ellevio vissa av de påståenden som Ei framför i Yttrandet. I huvudsak följer framställningen den struktur som Ei har använt i Yttrandet.

6.2 Den huvudsakliga frågan i målet är inte om Ei haft fog att tillämpa Förordningen vid fastställandet av elnätsföretagens intäktsramar

43. Ei påstår att

”[d]en huvudsakliga frågan i målen är om Ei haft fog för att tillämpa intäktsramsförordningen vid fastställandet av elnätsföretagens intäktsramar” och att ”[d]enna fråga har betydelse för stora delar av beräkningen av intäktsramarna.”⁹

44. Den huvudsakliga frågan är inte om Ei ”haft fog” för att tillämpa Förordningen. Den huvudsakliga frågan i målen (i denna del) är om de delar av Förordningen som är föremål för överklagande strider mot den EU-rättsliga regleringen och därför inte ska tillämpas. Det är dock korrekt att frågan har (mycket stor) betydelse för beräkningen av intäktsramarna.

6.3 Eis oriktiga påståenden om ”Intäktsramsförordningens giltighet”

45. Ei påstår att

”[e]lnätsföretagens talan handlar huvudsakligen om frågan om Ei får tillämpa intäktsramsförordningen när intäktsramarna fastställs” och att ”[i]nvändningarna mot detta som elnätsföretagen framför är dels att intäktsramsförordningen strider mot överordnad svensk lag och därför inte får tillämpas enligt 11 kap. 14 § RF, dels att intäktsramsförordningen strider mot elmarknadsdirektivets regler om tillsynsmyndighetens oberoende och överklagande av beslut.”¹⁰

46. Eis påstående om elnätsföretagens talan är ofullständigt. Som noterats ovan gör elnätsföretagen även gällande:

- (i) att Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på att de grundläggande uppgifter som åläggs den nationella myndigheten inte får inskränkas;
- (ii) att 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;
- (iii) och att Förordningen strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt kraven på förutsebarhet och långsiktighet.

47. Det ofullständiga återgivandet av Ellevios grunder upprepas även senare i Yttrandet:

”Elnätsföretagen anför att intäktsramsförordningen ska åsidosättas eftersom den strider mot elmarknadsdirektivets regler om tillsynsmyndighetens oberoende, reglerna om överklagande av tillsynsmyndighetens beslut och reglerna om möjliggörande av investeringar.”¹¹

⁹ Yttrandet s. 1.

¹⁰ Yttrandet s. 3.

¹¹ Yttrandet s. 6-7.

48. Ei ”missar” således tre centrala grunder för Ellevios talan. Följaktligen har Ei inte heller kommenterat dessa grunder i Yttrandet. De kommenteras inte heller av Nergelius.
49. Det är anmärkningsvärt att Ei vid upprepade tillfällen försummar att ens återge tre centrala grunder för Ellevios talan. Ellevio fäster därför uppmärksamheten på att förvaltningsrätten, vid prövningen av Ellevios grunder, ska utgå från hur Ellevio redovisat grunderna för sin talan och inte från Eis felaktiga påståenden om grunderna för Ellevios talan.
50. Ei påstår att elnätsföretagen skulle göra gällande att ”*intäktsramsförordningen är ogiltig i sin helhet och därför inte får tillämpas*”¹² Det ska därför åter framhållas att Ellevios talan avser vissa delar av Eis beslut, nämligen elnätsföretagens avkastning, medan andra delar av besluten som Ei fattat i enlighet med Förordningen inte är föremål för överklagande.¹³ Prövningen i målet avser således inte frågan om Förordningen som sådan är ”ogiltig” eller inte.
51. I Yttrandet hänför sig Ei till att elnätsföretagen i samband med överklaganden avseende de två tidigare tillsynsperioderna inte har invänt mot då gällande förordningar. Ei anför:

”För samtliga tidigare tillsynsperioder, där intäktsramarna precis som nu beräknats med tillämpning av då gällande intäktsramsförordning, har elnätsföretagen överklagat Ei:s beslut. Överklagandena har varit omfattande och lett till omfattande domstolsprocesser. Inte någon gång tidigare har elnätsföretagen anfört något om att förordningen skulle strida mot ellagen eller elmarknadsdirektivet. Detta trots att förordningen även tidigare inneburit ”inskränkningar” och detaljbestämmelser i förhållande till ellagen. Elmarknadsdirektivets regler om tillsynsmyndighetens oberoende och möjligheter att överklaga har dessutom varit oförändrade under hela den tidsperiod som förhandsregleringen tillämpats.”¹⁴

52. Skälet till detta är mycket enkelt. De tidigare överklagandena gällde, såvitt nu är av intresse, kalkylräntan. De tidigare förordningarna reglerade inte hur kalkylräntan skulle bestämmas. Det gör däremot Förordningen. Detta är således det (uppenbara) skälet till varför vissa delar av Förordningen nu är föremål för prövning.
53. Ei försöker också påskina att situationen nu inte skulle vara annorlunda än då de tidigare förordningarna gällde. Ei påstår:

”Ei har således för alla tillsynsperioder tillämpat gällande intäktsramsförordning och beräknat intäktsramarna enligt de regler som angetts i förordningen. Situationen för tillsynsperioden 2020–2023 är således inte annorlunda. Det enda som är annorlunda är att vissa enskilda regler för beräkningen har justerats, vilket har skett inför varje tillsynsperiod sedan förhandsregleringen infördes.”¹⁵

¹² Yttrandet s. 3.

¹³ Se stycke 25 i Överklagandet.

¹⁴ Yttrandet s. 3.

¹⁵ Yttrandet s. 4.

54. Eis påstående om att situationen nu inte skulle vara ”annorlunda” framställs mot bättre vetande. I motsats till tidigare förordningar innehåller Förordningen en reglering som i detalj bestämmer hur kalkylräntan ska beräknas. Detta vet Ei självklart om eftersom det var själva syftet med detaljregleringen. Regeringens och Eis uttryckliga avsikt med Förordningens detaljreglering var ju att drastiskt sänka elnätsföretagens avkastning och starkt begränsa utrymmet för domstolsprövning, något som kom till uttryck genom dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylans uttalande att ”elnätsavgifterna kommer att sänkas med upp till 21 procent ...” och att regeringen genom Förordningen ”minskar [...] risken för långdragna domstolsprocesser”.¹⁶ Situationen är således nu helt ”annorlunda”.
55. Ei påstår vidare:
- ”Det är viktigt att komma ihåg att det för frågan om intäktsramsförordningens giltighet inte har någon betydelse vad reglerna i förordningen handlar om. Det elnätsföretagen menar är att regeringen inte får anta en förordning överhuvudtaget. Den i Sverige vanligt förekommande lagstiftningstekniken med delegationsbemyndigande är nu inte tillåten enligt elnätsföretagen. Detta är ett mycket starkt påstående och det bör ställas mycket höga krav på elnätsföretagen att visa att detta är en riktig tolkning.”¹⁷*
56. Ellevio noterar med viss förvåning att Ei framför påståenden om Ellevios talan som helt enkelt inte är sanna. Ellevio har givetvis inte gjort gällande, och gör inte gällande, att ”regeringen inte får anta en förordning överhuvudtaget”. Regeringen får givetvis anta en förordning, men inte med det innehåll som Förordningen nu givits. Även Eis påstående om att det härvid ”inte har någon betydelse vad reglerna i förordningen handlar om” är givetvis också helt ogrundat. Det är just frågan om ”vad reglerna i förordningen handlar om” som är avgörande för frågan om reglerna strider eller inte strider mot svensk lag och den EU-rättsliga regleringen.
57. Om – som i förevarande fall – reglerna i en förordning t ex handlar om att inskränka regleringsmyndighetens uppgift att fastställa tariffer eller beräkningsmetoder, står reglerna i strid med det tredje elmarknadsdirektivet. Sådana regler får således – just på grund av sitt innehåll – inte tillämpas av Ei och domstolarna.

6.4 Direktivets syfte är att förbättra och integrera konkurrensutsatta elmarknader inom EU

58. Under rubriken ”Förhandsregleringen är till för att skydda kunder mot monopolverksamhet”¹⁸ framför Ei följande påstående om förhandsregleringens syfte:

¹⁶ Se t ex styckena 123 och 124 i Överklagandet och det under stycke 123 återgivna uttalandet.

¹⁷ Yttrandet s. 4.

¹⁸ Yttrandet avsnitt 3.2.1.

”Det som ska fastställas är [...] företagens totalt tillåtna intäkter, och prövningen syftar ytterst till att förhindra att företagen utnyttjar sin monopolställning genom att ta ut oskäligena monopolvinster.”¹⁹

59. Ei påstår vidare:

”Huvudsyftet är alltså att skydda kunderna från oskäligena avgifter och villkor. Utöver detta ska regleringen också säkerställa rimliga villkor för monopolföretagen. Regleringen är således en balans mellan dessa två intressen, och speglar den intresseavvägning som samhället anser är rimlig.”²⁰

60. Ellevio ifrågasätter givetvis inte att konsumentskydd utgör en viktig del av det tredje elmarknadsdirektivet. Eis påståenden om förhandsregleringens ”huvudsyfte” och att regleringen bygger på någon sorts ”intresseavvägning” är dock felaktiga.
61. Direktivets syfte anges uttryckligen i artikel 1 i det tredje elmarknadsdirektivet. Artikeln föreskriver att ”syfte[t är] att förbättra och integrera konkurrensutsatta elmarknader i [EU]”. Detta är således regleringens huvudsyfte. För att förverkliga detta syfte fastställer direktivet ”gemensamma regler för produktion, överföring, distribution och leverans av el, samt bestämmelser om konsumentskydd”.
62. Konsumentskydd är således helt naturligt en av de frågor som direktivet reglerar, precis som produktion, överföring, distribution och leverans av el, och är en lika viktig fråga som de senare. Konsumentskydd är emellertid inte huvudsyftet med elmarknadsdirektivet.
63. Artikel 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet anger att de tariffer eller beräkningsmetoder som ska fastställas av regleringsmyndigheten ska ”utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion [i betydelsen ekonomiska livskraft²¹]”. En viktig del av förhandsregleringen är således även att möjliggöra nödvändiga investeringar i elnäten.
64. Förhandsregleringen innebär inte heller att det, som Ei gör gällande, ska ske någon slags ”intresseavvägning” där kundernas skydd mot ”oskäligena avgifter och villkor” ställs mot ”rimliga villkor för monopolföretagen”.
65. Ei försöker genom sina påståenden utmåla en bild av ett motsatsförhållande som helt enkelt inte finns. Ett grundläggande intresse för kunderna (konsumenterna) är att de tillförsäkras en säker tillgång till el alla dagar under året och 24 timmar om dygnet. Elnäten behöver således hålla en tillräckligt hög kvalitet och måste dessutom kontinuerligt vidareutvecklas för att tillgodose samhällets förändrade och ökade behov.

¹⁹ Yttrandet s. 5.

²⁰ Yttrandet s. 5.

²¹ Se särskilt styckena 473-475 i Överklagandet.

66. Kundernas intressen kan endast tillgodoses om elnätsföretagens intäkter bestäms så att de kan göra nödvändiga investeringar för att säkra överföringen av el och den utveckling som måste ske av elnäten. För att detta ska kunna ske måste elnätsföretagens avkastning vara marknadsmässig. Detta innebär enligt 5 kap 1 § ellagen den avkastning som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. 5 kap 1 § ellagen sätter samtidigt både en övre och en undre gräns för elnätsföretagens avkastning.
67. Det finns således inte något ”motsatsförhållande” mellan ”skäliga” tariffer och marknadsmässig avkastning som Ei försöker påskina. Tvärtom råder ett direkt samband mellan dessa.
68. Att elnätsföretagens intäkter bestäms på sådant sätt att de kan göra nödvändiga investeringar i elnäten ligger således i såväl elnätsföretagens som kundernas intressen. Det är dessutom ett grundläggande samhällsintresse.

6.5 Det finns en fast och tydlig praxis om beräkning av intäktsramar

6.5.1 Inledning

69. I detta avsnitt bemöter Ellevio Eis olika påståenden om att det inte skulle finnas någon praxis avseende beräkningen av elnätsföretagens intäktsramar.
70. Ellevio fäster redan inledningsvis förvaltningsrättens uppmärksamhet på att, om förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger en sådan praxis, så är Ei ense med Ellevio och elnätsföretagen att denna praxis utgjort hinder mot den detaljreglering av elnätsföretagens avkastning som föreskrivs i Förordningen. Ellevio återkommer till detta i slutet av detta avsnitt.

6.5.2 Tvärtemot vad Ei påstår finns det en fast praxis rörande tillämpningen av 5 kap 1 § ellagen (tidigare 5 kap 6 § ellagen)

71. Ei påstår i Yttrandet:

”Förhandregleringen av elnätsföretagens (eller gasnätföretagens) tillåtna intäkter har aldrig prövats av Högsta förvaltningsdomstolen (HFD). Eftersom det bara är avgöranden från HFD som är vägledande för rättstillämpningen och utgör prejudikat finns det alltså inget prejudikat om beräkningen av intäktsramar eller om hur reglerna ska tolkas.”²²

72. Det är i och för sig riktigt att HFD inte i sak har prövat frågor avseende elnäts- eller gasnätsföretagens intäktsramar. Det kan dock noteras att Ei, efter att ha förlorat de så kallade pilotmålen avseende prövningen av elnätsföretagens intäktsramar avseende

²² Yttrandet s. 5.

tillsynsperioden 2012–2015, överklagade kammarrättens avgöranden och begärde att HFD skulle meddela prövningstillstånd. HFD avlog Eis begäran om prövningstillstånd. Om HFD hade ansett att kammarrätten hade ”gått fel” i någon principiellt viktig fråga hade HFD rimligen meddelat prövningstillstånd, bland annat eftersom målen rörde ny lagstiftning som då prövades för första gången.

73. Eis påstående att ”*det bara är avgöranden från HFD som är vägledande för rättstillämpningen*” är direkt felaktigt. Detta framgår redan av i sammanhanget grundläggande lagtext.
74. I 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen föreskrivs bland annat att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd om ”*det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt*”. Kammarrätten ska således meddela prövningstillstånd om den fråga som ska prövas är av prejudiciell betydelse och om kammarrätten prövar en sådan fråga så kan avgörandet vara av vikt för ledning av rättstillämpningen. Detta gäller särskilt om HFD efter överklagande inte skulle meddela prövningstillstånd i den fråga som prövats av kammarrätten.²³ Det är just en sådan situation som var för handen i elnätsmålen för tillsynsperioden 2012–2015 och i gasnätsmålen för tillsynsperioden 2015-2018. HFD beslutade den 23 mars 2015 att inte meddela prövningstillstånd i elnätsmålen. Efter HFDs beslut har ytterligare domar meddelats i såväl el- som gasnätsmålen. HFD beslutade den 4 april 2018 att inte meddela prövningstillstånd i gasnätsmålen. HFDs beslut att inte meddela prövningstillstånd utgör en tydlig bekräftelse på att det redan föreligger en fast och tydlig underrättspraxis.
75. HFD har också vid ett flertal tillfällen ändrat kammarrättsbeslut att inte meddela prövningstillstånd med hänvisning till att det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att kammarrätten prövar frågan. I ett avgörande uttalade HFD t ex:
- ”Frågan har inte belysts i något vägledande rättsfall. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att kammarrätten prövar frågan. Prövningstillstånd ska därför meddelas”²⁴ (Vår understrykning.)*
76. Det ska särskilt noteras att HFD förklarade att det var av vikt för ledningen av rättstillämpningen att kammarrätten prövade frågan – inte att frågan skulle prövas av ”högre rätt”.
77. Det har också förekommit att HD ändrat en hovrätts beslut att inte meddela prövningstillstånd och därefter själv inte meddelat prövningstillstånd när hovrättens avgörande överklagats till HD.²⁵ Målet avsåg ett beslut av hovrätten om att inte meddela prejudikatdispens. Efter överklagande förklarade HD i sitt beslut:

²³ Se t ex Lavin, R., *Förvaltningsprocessrätt*, (Norstedts Juridik, tredje upplagan), 2018, s. 120 och von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m., En kommentar*, (Kommentar till 34 a § förvaltningsprocesslagen).

²⁴ Regeringsrättens dom av den 10 februari 2009 i mål nr 2781-07, RÅ 2009 not 13.

²⁵ Högsta domstolens beslut av den 17 september 2010 i mål nr Ö 1771-10.

”Hur frågan ska bedömas rättsligt framstår inte som alldeles klart. Det är därför av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas av hovrätten.”

78. Efter att sakfrågan prövats av hovrätten överklagades domen till HD, som dock inte beviljade prövningstillstånd.²⁶ Den rimliga slutsatsen av detta är att HD ansåg att hovrättens dom gav tillräcklig vägledning i rättsfrågan.
79. Ellevio fäster vidare förvaltningsrättens uppmärksamhet på HDs uttalande i NJA 2011 s. 843:

*”Enligt 49 kap. 14 § 3 RB ska hovrätten meddela prövningstillstånd, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Hovrätten har alltså ett eget ansvar för rättsutvecklingen. Det gäller inte bara i måltyper där hovrätten är sista instans utan ibland även där HD är sista instans, t.ex. i vissa frågor om straffmätning och bevisvärdering”.*²⁷ (Vår understrykning.)

80. I rättsfallet, som avsåg prövningstillstånd i en förmögenhetsrättslig tvist mellan TeliaSonera och Tele2 förklarade HD således att hovrätterna har ett eget ansvar för rättsbildningen. Det gäller inte bara i måltyper där hovrätten är sista instans utan även där HD är sista instans.²⁸
81. Enligt Hellström och Nilsson Hjorth betonade HD genom detta uttalande att hovrätterna även har ett eget ansvar i mål som i och för sig kan överklagas, men där prejudikatfrågan är en sådan som sällan tas upp av HD.²⁹
82. HDs principuttalande har givetvis bäring även när det gäller kammarrättens ansvar för rättsutvecklingen.
83. Eis uttalande om att *”det bara är avgöranden från HFD som är vägledande för rättstillämpningen”* är således helt oggrundat.
84. Utöver detta felaktiga påstående gör Ei ett antal olika påståenden i ett försök att *”underkänna”* den praxis som föreligger. Ei påstår t ex följande:
- ”Domar från kammarrätter skulle kunna anses vägledande om det finns flera domar (helst från olika kammarrätter) om samma sak med samma utgång. Ei:s beslut om fastställande av elnätsföretagens intäktsramar har endast prövats av kammarrätten en gång, för tillsynsperioden 2012–2015.”*³⁰
85. Eis påståenden saknar grund. Avgöranden från samma kammarrätt kan mycket väl vara vägledande. Eftersom Eis beslut om intäktsramar inte kan prövas av andra kammarrätter än Kammarrätten i Jönköping kan det av naturliga skäl inte föreligga avgöranden från *”olika kammarrätter”*.

²⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom av den 7 oktober 2011 i mål nr T 2466-10.

²⁷ Högsta domstolens dom av den 7 december 2011 i mål nr Ö 4049-10, NJA 2011 s. 843, stycke 7.

²⁸ Hellström, O. och Nilsson Hjorth, B., *Prövningstillstånd i Hovrätten*, (Norstedts Juridik, första upplagan), 2020, s. 108.

²⁹ Hellström, O. och Nilsson Hjorth, B., *Prövningstillstånd i Hovrätten*, (Norstedts Juridik, första upplagan), 2020, s. 108.

³⁰ Yttrandet s. 5.

86. Tvärtemot vad Ei gör gällande finns det flera domar från såväl Förvaltningsrätten i Linköping som Kammarrätten i Jönköping som behandlar elnätsföretagens avkastning. Av de domar som meddelats av Förvaltningsrätten i Linköping och Kammarrätten i Jönköping avseende elnätsmålen, och även de närliggande gasnätsmålen, framgår entydigt att avkastningen ska bestämmas utifrån vedertagna ekonomiska metoder, att ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv ska anläggas och att icke-systematiska risker ska beaktas när kalkylräntan bestäms. Domstolarna har inte vid något tillfälle avvikit från dessa grundläggande principer. Domstolarna har också hänvisat till tidigare domar på ett sätt som visar att det just rör sig om en ”fast och tydlig praxis”. (För en utförligare redovisning av den praxis som föreligger hänvisar Ellevio till elnätsföretagens kompletterande överklaganden.)

87. Redan i Kammarrätten i Jönköpings dom för tillsynsperioden 2012–2015 underströk kammarrätten, med hänvisning till bl.a. EU-rätten, vikten av att ett långsiktigt, stabilt perspektiv skulle anläggas vid bestämmandet av kalkylräntan:

”Det övergripande syftet med förhandregleringen är att skapa förutsägbarhet 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 förutsägbarhet. Utredningen i målet ger stöd för att en stabil kalkylränta skulle ha positiv effekt på nätföretagens vilja och förmåga att göra de investeringar som krävs. Vidare framgår av utredningen att om kalkylränta bestäms med ett kortsiktigt perspektiv kan intäktsramen komma att variera kraftigt mellan tillsynsperioderna. Mot bakgrund av det anförda anser kammarrätten att det för tillsynsperioden 2012–2015 är rimligt och i överensstämmelse med förhandsregleringens syfte att anlägga ett långsiktigt perspektiv när de parametrar som krävs för att beräkna den regulatoriska kalkylräntan fastställs.”³¹ (Vår understrykning.)

88. Förvaltningsrätten i Linköping har i domar avseende tillsynsperioden 2016–2019 bekräftat detta synsätt:

”Förvaltningsrätten anser att kammarrättens avgöranden för tillsynsperioden 2012–2015 är vägledande vid bedömningen av intäktsramar även för denna tillsynsperiod. Detta gäller framförallt kammarrättens uttalande om att ett långsiktigt perspektiv ska användas vid fastställande av parametrarna i kalkylränteberäkningen. Detta är ett sådant principiellt uttalande som har bäring även för den tillsynsperiod som nu prövas. När det gäller bedömningen av värdet på de olika parametrarna behöver kammarrättens avgörande däremot inte vara direkt tillämbart. Domstolarna har vid sin prövning att utgå från parternas argumentation och den bevisning som parterna åberopar.”³² (Vår understrykning.)

³¹ Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 november 2014 i mål nr 61-14 s. 48-49.

³² Förvaltningsrätten i Linköping dom av den 14 december 2016 i mål nr 4711-15 s. 30-31.

89. Som framgår av detta tydliga uttalande anser förvaltningsrätten att kammarrättens avgöranden i elnätsmålen för tillsynsperioden 2012–2015 är vägledande för förvaltningsrättens bedömning. Förvaltningsrätten markerar vidare tydligt att kammarrättens uttalande om att ett långsiktigt perspektiv ska användas är ett ”*principiellt uttalande*” som har bäring även för den tillsynsperiod som förvaltningsrätten då prövade.

90. I samma dom hänvisar förvaltningsrätten också till förvaltningsrättens avgöranden i gasnätsmålen och framhåller att det även i dessa avgöranden anlagts ett långsiktigt, stabilt perspektiv:

”Efter kammarrättens avgöranden har förvaltningsrätten i februari 2016 prövat frågan om intäktsramar på naturgasområdet för tillsynsperioden 2015–2018 (mål nr 8016-14, 8020-14, 8021-14 och 8124-14). Intäktsregleringen för elnät och gasnät är i stort sett identisk och det har från lagstiftaren framhållits att det är angeläget att tillsynen av energimarknaden i landet bedrivs på ett likartat sätt, oavsett energislag (prop. 2012/13:85 s. 30). Förvaltningsrätten anlade därför även i naturgasmålen ett långsiktigt perspektiv vid beräkningen av de olika parametrarna i WACC-modellen. För att uppnå det långsiktiga perspektivet och för att undvika att kortsiktiga konjunkturförändringar får ett för stort utslag på kalkylräntan, valde förvaltningsrätten att vid bedömningen av den riskfria räntan utgå från Konjunkturinstitutets nioåriga prognos över den tioåriga statsobligationsräntan. [...]

*Både kammarrätten och förvaltningsrätten har således i tidigare avgöranden ansett att det, mot bakgrund av syftet med förhandsregleringen och förhållandet att investeringar i elnät respektive gasnät har en mycket lång investeringshorisont, ska anläggas ett långsiktigt perspektiv vid beräkningen av den regulatoriska kalkylräntan och fastställandet av de olika parametrarna. Det har inte framkommit något skäl att nu göra ett annat ställningstagande.*³³ (Vår understrykning.)

91. Kammarrätten framhåller även i gasnätsmålen (för tillsynsperioden 2015–2018) att ett långsiktigt, stabilt perspektiv ska anläggas. Kammarrätten hänvisar härvid även till de uttalanden som kammarrätten gjorde i elnätsmålen för den första tillsynsperioden (2012–2015):

”WACC-metoden innehåller flera parametrar och det finns olika beräkningsmetoder för att fastställa dessa. Regleringen i naturgasnätsmålen är avsedd att motsvara den reglering som kammarrätten hade att tillämpa i elnätsmålen. Kammarrätten fann i dessa mål att kalkylräntan skulle bestämmas med ett långsiktigt perspektiv och att en stabil kalkylränta skulle ha vissa positiva effekter. [...]³⁴

*”Det har inte skett någon ändring av regleringen sedan kammarrätten avgjorde elnätsmålen, som inte prövades av Högsta förvaltningsdomstolen. Kalkylräntan bör därför även i naturgasnätsmålen bestämmas utifrån ett långsiktigt perspektiv.*³⁵ (Vår understrykning.)

³³ Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 4711-15 s. 31.

³⁴ Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 november 2017 i mål nr 429-16 s. 11.

³⁵ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 429-16 s. 12.

92. Kammarrätten i Jönköping meddelade inte prövningstillstånd såvitt avser elnätsföretagens intäktsramar när det gäller tillsynsperioden 2016–2019. Detta beslut förenades dock med ett väsentligt ”medskick” från kammarrätten.
93. I beslutet att inte meddela prövningstillstånd hänvisade kammarrätten nämligen till sina avgöranden gällande intäktsramar i gasnätsmålen som meddelats samma dag. Genom detta medskick klargjorde kammarrätten att de principer som kammarrätten lagt till grund för sitt avgörande i gasnätsmålen hade bäring även i elnätsmålen. Genom medskicket har kammarrätten således även för tillsynsperioden 2016–2019 avseende elnätsföretagen klargjort att kalkylräntan ska fastställas utifrån vissa principer, bland annat att ett långsiktigt perspektiv ska tillämpas. Att kammarrätten avslog Eis begäran om prövningstillstånd innebär också att kammarrätten ansåg att någon ytterligare prövning till ledning för rättstillämpningen inte behövde ske. Detta eftersom de principiella frågorna redan prövats och avgjorts.³⁶
94. Ifråga om kammarrättens dom i de så kallade pilotmålen avseende tillsynsperioden 2012–2015 påstår Ei att

”[e]n viktig aspekt i dessa domar, som har betydelse i detta avseende, är att kammarrätten uttryckligen i domarna ifrågasatte lämpligheten av att domstolen skulle försöka bestämma metoder för parametrarna och dessutom beräkna kalkylräntan, särskilt i avsaknad av tydligare regler” och att “[d]et är av skrivningarna i domarna uppenbart att utgången gällande kalkylräntan var en nödlösning för att få ett avgörande för den första tillsynsperioden utifrån att tillsynsperioden nästan redan var slut vid kammarrättens prövning.”³⁷

95. Eis påståenden om kammarrättens dom är felaktiga och vilseledande.
96. Ei underlåter i Yttrandet att beröra det förhållandet att kammarrätten i den aktuella domen var starkt kritisk till hur Ei i sina beslut fastställt den kalkylränta som skulle tillämpas för den då aktuella tillsynsperioden. Kammarrätten förklarade t ex i domen att

”Ei har numera uppgett att den av myndigheten fastställda kalkylräntan inte har beräknats enligt WACC-metoden” och att ”Ei har inte redovisat konsekventa beräkningar av kalkylräntan med tillämpning vare sig av WACC-metoden eller någon annan ekonomiskt vedertagen metod.”³⁸

97. Kammarrätten fann också att

”den enda metod som kan komma ifråga för att beräkna och fastställa kalkylräntan för tillsynsperioden 2012 – 2015 är WACC-metoden” vilket enligt kammarrätten innebar att ”till skillnad från vad EI har hävdat, [...] de i metoden ingående parametrarna måste prövas.”³⁹

³⁶ Se vidare Ellevios redogörelse i Överklagandet styckena 147-152 där det tydligt framgår att kammarrätten är av uppfattningen att den så kallade BNP-metoden ska tillämpas.

³⁷ Yttrandet s. 6.

³⁸ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 46.

³⁹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 46.

98. I direkt anslutning till dessa iakttagelser rörande bristerna i Eis beslut förklarade kammarrätten att den övervägt att återförvisa frågan om beräkning av kalkylräntan till Ei för nya beräkningar ”med angivande av en ekonomiskt vedertagen metod och fullständigt redovisning av underlaget för dessa [...]”.⁴⁰ Kammarrätten fann dock att detta skulle vara olämpligt med hänsyn bland annat till den långa tid som då redan hade förflutit utan att nätföretagen eller kunderna fått besked om vilken intäktsram som ska gälla.⁴¹
99. Kammarrätten fann därför att kammarrätten skulle bestämma den kalkylränta som skulle gälla för den då aktuella tillsynsperioden. I detta sammanhang förklarade kammarrätten uttryckligen att den ”[t]rots de praktiska svårigheterna att tillämpa WACC-metoden [...] inte tar ställning till om sådana överväganden [dvs. att fastställa de parametrar som ingår i beräkningen] lämpligen bör göras av en domstol”. Kammarrätten fann således att den ”måste [...] utföra den slutliga beräkningen av kalkylräntan.”⁴² (Vår understrykning.)
100. Anledningen till att kammarrätten övervägde att återförvisa målen till Ei för nya beräkningar av kalkylräntan var således att Ei i sina beslut avseende den aktuella perioden och beräkningen av kalkylräntan helt enkelt inte ”hade gjort sitt jobb”; Ei hade inte tillämpat någon ekonomiskt vedertagen metod och inte heller redovisat konsekventa beräkningar.
101. Som framgår av det ovan citerade uttalandet från domen förklarade kammarrätten, tvärtemot vad Ei påstår, att den inte tog ställning till frågan om ”lämpligheten” av att kammarrätten skulle pröva de ingående parametrarna och utifrån denna prövning beräkna en kalkylränta. Inte någonstans i domen förklarar kammarrätten att detta skulle vara olämpligt ”i avsaknad av tydligare regler”. Inte heller antyder kammarrätten att det här skulle vara fråga om en ”nödlösning” som Ei påstår.
102. Det kan däremot noteras att ordet ”nödlösning” faktiskt förekommer i domen. Ordet används dock i ett helt annat sammanhang än det nu aktuella. Kammarrätten noterar:

”Övergångsmetoden innebär inte en mindre justering av beräkningen enligt schablonmetoden utan en genomgripande förändring av det sätt på vilket intäktsramen beräknas. Enligt kammarrättens mening kräver en justering av en metod som utarbetats på det sätt som skett vad gäller schablonmetoden, nya utredningar och väl övervägda ställningstaganden. Övergångsmetoden har inte föregåtts av någon egentlig utredning och några väl underbyggda analyser eller överväganden har inte presenterats.

Övergångsmetoden har beskrivits som en nödlösning (se t.ex. Stefan Yards utlåtande den 5 mars 2014). Varken nätföretagen eller andra intressenter har haft möjlighet till insyn eller kunnat lämna synpunkter på utformningen av övergångsmetoden. Den

⁴⁰ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 46.

⁴¹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 46.

⁴² Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 47.

*har inte kommit till på ett transparent och förutsägbart sätt.*⁴³ (Vår understrykning.)

103. Det är således den av Ei egenhändigt konstruerade (och av domstolarna underkända) övergångsmetoden som var en ”nödlösning”; inte kammarrättens bedömning när det gäller kalkylräntan.
104. Som framgått av redogörelsen ovan har både förvaltningsrätten och kammarrätten i senare domar uttryckligen förklarat att de anser att kammarrättens avgöranden i elnätsmålen för tillsynsperioden 2012–2015 är vägledande. Domstolarna har således inte uppfattat kammarrättens prövning av kalkylräntan för tillsynsperioden 2012–2015 som en ”nödlösning”.
105. Mot bakgrund av ovanstående genomgång och redogörelsen i elnätsföretagens överklaganden är det således uppenbart att det finns en omfattande praxis rörande tillämpningen av 5 kap 1 § ellagen (tidigare 5 kap 6 § ellagen) och motsvarande bestämmelse i det närliggande naturgasområdet. Det rör sig inte om ”enstaka domar” som Ei påstår. I denna praxis har fastställts att kalkylräntan ska fastställas utifrån ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv och med tillämpning av vedertagna ekonomiska metoder. Domstolarna har också tillämpat en särskild riskpremie. Eis påstående att det inte skulle finnas någon sådan praxis är således helt ogrundat.

6.5.3 Den praxis som finns är alltjämt relevant eftersom 5 kap 1 § ellagen inte innebär någon ändring i sak

106. Ei påstår också att den praxis som finns på området skulle vara irrelevant eftersom lagstiftningen har ändrats:

*”Ellagens regler om förhandsprövningen har sedan prövningen gjordes av kammarrätten ändrats ett flertal gånger.”*⁴⁴

107. Mot bakgrund av Eis påstående om att de tidigare avgörandena avser äldre lagstiftning ska framhållas att, då den tidigare bestämmelsen i 5 kap 6 § ellagen ersattes av den nuvarande 5 kap 1 § ellagen, det i förarbetena uttryckligen framhölls att någon ändring i sak inte var avsedd. I detta avseende hänvisar Ellevio till sin framställning i Överklagandet.⁴⁵
108. Den praxis som finns rörande tidigare 5 kap 6 § ellagen, numera 5 kap 1 § ellagen, gäller således alltjämt.

⁴³ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 61-14, s. 44-45.

⁴⁴ Yttrandet s. 5.

⁴⁵ Överklagandet avsnitt III.6.

6.5.4 Domstolarnas praxis har varit enhetlig

109. Ei framför vidare en rad påståenden till stöd för att förvaltningsrätten bör bortse från den enhetliga praxis som redogjorts för ovan. Den gemensamma nämnaren för dessa påståenden synes vara att domstolarna skulle ha tillämpat olika ”metoder” för att beräkna kalkylräntan:
- ”Om dessa enstaka domar, som gällde äldre lagstiftning, ändå kan ge sådan vägledning att det har betydelse för frågan om förordningens giltighet bör följande framhållas. I de avgöranden som finns från kammarrätten (och för den delen förvaltningsrätten) har domstolarna kommit till helt olika slutsatser om vilka metoder som ska tillämpas för att beräkna intäktsramarna, speciellt gällande kalkylräntan.”⁴⁶
 - ”En konsekvens av de tidigare domarna är att det för olika tillsynsperioder har använts olika metoder för beräkningen av intäktsramarna. De olika metoder för beräkningen av WACC (parametrarna) som har blivit utfallet av domstolsprocesserna för de olika tillsynsperioderna skiljer sig också åt.”⁴⁷
 - ”Utfallet av processerna har också lett till att det är olika metoder som använts för olika bolag för samma tillsynsperiod. T.ex. har avgörandena lett till att olika kalkylräntor har använts för olika företag för samma tillsynsperiod.”⁴⁸
 - ”I något fall har domstolen även fastställt att en egen konstruerad metod ska användas (som inte använts av Ei eller åberopats av företagen).”⁴⁹
 - ”Domarna utgör mot bakgrund av detta därför inte en klar och tydlig praxis för hur intäktsramarna och särskilt kalkylräntan ska beräknas, som medför att intäktsramsförordningen inte får tillämpas.”⁵⁰
110. Eis påstående om att domstolarna har kommit till ”helt olika slutsatser om vilka metoder som ska tillämpas för att beräkna intäktsramarna, speciellt gällande kalkylräntan” är helt ogrundat.
111. I de avgöranden som finns har domstolarna konsekvent slagit fast att ett framåtblickande, långsiktigt och stabilt perspektiv ska tillämpas vid beräkningen av kalkylräntan samt att beräkningen ska ske enligt vedertagna ekonomiska metoder. Domstolarna har också funnit att en särskild riskpremie ska tillämpas vid beräkningen.
112. Detta innebär självklart inte att domstolarna vid de olika prövningstillfällena har fastställt samma kalkylränta. De faktiska omständigheter som ligger till grund för beräkningen av de olika parametrarna som ska fastställas har givetvis skiljt sig åt vid de olika prövningstillfällena. Även om samma grundläggande metoder har tillämpats så

⁴⁶ Yttrandet s. 5.

⁴⁷ Yttrandet s. 5.

⁴⁸ Yttrandet s. 5-6.

⁴⁹ Yttrandet s. 6.

⁵⁰ Yttrandet s. 6.

har utfallet således blivit olika. Men detta betyder givetvis inte att domstolarna kommit till ”*helt olika slutsatser*” om vilka metoder som ska tillämpas.

113. När det gäller en parameter, den riskfria räntan – en variabel som har stor betydelse för avkastningskravet – har kammarrätten i samtliga avgöranden tillämpat en och samma metod; den s.k. BNP-metoden.⁵¹ Som Vattenfall förklarar i sitt yttrande av den 28 augusti 2020 ska noteras att kammarrätten i sina beslut att inte bevilja Ei prövningstillstånd avseende elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2016–2019 särskilt lyfte metodfrågan och hänvisade till sina domar som meddelats samma dag avseende gasnätsföretagens intäktsramar. I dessa avgöranden hade kammarrätten fastställt den riskfria räntan enligt BNP-metoden. Kammarrätten noterade i sina beslut att förvaltningsrätten tillämpat andra metoder, men konstaterade samtidigt att detta beloppsmässigt inte ledde till någon avgörande skillnad. Kammarrätten ansåg därför inte att det fanns skäl för att meddela prövningstillstånd. Även när det gäller denna parameter finns det således en fast domstolspraxis.
114. Ellevio känner inte heller till att ”*olika metoder*” skulle ha använts ”*för olika bolag för samma tillsynsperiod*”. När Ei framfört dessa påståenden har Ei tyvärr inte gjort några hänvisningar som gör det möjligt att på ett enkelt sätt kontrollera riktigheten i påståendena. Ellevio bestrider i vart fall att domstolarna, inom ramen för bedömningen av några principiella frågor, skulle ha kommit till olika slutsatser för olika företag. I de fall ”*avgörandena [har] lett till att olika kalkylräntor har använts för olika företag för samma tillsynsperiod*” har detta, såvitt Ellevio känner till, uteslutande berott på parternas processuella ställningstaganden där domstolens prövningsram således lett till att en annan kalkylränta fastställts. (Ellevio känner endast till ett sådant fall. Ellevio hänvisar här till E.ONs inlägga av den 28 augusti 2020.) Att avgörandena är ”*avvikande*” beror således uteslutande på formella/processuella omständigheter och inte på att domstolen tillämpat olika metoder eller att domstolen i sak gjort olika bedömningar.
115. Ellevio känner vidare inte heller till att domstolarna skulle ha fastställt någon ”*egen konstruerad metod*” och bestrider i vart fall att domstolarna, inom ramen för bedömningen av någon för WACC-beräkningen principiell fråga, skulle ha fastställt en ”*egen konstruerad metod*”. (Inte heller i detta avseende har Ei hänvisat till någon källa till stöd för sitt påstående, vilket försvårar möjligheten att kontrollera riktigheten i påståendet.)

6.5.5 *Ei har själv förklarat sig bunden av den praxis som finns*

116. Mot bakgrund av Eis i Yttrandet hävdade uppfattning att det inte skulle finnas någon praxis avseende fastställande av kalkylräntan får Ellevio hänvisa till följande uttalanden

⁵¹ Se Kammarrätten i Jönköpings domar i mål nr 61-14 m.fl. angående elnät, Kammarrätten i Jönköpings beslut av den 17 november 2017 i mål nr 7-17 m.fl. om prövningstillstånd angående elnät, samt Kammarrätten i Jönköpings domar av den 17 november 2017 i mål nr 427-16 m.fl. angående gasnät.

i Eis beslut avseende intäktsramar för gasnätsföretagen avseende tillsynsperioden 2019–2022.⁵² Samtliga understrykningar nedan i detta avsnitt är våra understrykningar.

117. Beträffande Eis grundläggande utgångspunkter:

”I och med de senaste domarna i gasnätsmålen har domstolarna nu i processerna rörande el- och gasnätsregleringen prövat de flesta av de ingående parametervärdena i WACC-metoden. Användandet av den grundläggande WACC-metoden har inte ifrågasatts.

För tillsynsperioden 2019–2022 anser Ei att det inte finns skäl att ändra den grundmetod som tidigare har använts i regleringen, dvs. WACC-metoden. I enlighet med vad som följer av kammarrättens bedömning i gasnätsmålen är utgångspunkten också att varje parametervärde ska fastställas och redovisas separat.”⁵³

”Vid framtagandet av kalkylräntan har Ei använt sig utav de värden och metoder som kammarrätten beslutat om för tillsynsperioden 2015–2018. För parametrarna, riskfri ränta, inflation, aktiemarknadsriskpremie och särskild riskpremie, har Ei använt de värden som framgår av domarna.”⁵⁴

118. Beträffande den riskfria räntan:

”Riskfri ränta ska vara 4 procent. Den riskfria räntan har i enlighet med kammarrättens dom för perioden 2015–2018 fastställts med BNP-metoden.”⁵⁵

”Av kammarrättens domar för perioden 2015–2018 framgår att Ei inte har något annat val än att använda den s.k. BNP-metoden.”⁵⁶

119. Beträffande aktiemarknadsriskpremien:

”Aktiemarknadsriskpremien ska vara 5 procent. Aktiemarknadspremien har fastställts i enlighet med kammarrättens dom för perioden 2015–2018.”⁵⁷

”I kammarrättens dom för perioden 2015–2018 bedömdes aktiemarknadsriskpremien utifrån ett långsiktigt perspektiv vilket är nödvändigt om BNP-metoden används för att ta fram den riskfria räntan. Aktiemarknadsriskpremien fastställdes av domstolen till 5 procent. Ei har därför att utgått från kammarrättens dom i denna del. Aktiemarknadsriskpremien fastställs därför till 5 procent för perioden 2019–2022.”⁵⁸

120. Beträffande kreditriskpremien:

”Kreditriskpremien ska vara 1,18 procent. Kreditriskpremien har beräknats i enlighet med kammarrättens dom för perioden 2015–2018.”⁵⁹

⁵² Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”.

⁵³ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s.1.

⁵⁴ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 4.

⁵⁵ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 2.

⁵⁶ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s.7.

⁵⁷ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 2.

⁵⁸ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 7.

⁵⁹ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 2.

”Konsulternas analys mynnade ut i en metodik som baseras på skillnaden i ett index för tioåriga företagsobligationer med kreditbetyg BBB och den tyska tioåriga statsobligationsräntan för den senast tillgängliga femårsperioden ska användas. Detta är samma metod som kammarrätten fastställde för perioden 2015–2018.

Ei delar denna bedömning. För perioden 2019–2022 ska kreditriskpremierna därför fastställas till 1,18 procent. Vid beräkningen har samma metodik som vid föregående tillsynsperiod använts. Anledningen till att kreditriskpremierna avviker mot kreditriskpremierna för tillsynsperioden 2015–2018 är att en annan femårsperiod använts och att ränteläget är lägre nu än vad det var för fyra år sedan.”⁶⁰

121. Beträffande särskild riskpremie:

”Särskild riskpremie ska vara 1,5 procent. En särskild riskpremie har lagts till då de svenska gasnätsföretagen anses ha en något högre riskprofil än de europeiska jämförelseföretagen. Att den särskilda riskpremierna ska vara 1,5 procent utgår bland annat från kammarrättens dom för perioden 2015–2018.”⁶¹

”Mot bakgrund av ovan bedömer Ei att den särskilda riskpremierna ska fastställas till 1,5 procent. Detta är i linje med domstolsavgörandena för tillsynsperioden 2015–2018 och Ei anser inte att förutsättningarna förändrats sedan dess.”⁶²

122. Beträffande inflationen:

”Inflationen ska bedömas vara 2 procent. Bedömningen utgår ifrån Riksbankens långsiktiga inflationsmål i linje med kammarrättens dom.”⁶³

”Av kammarrättens domar för perioden 2015–2018 framgår att Riksbankens långsiktiga inflationsmål på 2 procent ska användas för inflationen.”⁶⁴

123. De nu citerade uttalandena från Ei avseende de senaste besluten gällande gasnätsföretagens intäktsramar för perioden 2019–2022 talar för sig själva. Det framgår närmast med övertydlighet att Ei själv anser att det finns en fast och enhetlig praxis. Eis påståenden i Yttrandet om att någon sådan praxis inte skulle finnas framställs således mot bättre vetande.

6.5.6 Om förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger relevant praxis är parterna ense om att detta utgjort hinder för Förordningens detaljreglering

124. Avslutningsvis ska följande framhållas.

125. I Eis utredning som lades till grund för Förordningen, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”,⁶⁵ uttalade Ei:

⁶⁰ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 7.

⁶¹ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 2.

⁶² Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 8.

⁶³ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 2.

⁶⁴ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s. 8.

⁶⁵ Ei, ”Nya regler för elnätsföretagen inför perioden 2020-2023”, Ei R2017:07, s. 23, Bilaga 1 till Överklagandet.

”Det faktum att rättspraxis grundas på en bestämmelse i lag kan anses vara ett hinder mot att kunna föreslå detaljerade regler i förordning som avviker från rättspraxis. [...] Ei anser [...] att det inte finns en tydlig praxis om hur uttrycket ’rimlig avkastning’ ska tolkas i ellagen. Det finns därför inget hinder för att regeringen ska kunna använda sitt bemyndigande för att författningsreglera avkastningen i intäktsramsförordningen.” (Vår understrykning.)

126. Eis uttalande är av helt central betydelse för den bedömning som ska ske i målen.
127. Som tydligt framgår av Eis eget uttalande är även Ei av uppfattningen att rättspraxis som grundas på en lagbestämmelse *”kan anses vara ett hinder”* för att i en förordning meddela detaljerade regler som avviker från sådan rättspraxis. Som vidare framgår av Eis uttalande anser Ei att det inte föreligger någon rättspraxis och att det *”därför”* inte fanns något hinder för regeringen att *”författningsreglera avkastningen i intäktsramsförordningen”*.
128. Som Ellevio redovisat i Överklagandet och ovan finns det en (omfattande) praxis rörande tillämpningen av 5 kap 1 § ellagen. Det ska således framhållas att, om förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger en sådan praxis, så är Ei ense med Ellevio och elnätsföretagen om att denna praxis utgjort hinder mot den detaljreglering av elnätsföretagens avkastning som föreskrivs i Förordningen.

6.6 Regleringsmyndighetens oberoende

129. Under rubriken *”Tillsynsmyndighetens oberoende”*⁶⁶ för Ei ett längre resonemang om Eis påstådda *”oberoende”*. Förutom att Ei framför ett antal direkt felaktiga påståenden är den gemensamma nämnaren för påståendena att de är irrelevanta ifråga om de krav som det tredje elmarknadsdirektivet ställer på regleringsmyndighetens oberoende.
130. Så länge kraven på *”oberoende”* är uppfyllda enligt svensk konstitutionell rätt och förvaltningsrätt, så hävdar Ei att regeringen kan utfärda en förordning som i detalj reglerar tariffer, metoder för beräkning av tariffer och andra frågor som omfattas av Eis uppgifter enligt det tredje elmarknadsdirektivet. Annorlunda uttryckt, så länge inga instruktioner ges i *”det enskilda fallet”* – dvs. att regeringen t ex bestämmer vad Ei ska besluta ifråga om Ellevios intäktsramar – så är regeringens *”instruktioner”* tillåtna enligt Ei.
131. Eis uttalanden visar att myndigheten helt enkelt inte tillgodogjort sig innebörden av Sveriges åtaganden som medlem i EU och de krav som ställs i det tredje elmarknadsdirektivet. Ett tydligt uttryck för att Ei inte tillgodogjort sig innebörden av den EU-rättsliga regleringen är t ex Eis uttalande att *”Direktivets bestämmelser måste således anpassas så att de passar in i det svenska systemet.”*⁶⁷ Ei synes således inte ha förstått

⁶⁶ Yttrandet avsnitt 3.3.1.

⁶⁷ Yttrandet s. 10.

att det är den svenska regleringen som måste anpassas till det tredje elmarknadsdirektivet och inte tvärtom.

132. Det tredje elmarknadsdirektivet gör ingen skillnad mellan en regerings ”instruktioner” i det enskilda fallet och ”generella instruktioner”. Om så skulle ha varit fallet hade det varit mycket enkelt för en medlemsstat att kringgå regelverket och förbudet mot att inskränka de uppgifter som enligt det tredje elmarknadsdirektivet uteslutande ankommer på regleringsmyndigheten. Den reglering som EU-domstolen underkänt i sin praxis avser dessutom just ”generella instruktioner” och inte ”instruktioner i det enskilda fallet”.⁶⁸ Det är i detta sammanhang mycket talande att både Ei och den av Ei anlitate experten, Nergelius, förbigår EU-domstolens avgörande i målet Kommissionen mot Belgien med tystnad. Detta beror givetvis på att den ståndpunkt som de argumenterar för är oförenlig med detta avgörande.
133. I den inledande delen av avsnittet om tillsynsmyndighetens oberoende upprepar Ei de felaktiga påståendena att ”[d]et som enligt elnätsföretagen utgör inskränknigen är intäktsramsförordningen i sig, dvs att det överhuvudtaget finns regler i förordningsform på ett område som omfattas av EU:s elmarknadsdirektiv” och att ”[f]öretagen anser att reglernas existens medför att Ei inte är självständig gentemot regeringen.”⁶⁹ Som redan framhållits ovan är detta inte elnätsföretagens inställning. Elnätsföretagen vänder sig mot Förordningens innehåll – inte dess ”existens”.
134. Ei uttalar vidare att det inte ”går [...]att plocka ut ordet ”oberoende” [...]ur bestämmelserna och göra fristående tolkningar av begreppet” och att ”[b]estämmelserna måste läsas i sin helhet och i sitt sammanhang.”⁷⁰
135. Ellevio har varken ”plockat ut” begreppet ”oberoende” ur bestämmelserna eller gjort någon ”fristående tolkning” av begreppet. Ellevio har tvärtom i Överklagandet utförligt redogjort för innebörden av begreppet ”oberoende” enligt det tredje elmarknadsdirektivet och EU-domstolens praxis.⁷¹
136. Ei påstår vidare: ”[]elnätsföretagen anger dessutom genomgående felaktigt ’fullständigt oberoende’[]”.⁷² Ellevio uppfattar att Ei med detta menar att det enligt det tredje elmarknadsdirektivet inte finns något krav på att regleringsmyndigheten ska vara fullständigt oberoende.
137. Mot bakgrund av Eis påstående får Ellevio erinra om skäl 34 till det tredje elmarknadsdirektivet:

⁶⁸ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681.

⁶⁹ Yttrandet s. 7.

⁷⁰ Yttrandet s. 7.

⁷¹ Överklagandet avsnitt VI.2 1.

⁷² Yttrandet s. 7.

”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.)

138. Att Ellevio framhåller att regleringsmyndigheterna måste vara ”fullständigt oberoende” är således inte felaktigt som Ei påstår. Detta krav följer direkt av det tredje elmarknadsdirektivet, ett krav som EU-domstolen dessutom framhållit i sin praxis. Det är minst sagt anmärkningsvärt att Ei – som är den svenska regleringsmyndigheten – inte synes vara införstådd med detta helt grundläggande krav ifråga om myndighetens egen verksamhet.
139. Ellevio önskar vidare framhålla följande såvitt avser kravet på att regleringsmyndigheten ska vara fullständigt oberoende.
140. Tvärtemot vad Ei hävdar finns det i det tredje elmarknadsdirektivet klara regler som förbjuder annat offentligt eller privat organ än den nationella regleringsmyndigheten att avgöra storleken på intäktsramarna. Ellevio hänvisar här till Överklagandet där Ellevio utförligt redogjort för dessa krav.⁷³
141. Ellevio erinrar vidare om EU-domstolens uttalande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*. 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.”⁷⁴*
142. EU-domstolens avgörande är av central betydelse för kravet på den nationella regleringsmyndighetens oberoende.
143. Den i avgörandet underkända artikel 12 i den belgiska ellagen bemyndigade den belgiska regeringen att besluta om särskilda föreskrifter – dvs. ”generella instruktioner” – 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.⁷⁵ Omständigheterna var således i det närmaste identiska med de omständigheter förvaltningsrätten har att pröva i förevarande mål.
144. Avgörandet utgör gällande rätt i Sverige.
145. Efter att Ellevio ingett Överklagandet, den 11 juni 2020, har EU-domstolen meddelat dom i mål C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, ECLI:EU:C:2020:462, Bilaga 1.

⁷³ Styckena 346-388 i Överklagandet.

⁷⁴ Mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, ECLI:EU:C:2009:681, stycke 29.

⁷⁵ Se vidare styckena 290-296 i Överklagandet.

146. I målet hade EU-domstolen att ta ställning till två frågor från Slovakiens författningsdomstol. Frågorna gällde just det tredje elmarknadsdirektivets krav på oberoende.
147. I sitt avgörande hänvisar EU-domstolen inledningsvis till det krav som gäller enligt skäl 34 i det tredje elmarknadsdirektivet, dvs. att de nationella regleringsmyndigheterna behöver ”*kunna fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor, och de måste också vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen*” för att den inre marknaden för el ska kunna fungera korrekt.⁷⁶ (Vår understrykning.)
148. EU-domstolen konstaterar också att begreppet ”oberoende” enligt etablerad rättspraxis ”*betecknar en status som säkerställer att det berörda organet kan agera helt fritt utan instruktioner eller påtryckningar från de organ i förhållande till vilka oberoendet ska säkerställas.*”⁷⁷ (Vår understrykning.)
149. EU-domstolen noterar att det framgår av ”*artikel 35.5 a [det tredje elmarknadsdirektivet] att den nationella [regleringsmyndigheten] ska fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ.*”⁷⁸ (Vår understrykning.)
150. Vidare noterar EU-domstolen att det av artikel 35.4 b i det tredje elmarknadsdirektivet följer att kravet på regleringsmyndighetens oberoende inte förbjuder allmänna riktlinjer som antagits av den berörda medlemsstatens regering. I enlighet med vad som uttryckligen föreskrivs i artikel 35.4 b (ii), framhåller EU-domstolen att sådana allmänna riktlinjer inte får avse de uppgifter och tillsynsbefogenheter som enligt artikel 37 i det tredje elmarknadsdirektivet tillkommer regleringsmyndigheten, inklusive skyldigheten enligt artikel 37.1 a att fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer för el eller metoder för beräkning av dem.⁷⁹
151. Domstolen slår vidare fast att
- ”[h]ärav följer att oberoende med avseende på beslutsfattande, i den mening som avses i artikel 35.4 b ii och 35.5 a i direktivet, innebär att den nationella [regleringsmyndigheten], inom ramen för de uppgifter och tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i direktivet, fattar sina beslut självständigt, enbart på grundval av allmänintresset, för att säkerställa att de mål som eftersträvas med direktivet iakttas, utan att behöva följa några externa instruktioner från andra offentliga eller privata organ.”⁸⁰ (Vår understrykning.)
152. Avslutningsvis konstaterar EU-domstolen att, även om det tredje elmarknadsdirektivet inte hindrar en medlemsstats regering från att framföra sin ståndpunkt till den nationella tillsynsmyndigheten vad gäller det sätt på vilket den anser att myndigheten kan beakta

⁷⁶ Bilaga 1, stycke 24.

⁷⁷ Bilaga 1, stycke 32.

⁷⁸ Bilaga 1, stycke 50.

⁷⁹ Bilaga 1, stycke 52.

⁸⁰ Bilaga 1, stycke 54.

allmänintresset inom ramen för sitt uppdrag, så får regleringsmyndigheten ”*under inga omständigheter*” uppfatta denna ståndpunkt ”*som bindande instruktioner som myndigheten måste följa i sitt uppdrag och sitt utövande av sina befogenheter.*”⁸¹ (Vår understrykning.)

153. I EU-domstolens avgörande i mål 378/19, *Prezident Slovenskej republiky* (Bilaga 1), bekräftas således åter att den nationella regleringsmyndigheten måste vara fullständigt oberoende i förhållande till andra offentliga eller privata intressen när den utför sin uppgift att fastställa eller godkänna överförings- eller distributionstariffer för el eller metoder för beräkning av dem.
154. Mot bakgrund av Eis ovan kommenterade påstående om att ”*Direktivets bestämmelser måste således anpassas så att de passar in i det svenska systemet*”⁸² ska vidare följande uttalande i mål C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky* (Bilaga 1), framhållas:

”*Det ska härvid erinras om att det följer av artikel 288 FEUF [fördraget om Europeiska unionens funktionssätt] att medlemsstaterna, vid införlivandet av ett direktiv, är skyldiga att säkerställa direktivets fulla verkan, samtidigt som de förfogar över ett betydande utrymme för skönmässig bedömning avseende valet av tillvägagångssätt för att säkerställa direktivets genomförande. Den friheten inverkar inte på skyldigheten för varje medlemsstat till vilken direktivet är riktat att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att direktivet får full verkan i överensstämmelse med det syfte som det eftersträvar.*”⁸³ (Vår understrykning.)

155. EU-domstolen klargör således med all önskvärd tydlighet att det är den nationella rätten som måste anpassas efter unionsrättens krav och inte tvärtom som Ei påstår.
156. Vidare ska framhållas att det inte har någon betydelse i vilken utsträckning den berörda medlemsstaten anser att de nationella bestämmelserna tillgodoser direktivets ”syfte”.
157. Såsom EU-domstolen konstaterade i mål C-274/08, *Kommissionen mot Sverige*, får en medlemsstat inte frångå direktivets uttryckliga bestämmelser och detta alldeles oavsett om medlemsstaten själv anser att syftet med direktivet kan uppnås på annat sätt:

”*Det ska påpekas att även om ett införlivande eller en tolkning av en direktivsbestämmelse som en viss medlemsstat förespråkar gör det möjligt att, kanske rentav bättre, uppnå vissa av syftena med direktivet, får medlemsstaterna inte frångå direktivets uttryckliga bestämmelser.*”⁸⁴ (Vår understrykning.)

158. I sitt resonemang om Eis ”oberoende” framför Ei ytterligare ett antal ovidkommande och/eller felaktiga påståenden.

⁸¹ Bilaga 1, stycke 63.

⁸² Yttrandet s. 10.

⁸³ Bilaga 1, stycke 37.

⁸⁴ Mål C-274/08, *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2009:673, stycke 33.

159. Ei anför att ”[d]et är också viktigt att komma ihåg att bestämmelsen är utformad för hela EU, där många länder har ett helt annat system för myndighetsutövning än vad Sverige har” och att ”Sverige är ett av få länder i Europa som har ett förbud mot ministerstyre vid myndighetsutövning mot enskild i enskilda fall.”⁸⁵ Eis påstående är helt ovidkommande. Som tydligt framgått ovan gör det tredje elmarknadsdirektivet ingen åtskillnad mellan ”instruktioner i det enskilda fallet” och ”generella instruktioner”.
160. Ei anför att ”[i] Danmark fastställs t.ex. WACC i författning på ett betydligt mer direkt sätt än i Sverige.”⁸⁶ Detta mål avser inte regleringen i Danmark. Huruvida Danmark bryter mot det tredje elmarknadsdirektivet eller inte är helt ovidkommande för den prövning som ska göras i detta mål.
161. Ei anför:
- ”Elmarknadsdirektivet ligger numera till grund för huvudparten av bestämmelserna i ellagen och som nämnts tidigare är ellagen en ramlag och många av bestämmelserna finns i förordningsform. Den tolkning som elnätsföretagen förespråkar skulle få långtgående konsekvenser för Ei:s uppdrag som tillsynsmyndighet, och ett stort antal författningar och regler som gäller för elmarknaden skulle inte längre få tillämpas.”⁸⁷*
162. Påståendena är oriktiga. Det krav på marknadsmässig avkastning som föreskrivs i ellagen 5 kap 1 § är tillräckligt tydligt. Begreppets innebörd har dessutom vid flera tillfällen utvecklats och fastställts i domstolspraxis vilket i sig visar att bestämmelsen kan tillämpas utan den detaljreglering som sker genom Förordningen. Ett bifall till elnätsföretagens talan skulle inte heller innebära att ”ett stort antal författningar och regler som gäller för elmarknaden skulle inte längre få tillämpas” som Ei påstår. Ett sådant bifall skulle endast innebära att de regler i Förordningen som är föremål för elnätsföretagens talan inte får tillämpas. Den enda ”långtgående konsekvensen” av detta är att Ei härigenom skulle återfå sitt uppdrag att, oberoende av regeringens instruktioner, besluta om metoder för beräkning av elnätsföretagens tariffer på det sätt som föreskrivs i det tredje elmarknadsdirektivet.
163. Ei anför att
- ”[d]et bör också särskilt påpekas att elmarknadsdirektivet inte säger någonting om att det inte får finnas regler (eller detaljerade regler) om fastställande av intäktsramar i nationell rätt.”⁸⁸*
164. Uttalandet är direkt felaktigt. Som framgår av uttryckliga föreskrifter enligt artikel 35.4 b (ii) i det tredje elmarknadsdirektivet är det förbjudet för en regering att utfärda

⁸⁵ Yttrandet s. 7.

⁸⁶ Yttrandet s. 7.

⁸⁷ Yttrandet s. 7.

⁸⁸ Yttrandet s. 7.

instruktioner avseende sådana uppgifter som enligt direktivet uteslutande ankommer på regleringsmyndigheten. I dessa uppgifter ingår att fastställa tariffer och beräkningsmetoder. Detta har också bekräftats i EU-domstolens praxis.

165. Ei anför:

”Vidare ska säkerställas att tillsynsmyndighetens personal och de personer som ansvarar för dess ledning agerar oberoende av marknadsintressen och inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller något annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter.

Tillsynsmyndigheten ska således utöva sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. Ei är som en förvaltningsmyndighet juridiskt och funktionellt oberoende av andra offentliga och privata enheter. Förvaltningsmyndigheters oberoende säkerställs i Sverige genom 12 kap. 2 § regeringsformen. I denna bestämmelse stadgas att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag.”⁸⁹

166. Dessa uttalanden återspeglar tydligt att Ei bygger sin argumentation på att Ei uppfyller kraven på oberoende enligt svenska konstitutionella och förvaltningsrättsliga principer. Uttalandena saknar därför relevans. Det förhållandet att Ei uppfyller de svenska kraven på oberoende innebär självklart inte att det står Sverige fritt att bryta mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på regleringsmyndighetens oberoende. Till skillnad från svensk rätt gör det tredje elmarknadsdirektivet ingen åtskillnad mellan ”instruktioner i det enskilda fallet” och ”generella instruktioner”. Båda typerna av instruktioner är förbjudna om de avser sådana uppgifter som uteslutande ankommer på regleringsmyndigheten.

167. Ei sammanfattar sin genomgång av olika svenska konstitutionella och förvaltningsrättsliga regler enligt följande:

”Den ovanstående genomgången visar att elmarknadsdirektivets krav på tillsynsmyndighetens oberoende är uppfyllt i Sverige. Med oberoende i direktivets mening avses således att myndigheten och personalen är självständiga i förhållande till andra organ, och att ingen kan ge ”direkta anvisningar” till myndigheten. I Sverige finns, som redogjorts för ovan, ett omfattande regelverk för att säkerställa detta. Svenska myndigheters oberoende behandlas även på lika sätt inom andra områden där EU-rätten ställer krav på tillsynsmyndigheters oberoende, såsom konkurrensområdet (se t.ex. Ds 2020:3 s. 82 ff). Elnätsföretagens påstående om att Ei inte skulle vara oberoende är därför helt obefogat.”⁹⁰

168. Ellevio framhåller åter att Ei möjligen kan vara ”oberoende” i svensk statsrättslig bemärkelse. Men en myndighet som begränsas till att vara ”regeringens räknemaskin”

⁸⁹ Yttrandet s. 8.

⁹⁰ Yttrandet s. 9.

är givetvis inte oberoende i den mening som föreskrivs i det tredje elmarknadsdirektivet och som fastställts i tydlig praxis från EU-domstolen.

169. Ei påstår:

”Det kan i detta sammanhang också nämnas att de regler som finns i intäktsramsförordningen om hur intäktsramen ska beräknas ger utrymme för att använda många olika metoder och beräkningssätt. En intäktsram kan således fastställas på olika sätt utan att beräkningen i sig kan sägas strida mot förordningen. Ei har således ett stort bedömningsutrymme kvar även när intäktsramsförordningens principer tillämpas. Regeringen kan således inte på något sätt påverka Ei:s beslut om intäktsramar.”⁹¹

170. Eis påståenden är uppenbarligen felaktiga. Genom den detaljreglering som sker genom Förordningen kan inte Ei använda ”många olika metoder” eller ”beräkningssätt” utan är vid fastställandet av kalkylräntan bunden av Förordningens ordalydelse. Detta har Ei dessutom bekräftat i sitt beslut. Ifråga om till exempel beräkningen av tillgångsbeta har Ei uttryckligen förklarat att Ei inte kan göra en justering av observationer eftersom det inte ”överensstämmer [...] med ordalydelsen i förordningen i denna del”.⁹² Ei har på motsvarande sätt hänvisat till Förordningens ordalydelse i andra delar av beslutet.⁹³

171. Ei har inte heller något ”stort bedömningsutrymme”. Som tidigare framhållits är det påstådda ”utrymme” inte större än att dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan långt innan Ei fattat beslut om intäktsramar för den aktuella tillsynsperioden kunde uttala att ”[m]ed de nya bestämmelserna kommer elnätsavgifterna sänkas med upp till 21 procent för kunder som i dag har höga elnätsavgifter”.⁹⁴ Anledningen till att Baylan kunde göra detta uttalande är givetvis att Förordningen i detalj dikterar för Ei hur elnätsföretagens avkastning ska beräknas. Med andra ord, att Ei genom Förordningen begränsas till att vara ”regeringens räknemaskin”.

6.7 Förordningen är avsedd att inskränka domstolsprövningen till att kontrollera om Ei ”räknat rätt”

172. I fråga om det förhållande att Förordningen kraftigt beskär domstolarnas möjligheter att överpröva Eis beslut om intäktsramar anför Ei:

”Ei ställer sig frågande till denna invändning särskilt med tanke på de överklaganden som Elnätsföretagen nu kommit in med. Ei:s beslut om intäktsramar är överklagbara i sin helhet, och det är också det som elnätsföretagen nu gjort. De har till och med överklagat och ifrågasatt intäktsramsförordningens giltighet, vilket domstolen nu har att pröva. Det kan knappast bli mer uppenbart att rätten till

⁹¹ Yttrandet s. 9.

⁹² Bilaga 7 till Eis beslut ”Kalkylränta för elnätsföretag”, s. 10.

⁹³ Se exempelvis också Bilaga 7 till Eis beslut ”Kalkylränta för elnätsföretag”, s. 9 vad avser ”globalt aktiemarknadsindex”.

⁹⁴ Se Överklagandet stycke 123.

domstolsprövning och möjligheten att överklaga Ei:s beslut är tillgodosedda. Intäktsramsförordningen har ingen påverkan på detta.”⁹⁵

173. Ei påstår således att myndigheten har svårt att förstå Ellevios invändning att Förordningen väsentligt inskränker rätten till domstolsprövning av Eis beslut om intäktsram. Enligt Ei innebär Ellevios överklaganden av Eis beslut i sig att rätten till domstolsprövning är tillgodosedd. Förordningen skulle därför inte inskränka denna rättighet.⁹⁶
174. Ei påstår också att omständigheterna i den numera avgjorda fördragsbrotttalan mot Ungern, mål C-771/18, inte är jämförbara med svenska förhållanden. Ei tycks därför mena att Ellevios framställning i styckena 303–309 i Överklagandet inte är relevant.⁹⁷
175. Mot bakgrund av Eis påståenden bör det understrykas att avgörande för bedömningen av om Ellevio har rätt till domstolsprövning av Eis beslut är vilken prövning domstolen kan göra, inte om Ellevio har möjlighet att lämna in ett överklagande. Det framgår av Ellevios redogörelse av kravet på rätt till domstolsprövning i styckena 413–444 i Överklagandet att elnätsföretag måste kunna överklaga alla delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive de metoder och parametrar som är avgörande för myndighetens beräkning av intäktsramarna. Denna slutsats följer inte bara av bestämmelser i det tredje elmarknadsdirektivet, utan även av EU-fördragen, Stadgan och grundläggande EU-rättsliga principer.
176. Efter att Ellevio ingett Överklagandet, har EU-domstolen den 16 juli 2020 meddelat dom i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern*, ECLI:EU:C:2020:584, Bilaga 2.
177. Målet avsåg den fördragsbrotttalan som Ellevio redogjort för i styckena 303–309 i Överklagandet. I målet hade domstolen att ta ställning till den förordning som fastställer tillämpliga nättariffer och om den normprövning av den ungerska författningsdomstolen som en bedömning av förordningens giltighet är begränsad till uppfyller det tredje elmarknadsdirektivets krav på rätt till domstolsprövning och EU-rättens krav på ett effektivt rättsskydd.
178. I EU-domstolens avgörande framgår det tydligt att kravet på domstolsprövning innebär att alla delar av regleringsmyndighetens beslut, dvs. inklusive de metoder och parametrar som är avgörande för myndighetens beräkning av intäktsramarna, måste kunna överprövas:

”Vad gäller rätten till domstolsprövning framgår det av fast rättspraxis att för att ett sådant organ ska kunna avgöra en tvist om rättigheter och skyldigheter enligt unionsrätten med iakttagande av artikel 47 i stadgan krävs det att det har

⁹⁵ Yttrandet s. 9.

⁹⁶ Yttrandet s. 9.

⁹⁷ Yttrandet s. 10.

*behörighet att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid det [...].*⁹⁸ (Vår understrykning.)

179. Mot denna bakgrund var det uppenbart för EU-domstolen att den normprövning som ungersk rätt medger inte uppfyllde det unionsrättsliga kravet på rätt till domstolsprövning.⁹⁹
180. I sammanhanget förtjänar det att understrykas att, tvärtemot vad Ei gör gällande, omständigheterna i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern*, är fullt jämförbara med svenska förhållanden. Inte heller Förordningen lämnar något utrymme för regleringsmyndigheten (dvs. Ei) eller domstolarna att göra en individuell bedömning av de parametrar som ska beaktas vid beräkningen av kalkylräntan.¹⁰⁰ Som Ellevio konstaterat i stycke 414 i Överklagandet begränsas därmed 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 laglighetsprövning och inte den domstolsprövning som unionsrätten kräver.
181. I både Ungern och Sverige inskränks således domstolsprövningen till en normkontroll i förhållande till en högre stående rättskälla och omfattar inte ”*alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta*”, såsom rätten till domstolsprövning kräver. Avgörandet i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern*, illustrerar därför väl varför en sådan laglighetsprövning som är resultatet av Förordningens detaljreglering inte är förenlig med unionsrätten.
182. En ”rätt” att lämna in ett meningslöst överklagande – meningslöst eftersom utgången i målet är given på förhand då de parametrar och metoder som ska prövas fastställts genom en förordning och därför inte får prövas av domstolen – utgör självklart inte någon rätt till domstolsprövning i EU-rättens mening.
183. Som vidare framgår i styckena 415–416 i Överklagandet var det också regeringens uttalade syfte med detaljregleringen i Förordningen att begränsa rätten till domstolsprövning. Dåvarande samordnings- och energiminister Ibrahim Baylan uttalade i augusti 2018 att regeringen genom den nya regleringen (dvs. Förordningen) ”*minskar [...] risken för långdragna domstolsprocesser kring elnätsavgifterna*”.¹⁰¹
184. Sammanfattningsvis kan det konstateras att den inskränkning av rätten till domstolsprövning som Förordningen medför strider mot unionsrätten.

⁹⁸ Bilaga 2, stycke 64. Kravet på att alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta ska kunna prövas är samstämmigt med det krav på domstolsprövning som Europadomstolen uttalat i rättspraxis (Europadomstolens dom av den 17 december 1996 i mål nr 20641/92 *Terra Woningen mot Nederländerna*, stycke 52). Se vidare i stycke 249-254 nedan.

⁹⁹ Bilaga 2, stycke 65.

¹⁰⁰ Avsnitt VI.2.3 i Överklagandet.

¹⁰¹ Pressmeddelande från Miljödepartementet, Statsrådsberedningen ”*Regeringen skärper regleringen av elnätsavgifterna*”, 15 augusti 2018. Se stycke 416 i Överklagandet.

6.8 Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivets krav på tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar

185. Ei påstår att resultatet av den beräkning som myndigheten gjort och som utmynnat i de beslut som är föremål för den pågående processen rymms ”*väl inom den avkastning som ellagen anger*”.¹⁰²
186. Ei påstår dessutom att elnätsföretagen ”*får täckning för sina investeringar*” genom den reglering av intäktsramarna som återfinns i Förordningen. Ei hävdar att dessa regler ”*sätter inte upp några hinder för elnätsföretagen vad gäller investeringar utan de får täckning för sina kapitalkostnader.*”¹⁰³
187. Ei påstår vidare att i
- ”5 kap. 1 § ellagen anges att en nätverksamhet ska ha en bestämd intäktsram som behövs för att täcka kostnader för driften av en nätverksamhet, täcka avskrivningar och ge en sådan avkastning på kapitalbasen som behövs.”¹⁰⁴ (Vår understrykning.)*
188. Ei hävdar att elnätsföretagen redan idag får ”*den ersättning för investeringar som de behöver för att bedriva sin verksamhet*”. Ei anför slutligen att elnätsföretagen får bestämma på egen hand vilka investeringar som görs och att Förordningen ersätter dessa.¹⁰⁵
189. Eis påståenden är oklara. Enligt Ei ska intäktsramen ge en sådan avkastning ”*som behövs*”. Samtidigt tycks Ei påstå att intäktsramen är tillräckligt stor om elnätsföretagen ”*får täckning för sina investeringar*”, detta utan att Ei närmare förklarar vad som åsyftas med uttalandet.
190. Ei underlåter dock att beakta de krav som unionsrätten ställer på intäktsramens storlek.
191. Som framhålls i stycke 476 i Överklagandet föreskriver artikel 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet 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*”.¹⁰⁶

¹⁰² Yttrandet s. 6.

¹⁰³ Yttrandet s. 10.

¹⁰⁴ Yttrandet s. 10.

¹⁰⁵ Yttrandet s. 10.

¹⁰⁶ Som framgår i stycke 476 i Överklagandet har även EU-domstolen framhållit kravet på att överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder utformas på så sätt att det gör det möjligt för elnätsföretagen att investera i elnäten (mål C-274/08 *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2009:673, stycke 29).

192. I detta sammanhang bör det erinras om att en jämförelse mellan olika språkversioner visar att investeringarna inte enbart ska göra det möjligt att säkra nätens funktion, utan att det är nätens livskraft/livsduglighet/ekonomiska bärkraft som ska säkras.¹⁰⁷
193. Artikel 37.6 a har i Sverige implementerats genom 5 kap 1 § ellagen (tidigare 5 kap 6 § ellagen).
194. 5 kap 1 § punkt 3 föreskriver att intäktsramarna ska 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.”
195. Bestämmelsen motsvarar de krav som följer av det tredje elmarknadsdirektivet. ”Nödvändiga investeringar” enligt direktivet möjliggörs just om elnätsföretagen erhåller en sådan avkastning som behövs för att i konkurrens med alternativa placeringar med motsvarande risk få tillgång till kapital för investeringar. Detta innebär att avkastningen måste vara marknadsmässig. Om avkastningen inte är marknadsmässig kommer ”marknaden” att söka andra placeringar. Elnätsföretagen kommer då inte att få tillgång till det kapital som behövs för nödvändiga investeringar.¹⁰⁸
196. Eis (oklara) påstående om att det är tillräckligt om elnätsföretagen ”får täckning för sina investeringar” strider således både mot det tredje elmarknadsdirektivet och ellagen. Om regelverket inte medger en marknadsmässig avkastning, utan endast ”ger pengarna tillbaka”, kommer nödvändiga investeringar inte att göras.
197. Tvärtemot vad Ei hävdar strider Förordningen mot de krav som det tredje elmarknadsdirektivet och ellagen ställer på intäktsramens storlek. Eis påstående att Förordningen tillåter elnätsföretagen att själva bestämma vilka investeringar som ska göras saknar i detta sammanhang helt relevans.
198. Utöver de krav på intäktsramens storlek som föreskrivs i det tredje elmarknadsdirektivet, måste även förordningarna 714/2009 och 2019/943 beaktas.
199. Som Ellevio framhållit i styckena 485–492 i Överklagandet står en intäktsram som inte kraftfullt främjar investeringar i elnäten i strid med kravet i artikel 14.2 i Förordning 714/2009. De intäktsramar som fastställts enligt Förordningen uppfyller inte detta krav.
200. I detta sammanhang förtjänar jämförelsen mellan Eis beslut om intäktsramar för elnätsföretagen och gasnätsföretagen att uppmärksammas.
201. Det framgår av styckena 501–506 i Överklagandet att det regelverk som styr elnätsföretagens verksamhet i stora avseenden är likartat det som gäller för gasnätsföretagens verksamhet. De respektive nationella regleringsmyndigheternas

¹⁰⁷ Jämför de engelska, franska, tyska, spanska och italienska versionerna av artikel 37.6 a. Se Överklagandet stycke 474.

¹⁰⁸ Se vidare styckena 468–483 i Överklagandet.

uppgift att fastställa tariffer eller beräkningsmetoder i enlighet med artikel 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet respektive artikel 41.6 a i det tredje gasmarknadsdirektivet är i sak identiska.

202. Som Ellevio framhåller i stycke 508 i Överklagandet bekräftas det nära sambandet mellan el- och gasnätsregleringen också i rättspraxis. I sitt avgörande avseende elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2016–2019 konstaterade kammarrätten, som ovan noterats, 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.¹⁰⁹ Kammarrätten gjorde liknande uttalanden avseende det nära sambandet mellan el- och gasnätsregleringen i sina avgöranden gällande naturgasföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2015–2018.¹¹⁰
203. Såvitt avser tillsynsperioden 2019–2022 fastställde Ei kalkylräntan för gasnätsföretagen till 6,52 procent. Som framgår av redogörelsen i avsnitt 6.5.5 ovan baserade Ei uttryckligen sina beslut på gällande domstolspraxis. När det till exempel gäller den riskfria räntan förklarade Ei att myndigheten med hänsyn till praxis inte hade ”något annat val än att använda den s.k. BNP-metoden”¹¹¹ och fastställde med denna utgångspunkt den riskfria räntan till 4 procent.
204. Med tillämpning av Förordningens detaljreglering fastställde Ei en kalkylränta om 2,16 procent för elnätsföretagen. I enlighet med Förordningens föreskrifter fastställde Ei den riskfria räntan till 0,90 procent.
205. Skillnaden i Eis bedömning av elnätsföretagens respektive gasnätsföretagens avkastning framstår som uppenbart orimlig. Särskilt märklig är den skilda bedömningen ifråga om den riskfria räntan eftersom denna inte är en branschspecifik parameter vid beräkningen av en kalkylränta. Det förhållandet att Ei, med hänvisning till praxis, fastställde den riskfria räntan till 4 procent för gasnätsföretagen och en relativt kort tid senare fastställde samma parameter till 0,90 procent för elnätsföretagen, illustrerar tydligt den mycket dramatiska inverkan som Förordningen har vid beräkningen av kalkylräntan för elnätsföretagen.
206. Sammanfattningsvis kan konstateras att Förordningen strider mot kravet på marknadsmässig avkastning i artikel 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet och 5 kap 1 § ellagen.

¹⁰⁹ Kammarrättens i Jönköpings beslut i mål nr 7-17 m.fl.

¹¹⁰ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 429-16, s. 11.

¹¹¹ Se Bilaga 4 till Eis beslut ”Fastställande av intäktsram enligt naturgaslagen”, ”Kalkylränta för tillsynsperioden 2019-2022”, s.7.

6.9 Pågående processer inom EU

207. Under rubriken ”pågående processer inom EU”¹¹² kommenterar Ei kortfattat de fördragsbrottsmål vid EU-domstolen mot Tyskland, Ungern och Belgien som Ellevio beskrivit i styckena 286–335 i Överklagandet.

Mål C-718/18 avseende Tyskland

208. I fråga om fördragsbrottstalan mot Tyskland anför Ei bland annat följande.

”Som regeringen anför i interventionen till EU-domstolen kan regler som är antagna genom demokratiska processer inte likställas med otillåtna ”direkta anvisningar” till en myndighet (interventionsyttrandet finns i bilaga till elnätsföretagens överklagande).”¹¹³

209. Eis påstående att ”regler som är antagna genom demokratiska processer inte [kan] likställas med otillåtna ’direkta anvisningar’ till en myndighet” är ovidkommande.
210. Som Ellevio framhållit framgår det tydligt av det tredje elmarknadsdirektivet att en medlemsstat under inga omständigheter får inskränka den nationella regleringsmyndighetens befogenheter att fastställa metoder för beräkning av tariffer. Detta grundläggande krav för den inom EU gemensamma elmarknaden är resultatet av ett omfattande lagstiftningsarbete på EU-nivå där folkvalda representanter i EU-parlamentet samt ministerrådet beslutat om de rättigheter och skyldigheter som fastslås i det tredje elmarknadsdirektivet. Direktivet har således tillkommit genom den demokratiska process som gäller enligt unionsrätten.
211. Unionsrätten har företräde framför nationell rätt. En otillåten ”instruktion” är otillåten oavsett om den tillkommit inom ramen för en ”demokratisk process” eller inte. Det står självklart inte den svenska riksdagen fritt att anta en lag som strider mot Sveriges bindande EU-rättsliga åtaganden. Lika lite står det – som i förevarande fall – den svenska regeringen fritt att anta en förordning som strider mot Sveriges EU-rättsliga åtaganden. Alldeles oavsett om Förordningen tillkommit genom en svensk demokratisk process så ger detta således inte något utrymme för att anta regler som strider mot unionsrätten.
212. Ei anför vidare:
- ”Utan kompletterande nationella bestämmelser skulle det vara svårt för Ei att utföra sitt uppdrag, särskilt som direktivet helt saknar bestämmelser om hur tariffer eller metoder för att beräkna dessa ska fastställas. [...] Alternativet till detta är att tillsynsmyndigheten ges total frihet att besluta om alla principer och beräkningar för intäktsramarna och att det sedan är upp till nationell domstol att efter*

¹¹² Yttrandet avsnitt 3.3.4.

¹¹³ Yttrandet s. 11.

överklagande avgöra nivån på intäktsramarna, utan att ha en enda materiell lagregel att göra denna bedömning utifrån.”¹¹⁴

213. Uttalandet framstår som märkligt redan mot bakgrund av att Ei tidigare fastställt intäktsramar för två tillsynsperioder (för både elnäts- och gasnätsföretagen) utan att påstå att Ei skulle haft svårt att utföra sitt uppdrag. Påståendet om att Ei, i avsaknad av reglering motsvarande den som nu finns i Förordningen, skulle ha ”total frihet” att besluta om intäktsramarna ”utan att ha en enda materiell lagregel att göra denna bedömning utifrån” är ogrundat. Den ”materiella lagregeln” finns i artikel 37.6 a i det tredje elmarknadsdirektivet och 5 kap 1 § ellagen. Varken Ellevio eller, såvitt känt, något annat elnätsföretag, har ifrågasatt denna materiella lagregel. Domstolarna har också utvecklat en fast och tydlig praxis baserad på bestämmelsen (dvs. dess motsvarighet i den tidigare 5 kap 6 § ellagen).
214. Ei anför att ”[d]et finns [...] betydande skillnader i den svenska och tyska lagstiftningen.”¹¹⁵
215. Eis konstaterande är korrekt. Som Ellevio redan framhållit är den svenska regleringen betydligt mer detaljerad och långtgående än den tyska regleringen. Den svenska regleringen företer i stället betydande likheter med den reglering som prövades och förbjöds av EU-domstolen i det i sammanhanget centrala avgörandet i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*.

Mål C-771/18 avseende Ungern

216. När det gäller fördragsbrottstalan mot Ungern som Kommissionen väckte i juli 2018 anför Ei:
- ”Till stöd för sin argumentation hänvisar elnätsföretagen till det pågående målet i EU-domstolen gällande Ungern, mål C-771/18. Omständigheterna i det målet är dock inte jämförbara med svenska förhållanden. I Ungern bestäms tarifferna direkt i en förordning, och förordningen kan endast prövas av en författningsdomstol. I Sverige fastställer Ei intäktsramarna och Ei:s beslut kan bli föremål för prövning i sin helhet av domstol.”¹¹⁶*
217. Som Ellevio redogjort för i styckena 176–181 ovan har EU-domstolen den 16 juli 2020 meddelat dom i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern* (Bilaga 2).
218. I EU-domstolens avgörande framgår det tydligt att rätten till domstolsprövning innebär att en domstol ”har behörighet att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid [domstolen]”.¹¹⁷ Således måste alla delar av regleringsmyndighetens beslut, inklusive de metoder och parametrar som är avgörande

¹¹⁴ Yttrandet s. 11.

¹¹⁵ Yttrandet s. 11.

¹¹⁶ Yttrandet s. 10.

¹¹⁷ Bilaga 2, stycke 64.

för myndighetens beräkning av intäktsramarna, kunna överprövas för att kravet på domstolsprövning ska vara uppfyllt.

219. Tvärtemot vad Ei påstår är omständigheterna i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern*, fullt jämförbara med svenska förhållanden. I både Ungern och Sverige inskränks domstolsprövningen till en normkontroll i förhållande till en högre stående rättskälla och omfattar således inte ”*alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta*”, såsom rätten till domstolsprövning kräver. Målet illustrerar följaktligen väl varför en sådan laglighetsprövning som är resultatet av Förordningens detaljreglering inte är förenlig med unionsrätten.

6.10 Det pågår ett fördragsbrottsärende mot Sverige

220. Som Ellevio anför i Överklagandet pågår det för närvarande ett fördragsbrottsärende mot Sverige.¹¹⁸
221. I detta avseende hävdar Ei:
- ”Elnätsföretagen anför att det pågår ett fördragsbrottsärende mot Sverige. Detta påstående är direkt felaktigt. Det som hänt är att elnätsföretagen genom sin branschorganisation har gjort en anmälan till kommissionen om att de anser att Sverige bryter mot elmarknadsdirektivet genom att ha bestämmelser om intäktsramarna i intäktsramsförordningen. Efter detta har viss skriftväxling skett mellan kommissionen och regeringen. Såvitt Ei känner till har kommissionen inte heller vidtagit några ytterligare åtgärder med anledning av anmälan. Att elnätsföretagen har gjort en anmälan till kommissionen kan därför inte ges någon betydelse för frågan om intäktsramsförordningen strider mot elmarknadsdirektivet.”*¹¹⁹
222. Ei menar således att Ellevios beskrivning av att det pågår ett fördragsbrottsärende mot Sverige skulle vara ”*direkt felaktigt*”. Ei påstår vidare att elnätsföretagen genom sin branschorganisation gjort en ”*anmälan*” till Kommissionen om att de anser att Sverige bryter mot det tredje elmarknadsdirektivet och att det härefter endast skett ”*viss skriftväxling*” mellan Kommissionen och regeringen.¹²⁰
223. Ei hävdar vidare att elnätsföretagens klagomål till Kommissionen inte kan ges någon betydelse för frågan om Förordningen strider mot det tredje elmarknadsdirektivet.¹²¹
224. Förutom att Ei försöker bagatellisera Kommissionens fördragsbrottsärende mot Sverige på ett sätt som visar att Ei inte tillgodogjort sig betydelsen av den kritik som Kommissionen riktar mot Sverige, är Eis påståenden felaktiga och missvisande.
225. Som framgår av Bernitz och Kjellgrens beskrivning kan ett fördragsbrottsärende delas in i tre steg; (i) ett informellt administrativt förfarande, (ii) ett formellt administrativt

¹¹⁸ Se Överklagandet avsnitt V.2.6.

¹¹⁹ Yttrandet s. 11-12.

¹²⁰ Yttrandet s. 11-12.

¹²¹ Yttrandet s. 12.

förfarande och (iii) ett judiciellt förfarande.¹²² När det gäller fördragsbrottsärenden som initieras genom ett klagomål kan dessa tre steg beskrivas enligt följande:

- (i) Ett klagomål avseende unionsrättens felaktiga tillämpning inkommer till Kommissionen. Kommissionen avgör om ärendet ska avskrivas eller om det ska leda till att vidare åtgärder ska vidtas gentemot medlemsstaten. Om Kommissionen vidtar ytterligare åtgärder underrättas medlemsstaten om detta och ges tillfälle att yttra sig. Medlemsstaten ombeds också svara på eventuella frågor från Kommissionen. Denna kontakt utgör den första *informella* delen av det administrativa förfarandet och syftar framförallt till att övertyga den berörda medlemsstaten att själv vidta nödvändiga åtgärder för säkerställa att dess lagstiftning är förenlig med EU-rätten.¹²³
- (ii) När den informella delen av fördragsbrottsärendet är klar, kan Kommissionen välja att antingen utfärda en *formell underrättelse*, vilket innebär att ett *överträdelseförfarande* i enlighet artikel 258.1 FEUF (fördraget om Europeiska unionens funktionssätt) inleds mot den aktuella medlemsstaten, eller avskriva ärendet utan vidare åtgärder. Den formella underrättelsen innebär att den *formella* delen av det administrativa förfarandet inleds.
- (iii) Om Kommissionen anser att den berörda medlemsstaten inte inom angiven tid vidtar de åtgärder som den anser nödvändiga kan Kommissionen inleda en *fördragsbrottstalan* vid EU-domstolen i enlighet med artikel 258.2 FEUF. En fördragsbrottstalan markerar inledningen av det judiciella tredje steget i fördragsbrottsärendet.

226. Ellevio har i styckena 317–326 i Överklagandet beskrivit Kommissionens inställning till genomförandet av det tredje elmarknadsdirektivet i Sverige. Som framgår av denna beskrivning lämnade elnätsföretagen in ett klagomål till Kommissionen den 8 november 2018. Ärendet gavs ärendenummer CHAP(2018)03671.
227. Kommissionen har härefter beslutat om att vidta åtgärder och underrättat den svenska regeringen härom, vilket har resulterat i ett utbyte av skrivelser mellan Kommissionen och den svenska regeringen.
228. Kommissionen har således inlett den första, *informella*, delen av ett fördragsbrottsärende mot Sverige.
229. Ellevio har aldrig påstått att steg (ii) eller (iii) i förfarandet, dvs. den formella delen av ett fördragsbrottsärende, inletts. Ellevio har således inte påstått att det inletts ett *överträdelseförfarande* enligt artikel 258.1 FEUF (steg (ii)) och inte heller har Ellevio påstått att det inletts någon *fördragsbrottstalan* enligt artikel 258.2 FEUF (steg (iii)) mot Sverige. Följaktligen har Ellevio inte heller använt någon av dessa termer i samband med beskrivningen av det ärende som nu pågår.

¹²² Bernitz, U. och Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), 2018, s. 221-222.

¹²³ Bernitz, U. och Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, (Norstedts Juridik, sjätte upplagan), 2018, s. 221-222.

230. Tvärtom har Ellevio i Överklagandet istället avsiktligt använt det allmänna begreppet ”fördragsbrottsärende”; detta just för att framställningen inte skulle kunna missförstås på det sätt Ei nu ändå gör i Yttrandet.
231. Eis påstående om att det skulle vara ”direkt felaktigt” att det pågår ett ”fördragsbrottsärende mot Sverige” är således helt ogrundat.
232. Det ska avslutningsvis framhållas att betydelsen av att den informella delen av fördragsbrottsärendet inletts inte kan reduceras till att enbart utgöra ”viss skriftväxling” mellan Kommissionen och den svenska regeringen som Ei försöker göra i Yttrandet.
233. Som framgår av ovanstående utgör denna informella del tvärtom ett viktigt första steg i ett fördragsbrottsärende eftersom det bland annat syftar till att övertyga den berörda medlemsstaten att själv vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att dess lagstiftning är förenlig med EU-rätten (vilket den svenska regeringen, trots Kommissionens tydliga kritik, valt att inte göra i detta fall). Detta första steg ligger vidare till grund för Kommissionens beslut huruvida den formella delen ska inledas genom utfärdandet av en formell underrättelse och är således avgörande för fördragsbrottsärendets fortsatta handläggning.

7 Nergelius utlåtande

234. Som påpekats inledningsvis förefaller Ei inte ha bett Nergelius ta del av Ellevios överklagande. Oaktat detta kommenterar Ellevio i det följande vissa av de uttalanden Nergelius gör i den andra delen av sitt utlåtande rubricerat ”EU-rättsliga frågor”.
235. I en första del kommenterar Nergelius ”[f]rågan om myndigheters självständighet”.
236. Nergelius anför:
- ”Därutöver hävdar dock även klagandena och särskilt Eon att intäktsramsförordningen innebär att EMI inte har en tillräckligt självständig ställning enligt EU:s elmarknadsdirektiv (2009/72). Detta direktiv innehåller onekligen regler om det oberoende som måste tillkomma de nationella tillsynsmyndigheterna, främst i artiklarna 35-37. Dessa ganska långa artiklar ska inte genomgå i detalj här, men några allmänna iakttagelser ska göras.”¹²⁴*
237. Nergelius förklarar således att han inte ”i detalj” går igenom de ”ganska långa artiklarna” rörande regleringsmyndighetens oberoende. Det är emellertid just en sådan detaljgenomgång som visar att kraven på regleringsmyndighets oberoende har den innebörd som Ellevio beskrivit i Överklagandet. Med en sådan detaljgenomgång hade Nergelius inte kunnat dra de uppenbart oriktiga slutsatser som han gör i sitt utlåtande.

¹²⁴ Nergelius Utlåtande s. 6.

238. Det är också tydligt att Nergelius inte har gått igenom EU-domstolens avgörande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*. Vid en sådan genomgång framgår tydligt att Nergelius påståenden och slutsatser är felaktiga.
239. Nergelius anför:
- ”Till att börja med märks då att direktivet inte tycks innehålla något förbud mot detaljerade regler om eller för fastställande av intäktsramar i nationell lagstiftning som sådana, utan även det riktar in sig på tillsynsmyndigheternas oberoende i själva beslutsfattandet. När det exempelvis anges i direktivets art. 37 p. 1a att tillsynsmyndigheten (dvs EMI) är skyldig att '(F)astställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem', så är det rimligt att anta att myndigheten bör ha ett tydligt regelverk att utgå från när den fastställer olika tariffer eller metoder för deras beräkning.”*¹²⁵
240. Som Ellevio förklarat ovan innehåller det tredje elmarknadsdirektivet förbud mot just *”detaljerade regler om eller för fastställande av intäktsramar i nationell lagstiftning”* eftersom det enligt direktivet uteslutande ankommer på regleringsmyndigheten att fastställa metoder för beräkning av tariffer. Nergelius påstående att det ska finnas ett regelverk *”att utgå från när [myndigheten] fastställer olika tariffer eller metoder för deras beräkning”* missar det avgörande problemet, dvs. att metoden för beräkningen av elnätsföretagens intäktsramar nu föreskrivs i Förordningen. Det finns således inte någon metod att fastställa för Ei.
241. Nergelius påstår:
- ”Sverige är nämligen ett av få länder i Europa som har ett ovillkorligt förbud mot s.k. ministerstyre i enskilda fall, som framhållits ovan. Mot denna bakgrund framstår det som föga verklighetsförankrat att påstå att elmarknadsdirektivet ställer krav på ett fullständigt oberoende från riksdag och regering (och därmed från lagstiftning) för nationella tillsynsmyndigheter eller att EMI inte skulle agera självständigt från riksdag och regering i sitt beslutsfattande.”*¹²⁶
242. Nergelius påstår således att kravet på att regleringsmyndigheten ska vara fullständigt oberoende är *”föga verklighetsförankrat”*. Skälet till att Nergelius framför detta påstående måste vara att Nergelius – i linje med det ovan citerade uttalandet – förbigått *”detaljerna”* i det tredje elmarknadsdirektivet. Som framhållits ovan följer kravet på ett fullständigt oberoende direkt av skäl 34 till det tredje elmarknadsdirektivet, ett krav som EU-domstolen dessutom återkommit till i flera av sina avgöranden.
243. Nergelius förringar också medlemsstaternas skyldighet att följa det tredje elmarknadsdirektivets bestämmelser. Nergelius anför:
- ”Vidare är det en allmän utgångspunkt att EU-direktiv är bindande för varje medlemsstat avseende det resultat som ska uppnås, men, 'ska överlåta åt de*

¹²⁵ Nergelius Utlåtande s. 6.

¹²⁶ Nergelius Utlåtande s. 7.

nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet' (art. 288 st. 3 i EU:s funktionsfördrag). Detta innebär naturligtvis också att nationella myndigheter vid genomförandet kan anta kompletterande bestämmelser. Det är kort sagt svårt att se att Sverige bryter mot detta direktiv.”¹²⁷

244. Medlemsstaterna får själva bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet av direktiv som antas i EU. Detta innebär givetvis inte att det står medlemsstaterna fritt att anta regler som strider mot det aktuella direktivet. Här kan t ex hänvisas till EU-domstolens uttalande i mål C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky* (Bilaga 1):

”Det ska härvid erinras om att det följer av artikel 288 FEUF [fördraget om Europeiska unionens funktionssätt] att medlemsstaterna, vid införlivandet av ett direktiv, är skyldiga att säkerställa direktivets fulla verkan, samtidigt som de förfogar över ett betydande utrymme för skönmässig bedömning avseende valet av tillvägagångssätt för att säkerställa direktivets genomförande. Den friheten inverkar inte på skyldigheten för varje medlemsstat till vilken direktivet är riktat att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att direktivet får full verkan i överensstämmelse med det syfte som det eftersträvar.”¹²⁸ (Vår understrykning.)

245. Tvärtemot vad Nergelius påstår är det således uppenbart att medlemsstaterna vid genomförandet av ett direktiv inte får avvika från de krav som följer av direktivet. Nationella bestämmelser som inskränker ett direktivs fulla verkan är inte tillåtna.
246. Nergelius påstår vidare att Förordningen och dess tillämpning av Ei inte strider mot unionsrättens krav på rätt till domstolsprövning.¹²⁹
247. I likhet med Ei synes Nergelius mena att eftersom elnätsföretagen nu överklagat de beslut som Ei fattat så måste kraven på domstolsprövning i artikel 37.16 och 37.17 i det tredje elmarknadsdirektivet vara uppfyllda.¹³⁰
248. Som Ellevio anför ovan måste bedömningen av rätten till domstolsprövning avgöras av vilken prövning en domstol har möjlighet att göra, inte av om Eis beslut kan överklagas.
249. Som också nämns ovan begränsas i praktiken förvaltningsrättens prövning till att endast kontrollera om Eis beslut fattats i enlighet med Förordningen, dvs. om Ei ”räknat rätt”. Detta motsvarar en sorts laglighetsprövning och inte en sådan domstolsprövning som unionsrätten kräver.
250. Nergelius kommentar avseende Europakonventionen är mycket begränsad. Utlåtandet beaktar exempelvis inte Stadgans förhållande till Europakonventionen. Som Ellevio förklarar i styckena 438–441 i Överklagandet måste artikel 47.2 i Stadgan avseende rätten till en rättvis rättegång ges (åtminstone) samma innebörd och räckvidd som artikel 6.1 i Europakonventionen.

¹²⁷ Nergelius Utlåtande s. 7.

¹²⁸ Bilaga 1, stycke 37.

¹²⁹ Nergelius Utlåtande, s. 8.

¹³⁰ Nergelius Utlåtande, s. 8.

251. 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"*).¹³¹ 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.¹³²
252. Det ska i sammanhanget också framhållas att justitierådet Danelius i ett särskilt yttrande i en dom från HD understrukit att en laglighetsprövning inte nödvändigtvis är förenlig med artikel 6.1 Europakonventionen. Om den aktuella tvisten innefattar element som inte kan överprövas inom ramen för en laglighetsprövning, är en sådan domstolsprövning inte förenlig med de krav som artikel 6.1 Europakonvention ställer.¹³³
253. Danelius har även konstaterat:
- "För att det i fråga om civila rättigheter och skyldigheter skall finnas en rätt till domstolsprövning som motsvarar kraven i artikel 6:1 måste i princip förutsättas inte bara att det finns möjlighet att få till stånd en sådan prövning utan också att domstolens behörighet är tillräckligt omfattande för att medge en fullständig bedömning av de civila rättigheterna och skyldigheterna."*¹³⁴
254. Med andra ord, om de metoder och parametrar som ska beaktas vid beräkningen av kalkylräntan inte kan bli föremål för domstolsprövning – vilket är ett av regeringens uttalade syften med Förordningen – är kravet på domstolsprövning i artikel 6.1 i Europakonventionen, och i artikel 47.2 i Stadgan, inte uppfyllt.
255. I detta sammanhang kan åter framhållas att EU-domstolen i den nyligen meddelade domen mot Ungern i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern* (Bilaga 2), underströk att kravet på rätten till domstolsprövning innebär att en domstol *"har behörighet att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid [domstolen]"*.¹³⁵ Som också framgår i redogörelsen ovan illustrerar målet väl varför en sådan laglighetsprövning som är resultatet av Förordningens detaljreglering inte är förenlig med unionsrätten.
256. Tvärtemot vad Nergelius gör gällande medger inte dessa krav att rätten till domstolsprövning är begränsad till en laglighetsprövning på sätt som nu blir fallet.
257. I övrigt framför Nergelius olika påståenden som i allt väsentligt sammanfaller med vad Ei själv anfört i Yttrandet. I dessa delar hänvisar Ellevio således till vad som anförts ovan.

¹³¹ Europadomstolens dom av den 17 december 1996 i mål nr 20641/92 *Terra Woningen mot Nederländerna*, stycke 52.

¹³² Europadomstolens dom av den 22 november 1995 i mål nr 19178/91 *Bryan mot Förenade konungariket*, stycke 45.

¹³³ Högsta domstolens dom av den 1 december 1993 i mål nr Ö1013-91, NJA 1993 s. 653.

¹³⁴ Danelius, H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, (Norstedts juridik, femte upplagan), 2015, s. 204.

¹³⁵ Bilaga 2, stycke 64.

8 Förhandsbesked

258. Ei gör gällande att om förvaltningsrätten skulle komma till slutsatsen att Förordningen innebär en inskränkning av kravet på Eis oberoende, rätten till domstolsprövning eller tariffer som möjliggör nödvändiga investeringar bör domstolen ”*beakta den betydelse som förfarandet med förhandsavgörande från EU-domstolen har för uttolkningen av EU-rätten och nationella domstolars skyldighet att hänskjuta frågor dit*”.¹³⁶
259. Med anledning av Eis inställning till begäran om förhandsavgörande får Ellevio framföra följande.
260. En nationell domstol får begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande avseende en unionsrättslig fråga som uppkommit om svaret på frågan är nödvändigt för att döma i saken.¹³⁷ Som framgår av artikel 267.3 FEUF är det dock endast en domstol i sista instans som har en *skyldighet* att begära ett förhandsavgörande gällande en sådan fråga.
261. Det följer av väletablerad rättspraxis från EU-domstolen att grunden för skyldigheten att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen bortfaller om någon av följande tre omständigheter föreligger:
- (i) Om den fråga som uppkommit vid den nationella domstolen är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall.¹³⁸
 - (ii) Om det föreligger en rättspraxis hos EU-domstolen varigenom den ifrågavarande rättsfrågan har avgjorts.¹³⁹
 - (iii) Om den korrekta tillämpningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras.¹⁴⁰
262. Som framgått ovan och av Överklagandet är omständigheterna som EU-domstolen hade att bedöma i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, påfallande lika de förutsättningar som är relevanta i förevarande mål.
263. Det följer tydligt av EU-domstolens avgörande i mål C-474/08, *Kommissionen mot Belgien*, att en medlemsstats regering inte får reglera hur avkastningen till elnätsföretagen ska bestämmas. Det följer likaledes tydligt av EU-domstolens avgörande att de grundläggande uppgifter som den nationella regleringsmyndigheten ansvarar för enligt artikel 37.1 det tredje elmarknadsdirektivet – däribland uppgiften att fastställa eller godkänna tariffer eller metoder för beräkning av dem – inte får delas upp på olika myndigheter.

¹³⁶ Yttrandet s. 12.

¹³⁷ Artikel 267.2 FEUF.

¹³⁸ Mål C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, stycke 13.

¹³⁹ Mål C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, stycke 14.

¹⁴⁰ Mål C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, stycke 16.

264. Ellevio hänvisar här även till det nyligen meddelade avgörandet i mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern* (Bilaga 2), där domstolen, som nyss konstaterats, bland annat framhåller att domstolen måste ha ”behörighet att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid [domstolen]”.¹⁴¹
265. Följaktligen föreligger det redan en rättspraxis hos EU-domstolen som är avgörande för hur kravet på regleringsmyndighetens oberoende och kravet på att de grundläggande uppgifter som åläggs regleringsmyndigheten inte får inskränkas ska tillämpas i förevarande mål. Det finns också rättspraxis från EU-domstolen avseende kravet på rätt till domstolsprövning.
266. Förordningens bestämmelser ska således åsidosättas med stöd av någon av dessa två grunder. Det är således inte nödvändigt att begära förhandsavgörande för att förvaltningsrätten ska kunna meddela domar med anledning av elnätsföretagens överklaganden.
267. Vidare följer det av de grunder som Ellevio gör gällande i förevarande mål att den korrekta tillämpningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur de unionsrättsliga frågorna i målet ska avgöras.
268. För det fall förvaltningsrätten trots vad som anförts ovan skulle överväga att begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande hemställer Ellevio om att beredas tillfälle att inkomma med förslag på de frågor som ska ställas.
269. Slutligen ska noteras att om förvaltningsrätten skulle komma till slutsatsen att Ei ska bortse från Förordningen baserat på en icke unionsrättslig grund, så föreligger ingen möjlighet att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Som EU-domstolen framhåller i sina rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande kan EU-domstolen ”endast pröva en begäran om förhandsavgörande om unionsrätten är tillämplig i det nationella målet”.¹⁴² EU-domstolen har även i praxis understrukit att en nationell domstol endast kan begära ett förhandsavgörande om det är nödvändigt för att målet ska kunna avgöras.¹⁴³

9 Övrigt

270. Ellevio avser inte att begära muntlig förhandling.

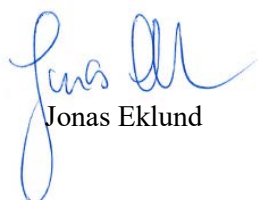
¹⁴¹ Bilaga 2, stycke 64.

¹⁴² Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande (2018/C 257/01).

¹⁴³ Mål C-338/85, *Pardini*, ECLI:EU:C:1988:194, stycke 10.

VINGE

Stockholm den 28 augusti 2020



Jonas Eklund



Carl Johan af Petersens



Martin Johansson



Helena Brännvall



Erik Lagerlöf

2020-09-01

2019-102852-0009

BILAGEFÖRTECKNING

- Bilaga 1** EU-domstolens dom i mål C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*,
ECLI:EU:C:2020:462, 11 juni 2020
- Bilaga 2** EU-domstolens dom mål C-771/18, *Kommissionen mot Ungern*,
ECLI:EU:C:2020:584, 16 juli 2020

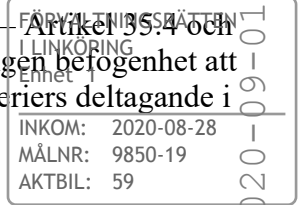
2020-09-01

2019-102852-0009

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 11 juni 2020 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Inre marknaden för el – Direktiv 2009/72/EG – Artikel 35.4 och 35.5 – Tillsynsmyndigheternas oberoende – Nationell lagstiftning som ger regeringen befogenhet att utnämna ordföranden för statens nationella tillsynsmyndighet – Nationella ministeriers deltagande i förfaranden för fastställande av tariffer”



I mål C-378/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Ústavný súd Slovenskej republiky (Republiken Slovakias författningsdomstol) genom beslut av den 23 januari 2019, som inkom till domstolen den 14 maj 2019, i ett förfarande som anhängiggjorts av

Prezident Slovenskej republiky

ytterligare deltagare i rättegången:

Národná rada Slovenskej republiky,

Vláda Slovenskej republiky,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič och C. Lycourgos (referent),

generaladvokat: M. Bobek,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Prezident Slovenskej republiky, genom Z. Čaputová,
- Slovakias regering, genom B. Ricziová, i egenskap av ombud,
- Spaniens regering, genom S. Jiménez García, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom O. Beynet, R. Lindenthal och A. Tokár, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande, följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 35.4 och 35.5 i 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 (EUT L 211, 2009, s. 55).

- 2 Begäran har framställts i ett förfarande som anhängiggjorts av Prezident Slovenskej republiky (Republiken Slovakien president) angående frågan huruvida nationella bestämmelser om utnämning och avsättande av ordföranden för Úrad pre reguláciu siet'ových odvetví (tillsynsmyndighet för nätverksindustrin, Slovakien) (nedan kallad tillsynsmyndigheten), jämförda med unionsrätten, är förenliga med den slovakiska konstitutionen samt frågan om hur företrädare för denna stats ministerier ska delta i vissa förfaranden vid denna myndighet.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I skälen 33 och 34 i direktiv 2009/72 anges följande:

- ”(33) Genom [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 (EUT L 176, 2003, s. 37)] 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.
- (34) 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. Vidare får inte den nationella lagstiftarens godkännande av tillsynsmyndigheters budget utgöra ett hinder för budgetmässig självständighet. Reglerna om tillsynsmyndighetens självständiga ansvar för genomförandet av den anslagna budgeten bör tillämpas inom ramen för nationell budgetlagstiftning och nationella budgetbestämmelser. Samtidigt som medlemsstaterna med hjälp av ett lämpligt roterande system bidrar till den nationella tillsynsmyndighetens oberoende gentemot politiska eller ekonomiska intressen, bör medlemsstaterna ha möjlighet att vederbörligen beakta de tillgängliga personella resurserna och styrelsens storlek.”

- 4 I artikel 35, med rubriken ”Tillsynsmyndigheternas utnämning och oberoende”, föreskrivs följande:

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

...

4. 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.

5. 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, och
 - b) att ledamöterna av tillsynsmyndighetens styrelse eller, om sådan inte finns, tillsynsmyndighetens högsta ledning utses för en bestämd period på mellan fem och sju år, som ska kunna förnyas en gång.

Med avseende på första stycket b ska medlemsstaterna se till att det finns ett lämpligt roterande system för styrelsen eller högsta ledningen. Styrelsens ledamöter eller, om styrelse inte finns, medlemmar av högsta ledningen kan avsättas endast om de inte längre uppfyller villkoren i denna artikel eller har gjort sig skyldiga till fel enligt nationell lag.”

- 5 I artikel 36 i nämnda direktiv, som har rubriken ”Tillsynsmyndighetens allmänna mål”, föreskrivs följande:

”När tillsynsmyndigheten utför de uppgifter som anges i detta direktiv ska den vidta alla rimliga åtgärder för att bidra till följande mål inom ramen för sina skyldigheter och befogenheter enligt artikel 37, i förekommande fall i samarbete med andra relevanta nationella myndigheter, inklusive konkurrensmyndigheterna, och utan att inkräkta på deras behörighet:

- a) I nära samarbete med byrån, andra medlemsstaters tillsynsmyndigheter och kommissionen främja en konkurrenskraftig, säker och miljömässigt hållbar inre marknad för el i gemenskapen och ett verkligt öppnande av marknaden för samtliga kunder och elhandlare i gemenskapen, och se till att det råder lämpliga villkor för att elnäten ska kunna fungera effektivt och tillförlitligt med beaktande av de långsiktiga målen.

...”

- 6 Artikel 37 i samma direktiv har rubriken ”Tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter”. I artikel 37.1 i föreskrivs följande:

”Tillsynsmyndigheten ska ha följande skyldigheter:

- a) Fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.

...”

Slovakisk rätt

- 7 Genom zákon č. 250/2012 Z.z. o regulácii v sieťových odvetviach (lag nr 250/2012 om reglering av elnätsverksamhet) införlivades direktiv 2009/72 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 direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, 2009, s. 94) med slovakisk rätt. Denna lag ändrades genom zákon č. 164/2017 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 250/2012 Z.z. o regulácii v sieťových odvetviach v znení neskorších predpisov (lag nr 164/2017 om ändring och komplettering av lag nr 250/2012 om reglering av elnätsverksamhet, i dess ändrade lydelse).

- 8 I skälen till lag 164/2017 anges följande:

”Förfarandet för att utnämna tillsynsmyndighetens ordförande har ändrats. Enligt gällande lag utnämns och avsätts tillsynsmyndighetens ordförande av Republiken Slovakiens president på förslag av Republiken Slovakiens regering. Det föreslås att regleringsmyndighetens ordförande ska utnämnas av

Republiken Slovakiens regering. Denna ändring återspeglar det faktiska ansvar som Republiken Slovakiens regering har när det gäller regleringen av elnätsverksamheten, utan att det påverkar myndighetens oberoende. Republiken Slovakiens regering har det fulla ansvaret för Republiken Slovakiens energipolitik. Republiken Slovakiens presidents befogenheter på detta område är mycket begränsade. Denna ändring återspeglar det faktiska ansvar som Republiken Slovakiens regering har när det gäller regleringen av elnätsverksamheten, utan att det påverkar myndighetens oberoende.

...

Republiken Slovakiens finansministerium och Republiken Slovakiens miljöministerium har möjlighet att, i vissa förfaranden för fastställande av tariffer, delta som parter i förfarandet vilket, i dessa förfaranden för fastställande av tariffer, ger dem en processuell möjlighet att säkerställa ett enhetligt skydd av allmänintresset.

...”

- 9 I artikel 5.1 första meningen i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, föreskrivs följande:

”Tillsynsmyndigheten förestås av dess ordförande, som utnämns och avsätts av Republiken Slovakiens regering ...”

- 10 I artikel 14.3 tredje meningen i denna lag föreskrivs följande:

”Den reglerade enhet som lägger fram förslag på tariffer deltar i förfarandet för fastställande av tariffer. När förfarandet för fastställande av tariffer inleds av tillsynsmyndigheten deltar den reglerade enhet vars tariffer ska fastställas av tillsynsmyndigheten i förfarandet. [Finansministeriet] deltar också i förfarandet för fastställande av tariffer, när det rör sig om ett förfarande för fastställande av tariffer enligt artikel 11.1 d eller artikel 11.1 e, avseende systemansvariga för regionala distributionssystem, enligt artikel 11.2 c och artikel 11.2 d, avseende systemansvariga för distributionssystem med fler än 100 000 elleveranspunkter, eller Republiken Slovakiens miljöministerium, när det rör sig om ett förfarande för fastställande av tariffer enligt artikel 11.4 a–c.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 11 Den 16 oktober 2017 väckte Republiken Slovakiens president talan vid den hänskjutande domstolen, Ústavný súd Slovenskej republiky (Republiken Slovakiens författningsdomstol) om fastställelse av att artikel 5.1 första meningen och artikel 14.3 tredje meningen i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, är oförenliga med artikel 1.1 och 1.2 i Republiken Slovakiens konstitution, jämförd med artikel 4.3 FEU och artikel 288 FEUF, på grund av att bestämmelserna i denna lag, i dess ändrade lydelse, innebär ett felaktigt införlivande av direktiven 2009/72 och 2009/73.
- 12 Enligt Republiken Slovakiens president, som, efter den 15 juni 2019, fortsatte det förfarande som inletts av dennes föregångare, uppfyller nämnda bestämmelser i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, inte kravet på att säkerställa tillsynsmyndighetens oberoende, vilken följer av artikel 35.4 och artikel 35.5 i direktiv 2009/72 och av artikel 39.4 och 39.5 i direktiv 2009/73.
- 13 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende angett att det för att kunna avgöra det mål som är anhängigt vid den är nödvändigt att definiera räckvidden av begreppet tillsynsmyndighetens oberoende, i den mening som avses i dessa direktiv. Den hänskjutande domstolen har understrukit att den, i syfte att förenkla dessa frågor, endast önskar ett svar vad avser tolkningen av direktiv 2009/72, eftersom svaret på dessa frågor kan överföras på tolkningen av direktiv 2009/73, vars relevanta bestämmelser är identiska med dem i direktiv 2009/72.
- 14 Enligt den hänskjutande domstolen har Republiken Slovakiens president, inom ramen för lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, identifierat två inskränkningar i tillsynsmyndighetens oberoende. Den första är en ändring av befogenheten att utnämna och avsätta ordföranden för denna myndighet, vilken har överförts från Republiken Slovakiens president, vilken

valts direkt av medborgarna, till den slovakiska regeringen. Det andra är att denna lag, bland de parter som är inblandade i förfarandet för fastställande av tariffer vid tillsynsmyndigheten, inkluderar företrädare för de ministerier som i samband med detta förfarande har till uppgift att tillvarata allmänintresset.

- 15 Vid nämnda domstol har den slovakiska regeringen gjort gällande att de berörda bestämmelserna i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, inte påverkar tillsynsmyndighetens oberoende, eftersom denna lag innehåller ett antal andra garantier avseende detta oberoende som inte påverkas av denna lagändring.
- 16 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att det tvivel som den hyser beträffande huruvida direktiv 2009/72 har införlivats på ett korrekt sätt förklaras av att syftet med direktivet, såsom framgår av skäl 33 i direktivet, är just att bidra till att stärka tillsynsmyndighetens oberoende, särskilt i förhållande till medlemsstaters regeringar.
- 17 Den hänskjutande domstolen anser att före den ändring som infördes genom lag nr 164/2017 stärktes nämnda oberoende genom bestämmelserna i lag nr 250/2012, vilka antagits för att införliva direktivet. Enligt lag nr 250/2012 var det nämligen inte den slovakiska regeringen utan Republiken Slovakiens president som hade befogenhet att utnämna och avsätta tillsynsmyndighetens ordförande. Vidare deltog ingen företrädare för ministerierna i förfarandet för fastställande av tariffer vid denna myndighet.
- 18 Genom lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, återställdes emellertid den situation som förelåg före införlivandet av direktiv 2009/72, vilket, i motsats till direktivets syfte, inte bidrog till att stärka tillsynsmyndighetens oberoende.
- 19 Mot denna bakgrund beslutade Ústavný súd Slovenskej republiky (Republiken Slovakiens författningsdomstol) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Kan artikel 35.4 i [direktiv 2009/72], i synnerhet mot bakgrund av skäl 33 däri, tolkas så, att den utgör hinder för att en medlemsstat, i samband med en ändring av en intern åtgärd om genomförande av nämnda direktiv, upphäver befogenheten för Republikens president, som är direkt vald av medborgarna, att utnämna och avsätta tillsynsmyndighetens ordförande, och i stället ge regeringen denna befogenhet, så att den rättsliga situation som förelåg innan direktivet införlivades återupprättas?
- 2) Kan artikel 35.5 i [direktiv 2009/72], i synnerhet mot bakgrund av skäl 34 däri, tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som, i syfte att skydda allmänintresset, tillåter ministerier att delta i förfarandet för fastställande av tariffer vid tillsynsmyndigheten?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 20 Det framgår av begäran om förhandsavgörande att de bestämmelser i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, som är i fråga i det nationella målet, innebär att de bestämmelser som var tillämpliga i slovakisk rätt när direktiv 2003/54 fortfarande gällde nu har återinförts, vad gäller utnämning och avsättande av tillsynsmyndighetens ordförande samt deltagandet av företrädare för nationella ministerier i vissa förfaranden för fastställande av tariffer. Till följd av de ändringar som infördes genom lag nr 164/2017 blev den slovakiska regeringen, i stället för Republiken Slovakiens president, behörig att utnämna och avsätta tillsynsmyndighetens ordförande. Vidare blev vissa ministerier ”parter” i nämnda förfaranden.
- 21 Eftersom direktiv 2003/54 upphävdes genom direktiv 2009/72 och eftersom ett av de angivna målen därför var att stärka de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende, kan återgången till den rättsliga situation som förelåg före sistnämnda direktiv, enligt den hänskjutande domstolen, undergräva den nationella tillsynsmyndighetens oberoende, i den mening som avses i direktiv 2009/72, medan ett korrekt införlivande av sistnämnda direktiv med slovakisk rätt var säkerställt genom lag nr 250/2012 i dess ursprungliga lydelse.

- 22 Det ska härvid påpekas att direktiv 2009/72 har som huvudsakligt syfte att åstadkomma en öppen och konkurrenskraftig inre elmarknad som gör det möjligt för konsumenter att fritt välja sina leverantörer och för dessa leverantörer att fritt tillhandahålla sina produkter till konsumenterna, främja rättvisa konkurrensvillkor på marknaden samt att säkra försörjningstryggheten och bekämpa klimatförändringar (dom av den 12 december 2019, Slovenské elektrárne, C-376/18, EU:C:2019:1068, punkt 32).
- 23 För att uppnå dessa mål har den nationella tillsynsmyndigheten enligt direktiv 2009/72 långtgående befogenheter i fråga om reglering och övervakning av elmarknaden.
- 24 Såsom anges i skäl 33 i direktivet uppmanade Europeiska rådet den 8–9 mars 2007 Europeiska kommissionen att utarbeta lagstiftningsförslag för ytterligare harmonisering av medlemsstaternas energitillsynsmyndigheters befogenheter och förstärkning av deras oberoende. Enligt skäl 34 i direktivet behöver, för att den inre marknaden för el ska kunna fungera korrekt, energitillsynsmyndigheterna kunna fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor, och de måste också vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen.
- 25 Härav följer, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, att direktiv 2009/72 syftar till att förstärka den nationella tillsynsmyndighetens oberoende i förhållande till det system som föreskrivs i direktiv 2003/54, som upphävdes genom förstnämnda direktiv. En sådan förstärkning återspeglas i bestämmelserna i kapitel IX i direktiv 2009/72, som har rubriken ”Nationella tillsynsmyndigheter”. Detta kapitel ingår bland annat artikel 35, vars tolkning efterfrågas i förevarande begäran om förhandsavgörande.
- 26 Det ska emellertid påpekas att den omständigheten, som den hänskjutande domstolen har angett, att lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, återställt den rättsliga situation som rådde i Republiken Slovakien när direktiv 2003/54 fortfarande gällde, vad gäller utnämning och avsättande av tillsynsmyndighetens ordförande samt deltagandet av företrädare för nationella ministerier i vissa förfaranden för fastställande av tariffer, inte nödvändigtvis, och enbart av detta skäl, innebär att de relevanta bestämmelserna i direktiv 2009/72 rörande nämnda myndighets oberoende utgör hinder för att tillämpa de bestämmelser i denna lag som innehåller sådana regler.
- 27 I den mån dessa bestämmelser har antagits inom ramen för den behörighet som medlemsstaterna har enligt direktiv 2009/72 och dessa regler åtföljs av de garantier avseende den nationella tillsynsmyndighetens oberoende som föreskrivs i direktivet, strider en rättslig situation där lagstiftaren i en medlemsstat har återinfört vissa regler om den nationella tillsynsmyndighetens organisation och verksamhet som var i kraft i denna medlemsstat när direktiv 2003/54 fortfarande var tillämpligt inte nödvändigtvis mot direktiv 2009/72.
- 28 Av detta följer att det, för att den hänskjutande domstolen ska kunna ges ett användbart svar inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande, ska fastställas huruvida artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser, såsom de som föreskrivs i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, och detta oberoende av svaret på frågan om de var förenliga med unionsrätten före denna lagändring.

Den första frågan

- 29 Det ska påpekas att även om den hänskjutande domstolen formellt sett har begränsat sina frågor till att avse tolkningen av artikel 35.4 i direktiv 2009/72, så utgör detta inte hinder för att EU-domstolen tillhandahåller den domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågan eller inte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2020, Caisse d’assurance vieillesse et de la santé au travail d’Alsace-Moselle, C-769/18, EU:C:2020:203, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 30 Den hänskjutande domstolen ska således anses ha ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken denna medlemsstats regering är behörig att utnämna och avsätta ordföranden för den nationella tillsynsmyndigheten.

- 31 Enligt artikel 35.4 i direktiv 2009/72 ska medlemsstaterna garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt.
- 32 Vad gäller begreppet ”oberoende”, vilket inte definieras i direktiv 2009/72, har domstolen redan slagit fast att detta begrepp, när det gäller offentliga organ, normalt betecknar en status som säkerställer att det berörda organet kan agera helt fritt utan instruktioner eller påtryckningar från de organ i förhållande till vilka oberoendet ska säkerställas (se, analogt, dom av den 13 juni 2018, kommissionen/Polen, C-530/16, EU:C:2018:430, punkt 67).
- 33 För att säkerställa ett sådant oberoende föreskrivs i artikel 35.4 a i direktiv 2009/72 att nämnda myndighet ska vara juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ. Vidare anges i artikel 35.4 b i och ii krav avseende oberoendet hos den personal och de personer som svarar för myndighetens ledning, vilka ska agera oberoende av eventuella affärsintressen och inte får vare sig begära eller ta emot direkta instruktioner från någon regering eller något annat offentligt eller privat organ vid utövandet av tillsynsuppgifter. Dessa krav innebär att den nationella tillsynsmyndigheten ska utföra sina tillsynsuppgifter utan påverkan utifrån.
- 34 För att den nationella tillsynsmyndighetens oberoende ska skyddas krävs det enligt artikel 35.5 b i direktiv 2009/72 dessutom att ledamöterna av denna myndighets styrelse eller, om sådan inte finns, myndighetens högsta ledning utses för en bestämd period på mellan fem och sju år, som ska kunna förnyas en gång. I detta sammanhang ska medlemsstaterna se till att det finns ett lämpligt roterande system för styrelsen eller högsta ledningen, varvid styrelsens ledamöter eller medlemmar av högsta ledningen kan avsättas endast om de inte längre uppfyller villkoren i nämnda artikel 35 eller har gjort sig skyldiga till fel enligt nationell lag.
- 35 För att uppfylla dessa krav ska behörigheten att utnämna och avsätta den nationella tillsynsmyndighetens styrelse eller, om sådan inte finns, myndighetens högsta ledning regleras i lag och utövas på grundval av objektiva kriterier som är klart och uttömmande uppräknade och kontrollerbara (se, analogt, dom av den 13 juni 2018, kommissionen/Polen, C-530/16, EU:C:2018:430, punkt 86).
- 36 Det ska likväl konstateras att det inte finns någon bestämmelse i direktiv 2009/72 som anger vilken eller vilka myndigheter i medlemsstaterna som ska ha till uppgift att utnämna och avsätta ledamöterna av tillsynsmyndighetens styrelse eller tillsynsmyndighetens högsta ledning, däribland myndighetens ordförande.
- 37 Det ska härvid erinras om att det följer av artikel 288 FEUF att medlemsstaterna, vid införlivandet av ett direktiv, är skyldiga att säkerställa direktivets fulla verkan, samtidigt som de förfogar över ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning avseende valet av tillvägagångssätt för att säkerställa direktivets genomförande. Den friheten inverkar inte på skyldigheten för varje medlemsstat till vilken direktivet är riktat att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att direktivet får full verkan i överensstämmelse med det syfte som det eftersträvar (dom av den 19 oktober 2016, Ormaetxea Garai och Lorenzo Almendros, C-424/15, EU:C:2016:780, punkt 29 och där angiven rättspraxis).
- 38 Under dessa omständigheter åtnjuter medlemsstaterna institutionell autonomi vid organisationen och struktureringen av sina tillsynsmyndigheter, i den mening som avses i artikel 35 i direktiv 2009/72, som emellertid ska utövas med iakttagande av de mål och de skyldigheter som fastställts i detta direktiv (se, analogt, dom av den 19 oktober 2016, Ormaetxea Garai och Lorenzo Almendros, C-424/15, EU:C:2016:780, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 39 Av detta följer att direktiv 2009/72, och i synnerhet dess artikel 35, inte förbjuder en medlemsstats regering att utnämna och avsätta ordföranden för den nationella tillsynsmyndigheten.
- 40 Denna befogenhet att tillsätta och avsätta ska emellertid utövas på ett sådant sätt att myndighetens oberoende garanteras, i den meningen att samtliga krav i artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 måste vara uppfyllda.
- 41 I förevarande fall har den slovakiska regeringen i sitt skriftliga yttrande angett att tillsynsmyndighetens oberoende säkerställs genom samtliga nationella bestämmelser om införlivande

av direktiv 2009/72 som för närvarande är i kraft. Denna regering har hänvisat till, för det första, bestämmelserna i artikel 4.2 och artikel 4.3 i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, som stadfäster tillsynsmyndighetens opartiskhet och oberoende och anger vilka organ som ingår i denna myndighet, för det andra, bestämmelserna i artikel 5 i denna lag, i dess ändrade lydelse, som bland annat reglerar utnämning, ställning, verksamhet och avsättande av ordföranden för nämnda myndighet, för det tredje, bestämmelserna i artikel 6 i nämnda lag, i dess ändrade lydelse, vilken avser tillsynsmyndighetens styrelses verksamhet, och, för det fjärde, bestämmelserna i artikel 7 i samma lag i dess ändrade lydelse, vilken reglerar utnämning och avsättande av styrelseledamöterna och övriga krav som berör dem. Det ska särskilt påpekas att tillsynsmyndighetens ordförande innehar ett mandat på sex år, att dennes lön fastställs på ett klart och transparent sätt i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, och att denne endast kan avsättas av de skäl som uttryckligen anges i denna lag.

- 42 Dessa bestämmelser i slovakisk rätt garanterar att denna medlemsstats regering inte kan utöva inflytande över tillsynsmyndighetens ordförande på ett sätt som äventyrar denna myndighets oberoende.
- 43 Det ska i detta hänseende erinras om att det, eftersom det ankommer på EU-domstolen att beakta den faktiska och rättsliga bakgrunden till tolkningsfrågan, såsom den angetts i beslutet om hänskjutande endast är mot bakgrund av de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har redogjort för som det finns anledning för EU-domstolen att besvara den fråga som ställts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 juli 2016, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, C-240/15, EU:C:2016:608, punkterna 30 och 31).
- 44 De uppgifter som lämnas i begäran om förhandsavgörande ska nämligen inte bara göra det möjligt för EU-domstolen att lämna användbara svar, utan också ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol. Det ankommer på domstolen att se till att denna möjlighet finns, eftersom det enligt denna artikel endast är begäran om förhandsavgörande som delges de berörda parterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punkt 26 och där angiven rättspraxis).
- 45 Domstolen kan således inte beakta bestämmelser i nationell rätt, såsom dem som den slovakiska regeringen har åberopat i sitt skriftliga yttrande, om den hänskjutande domstolen inte har hänvisat till dessa bestämmelser i sin begäran om förhandsavgörande. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida dessa bestämmelser gör det möjligt att säkerställa tillsynsmyndighetens oberoende, såsom krävs enligt direktiv 2009/72. Svaret på denna fråga påverkas inte av den omständigheten att direktivet, såsom framgår av punkt 39 ovan, inte förbjuder den slovakiska regeringen att utnämna och avsätta tillsynsmyndighetens ordförande.
- 46 Av det ovan anförda följer att den första frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken denna medlemsstats regering är behörig att utnämna och avsätta ordföranden för den nationella tillsynsmyndigheten, under förutsättning att samtliga krav i dessa bestämmelser är uppfyllda, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Den andra frågan

- 47 Mot bakgrund av domstolens i punkt 29 ovan nämnda praxis ska den andra frågan förstås som att den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som, i syfte att säkerställa skyddet för det allmänna samhällsintresset, föreskriver att företrädare för denna stats ministerier ska delta i vissa förfaranden vid den nationella tillsynsmyndigheten avseende fastställande av tariffer.
- 48 Det ska inledningsvis påpekas att den hänskjutande domstolen i denna fråga syftar på att företrädare för Republiken Slovakiens ekonomiministerium och miljöministerium tillåts delta i dessa förfaranden. Med förbehåll för de kontroller som det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra påpekar EU-domstolen att det framgår av begäran om förhandsavgörande att miljöministeriets deltagande endast avser förfaranden för fastställande av tariffer avseende produktion och försörjning av dricksvatten. I ett sådant fall bör bestämmelserna i direktiv 2009/72, som bland annat avser

gemensamma regler för produktion, överföring, distribution och leverans av el, samt bestämmelser om konsumentskydd i syfte att förbättra och integrera konkurrenskraftiga elmarknader i Europeiska unionen, inte tillämpas på ett sådant deltagande.

- 49 Efter denna inledande precisering ska det påpekas att nämnda fråga avser de villkor som den nationella tillsynsmyndigheten måste uppfylla för att dess oberoende med avseende på beslutsfattande ska kunna garanteras.
- 50 Det framgår härvid av artikel 35.5 a i direktiv 2009/72 att den nationella tillsynsmyndigheten ska fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ.
- 51 Såsom har påpekats i punkt 33 i förevarande dom innebär kravet att den personal och de personer som svarar för den nationella tillsynsmyndighetens ledning ska kunna agera oberoende, såsom framgår av artikel 35.4 b ii i direktiv 2009/72, att denna myndighet ska utföra sina tillsynsuppgifter utan påverkan utifrån.
- 52 Enligt denna bestämmelse påverkar emellertid inte kravet på oberoende för den personal och de personer som svarar för den nationella tillsynsmyndighetens ledning bland annat allmänna riktlinjer som antagits av den berörda medlemsstatens regering, vilka dock inte kan avse de uppgifter och tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i direktiv 2009/72. Dessa omfattar uppgifter och befogenheter avseende fastställande, godkännande och övervakning av olika taxor och priser, bland annat dem som anges i punkt 1 a i denna artikel, som består i att fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer för el eller metoder för beräkning av dem.
- 53 Det framgår nämligen av artikel 36 i direktivet att den nationella tillsynsmyndigheten, inom ramen för de uppgifter och befogenheter som anges i artikel 37 i direktivet, ska vidta alla rimliga åtgärder för att bidra till de mål av allmänintresse som räknas upp i artikel 36, däribland att främja en konkurrenskraftig, säker och miljömässigt hållbar inre marknad för el, energieffektivitet eller konsumentskydd.
- 54 Härav följer att oberoende med avseende på beslutsfattande, i den mening som avses i artikel 35.4 b ii och 35.5 a i direktivet, innebär att den nationella tillsynsmyndigheten, inom ramen för de uppgifter och tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i direktivet, fattar sina beslut självständigt, enbart på grundval av allmänintresset, för att säkerställa att de mål som eftersträvas med direktivet iakttas, utan att behöva följa några externa instruktioner från andra offentliga eller privata organ.
- 55 Det ska emellertid påpekas att artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 inte innehåller någon bestämmelse som förbjuder företrädare för nationella ministerier att delta i vissa förfaranden för fastställande av tariffer som särskilt rör tillträde till överförings- och distributionssystemet för el samt överföring och distribution av denna energi.
- 56 Av detta följer att medlemsstaterna, med hänsyn till det handlingsutrymme som de förfogar över vid fullgörandet av de skyldigheter som följer av direktiv 2009/72, vilket det erinrats om i punkterna 37 och 38 i förevarande dom, kan anta bestämmelser som möjliggör ett sådant deltagande, under förutsättning att den nationella tillsynsmyndighetens oberoende i dess beslutsfattande, i den mening som avses i artikel 35.4 och 35.5 i direktivet, fortfarande garanteras.
- 57 Den omständigheten att det i de aktuella bestämmelserna i lag nr 250/2012, i dess lydelse enligt lag nr 164/2017, föreskrivs att företrädare för nationella ministerier ska delta i vissa förfaranden för fastställande av tariffer leder således inte nödvändigtvis, och enbart av detta skäl, till att tillsynsmyndigheten inte utövar sina uppgifter vad avser fastställande av tariffer på ett självständigt sätt, i den mening som avses i direktiv 2009/72 och särskilt i artikel 35 i detta direktiv.
- 58 Den slovakiska regeringen har i detta avseende i sitt skriftliga yttrande angett att ett sådant deltagande är nödvändigt och relevant för att dessa ministerier ska informeras om förfarandena för fastställande av tariffer med hänsyn till att dessa förfaranden är av allmänt intresse för hela samhället, huvudsakligen vad gäller målen och prioriteringarna för Republiken Slovakien energipolitik.

- 59 Denna regering har tillagt att företrädarna för dessa ministerier inte har någon särskild rätt att ingripa i tillsynsmyndighetens beslut, eftersom deras deltagande i huvudsak omfattas av de allmänna förvaltningsrättsliga förfarandereglerna i slovakisk rätt. Dessa regler säkerställer nämligen att alla parter i de aktuella förfarandena kan delta aktivt i förfarandet och, följaktligen, försvara sina rättigheter och intressen, yttra sig och lägga fram förslag, avge yttranden och delta i förhandlingarna, inkomma med bevis, ta del av handlingarna, ta emot besluten och, i förekommande fall, överklaga dem till tillsynsmyndighetens styrelse och till de nationella domstolarna.
- 60 I sitt skriftliga yttrande har Republiken Slovakien president å sin sida bland annat gjort gällande att tillsynsmyndigheten, redan i den situation som rådde under lag nr 250/2012, innan den ändrades genom lag nr 164/2017, under år 2017 hade upphävt sina ursprungliga beslut till följd av påtryckningar från den slovakiska regeringen, och ersatt dem med beslut som låg i linje med den slovakiska regeringens politiska vilja.
- 61 Det ska i detta hänseende understrykas att den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande inte har tagit upp de nationella bestämmelser och bestämmelser som den slovakiska regeringen nu åberopar, vilket, såsom framgår av punkt 45 i förevarande dom, hindrar EU-domstolen från att beakta dessa bestämmelser. Den hänskjutande domstolen har inte heller lagt fram några uppgifter med avseende på den nationella tillsynsmyndighetens beslutspraxis.
- 62 För att kunna ge ett användbart svar på den andra frågan ska det emellertid påpekas, såsom kommissionen har anfört i sitt skriftliga yttrande, att artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 i förevarande fall kräver att företrädarna för de nationella ministerierna inte får använda sitt deltagande i dessa förfaranden för fastställande av tariffer i syfte att utöva påtryckningar på tillsynsmyndigheter eller att ge denna myndighet instruktioner som kan styra dess beslut inom ramen för de uppgifter och befogenheter som följer av artikel 37 i direktivet.
- 63 Även om direktiv 2009/72 inte utgör hinder för att en medlemsstats regering, bland annat genom att företrädare för dess ministerier deltar, ges möjlighet att framföra sin ståndpunkt inför den nationella tillsynsmyndigheten vad gäller det sätt på vilket den anser att denna myndighet kan beakta allmänintresset inom ramen för sina tillsynsuppdrag, så får tillsynsmyndigheten under inga omständigheter uppfatta vad som framkommer under detta deltagande – och särskilt de yttranden som dessa företrädare avger under förfarandena för fastställande av tariffer – som bindande instruktioner som myndigheten måste följa i sitt uppdrag och sitt utövande av sina befogenheter.
- 64 Bestämmelserna om att företrädare för nationella ministerier ska delta i förfaranden för fastställande av tariffer får inte heller påverka räckvidden av de beslut som tillsynsmyndigheten fattar i enlighet med de uppgifter och befogenheter som föreskrivs i artikel 37. I synnerhet får dessa regler om deltagande, när sådana uppdrag eller befogenheter kräver det, inte påverka den tvingande och direkt tillämpliga karaktären av myndighetens beslut, genom att exempelvis kräva att dessa beslut, innan de verkställs, ska godkännas eller auktoriseras av företrädarna.
- 65 Av det ovan anförda följer att den andra frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som, i syfte att säkerställa skyddet för det allmänna samhällsintresset, föreskriver att företrädare för denna stats ministerier ska delta i vissa förfaranden vid den nationella tillsynsmyndigheten avseende fastställande av tariffer, under förutsättning att samtliga krav i dessa bestämmelser är uppfyllda, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Rättegångskostnader

- 66 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 35.4 och 35.5 i 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 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken denna medlemsstats regering är behörig att utnämna och avsätta ordföranden för den nationella tillsynsmyndigheten, under förutsättning att samtliga krav i dessa bestämmelser är uppfyllda, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.**
- 2) **Artikel 35.4 och 35.5 i direktiv 2009/72 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats nationella lagstiftning som, i syfte att säkerställa skyddet för det allmänna samhällsintresset, föreskriver att företrädare för denna stats ministerier ska delta i vissa förfaranden vid den nationella tillsynsmyndigheten avseende fastställande av tariffer, under förutsättning att myndighetens oberoende vid beslutsfattande iakttas, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.**

Underskrifter

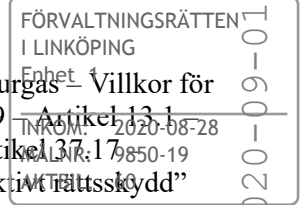
* Rättegångsspråk: slovakiska

Preliminär utgåva

DOMSTOLENS DOM (nionde avdelningen)

den 16 juli 2020 (*)

”Fördragsbrott – Inre marknader för el och naturgas – Överföringssystem för el och naturgas – Villkor för tillträde – Förordning (EG) nr 714/2009 – Artikel 14.1 – Förordning (EG) nr 715/2009 – Artikel 13.1 – Kostnader – Fastställande av avgifter för nättillträde – Direktiv 2009/72/EG – Artikel 37.17 – Direktiv 2009/73/EG – Artikel 41.17 – Nationella rättsmedel – Principen om ett effektivt rättskydd”

2020-09-01
2019-10-28 52-0009

I mål C-771/18,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 7 december 2018,

Europeiska kommissionen, företrädd av O. Beynet och K. Talabér-Ritz, båda i egenskap av ombud,

sökande,

mot

Ungern, inledningsvis företrädd av M.Z. Fehér och Z. Wagner, därefter av M.Z. Fehér, båda i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (nionde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden S. Rodin samt domarna D. Šváby och N. Piçarra (referent),

generaladvokat: E. Tanchev,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att:

- Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 14.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 714/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till systemet för gränsöverskridande elhandel och om upphävande av förordning (EG) nr 1228/2003 (EUT L 211, 2009, s. 15), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 347/2013 av den 17 april 2013 (EUT L 115, 2013, s. 39) (nedan kallad förordning nr 714/2009), samt enligt artikel 13.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 715/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till naturgasnät och om upphävande av förordning (EG) nr 1775/2005 (EUT L 211, 2009, s. 36), genom att vid fastställandet av avgifter för nättillträde inte beakta de systemansvarigas faktiska kostnader.
- Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 37.17 i 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 (EUT L 211, 2009, s. 55) samt enligt artikel 41.17 i 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 (EUT L 211, 2009, s. 94), genom

att inte införa en lämplig mekanism för att säkerställa rätten att överklaga beslut av den nationella tillsynsmyndigheten i den mening som avses i dessa bestämmelser.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning nr 714/2009

2 Skälen 3, 14 och 16 i förordning nr 714/2009 har följande lydelse:

”(3) Det finns ... för närvarande hinder för att sälja el i en annan medlemsstat på lika villkor och utan diskriminering eller andra nackdelar i gemenskapen. Framför allt finns det ännu inte något icke-diskriminerande nättillträde eller någon myndighetstillsyn som är lika effektiv i alla medlemsstater, och isolerade marknader kvarstår.

...

(14) Ett ordentligt system med långsiktiga lokaliseringssignaler är nödvändigt och bör grundas på principen att nivån på avgifterna för nättillträde bör återspegla den balans mellan produktion och förbrukning i det berörda området som skapas på grundval av en differentiering av producenternas och/eller konsumenternas nättillträdesavgifter.

...

(16) En fungerande konkurrens på den inre marknaden för el förutsätter icke-diskriminerande och transparenta avgifter för användningen av nät och de sammanlänkande ledningarna i överföringssystemet. Den tillgängliga kapaciteten för dessa förbindelser bör vara de största möjliga som är förenliga med säkerhetsstandarderna för säker nätdrift.”

3 I artikel 11 i denna förordning föreskrivs följande:

”Kostnaderna för den verksamhet som bedrivs av [det europeiska nätverket av systemansvariga för överföringssystemen för el (Entso)] för el och som avses i artiklarna 4–12 och i artikel 11 i förordning (EU) nr 347/2013 ska bäras av de systemansvariga för överföringssystemen och tas med i avgiftsberäkningen. Tillsynsmyndigheterna ska godkänna dessa kostnader endast om de är rimliga och proportionerliga.”

4 I artikel 14 i denna förordning föreskrivs följande:

”1. De avgifter som tas ut av nätoperatörerna för tillträde till näten ska vara transparenta, beakta behovet av nadsäkerhet och spegla de faktiska kostnaderna, i den mån dessa kostnader motsvaras av effektiva och strukturellt jämförbara nätoperatörers kostnader, samt tillämpas på ett icke diskriminerande sätt. Avgifterna får inte vara avståndsrelaterade.

2. 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.

3. När avgifterna för nättillträde fastställs, ska följande beaktas:

a) Betalningar och intäkter som uppstår på grund av kompensationsmekanismen mellan de systemansvariga för överföringssystemen.

b) Både faktiska betalningar som gjorts och mottagits, och betalningar som förväntas för kommande tidsperioder, som beräknas på grundval av tidigare perioder.

...”

Förordning nr 715/2009

5 I skälen 7 och 8 i förordning nr 715/2009 anges följande:

”(7) Det måste anges enligt vilka kriterier avgifterna för nättillträde fastställs, så att det säkerställs att de fullt ut följer principerna om icke-diskriminering, uppfyller behoven för en väl fungerande inre marknad, tar full

hänsyn till systemets funktionsduglighet och återspeglar de faktiska kostnaderna, i den utsträckning dessa kostnader motsvaras av sådana som effektiva och strukturellt jämförbara nätoperatörer har och är transparenta, samtidigt som en rimlig avkastning på investeringar tillgodoses, vid behov med hänsyn till tariffjämförelser av tillsynsmyndigheterna.

- (8) Vid beräkning av tariffer för tillträde till nät är det viktigt att ta hänsyn till såväl faktiska kostnader, i den utsträckning dessa kostnader motsvaras av sådana som effektiva och strukturellt jämförbara nätoperatörer har och är transparenta, som till behovet av rimlig avkastning på investeringar och incitament till att uppföra ny infrastruktur, bland annat särskilda bestämmelser för nya investeringar enligt direktiv 2009/73/EG. I detta avseende, särskilt om verklig konkurrens råder mellan olika delar av systemet, kommer myndigheternas jämförelser mellan tarifferna att vara relevanta.”

- 6 I artikel 11 i denna förordning föreskrivs följande:

”Kostnaderna för den verksamhet som bedrivs av Entso för gas och som avses i artiklarna 4–12 ska bäras av de systemansvariga för överföringssystemen och tas med i avgiftsberäkningen. Tillsynsmyndigheterna ska godkänna dessa kostnader endast om de är rimliga och proportionerliga.”

- 7 I artikel 13.1 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”De tariffer, eller de metoder som används för att beräkna dem, vilka tillämpas av systemansvariga för överföringssystem och har godkänts av tillsynsmyndigheterna enligt artikel 41.6 i direktiv 2009/73/EG, samt de tariffer som offentliggjorts enligt artikel 32.1 i det direktivet ska vara transparenta, ta hänsyn till systemets funktionsduglighet och förbättring och återspegla de faktiska kostnaderna, i den utsträckning kostnaderna motsvaras av de kostnader som effektiva och strukturellt jämförbara nätoperatörer har och är transparenta, samtidigt som en rimlig avkastning på investeringar tillgodoses och vid behov tariffjämförelser av tillsynsmyndigheterna beaktas. Tarifferna eller de metoder som används för att beräkna dem ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.

...”

Direktiv 2009/72

- 8 Artikel 1 i direktiv 2009/72 har följande lydelse:

”I detta direktiv fastställs gemensamma regler för produktion, överföring, distribution och leverans av el, samt bestämmelser om konsumentskydd, i syfte att förbättra och integrera konkurrensutsatta elmarknader i gemenskapen. Det innehåller regler för elsektorns organisation och funktion, öppet tillträde till marknaden, kriterier och förfaranden som ska tillämpas för anbud, för beviljande av tillstånd och för driften av system. Det fastställer även krav på samhällsomfattande tjänster och elkonsumenters rättigheter och klargör konkurrenskraven.”

- 9 I artikel 37 i detta direktiv föreskrivs följande:

”1. Tillsynsmyndigheten ska ha följande skyldigheter:

- a) fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem.

...

6. 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

- 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,

...

8. När det gäller fastställande eller godkännande av tariffer eller metoder och av balanstjänsterna ska tillsynsmyndigheterna säkerställa att de systemansvariga för överförings- och distributionsfen både på kort och lång sikt ges lämpliga incitament att öka effektiviteten, främja integrationen av marknaden och säkra leveranser samt stödja forskningsverksamheten på området.

...

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

Direktiv 2009/73

10 Artikel 1.1 i direktiv 2009/73 har följande lydelse:

”I detta direktiv fastställs gemensamma regler för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas. Det innehåller regler om naturgassektorns organisation och funktion, tillträde till marknaden och de kriterier och förfaranden som ska tillämpas vid beviljande av tillstånd för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas samt drift av system.”

11 I artikel 41 i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. Tillsynsmyndigheten ska ha följande skyldigheter:

a) Fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoderna för beräkning av dem.

...

6. 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

a) anslutning och tillträde till nationella nät, inbegripet överförings- och distributionstariffer, samt villkor och tariffer för tillträde till [anläggningar för kondenserad naturgas (LNG-anläggningar)]; dessa tariffer eller metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten och LNG-anläggningarna kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens och LNG-anläggningarnas funktion på längre sikt,

...

8. När det gäller fastställande eller godkännande av tariffer eller metoder och av balanstjänster ska tillsynsmyndigheterna säkerställa att de systemansvariga för överförings- och distributionssystemen både på kort och lång sikt ges lämpliga incitament att öka effektiviteten, främja integrationen av marknaden och säkra leveranser samt stödja forskningsverksamheten på området.

...

17. Medlemsstaterna ska se till att det finns lämpliga mekanismer på nationell nivå som ger den part som berörs av ett beslut fattat av tillsynsmyndigheten rätt att överklaga till ett organ som är oberoende av de berörda parterna och av någon regering.”

Ungersk rätt

Ellagen

12 I artikel 178 SZ i 2007 års lag nr LXXXVI om elektricitet (nedan kallad ellagen) föreskrivs följande:

”1. Vid faktureringen får innehavare av tillstånd enligt denna lag och innehavare av ett tillstånd för privatlinjetrafik inte på sina avtalskunder övervältra kostnader som är hänförliga till den skatt på finansiella transaktioner (nedan kallade transaktionskostnader) som nämnda innehavare ska betala enligt 2012 års lag nr CXVI om skatt på finansiella transaktioner. Transaktionskostnaderna kan följaktligen inte direkt eller indirekt tas med i priset för den vara eller tjänst som ovannämnda innehavare tillhandahåller, och de kan inte faktureras separat, utan nämnda innehavare bär själva dessa kostnader.

2. Tillståndsinnehavare enligt denna lag får inte på sina avtalskunder övervältra den särskilda skatten på inkomster och avgiften på allmännyttiga tjänster (nedan gemensamt kallade särskilda skatter) som de ska betala enligt 2008 års lag nr LXVII om konkurrenskraft för fjärrvärme och 2012 års lag nr CLXVIII om avgift på allmännyttiga tjänster (nedan gemensamt kallade lagarna om särskilda skatter). De särskilda skatterna kan följaktligen inte direkt eller indirekt tas med i priset för den vara eller tjänst som ovannämnda innehavare tillhandahåller, och de kan inte faktureras separat. De skattskyldiga ska själva bära skattebördan, i den mening som avses i lagarna om särskilda skatter.”

Lagen om naturgasförsörjning

- 13 I artikel 103 i 2008 års lag nr XL om naturgasförsörjning (nedan kallad lagen om naturgasförsörjning) föreskrivs följande:

”...

4. Producenter och innehavare av tillstånd enligt denna lag får inte på sina avtalskunder övervältra den särskilda skatten på inkomster och avgiften på allmännyttiga tjänster (nedan gemensamt kallade särskilda skatter) som de ska betala enligt 2008 års lag nr LXVII om konkurrenskraft för fjärrvärme och 2012 års lag nr CLXVIII om avgift på allmännyttiga tjänster (nedan gemensamt kallade lagarna om särskilda skatter). De särskilda skatterna kan följaktligen inte direkt eller indirekt tas med i priset för den vara eller tjänst som ovannämnda producenter och innehavare tillhandahåller, och de kan inte faktureras separat. De skattskyldiga ska själva bära skattebördan, i den mening som avses i lagarna om särskilda skatter.

4a. Vid faktureringen får producenter och innehavare av tillstånd enligt denna lag inte på sina avtalskunder övervältra kostnader som är hänförliga till den skatt på finansiella transaktioner (nedan kallade transaktionskostnader) som nämnda producenter och innehavare ska betala enligt 2012 års lag nr CXVI om skatt på finansiella transaktioner. Transaktionskostnaderna kan följaktligen inte direkt eller indirekt tas med i priset för den vara eller tjänst som ovannämnda producenter och innehavare tillhandahåller, och de kan inte faktureras separat, utan nämnda producenter och innehavare bär själva dessa kostnader.

...”

Lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn

- 14 I artikel 7 i 2016 års lag nr LIX om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn (nedan kallad lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn) föreskrivs följande:

”I den del av ellagen som har rubriken ”Allmänna förfaranderegler för myndigheten” ska, efter artikel 168, följande artikel 168 A läggas till:

’Artikel 168 A

1) Vid fastställandet av nyttjandeavgifter, ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning och av anslutningsavgifter är det endast tillståndsinnehavaren för det berörda nätet som anses vara kund.

2) Inom 15 dagar från delgivningen av ett beslut från myndigheten om fastställande av nyttjandeavgifter, ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning och av anslutningsavgifter, kan den berörda kunden väcka talan vid förvaltningsdomstol om domstolsprövning av beslutet med avseende på dess lagenlighet genom att väcka talan mot tillsynsmyndigheten.

3) Begäran om domstolsprövning av ett beslut om fastställande av nyttjandeavgifter, ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning och av anslutningsavgifter är en extraordinär talan och den domstol som handlägger målet avgör målet senast 30 dagar efter det att nämnda begäran ingavs.

...”

- 15 I artikel 23 i lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn föreskrivs följande:

”I lagen om naturgasförsörjning ska följande artikel 129 A läggas till före rubriken ’Internationellt samarbete och förbindelser med Europeiska unionens institutioner’:

’Artikel 129 A

...

4) Inom 15 dagar från delgivningen av ett beslut av myndigheten om fastställande av nyttjandeavgifter, ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning och av anslutningsavgifter, kan den berörda kunden väcka talan vid förvaltningsdomstol om domstolsprövning av beslutet med avseende på dess lagenlighet genom att väcka talan mot tillsynsmyndigheten.

5) Begäran om domstolsprövning av ett beslut om fastställande av nyttjandeavgifter, ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning och av anslutningsavgifter är en extraordinär talan och den domstol som handlägger målet avgör målet senast 30 dagar efter det att nämnda begäran ingavs.

...’ ”

16 I artikel 29.2 i lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn föreskrivs följande: ”Följande punkter n och o ska läggas till i artikel 12 i 2013 års lag XXII om inrättande av den ungerska tillsynsmyndigheten för energi och allmännyttiga tjänster:

’[Myndighetens ordförande]

- n) antar ett beslut om avgifter för användning av elnätet och avgifter för anslutning till elnätet samt om ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning i förhållande till tillståndsinnehavarens eller användarens behov och om ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning för det fall kunden säger upp avtalet,
- o) antar ett beslut om avgifter för användning av naturgasnätet och avgifter för anslutning till naturgasnätet samt om ersättning för tjänster som utförs av en distributör med tillämpning av särskild prissättning i förhållande till tillståndsinnehavarens eller användarens behov och om ersättning för tjänster som utförs av systemansvariga med tillämpning av särskild prissättning för det fall kunden säger upp avtalet.’ ”

Lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn

17 I artikel 6.4 i 2016 års lag nr CLXXXIII om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn (nedan kallad lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn) upphävs artikel 168 A i ellagen, och genom artikel 12.3 upphävs punkterna 2–7 i artikel 129 A i lagen om naturgasförsörjning.

18 I artikel 4 i lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn föreskrivs följande:

”I [ellagen] ska följande artikel 178 U läggas till före rubriken ’Bestämmelser om ikraftträdande’:

’Artikel 178 U

1. De förordningar som anges i artiklarna 143.5-146.4 och 146 A.3 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], ska tillämpas för första gången från och med den 1 januari 2017, i syfte att fastställa de avgifter som ska betalas.
2. Beslut som offentliggörs på grundval av artiklarna 143.5, 146.4 och 146 A.3 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], ska inte träda i kraft.
3. Om ett beslut som offentliggjorts på grundval av artiklarna 143.5, 146.4 och 146 A.3 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], är föremål för domstolsprövning vid tidpunkten för ikraftträdandet av [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn] ska den domstol vid vilken talan har väckts lägga ner målet.
4. Bestämmelserna i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], ska också tillämpas på pågående förvaltnings- och domstolsförfaranden.’ ”

19 I artikel 10 i lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn föreskrivs följande:

”I kapitel XVIII i lagen om naturgasförsörjning ska följande artikel 146 M införas:

’Artikel 146 M

1. De förordningar som anges i artiklarna 104 B.4, 106.3 och 108.2 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], ska tillämpas för första gången från och med den 1 januari 2017, i syfte att fastställa de avgifter som ska betalas.

2020-09-01 10:28:53

2. Beslut som offentliggörs på grundval av artiklarna 104 B.4, 106.3 och 108.2 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn] ska inte träda i kraft.
3. Om ett beslut som offentliggjorts på grundval av artiklarna 104 B.4, 106.3 och 108.2 i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn], är föremål för domstolsprövning vid tidpunkten för ikraftträdandet av [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn] ska den domstol vid vilken talan har väckts lägga ner målet.
4. Bestämmelserna i denna lag, i deras lydelse enligt [lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn], ska också tillämpas på pågående förvaltnings- och domstolsförfaranden.’ ”
- 20 I artikel 13 i lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn föreskrivs följande:
- ”I artikel 12 n och o i 2013 års lag nr XXII om inrättande av den ungerska tillsynsmyndigheten för energi och allmännyttiga tjänster ska uttrycket ’anta ett beslut’ ersättas med orden ’anta en förordning’.”

Det administrativa förfarandet

- 21 Den 15 juli 2013 ställde kommissionen, inom ramen för EU Pilot-ärende nr 5366/13/ENER, flera frågor till Ungern angående införlivandet av direktiven 2009/72 och 2009/73 samt tillämpningen av förordningarna nr 714/2009 och 715/2009, bland annat vad gäller den icke-diskriminerande karaktären av tillträdet till nätet för tredje part, de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende, behörighet och funktion, bestämmelserna om avgifter för tillträde till näten och gränsöverskridande tillträde till nätinфраstruktur.
- 22 De nationella myndigheterna besvarade dessa frågor genom skrivelser av den 23 oktober och den 11 december 2013.
- 23 Den 27 februari 2015 sände kommissionen en formell underrättelse till Ungern, eftersom den ansåg att Ungerns svar inte hade skingrat dess tvivel om den ungerska lagstiftningens förenlighet med unionsrätten och bedömde att denna lagstiftning i många avseenden inte var förenlig med de ovannämnda direktiven och förordningarna.
- 24 Ungern besvarade den formella underrättelsen genom skrivelser av den 8 maj och den 7 juli 2015 och kompletterade de uppgifter som hade lämnats genom skrivelser av den 23 november och den 17 december 2015 samt av den 13 och den 20 maj 2016. Till sitt kompletterande svar av den 19 juli 2016 bifogade medlemsstaten lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn.
- 25 Kommissionen, som ansåg att de åtgärder som de ungerska myndigheterna hade anmält som svar på den formella underrättelsen inte hade löst alla de problem som hade tagits upp i den sistnämnda, sände den 9 december 2016 ett motiverat yttrande till Ungern, i vilket det gjordes gällande att Ungern hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 41.6 i direktiv 2009/73, artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009.
- 26 Ungern besvarade det motiverade yttrandet genom skrivelse av den 8 februari 2017.
- 27 Efter att ha undersökt detta svar bedömde kommissionen att de problem som hade konstaterats föreligga hade lösts. Med hänsyn till de ändringar som under tiden gjorts av den aktuella lagstiftningen genom lagen om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn, ansåg kommissionen emellertid att Ungern hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte inrätta en lämplig mekanism för att säkerställa rätten att överklaga den nationella tillsynsmyndighetens beslut, i den mening som avses i artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73. Den 28 april 2017 riktade kommissionen ett kompletterande motiverat yttrande till denna medlemsstat.
- 28 Genom skrivelse av den 28 juni 2017 besvarade Ungern det kompletterande motiverade yttrandet genom att hänvisa till sitt svar på det föregående motiverade yttrandet, i vilket Ungern hade angett att medlemsstaten under tiden hade gjort ändringar i lagen om naturgasförsörjning, med hänsyn till kraven i det tredje energipaketet, vilka hade trätt i kraft den 1 oktober och den 22 december 2016, och att den nationella tillsynsmyndighetens behörighet således hade anpassats så att den var förenlig med artikel 41.6 i direktiv 2009/73.
- 29 Eftersom kommissionen ansåg att Ungern inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt dels artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009, dels artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73, väckte kommissionen förevarande talan.

Prövning av talan

Den första anmärkningen: Åsidosättande av artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och av artikel 13.1 i förordning nr 715/2009

Parternas argument

- 30 Kommissionen har för det första gjort gällande att artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 fastställer principen att avgifterna för tillträde till näten ska baseras på de kostnader som de systemansvariga har och att det inte föreskrivs några begränsningar av de kostnader som ska beaktas vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten. Enligt kommissionen föreskrivs i dessa bestämmelser att dessa avgifter ska spegla samtliga kostnader som dessa systemansvariga har, i den utsträckning dessa kostnader är transparenta och motsvaras av de kostnader som effektiva och strukturellt jämförbara nätoperatörer har, medan artikel 178 SZ punkterna 1 och 2 i ellagen och artikel 103 punkterna 4 och 4a i lagen om naturgasförsörjning, som hindrar de systemansvariga från att på konsumenterna övervältra den särskilda skatten på energiöverföringssystem och skatten på finansiella transaktioner, inte gör det möjligt för den nationella tillsynsmyndigheten att, vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten, beakta kostnader som är hänförliga till dessa skatter.
- 31 Kommissionen har för det andra gjort gällande att förbudet för den nationella tillsynsmyndigheten att beakta de aktuella kostnaderna vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten inte är motiverat av något objektivt skäl. Det skäl som Ungern anförde i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar, nämligen att syftet med de omtvistade bestämmelserna är att sänka priserna på gas och el för slutkonsumenter som är bosatta i landet, är nämligen inte relevant.
- 32 Kommissionen har i detta avseende påpekat att artikel 3.8 i direktiv 2009/72 och artikel 3.4 i direktiv 2009/73 visserligen tillåter medlemsstaterna att vidta åtgärder för att skydda konsumenterna, bland annat för att bekämpa energifattigdom. De kan emellertid endast göra detta under förutsättning att sådana åtgärder inte hindrar marknaden från att fungera väl, vilket bland annat kräver att ”principen om fastställande av avgifterna för tillträde till näten” iaktas.
- 33 Vad för det tredje gäller Ungerns argument att det följer av förordningarna nr 714/2009 och 715/2009 samt direktiven 2009/72 och 2009/73 att det ankommer på den nationella lagstiftaren att vid antagandet av reglerna för fastställande av avgifter för tillträde till näten finna en lämplig balans mellan de systemansvarigas och konsumenternas motstridiga intressen, har kommissionen gjort gällande att det ”tredje energipaketet”, som antogs den 13 juli 2009 och som bland annat omfattar direktiven 2009/72 och 2009/73 samt förordningarna nr 714/2009 och 715/2009, inte ger medlemsstaterna något utrymme för skönsmässig bedömning. De systemansvarigas och konsumenternas intressen har nämligen fullt ut beaktats av unionslagstiftaren i artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och i artikel 13.1 i förordning nr 715/2009. Om avgifterna för tillträde till näten inte återspeglade de systemansvarigas samtliga kostnader skulle de således inte uppnå en rimlig nivå.
- 34 För det fjärde anser kommissionen att det, oberoende av de ekonomiska effekterna av den aktuella åtgärden, är utrett att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009. Det är således inte nödvändigt att kommissionen visar verkan av den omtvistade lagstiftningen.
- 35 Ungern har, med hänvisning till domen av den 29 november 1983, Roussel Laboratoria m.fl. (181/82, EU:C:1983:352, punkt 25), gjort gällande att den nationella lagstiftningen i fråga antogs inom ramen för medlemsstaternas självbestämmande på området för direkta skatter och att den är tillämplig på samtliga systemansvariga på ett allmänt och icke-diskriminerande sätt, med iakttagande av domstolens praxis om icke-diskriminering mellan skattebetalare. Enligt Ungern är skatten på transaktioner och inkomstskatten för energileverantörer inte relevanta vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten.
- 36 Ungern har gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig tolkning av artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 genom att varken beakta marknadsens särdrag eller syftet med och räckvidden av prisregleringen.
- 37 Ungern har i detta avseende för det första gjort gällande att nät drift är ett särskilt område på energimarknaden, där det finns ett naturligt monopol, nämligen nätet för överföring av el och nätet för överföring av naturgas. Artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 har således till syfte att hålla avgifterna för tillträde till dessa nät på en låg och skälig nivå och att minska risken för att de systemansvariga, som har monopol, missbrukar sin dominerande ställning, inbegripet genom för hög prissättning.

- 38 För det andra har Ungern gjort gällande att artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 inte innehåller några detaljerade regler eller metoder för att avgöra vilka kostnader som ska beaktas vid fastställandet av avgifterna. Enligt denna medlemsstat följer det av logiken i det system som har inrättats genom dessa förordningar liksom genom direktiven 2009/72 och 2009/73, att det ankommer på den nationella lagstiftaren att, inom de gränser som fastställs i nämnda förordningar och direktiv, bedöma intressena hos samtliga aktörer på energimarknaden, inbegripet konsumenternas intressen, samt allmänintresset, särskilt försörjningstrygghet och miljöskydd, och att på grundval av denna bedömning anta detaljerade nationella bestämmelser som är förenliga med unionsrätten.
- 39 Den nationella lagstiftningen i fråga ska säkerställa att allmänintresset av att hålla priserna på el och naturgas på en rimlig nivå för slutkonsumenter tillgodoses. Till grund härför ligger kravet på medlemsstaterna att göra en avvägning mellan, å ena sidan, de systemansvarigas intresse av att avgifterna för tillträde till näten omfattar samtliga kostnader och utgifter och, å andra sidan, konsumenters och andra systemanvändares intressen av att avgifterna för tillträde till näten ligger på en skälig nivå.
- 40 För det tredje har Ungern gjort gällande att avgifterna för tillträde till näten ska spegla de systemansvarigas kostnader på ett lämpligt sätt, i enlighet med artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009. Medlemsstaten har understrukit att kommissionen inte har påstått att avgifterna för tillträde till näten, till följd av den nationella lagstiftningen i fråga, har fastställs till en nivå som äventyrar de systemansvarigas verksamhet eller det lämpliga underhållet av systemen.
- 41 Slutligen har Ungern påpekat att det enligt domstolens fasta praxis ankommer på kommissionen att bevisa det påstådda fördragsbrottet. Kommissionen har inte angett skälen till att systemansvarigas vinster i Ungern inte kan anses vara lämpliga.

Domstolens bedömning

- 42 För att avgöra huruvida, såsom kommissionen har gjort gällande, artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 innebär att samtliga kostnader, i den mening som avses i dessa bestämmelser, inklusive de kostnader som är hänförliga till den särskilda skatten på energiöverföringssystem och skatten på finansiella transaktioner, måste beaktas av den nationella tillsynsmyndigheten vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten, ska inte bara lydelsen av dessa båda bestämmelser beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelserna ingår i (se, analogt, dom av den 3 mars 2020, X (Europeisk arresteringsorder – Dubbel straffbarhet), C-717/18, EU:C:2020:142, punkt 21 och där angiven rättspraxis).
- 43 Vad för det första gäller lydelsen av artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009, konstaterar domstolen att dessa endast allmänt anger kostnader att beakta vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten, utan att det preciseras huruvida ”alla” dessa kostnader ska beaktas av den nationella tillsynsmyndigheten.
- 44 Vad för det andra gäller det sammanhang i vilket artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 ingår, ska det påpekas att det i dessa förordningar endast anges några kategorier av kostnader som ska beaktas vid beräkningen av avgifterna för tillträde till näten. Så är bland annat fallet med kostnaderna för den verksamhet som bedrivs av Europeiska nätverket av systemansvariga för överföringssystemen för el, vilka ska vara rimliga och lämpliga (artikel 11 i förordning nr 714/2009 och artikel 11 i förordning nr 715/2009) och investeringskostnaderna för infrastruktur (artikel 14.2 i förordning nr 714/2009).
- 45 Vad för det tredje gäller de mål som eftersträvas med den lagstiftning som de aktuella bestämmelserna omfattas av, framgår det av artikel 1 i förordning nr 714/2009 och artikel 1 i förordning nr 715/2009 att dessa förordningar syftar till att fastställa icke-diskriminerande regler för tillträde till överföringssystem för el och naturgas och till att underlätta uppkomsten av öppna grossistmarknader som fungerar väl och som har en hög försörjningstrygghet.
- 46 Dessa mål kan emellertid uppnås effektivt utan att avgifterna för tillträde till näten speglar samtliga faktiska kostnader för de systemansvariga. Dessa avgifter bidrar till att uppnå sådana mål i den mån som de dels ska vara transparenta och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt på alla användare (skäl 16 och artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 samt skäl 7 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009), dels ska säkerställa en rimlig avkastning som gör det möjligt för förvaltarna att göra de investeringar som är nödvändiga för att systemen för överföring av el och naturgas ska bli lönsamma (artikel 14.1 och 14.2 i förordning nr 714/2009 samt skäl 8 och artikel 13 i förordning nr 715/2009).

- 47 Av det ovan anförda följer att kommissionens tolkning, enligt vilken artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 innebär att samtliga kostnader, i den mening som avses i dessa bestämmelser, inklusive de kostnader som är hänförliga till den särskilda skatten på energiöverföringssystem och skatten på finansiella transaktioner, måste beaktas av den nationella tillsynsmyndigheten vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten, inte kan godtas.
- 48 Denna slutsats påverkas inte av kommissionens argument att om de systemansvariga inte kan övervältra de kostnader som är hänförliga till den särskilda skatten på energiöverföringssystem och till skatten på finansiella transaktioner, kommer deras vinster inte att uppgå till en rimlig nivå. Nivån på avgifterna för tillträde till näten fastställs nämligen inte enbart på grundval av de kostnader som de systemansvariga har.
- 49 För det första framgår det av artikel 14.1 i förordning nr 714/2009 jämförd med artikel 37.6 a i direktiv 2009/72, å ena sidan, och artikel 13.1 i förordning nr 715/2009 jämförd med artikel 41.6 a i direktiv 2009/73, å andra sidan, att storleken på dessa avgifter även ska fastställas med hänsyn till de investeringar som är nödvändiga för att näten för överföring av el och naturgas ska bli lönsamma.
- 50 För det andra får de nationella tillsynsmyndigheterna, enligt artikel 37.8 i direktiv 2009/72 och artikel 41.8 i direktiv 2009/73, vid fastställandet av avgifterna för tillträde till näten föreskriva lämpliga incitament, såväl på kort som på lång sikt, för att uppmuntra systemansvariga att förbättra sina prestanda, främja marknadsintegrering och försörjningstrygghet samt stödja därmed sammanhängande forskningsverksamhet.
- 51 För det tredje framgår det av skäl 14 jämfört med artikel 14.2 och 14.3 i förordning nr 714/2009 att nivån på avgifterna för tillträde till överföringssystemen för el ska återspegla investeringskostnaderna för infrastrukturen och balansen mellan produktion och förbrukning i den berörda regionen. I detta syfte ska även nätförluster och överbelastning samt de betalningar som följer av kompensationsmekanismen mellan systemansvariga och de betalningar som faktiskt gjorts, vilka beräknats på grundval av tidigare perioder, beaktas.
- 52 Slutligen framgår det av artikel 13.1 jämförd med skälen 7 och 8 i förordning nr 715/2009 att nivån på avgifterna för tillträde till överföringssystemet för naturgas måste ge en lämplig avkastning på investeringarna och incitament att bygga ny infrastruktur och även, i förekommande fall, beakta de jämförande analyser av avgifterna som görs av tillsynsmyndigheterna.
- 53 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser kommissionens första anmärkning, vilken saknar grund.

Den andra anmärkningen: Åsidosättande av artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73

Parternas argument

- 54 Kommissionen har gjort gällande att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73 genom att inte införa en lämplig mekanism för att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel mot den nationella tillsynsmyndighetens beslut, i den mening som avses i dessa bestämmelser. Enligt kommissionen är en sådan rätt att väcka talan en naturlig följd av principen om ett effektivt domstolsskydd, vilken utgör en allmän princip i unionsrätten som stadfästs i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 55 Kommissionen har för det första påpekat att rätten att väcka talan vid förvaltningsdomstol mot den nationella tillsynsmyndighetens beslut, som nämns i artikel 168.10 i den nationella ellagen och artikel 129 i lagen om naturgasförsörjning, inte omfattar de förordningar genom vilka denna myndighet fastställer avgifterna för tillträde till näten. Dessa förordningar kan nämligen endast angripas vid Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen, Ungern), genom ett klagomål om författningsstridighet enligt artikel 26 i 2011 års lag nr CLI om författningsdomstolen. Det finns inte något annat rättsmedel för att bestrida dessa förordningar. Enligt artikel 29 i denna lag får Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen) dessutom endast pröva klagomål om författningsstridighet ”som rör en grundläggande konstitutionell fråga”.
- 56 Kommissionen har dessutom erinrat om att direktiven 2009/72 och 2009/73 har förstärkt de nationella tillsynsmyndigheternas roll genom att införa strängare krav på oberoende i förhållande till offentliga och privata enheter och genom att ge dem nya befogenheter som gör det möjligt för dem att fatta rättsligt bindande beslut på ett visst antal områden. Dessa direktiv har uppvägt nämnda myndigheters oberoende och ökade befogenheter genom bestämmelser om deras ansvar. Bland dessa bestämmelser spelar artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73 en central roll.
- 57 För det andra har kommissionen, med hänvisning till domen av den 22 maj 2003, Connect Austria (C-462/99, EU:C:2003:297, punkt 37), gjort gällande att domstolen redan, i ett mål rörande en bestämmelse som motsvarar

artikel 37.17 i direktiv 2009/72, och artikel 41.17 i direktiv 2009/73, nämligen artikel 5a.3 i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av en lämplig internationell bestämmelse för tillhandahållande av telekommunikationstjänster (EGT L 192, 1990, s. 1), fastställt att en rätt att väcka talan vid författningsdomstol som är begränsad till åsidosättanden av författningen eller ett internationellt fördrag inte kan anses utgöra en lämplig mekanism, i den mening som anses i bestämmelsen i fråga.

- 58 Kommissionen har slutligen understrukit att Ungern i sitt svar på den formella underrättelsen medgav att det var nödvändigt att avhjälpa denna situation och att medlemsstaten därefter, under år 2016, antog lagen om ändring, i harmoniseringssyfte, av lagar som reglerar energisektorn. Enligt denna lag fastställer den nationella tillsynsmyndigheten genom förordning endast principerna och ramarna för fastställande av avgifter, medan avgifterna i egentlig mening fastställs genom enskilda beslut, vilket möjliggör en fullständig domstolsprövning av dessa beslut. Enligt en senare lag, som också den antogs under år 2016, om ändring, i syfte att reglera priserna, av vissa lagar som reglerar energisektorn, fastställs avgifterna i egentlig mening numera emellertid i förordningar som antas av den nationella tillsynsmyndigheten och kan därför endast överklagas till Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen).
- 59 Ungern har gjort gällande att gällande nationell lagstiftning är förenlig med artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73 eftersom den föreskriver en möjlighet att angripa den nationella tillsynsmyndighetens förordningar vid Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen). För att fastställa avgifterna för tillträde till näten krävs nämligen att det antas en förordning och inte en individuell administrativ rättsakt.
- 60 Ungern har preciserat att den prövning som Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen) gör är begränsad till de frågor av konstitutionell karaktär som har ställts till denna domstol och de frågor som den under vissa omständigheter kan pröva ex officio.

Domstolens bedömning

- 61 Det ska inledningsvis påpekas att medlemsstaterna enligt artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73 är skyldiga att på nationell nivå införa lämpliga mekanismer som gör det möjligt för en part som lidit skada av tillsynsmyndighetens beslut att vända sig till ett organ som är oberoende av de berörda parterna och av regeringen. Ett sådant krav följer av principen om ett effektivt domstolsskydd, vilken utgör en allmän princip i unionsrätten, som har sitt ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som stadfästs i artikel 47 i stadgan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 december 2011, Chalkor/kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punkt 52).
- 62 I avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området ankommer det på varje medlemsstats interna rättsordning att ange vilka domstolar som är behöriga och att fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral, 33/76, EU:C:1976:188, punkt 5, och dom av den 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 39), utan att därigenom undergräva rätten till ett effektivt domstolsskydd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 mars 2015, E.On Földgáz Trade, C-510/13, EU:C:2015:189, punkt 50, samt dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen), C-585/18, C-624/18 et C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 115).
- 63 I ungersk lagstiftning har det visserligen införts en allmän rätt att överklaga den nationella tillsynsmyndighetens beslut till förvaltningsdomstol, närmare bestämt i artikel 168.10 i ellagen och artikel 129 i lagen om naturgasförsörjning. Vad gäller fastställandet, genom förordning, av storleken på avgifterna för tillträde till näten, vilket ska täckas av den garanti som avses i artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73, konstaterar domstolen emellertid att ett sådant fastställande, eftersom det har formen av en förordning, endast kan bli föremål för en talan vid Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen) ”som rör en grundläggande konstitutionell fråga”, i enlighet med artikel 29 i 2011 års lag nr CLI om författningsdomstolen.
- 64 Vad gäller rätten till domstolsprövning framgår det av fast rättspraxis att för att ett sådant organ ska kunna avgöra en tvist om rättigheter och skyldigheter enligt unionsrätten med iakttagande av artikel 47 i stadgan krävs det att det har behörighet att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i det mål som är anhängigt vid det (se, för ett liknade resonemang, dom av den 6 november 2012, Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, punkterna 48 och 49).
- 65 Mot bakgrund av det ovan anförda kan en talan vid Alkotmánybíróság (Författningsdomstolen), som föreskrivs i den ungerska lagstiftningen, mot den nationella tillsynsmyndighetens förordningar om fastställande av avgifter för tillträde till näten, i den mån som den är begränsad till en kontroll av att vissa delar av konstitutionell rätt har iakttagits, inte anses utgöra en lämplig mekanism, i den mening som avses i artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73.

- 66 Följaktligen ska kommissionens andra anmärkning godtas i den del den avser den begränsade möjligheten att vid domstol ifrågasätta den nationella tillsynsmyndighetens förordningar om fastställande av avgifter för tillträde till näten.
- 67 Mot bakgrund av det ovan anförda fastställer domstolen följande:
- Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.17 i direktiv 2009/73 genom att inte säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel mot den nationella tillsynsmyndighetens förordningar om fastställande av avgifter för tillträde till näten.
 - Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

- 68 Enligt artikel 138.3 i domstolens rättegångsregler ska vardera parten bära sina rättegångskostnader om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Eftersom parterna i förevarande fall ömsom har tappat målet på en eller flera punkter, ska vardera parten bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (nionde avdelningen) följande:

- 1) **Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 37.17 i 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 samt enligt artikel 41.17 i 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 genom att inte införa en lämplig mekanism för att säkerställa rätten att överklaga den nationella tillsynsmyndighetens förordningar om fastställande av avgifter för tillträde till näten.**
- 2) Talan ogillas i övrigt.
- 3) Europeiska kommissionen och Ungern ska bära sina respektive rättegångskostnader.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: ungerska.