

Remissvar angående promemorian Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet

Energiföretagen Sverige samlar och ger röst åt omkring 400 företag som producerar, distribuerar, säljer och lagrar energi. Vårt mål är att utifrån kunskap, en helhetssyn på energisystemet och i samverkan med vår omgivning, utveckla energibranschen – till nytta för alla.

Ställningstagande

Energiföretagen Sverige avstyrker förslaget till ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet ("Förslaget"). Förslaget är synnerligen bristfälligt analyserat både ur ett legalt perspektiv och beträffande dess konsekvenser, bland annat för kommande investeringar i denna för samhället så viktiga infrastruktur. Förslaget är oförenligt med såväl nationell rätt som med unionsrätten och kan inte läggas till grund för lagstiftning. Energiföretagens ställningstagande styrks av rättsutlåtanden, se bilaga 1-3.

Inledning

Domstolar har i lagakraftvunna domar slagit fast att staten, genom Energimarknadsinspektionen (Ei), fattat ett flertal beslut som stått i strid med ellagen. Genom domarna har elnätsföretagen tillerkänts såväl ökade intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 som en rätt att nyttja de underskott som uppkommit för nämnda tillsynsperiod under tillsynsperioden 2020–2023.

Kammarrättsdomarna avseende rätten att utnyttja de kvarvarande underskotten från tillsynsperioden 2012–2015 under tillsynsperioden 2020–2023 vann laga kraft den 4 mars 2019.

Miljö- och energidepartementets promemoria innehållande Förslaget är daterad den 4 april 2019. Förslaget syftar till att ändra regelverket så att elnätsföretagens underskott hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015 inte längre ska få nyttjas under tillsynsperioden 2020–2023.

Förslaget innebär att elnätsföretagen berövas de ekonomiska rättigheter som följer av lag och som företagen, i tvist med staten, har tillerkänts av domstol. Energiföretagen anser att det är synnerligen anmärkningsvärt att regeringen föreslår en lag med ett sådant syfte. Det är grundläggande att staten i en

demokratisk rättsstat respekterar och följer domstolsavgöranden, även sådana som går staten emot.

Särskilt märkligt är att promemorian synes ha som grund att regeringen tagit fram så bristfälliga lagar, i förhållande till vad de enligt egen utsago avsett, att de nu genom retroaktiv lagstiftning söker rätta till detta. Därtill kommer att regeringen närmast helt negligerat vilka konsekvenser Förslaget kan få för tilliten till statsmakten när det gäller investeringsviljan och därmed möjligheten till erforderliga investeringar kommer till stånd. Detta gäller i synnerhet för elnätsföretag, men även för tilltron till stabiliteten i långsiktig verksamhet generellt.

Förslagets utformning är oklar

Den föreslagna nya övergångsbestämmelsen har givits en oklar lydelse. Ordalydelsen skulle kunna tolkas så att underskott hänförliga till perioden 2012–2015 inte ens får utnyttjas under perioden 2016-2019. Det kan dock inte rimligen ha varit avsikten.

Nedan bortses från denna anmärkning. Synpunkterna i det följande gäller således Förslaget utifrån dess angivna syfte.

Förslaget strider mot såväl nationell rätt som unionsrätten

Förslaget strider i flera avseenden mot såväl nationell rätt som mot unionsrätten.

Egendomsskyddet

Ett egendomsskydd finns såväl i RF 2:15 som i Europakonventionen för mänskliga rättigheter ("EKMR") och EU:s rättighetsstadga. Samtliga är tillämpliga beträffande Förslaget.

Med undantag för vad som anges nedan om berättigade förväntningar saknas i promemorian helt analys av Förslagets förenlighet med egendomsskyddet.

Som framgått har elnätsföretagen enligt lag och lagakraftvunna domar rätt att skjuta fram kvarvarande underskott avseende perioden 2012-2015 till perioden 2020-2023. I sammanhanget kan konstateras att det av praxis framgår att rätten att föra vidare underskott i sig kan betraktas som en ekonomisk tillgång för elnätsföretagen (se kammarrättens dom i mål nr 3384—3386–17, s. 4).

Elnätsföretagens rätt att tillgodoräkna sig underskotten hänförliga till perioden 2012-2015 utgör en sådan ekonomisk tillgång som skyddas av EU:s rättighetsstadga och EKMR, artikel 1, protokoll nr 1 samt RF 2:15, se närmare samtliga bifogade rättsutlåtanden.

Förslaget innebär att staten avser att frånta de lagakraftvunna domarna (avseende rätten att skjuta fram underskotten för perioden 2012-2015 till perioden 2020-2023) dess effekt genom en lagändring med retroaktiv verkan.

Elnätsföretagen skulle därmed berövas grundlags- och konventionsskyddade ekonomiska rättigheter.

Inskränkningar av grundlags- och konventionsskyddade rättigheter får ske enbart i det allmännas intresse och endast om det är proportionerligt.

a) Allmänt intresse saknas

Energiföretagen menar att det inte föreligger något sådant allmänt intresse som krävs enligt konventionsrätten. Vad som enligt regeringen utgör det allmänna intresse som skulle motivera en så ingripande inskränkning som den som nu föreslås har inte närmare utvecklats i promemorian, utöver att det anges att det föreligger risk för högre nätavgifter för kunderna (promemorian s. 9).

Här bör noteras att det inom ramen för prövningen av intäktsramarna ingår att göra en avvägning av kundernas intresse av låga och stabila avgifter mot elnätsföretagens behov av en rimlig avkastning. Vid den rättsliga prövning som resulterade i intäktsramarna för perioden 2012-2015 har kundintresse således redan beaktats och tillgodosetts. Det kan redan av detta skäl inte anses utgöra ett sådant intresse som kan läggas till grund för en inskränkning av konventionsskyddade rättigheter.

Förslaget skulle därutöver leda till att konsumentintresset beaktas två gånger, dels vid fastställandet av intäktsramen, dels nu vid borttagandet av möjligheten att föra de enligt lag och domstolspraxis tillerkända beloppen för perioden 2012–2015 vidare till perioden 2020-2023. Ett sådant förfarande strider i sig mot gällande lag och praxis.

b) Förslaget är inte proportionerligt

Beräkningen av intäktsramarnas storlek och frågan om framskjutande av underskott har varit föremål för flera domstolsprocesser. I samtliga fall har staten, genom Ei, förlorat. Elnätsföretagen har inte kunnat tillägna sig de underskott som uppstod under perioden 2012-2015 under perioden 2016-2019 på grund av de felaktigt kalkylerade intäktsramarna och de domstolsprocesser som detta föranlett. Tidsfördröjningen som processerna medfört kan inte läggas elnätsföretagen till last.

Energiföretagen uppskattar de kvarvarande underskotten, hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015, för samtliga elnätsföretag till i storleksordningen 15–20 miljarder kr. Det rör sig således om betydande belopp.

Förslaget omöjliggör i praktiken ett utnyttjande av underskotten hänförliga till perioden 2012-2015. Detta utgör en oproportionerlig inskränkning av elnätsföretagens egendomsrätt och är därmed oförenligt med de krav på fri- och rättighetsinskränkande åtgärder som konventionsrätten uppställer. Förslaget strider därmed också mot RF 2:19.

Berättigade förväntningar

I promemorian tas frågan om berättigade förväntningar upp. I denna del konstaterar regeringen, utan närmare analys, att elnätsföretagen inte kan ha fått sådana förväntningar och anför särskilt:

”Det framgår tydligt av förarbetena till de aktuella bestämmelserna att regeringen förutsatt att nätföretagen inte skulle kunna samla på sig flera perioders underskott på ett sätt som påverkade intäktsramarna för tillsynsperioden 2020–2023. Det är också klart uttalat att regelverket även därefter innebär att ett nätföretag måste utnyttja ett underskott under den närmast följande tillsynsperioden och att möjligheten annars går förlorad. Mot den bakgrunden kan nätföretagen inte anses ha fått några berättigade förväntningar på att de nya bestämmelserna ska tillämpas på något annat sätt. Lagförslaget är alltså förenligt med Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga.”

Vad som anförs i denna del av promemorian står i direkt konflikt till Kammarrättens dom, i målen avseende rätten att utnyttja de kvarvarande underskotten från tillsynsperioden 2012–2015 under tillsynsperioden 2020–2023, där domstolen anförde följande:

”Liksom förvaltningsrätten anser kammarrätten att den ekonomiska begränsning för ett nätföretag som skulle ligga i att ett underskott går förlorat om det inte utnyttjas på följande period, inte kommer till uttryck i lagtexten. Lagtextens ordalydelse ger således inget stöd för ställningstagandet att ett belopp med vilket intäktsramen ökas för tillsynsperioden 2016–2019, inte kan föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023. De av Energimarknadsinspektionen åberopade uttalandena i prop. 2017/18:237 föranleder inte någon annan bedömning, eftersom de inte har föranlett någon ändring av tillämpliga bestämmelser. Överklagandet ska därför avslås.”

Av domen framgår tydligt att ordalydelsen i dåvarande 5 kap 20 § ellagen inte ger stöd för ställningstagandet att ett belopp med vilket intäktsramen ökas för tillsynsperioden 2016–2019, inte kan föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023. Detta har elnätsföretagen hela tiden hävdad. Vidare framgår av domen att Kammarrätten ansett att uttalandena i prop. 2017/18:237 inte föranleder någon annan bedömning.

Om regeringen analyserat Kammarrättens ställningstagande hade det lett fram till slutsatsen att elnätsföretagen under lång tid haft berättigade förväntningar att få föra underskotten från 2012–2015 vidare till 2020–2023.

Legalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och retroaktivitet

Legalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och grundläggande respekt för att inte lagstifta med retroaktiv verkan utgör fundamentala krav på det allmännas agerande i en rättsstat. Dessa principer uppställer bland annat krav på tillräcklig förutsebarhet om det materiella rättsläget för att enskilda ska kunna agera med en rimlig grad av säkerhet om konsekvenserna samt att enskilda ska kunna förlita sig på att beslut från behöriga instanser står fast och endast får ändras under särskilda förutsättningar och med framåtriktad verkan. Det måste understrykas att

det är särskilt viktigt att utöva återhållsamhet vad gäller lagstiftning med retroaktiv verkan som påverkar grundlagsskyddad rättighet negativt.

Energiföretagen menar att Förslaget inte respekterar ovan nämnda grundläggande principer.

Rättsutlåtanden

De närmare skälen till att Förslaget strider mot såväl nationell rätt som mot unionsrätten utvecklas i utlåtande av A1 Advokater, Bilaga 1, samt av utlåtanden av professorerna Anna Jonsson Cornell respektive Jane Reichel, Bilaga 2 och 3.

Konsekvensanalys

Promemorians konsekvensanalys

Konsekvensanalysen i promemorian är närmast obefintlig. I promemorian framförs ståndpunkten att det i princip inte är nödvändigt med någon konsekvensanalys utöver den som gjordes i prop. 2017/18:237 s 76–79. På sid 78 anges beträffande utnyttjande av underskott följande:

”Förslagen om att elnätsföretagen inte längre kommer att vara skyldiga att lämna förslag till intäktsram, att Energimarknadsinspektionen alltid ska ompröva intäktsramen efter tillsynsperiodens slut och att ett underskott från en tillsynsperiod ska kunna rullas över under de två efterkommande tillsynsperioderna är administrativa lättnader och fördelar för elnätsföretagen.”
(vår understrykning)

Mot bakgrund av att Förslaget innebär att underskott inte får överföras i två tillsynsperioder, trots att domstol slagit fast att så ska få ske, framstår det som oerhört egendomligt att promemorian hänvisar till ovan angiven konsekvensanalys som utgår från att man får överföra underskott i två perioder.

Det är i grunden fel att hänvisa till tidigare konsekvensanalyser och ta som utgångspunkt att Förslaget endast bekräftar vad Ei och regeringen tidigare felaktigt förutsatt om rättsläget. Tvärt om mot vad som anges i promemorian borde en noggrann konsekvensanalys ha gjorts som tydligt redovisar hur Förslaget faktiskt påverkar gällande rättsläge och vad ändringen får för konsekvenser.

Efter kammarrättens dom (beträffande rätten att skjuta fram överskott avseende perioden 2012-2015 till perioden 2020-2023) är det direkt missvisande att, som görs i promemorian, presentera ellagens innebörd som oklar och promemorians förslag som enbart ett förtydligande. Promemorians förslag avser att ändra ett klart och i domstol fastlagt rättsläge.

Promemorians avsnitt om konsekvenser berör inte de ekonomiska konsekvenser Förslaget får för elnätsföretagen (på annat sätt än att ange att intäktsramarna för perioden 2020-2023 utan den föreslagna ändringen kan bli betydligt större). Inte

heller berörs effekterna av att, med endast några få månader kvar av innevarande tillsynsperiod, ändra förutsättningarna för att nyttja intäktsramar.

Den konsekvensanalys som gjorts i promemorian får mot bakgrund av vad som ovan anförts anses vara så ofullständig och bristfällig att det redan av detta skäl är olämpligt att lägga promemorian till grund för lagstiftning.

Erforderlig konsekvensanalys enligt Energiföretagen

Sveriges både växer och ställer om för att nå målet om nettonollutsläpp av växthusgaser 2045. Inom regeringens initiativ Fossilfritt Sverige har elektrifiering lyfts fram som en central pusselbit. Det pågår en elektrifiering av fordonsflottan, en omställning inom tillverkningsindustrin och en etablering av nya elintensiva industrier och verksamheter såsom datacenter. En ökad elektrifiering innebär dessutom oftast en energieffektivisering i sig. Sverige har därtill en snabb befolkningstillväxt och därmed behov av nya bostadsområden och företag, som alla kräver tillgång till el. Samtidigt är energisystemet under omställning med ökad förnybar elproduktion i kraftsystemet, ökade behov av efterfrågefleksibilitet och ökad energieffektivisering.

En förutsättning för att lyckas med elektrifieringen och landets tillväxt är ett väl utbyggt och underhållet, flexibelt elnät. Elnäten i Sverige byggdes överlag på 1960-70-talet och är i stora behov av upprustning. Därtill måste elnätet förstärkas och byggas ut. Detta sammantaget kräver enorma investeringar.

Med beaktande av de utmaningar som beskrivits ovan är det absolut nödvändigt att en konsekvensanalys beskriver vad Förslaget leder till sett ur ett investeringsperspektiv för elnätsföretagen och för Sveriges möjligheter att nå uppsatta mål om fossilfrihet och omställning av energisystemet.

En konsekvensanalys utifrån faktiska förhållanden skulle enligt Energiföretagen ha visat att underskotten för samtliga elnätsföretag, hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015, uppgår till storleksordningen 15–20 miljarder kr. Den skulle vidare ha visat att Förslaget medför att det i praktiken blir omöjligt för elnätsföretagen att hinna anpassa sin planering och sina avgifter i tid och att Elnätsföretagen således inte kommer att kunna tillgodoräkna sig nyss nämnda belopp. Då det rör sig om stora belopp och då avkastningsräntan kommer att halveras för perioden 2020-2023 är det naturligt att detta kommer att påverka investeringarna starkt negativt för i vart fall den kommande tillsynsperioden. Detta samtidigt som det i flera delar av Sverige råder kapacitetsbrist i elnäten, vilket kan hämma samhällsutvecklingen och den omställning som krävs.

Avslutande kommentar

Förslaget leder till att de elnätsföretag som valt att inte utnyttja tillerkänd intäktsram för perioden 2012-2015 straffas betydligt hårdare än de elnätsföretag som i stor utsträckning utnyttjat sin intäktsram och höjt tarifferna. Detta är tvärt emot de ambitioner som regeringen tidigare deklarerat.

Förslaget riskerar också att kraftigt skada tilltron till statsmakternas förmåga att skapa långsiktigt stabila förutsättningarna för investeringar. Detta innebär att risken att investera i nätverksamhet ökar markant, vilket kan leda till ett mer kortsiktigt agerande från elnätsföretagen. I slutändan riskerar detta att drabba både kunder och samhälle eftersom viktig infrastruktur kräver långsiktiga och stabila förutsättningar.



Pernilla Winnhed

VD, Energiföretagen Sverige



Ronald Liljegren

Chefsjurist, Energiföretagen Sverige



Datum: 14 maj 2019

Från: A1 Advokater KB
Advokat Torgny Wetterberg
Advokat Kristoffer Ribbing

Till: Energiföretagen Sverige – Swedenergy – AB
Attn: Ronald Liljegren

Ämne: Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram
för nätverksamhet

Innehåll

1.	A1 ADVOKATERS UPPDRAG.....	3
2.	DEN FÖRESLAGNA LAGÄNDRINGEN.....	3
3.	EFFEKTEN AV DEN FÖRESLAGNA LAGÄNDRINGEN	3
4.	RELEVANTA LAGRUM I ELLAGEN	4
4.1	Intäktsramarnas beräkning – Intäktsramen ska täcka skäliga kostnader och ge rimlig avkastning	4
4.2	Hantering av underskott (outnyttjad del av en intäktsram).....	4
5.	HISTORISKA FAKTA.....	5
5.1	Twister om intäktsramarna för tillsynsperioden 2012–2015	5
5.2	Ei:s beslut hänförligt till underskotten för tillsynsperioden 2012–2015.....	6
6.	ANALYS AV LAGFÖRSLAGET	7
6.1	Allmän kommentar.....	7
6.2	Karaktären på den rättighet som lagförslaget berövar elnätsföretagen	7
6.3	Egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF	9
6.4	Egendomsskyddet i Artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR.....	10
6.4.1	Existerande egendom i EKMR:s mening.....	11
6.4.2	Andra tillgångar i EKMR:s mening	11
6.4.3	Det föreslagna lagförslaget undanröjer rättsverkningarna av en lagakraftvunnen dom	13
6.5	Egendomsskyddet i Artikel 17 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.....	13
6.6	Frågan om proportionalitet.....	14
7.	ANALYS AV LAGFÖRSLAGETS KONSEKVENSER	15
7.1	2 kap 19 § RF – Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med EKMR.....	15
7.2	11 kap. 14 § RF – Lagprövning.....	16
7.3	3 kap. 4 § Skadeståndslagen – Skadeståndsskyldighet för staten.....	16
7.4	Artikel 17 EU-stadgan ger rätt till rättmätig ersättning i rätt tid.....	17
8.	SAMMANFATTNING.....	18

1. A1 ADVOKATERS UPPDRAG

A1 Advokater har blivit ombedda av Energiföretagen att lämna kommentarer till Miljö- och energidepartementets promemoria av den 4 april 2019 – "Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet".

Denna PM innehåller bedömningar som inte utgör garantier.

2. DEN FÖRESLAGNA LAGÄNDRINGEN

Förslaget till lagändring syftar till en ändring av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2018:1448) om ändring i ellagen (1997:857). De befintliga fem (5) övergångsbestämmelserna föreslås kompletteras med en ny sjätte (6) bestämmelse som enligt förslaget ska få följande lydelse:

6. När 5 kap. 27–29 §§ tillämpas för första gången ska det vid beräkningen av intäktsramen för den tillsynsperiod som avvikelser avser inte tas hänsyn till om nätkoncessionshavarens samlade intäkter från nätverksamheten har varit mindre än intäktsramen för en tidigare tillsynsperiod.

Lagändringen föreslås träda i kraft den 1 januari 2020.

3. EFFEKTEN AV DEN FÖRESLAGNA LAGÄNDRINGEN

Genom domar som vann laga kraft den 23 mars 2015 fastslogs att Ei:s beslut rörande elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 stod i strid med lag. Domarna innebar att elnätsföretagen enligt 5 kap. 6 § ellagen var berättigade till avsevärt större intäktsramar än vad Ei beslutat om.

Genom domar som vann laga kraft den 4 mars 2019 fastslog Kammarrätten att elnätsföretagen hade rätt att nyttja underskott (dvs outnyttjad del av intäktsramen) hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015 under tillsynsperioden 2020–2023.

Den nya övergångsbestämmelsen innebär att elnätsföretagens underskott hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015 inte får nyttjas under tillsynsperioden 2020–2023. Den föreslagna lagändringen undanröjer därmed rättsverkningarna av de sistnämnda domarna.

Underskotten för samtliga elnätsföretag, hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015, har av Energiföretagen uppskattats uppgå till storleksordningen 15–20 miljarder kr.

4. RELEVANTA LAGRUM I ELLAGEN

För att kunna utvärdera konsekvensen av den föreslagna lagstiftningen finns det anledning att först klargöra vissa grundläggande lagrum.

4.1 Intäktsramarnas beräkning – Intäktsramen ska täcka skäliga kostnader och ge rimlig avkastning

Den grundläggande bestämmelsen avseende beräkningen av elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 återfanns i dåvarande 5 kap. 6 § ellagen som hade följande lydelse (motsvaras idag av 5 kap. 1 § ellagen).

5 kap. 6 § ellagen hade följande lydelse:

Intäktsramen ska täcka skäliga kostnader för att bedriva nätverksamhet under tillsynsperioden och ge en rimlig avkastning på det kapital som krävs för att bedriva verksamheten (kapitalbas).

Beträffande uttrycket "skäliga kostnader" stadgades i 5 kap. 8 § ellagen att det avser "*kostnader för en ändamålsenlig och effektiv drift av en nätverksamhet med likartade objektiva förutsättningar*".

Såvitt avser "rimlig avkastning" uttalades i prop. 2008/09:141 s. 60 att "*en förutsättning för att nätverksamhet ska kunna bedrivas på ett ändamålsenligt sätt är att nätföretagen har rätt till en rimlig avkastning på det kapital som krävs för att bedriva verksamheten*".

4.2 Hantering av underskott (outnyttjad del av en intäktsram)

Av 5 kap. 20 § ellagen (i dess tidigare lydelse) följde att för det fall ett elnätsföretags intäkter under en tillsynsperiod varit lägre än den beslutade intäktsramen så hade elnätsföretaget rätt att nyttja underskottet påföljande tillsynsperiod.

5 kap. 20 § ellagen hade följande lydelse:

Om en nätkoncessionshavares samlade intäkter från nätverksamheten under tillsynsperioden har avvikit från intäktsramen, ska det belopp med vilket intäkterna överstigit eller understigit intäktsramen minska respektive öka ramen för den påföljande tillsynsperioden.

Detta innebar att elnätsföretaget hade rätt till intäkter som motsvarade såväl intäktsramen för den nya perioden som underskottet från den tidigare tillsynsperioden (dvs. outnyttjad del från intäktsramen från den tidigare tillsynsperioden).

Den 1 januari 2019 ersattes 5 kap. 20 § ellagen av 5 kap. 27–29 §§ ellagen. Ändringen innebär att ett underskott som uppkommit under tillsynsperioden 2016–2019 och därefter endast får nyttjas under den nästföljande tillsynsperioden. Om underskottet då inte nyttjas går det förlorat.

5. HISTORISKA FAKTA

5.1 Tvister om intäktsramarna för tillsynsperioden 2012–2015

I oktober 2011 meddelade Energimarknadsinspektionen (Ei) beslut om elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015¹.

Ett stort antal elnätsföretag överklagade Ei:s beslut då företagen ansåg att Ei:s beslut stod i strid med 5 kap. 6 § ellagen och att de beslutade intäktsramarna inte gav skäligt kostnadstäckning och rimlig avkastning för tillsynsperioden.

Den 11 december 2013 biföll förvaltningsrätten elnätsföretagens överklaganden². Domarna innebar bland annat att förvaltningsrätten, för majoriteten av alla elnätsföretag, i kronor angav de högre intäktsramar som elnätsföretagen var berättigade till. För andra elnätsföretag återförvisades målet till Ei, med särskilt till Ei angivna instruktioner för hur en korrekt intäktsram skulle beräknas.

Kammarrätten kom att avslå Ei:s överklagande³ och HFD beviljade inte Ei prövningstillstånd⁴. Kammarrättens domar vann laga kraft den 23 mars 2015.

Med anledning domarna ansökte ett stort antal elnätsföretag som inte deltagit i processerna om följdändring enligt 5 kap. 15 § ellagen och/eller om omprövning enligt 5 kap. 12 § ellagen av företagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015.

Sommaren/hösten 2016, dvs efter tillsynsperiodens utgång, fattade Ei beslut om de korrekta intäktsramarna. Elnätsföretagen hade därmed fått beslut om en korrekt och slutlig i kronor angiven intäktsram för tillsynsperioden 2012–2015.

¹ [Bilaga 1](#) – Se t.ex. Ei:s beslut av den 28 oktober 2011 avseende Elverket Vallentuna AB.

² [Bilaga 2](#) – Se t.ex. Förvaltningsrättens i Linköping dom av den 11 december 2013 i Mål nr 7991-11.

³ [Bilaga 3](#) – Se t.ex. Kammarrättens i Jönköping dom av den 10 november 2014 i Mål nr 101-14.

⁴ [Bilaga 4](#) – Se t.ex. HFD:s beslut av den 23 mars 2015 i Mål nr 6444-14.

5.2 Ei:s beslut hänförligt till underskotten för tillsynsperioden 2012–2015

Under våren/sommaren 2017 meddelade Ei s.k. "Tilläggsbeslut" i vilka underskottet (dvs. outnyttjad del) hänförligt till tillsynsperioden 2012–2015 angavs i kronor. Underskotten ökade elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2016–2019. Ei angav samtidigt att dessa underskott inte fick föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023.

Ei:s ställningstagande till nyttjandet av underskotten innebar i praktiken att de flesta elnätsföretag inte skulle kunna nyttja underskotten. Detta till följd av den begränsade tid som återstod av tillsynsperiod 2016–2019. Nyttjandet komplicerades också av att även Ei:s beslut för intäktsramarna för tillsynsperioden 2016–2019 var oriktiga, vilket såväl förvaltningsrätt⁵ som kammarrätt slog fast⁶. Dessa domar vann laga kraft i december 2017.

Ett flertal elnätsföretag överklagade Ei:s Tilläggsbeslut avseende underskotten hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015.

Förvaltningsrätten avvisade elnätsföretagens överklagande i beslut den 8 november 2017 med motiveringen att Ei:s beslut inte var överklagbart.

Kammarrätten ändrade dock beslutet och tillät prövning bland annat med motiveringen att underskotten skulle ses som en "sorts ekonomisk tillgång" för elnätsföretagen och att frågan om nyttjandet av underskotten utgjorde en sådan konkret och seriös tvist som gav rätt till domstolsprövning enligt Artikel 6.1 EKMR⁷.

När tvisten prövades i sak fann såväl förvaltningsrätten⁸ som kammarrätten⁹ att Ei:s beslut var felaktigt (saknade stöd i 5 kap. 20 § ellagen) och att underskotten från tillsynsperioden 2012–2015 fick nyttjas under tillsynsperioden 2020–2023. Denna rätt förelåg oaktat de nya bestämmelser i ellagen som trädde i kraft den 1 januari 2019. Kammarrättens domar vann laga kraft i början av mars 2019.

⁵ [Bilaga 5](#) – Förvaltningsrättens i Linköping dom av den 14 december 2016 i Mål nr 4711-15 m.fl.

⁶ [Bilaga 6](#) – Kammarrättens i Jönköping beslut av den 17 november 2017 i mål nr 7-17 m.fl.

⁷ [Bilaga 7](#) - Kammarrättens i Jönköping dom av den 8 mars 2018 i mål nr 3349-3383-17.

⁸ [Bilaga 8](#) – Förvaltningsrättens i Linköping dom av den 3 september 2018 i mål nr 1964-18 m.fl.

⁹ [Bilaga 9](#) – Kammarrättens i Jönköping dom av den 11 februari 2019 i mål nr 2700-18 m.fl.

6. ANALYS AV LAGFÖRSLAGET

6.1 Allmän kommentar

Domstolar har i lagakraftvunna domar slagit fast att staten, genom Ei, fattat ett flertal beslut som stått i strid med ellagen. Detta är fakta.

På sätt framgår ovan innebär dessa domar att elnätsföretagen dels tillerkänts ökade intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 dels att nyttja de underskott som uppkommit för nämnda tillsynsperiod under tillsynsperioden 2020–2023. Detta är fakta.

Domarna tillerkänner elnätsföretagen rätten att kompensera sig för tidigare uppkomna underskott, vilka är orsakade av att Ei meddelat beslut som varit lagstridiga. Detta är fakta.

Den föreslagna lagändringen syftar till och innebär att elnätsföretagen berövas de ekonomiska rättigheter som företagen, i tvist med staten, tillerkänts av domstol och som följer av lag.

Oberoende av den nedan följande analys framstår det för oss som synnerligen anmärkningsvärt att regeringen föreslår en lag med sådant syfte och konsekvens. Ett fundament i en rättsstat är att staten respekterar och följer domstolsavgöranden, även om dessa går staten emot.

Den analys som görs i promemorian rörande risken för att den föreslagna lagändringen kränker egendomsskyddet i EKMR och EU-stadgan är därtill, på sätt nedan kommer att kommenteras, så ofullständig och bristfällig att det redan av detta skäl framstår som olämpligt att lägga promemorian till grund för lag.

6.2 Karaktären på den rättighet som lagförslaget berövar elnätsföretagen

På sätt ovan redan angivits avser lagförslaget att beröva elnätsföretagen rätten att nyttja hela intäktsramen för tillsynsperioden 2012-2015 under tillsynsperioden 2020-2023.

Vad är då en intäktsram?

Elnätsverksamhet bedrivs i ett legalt monopol. Detta förhållande har medfört att det ansetts nödvändigt att bland annat reglera de intäkter som ett elnätsföretag har rätt att ta ut av sina kunder för överföring av el. Regleringen återfinns i ellagen som i sin tur vilar på Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009

om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (elmarknadsdirektivet).

De intäkter som ett elnätsföretag, genom debitering av sina kunder, högst får uppbära under en tillsynsperiod kallas intäktsram. Intäktsramen innebär en rättighet för elnätsföretaget att uppbära intäkter inom denna ram och en skyldighet att inte överskrida ramen.

Elnätsföretagens intäktsramar fastställs av Ei till ett specifikt belopp före varje tillsynsperiods början (s.k. förhandsreglering). Storleken av elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 reglerades i 5 kap. 6 § ellagen.

Beträffande syftet till förhandsregleringen uttalades i propositionen till ellagen bl.a. följande:

Prop. 2008/09: 141 s. 35

Det finns tydliga fördelar med att i beslutet om intäktsramen ange såväl det belopp som intäktsramen får uppgå till som de uppgifter och metoder som tillämpats vid beräkningen. På detta sätt skapas en förutsägbarhet för både kunder och företag om intäktsramens storlek utifrån de antaganden som legat till grund för beslutet. Nätföretagen vet därmed hur stora intäkter de kan ta ut från kunderna i form av nättariffer under den kommande tillsynsperioden, förutsatt att de förutsättningar som ligger till grund för fastställandet av intäktsramen uppfylls. En sådan ordning underlättar även för nätmyndigheten att följa upp hur verkligheten utfaller i förhållande till de uppgifter och prognoser som lagts till grund för beslutet om intäktsramen.

Den till beloppet angivna intäktsramen utgör en av de viktigaste utgångspunkterna för ett elnätsföretags planering av sin verksamhet. En beslutad intäktsram utgör ett till belopp angivet existerande faktum som ett elnätsföretag har vetskap om, förhåller sig till och planerar sin ekonomiska verksamhet efter.

Elnätsföretagens rätt att nyttja underskott hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015 under tillsynsperioden 2020-2023 grundas på ordalydelsen i 5 kap. 20 § ellagen (se avsnitt 4.2 ovan) och är fastslagen i lagakraftvunna domar.

Rättigheten att nyttja ett underskott hänförlig till tillsynsperioden 2012-2015 under tillsynsperioden 2020-2023 skiljer sig sålunda inte från den ursprungliga rättigheten att nyttja hela intäktsramen under tillsynsperioden 2012-2015. Rätten att nyttja underskottet är inte svagare än den ursprungliga rättigheten (dvs. nyttja intäktsramen).

6.3 Egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF

Det svenska grundlagsskyddet för egendom regleras i 2 kap. 15 § RF och har följande lydelse:

2 kap. 15 § RF

Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan.

Syftet med 2 kap. 15 § RF är inte att ange ge ett heltäckande skydd för all egendom utan i stället att slå fast att rättsordningen ska ge ett betryggande skydd för den enskildes egendom (prop. 1993/94:117 s. 49). Med uttrycket "vars och ens" avses såväl fysiska som juridiska personer.

Räckvidden liksom omfattningen av egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF är (och har varit) omdiskuterad i den juridiska litteraturen. Huruvida de underskott som är hänförliga till tillsynsperioden 2012–2015 omfattas av det grundlagsskyddade egendomsskyddet är enligt vår uppfattning oklart, men sannolikt. För det fall de rättigheter som kränks av lagförslaget skulle vara att betrakta som "existerande egendom" enligt EKMR (se avsnitt 6.4.1) får risken anses vara betydande för att lagförslaget även står i strid med 2 kap. 15 § RF.

Enligt andra stycket i 2 kap. 15 § RF klargörs att den som tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Den förlust som elnätsföretagen kommer att drabbas av om lagförslaget går igenom är lätt att beräkna och uppgår till storleken på de outnyttjade underskotten (se avsnitt 3 ovan).

Det ska noteras att egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF utgör ett minimiskydd. Regeringsformen hindrar inte att annan lag ger ett starkare skydd än vad

regeringsformen föreskriver. Regler om egendomsskydd återfinns i EKMR som inkorporerats som svensk lag.

6.4 Egendomsskyddet i Artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR

EKMR har i dess helhet inkorporerats som svensk lag genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. EKMR utgör en europeisk minimistandard och skyddsnivå som är enhetlig för samtliga konventionsstater.

På sätt som redogörs för närmare under avsnitt 7.1 nedan följer av 2 kap. 19 § RF att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med EKMR.

Artikel 1 i Tilläggsprotokoll till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (dvs. EKMR) formulerar skyddet för egendom.

Artikel 1 – Skydd för egendom

Varje fysisk eller juridisk person skall ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.

Ovanstående bestämmelser inskränker dock inte en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten.

Första meningen i första stycket ger uttryck för den allmänna principen om respekten för äganderätten. Den andra meningen i första stycket och andra stycket uppställer villkoren för att beröva egendom och förutsättningarna för att genom lagstiftning göra inskränkningar i att nyttja egendom.

I korthet har begreppet "egendom" i Artikel 1 en vidsträckt innebörd. Med egendom avses således inte bara fast och lös egendom utan även rättigheter som t.ex. sakrätter, fordringar och immateriella rättigheter. Även ekonomiska intressen och förväntningar avseende utövande av näringsverksamhet omfattas av skyddet.

Det är ytterst Europadomstolen som tolkar vad som ryms inom begreppet "egendom". Sammanfattningsvis delas begreppet "egendom" upp i två kategorier.

- a. Existerande egendom.
- b. Andra tillgångar där tillgångsinnehavande har en s.k. legitim förväntan på att tillgången ska realiseras.

6.4.1 Existerande egendom i EKMR:s mening

Intäktsramen och rätten att nyttja underskottet är tveklöst en ekonomisk rättighet som är grundad på lag och i aktuellt fall även fastslagen av domstol.

Den ekonomiska rättigheten är sedan lång tid tillbaka fastslagen till belopp för varje enskilt elnätsföretag. Rättigheten har sålunda varit känd för elnätsföretagen under lång tid.

Den ekonomiska rättigheten har och har haft avgörande betydelse för elnätsföretagens planering av sin verksamhet och drift samt är direkt resultatpåverkande.

Den föreslagna lagändringen innebär, om den genomförs, att elnätsföretagen förlorar den ekonomiska rättighet (de mycket stora värden i kronor) som underskotten utgör.

Enligt vår uppfattning finns det därmed betydande stöd för att de aktuella underskotten är att betrakta som "existerande egendom" som omfattas av egendomsskyddet Artikel 1 i tilläggsprotokollet EKMR.

6.4.2 Andra tillgångar i EKMR:s mening

"Egendom" i EKMR:s mening är, på sätt som angivits ovan, ett vitt begrepp och omfattar inte bara "existerande egendom" utan även s.k. "andra tillgångar och ekonomiska intressen" där tillgångsinnehavaren visar att sig ha en "legitim förväntan" på att kunna realisera tillgången eller det ekonomiska intresset. Vid sådant förhållande är det fråga om skyddsbara ekonomiska rättigheter.

Med hänvisning till den sammanfattande analysen i avsnitt 6.4.1 ovan är det vår bedömning att rätten att nyttja underskotten åtminstone utgör "andra tillgångar" som omfattas av egendomsskyddet Artikel 1 i tilläggsprotokollet EKMR. Detta under förutsättning att det föreligger "legitim förväntan". Härvid noteras att kammarrätten i sin motivering till varför Ei:s beslut att underskotten inte fick nyttjas under tillsynsperioden 2020-2023 var överklagbara (se avsnitt 5.2) särskilt uttalade att underskotten utgör "en sorts ekonomisk tillgång för företagen" och att frågan om nyttjandet av underskotten utgjorde en sådan konkret och seriös tvist som gav rätt till domstolsprövning enligt Artikel 6.1 EKMR.

Kriteriet/rekvisitet "legitim förväntan" måste vara uppfyllt för att ett krav eller annan ekonomisk rättighet ska kunna utgöra egendom i konventionens mening. Den "legitima förväntningen" ska ha ett direkt samband med (eller kunna "relateras till")

den aktuella ägarens möjlighet att kunna uppnå ett effektivt åtnjutande av sin äganderätt.

Som grundregel ska "legitim förväntan" kunna hämtas eller härledas från lagstiftning, rättspraxis eller avtal.

I nu aktuellt fall grundas rätten att nyttja underskottet både på 5 kap. 6 § ellagen och 5 kap. 20 § ellagen samt på lagakraftvunna domar rörande såväl intäktsramens storlek i sig som rätten att utnyttja underskottet under tillsynsperioden 2020-2023.

Elnätsföretagens förväntan att nyttja underskotten grundas sålunda både på lag och rättspraxis och har förelegat under lång tid. Vi kan därför inte finna skäl för att det inte skulle vara fråga om en "legitim förväntan" i EKMR:s mening.

Vid ovanstående bedömning står lagförslaget i strid med egendomsskyddet Artikel 1 i tilläggsprotokollet EKMR.

I promemorian till förslaget till lagändring har Miljö- och energidepartementet på sidan 8, stycke 3 och 4 angivit att "berättigade förväntningar" (vilket är det begrepp som används i EU-stadgan) inte skulle föreligga på grund av förarbetena till de ändringar till ellagen som trädde i kraft den 1 januari 2019 (se avsnitt 4.2).

Denna argumentation har dock redan prövats och förkastats av kammarrätten vid prövningen av om elnätsföretagen hade rätt att utnyttja underskotten under tillsynsperioden 2020-2023 (se avsnitt 5.2). Domstolen hade särskilt fokus på de aktuella förarbetenas betydelse på grund av att Ei argumenterade på liknande samma sätt som Miljö- och energidepartementet nu gör.

I kammarrättens dom av den 11 februari 2019 i mål nr 2700-18, anges på sidan 3 följande:

Liksom förvaltningsrätten anser kammarrätten att den ekonomiska begränsning för ett nätföretag som skulle ligga i att ett underskott går förlorat om det inte utnyttjas på följande period, inte kommer till uttryck i lagtexten. Lagtextens ordalydelse ger således inget stöd för ställningstagandet att ett belopp med vilket intäktsramen ökas för tillsynsperioden 2016–2019, inte kan föras vidare till tillsynsperioden 2020–2023. De av Energimarknadsinspektionen åberopade uttalandena i prop. 2017/18:237 föranleder inte någon annan bedömning, eftersom de inte har föranlett någon ändring av tillämpliga bestämmelser. Överklagandet ska därför avslås.

Miljö- och energidepartementet kan vid upprättandet av promemorian till lagförslaget rimligen inte ha läst domen.

6.4.3 Det föreslagna lagförslaget undanröjer rättsverkningarna av en lagakraftvunnen dom

Det finns flera exempel på avgöranden från Europadomstolen som rör tillämpning av retroaktiv lagstiftning som medel för egendomsberövande, vilket har ansetts konventionsstridigt.

Även om det nu föreslagna lagförslaget till sin utformning inte är direkt retroaktiv resulterar ändringen i att elnätsföretagen förlorar existerande ekonomiska rättigheter grundade på lag och domar. Lagförslaget har därför en retroaktiv karaktär.

Härvid noterar vi att Europadomstolen har funnit det vara konventionsstridigt och i strid mot egendomsskyddet i Artikel 1 i tilläggsprotokollet EKMR när en ny lagstiftning undanröjde rättsverkningarna av en tidigare meddelad skiljedom (Stran Greek Refineries och Stratis Andreadis mot Grekland, Ser. A Vol. 301-B).

Det föreslagna lagförslaget undanröjer rättsverkningarna av den lagakraftvunna dom som kammarrätten meddelade den 11 februari 2019. Även detta talar för att den föreslagna lagändringen står i strid med egendomsskyddet i EKMR.

6.5 Egendomsskyddet i Artikel 17 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna

I Sverige gäller att EU-rätten har företräde framför rent nationell rätt och kan åberopas direkt inför domstol (s.k. direkt effekt). Sedan den 1 december 2009 följer av EU-fördraget att de rättigheter som finns i EU:s stadga om grundläggande rättigheter erkänns med samma rättsliga värde som fördragen (s.k. primärrätt).

En grundläggande bestämmelse om egendomsskydd finns i Artikel 17 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

Artikel 17 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna har följande lydelse:

Rätt till egendom

1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.

2. Immateriell egendom ska vara skyddad.

Artikel 17 är baserad på Artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR och av Artikel 52.3 i EU-stadgan följer att Artikel 17 skall ha samma betydelse och räckvidd som motsvarande

bestämmelse i EKMR (se avsnitt 6.4 ovan). Artikel 17 ger dock möjlighet till ett vidare skydd än vad som följer av Artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR.

Av Artikel 17 i EU-stadgan följer bl.a. att ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid.

Bestämmelserna i EU-stadgan riktar sig till medlemsstaterna endast där de tillämpar unionsrätten (Artikel 51).

Ellagen bygger på EU:s direktiv 2003/54/EG som sedermera ersatts av direktiv 2009/72/EG (det s.k. elmarknadsdirektivet).

När Sverige tillämpar och genomför ändringar i ellagen detta ske i överensstämmelse med unionsrätten och elmarknadsdirektivet. Det kan här nämnas att det av Artikel 37.6.a i elmarknadsdirektivet klargörs att de nättariffer eller modeller som fastställs i förväg ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som möjligt att säkra nätens funktion. Bestämmelsen i 5 kap. 6 § ellagen ansluter till nämnda artikel i elmarknadsdirektivet.

Storleken av elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012–2015 som fastställdes genom lagakraftvunnen dom grundas således inte bara på 5 kap 6 § ellagen utan även på elmarknadsdirektivet.

Det är därför vår bedömning att EU-stadgan är tillämplig.

Vid den bedömning som anges i avsnitt 6.4 ovan och förhållandet att egendomsskyddet enligt Artikel 17 i EU-stadgan i vart fall motsvaras av vad som följer av EKMR, står det föreslagna lagförslaget även i strid med EU-stadgan i dess egenskap av primärrätt.

6.6 Frågan om proportionalitet

På sätt angivits ovan innehåller reglerna om egendomsskydd i såväl RF, EKMR som EU-stadgan möjlighet till inskränkningar av egendomsskyddet på grund av "det allmännas intresse".

Förenklat och i korthet erfordras att inskränkning är proportionerlig till den enskildes rätt till sin egendom.

Med hänsyn till att intäktsramen enligt 5 kap. 6 § ellagen ska ge skälig kostnadstäckning och en rimlig avkastning och att denna fråga redan prövats i tvisterna rörande elnätsföretagens intäktsramar för tillsynsperioden 2012-2015 (se

avsnitt 5.1 ovan) kan vi inte se någon möjlighet för lagstiftaren att åberopa "det allmännas intresse" till stöd för att genom ny lag beröva elnätsföretagen de rättigheter som erhållits genom 5 kap. 6 § och 20 § ellagen.

I kammarrättens dom av den 10 november 2014 i mål nr 101-14, anges på sidorna 36-37 följande:

Metod för att fastställa intäktsram

Bestämmelsen i 5 kap. 6 § ellagen utgör den grundläggande regeln om hur en intäktsram ska beräknas. Intäktsramens storlek styrs dock även av andra bestämmelser i 5 kap. ellagen och i kapitalbasförordningen. Om metoden utformas så att beräkningen görs i enlighet med de kriterier som anges i lagen och dess förarbeten samt kapitalbasförordningen, bör beräkningen också ge ett resultat som överensstämmer med nämnda reglering, dvs. en intäktsram som bl.a. ger nätföretaget en skälig kostnadstäckning och en rimlig avkastning på kapitalbasen. Uppfylls detta får även kundernas intresse av låga och stabila nätavgifter och behovet av nödvändiga investeringar i elnätet anses vara beaktat. Den skälighetsbedömning som ska göras innebär endast att en intäktsram ska beräknas utifrån de kriterier som anges i regleringen. Så som regelsystemet har utformats finns det således inte utrymme för någon sådan ytterligare skälighetskontroll som EI förespråkar. Om avsikten med ellagen är att ge EI sådana utomordentligt vidsträckta befogenheter som myndigheten anser sig ha, hade det varit nödvändigt att på ett tydligt sätt ange detta direkt i lagtexten. Möjligheten att åstadkomma ändringar genom överklagande skulle med EI: s tolkning av lagen i flera avseenden bli närmast illusorisk. Myndighetens befogenhet att fastställa intäktsram skulle därmed bli beroende av dess egen tolkning av förarbeten som nöjer sig med att redovisa olika tänkbara metoder för erforderliga beräkningar.

7. ANALYS AV LAGFÖRSLAGETS KONSEKVENSER

7.1 2 kap 19 § RF – Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med EKMR

EKMR har i dess helhet inkorporerats som svensk lag genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Även om EKMR inte har status som "grundlag" utan som "lag" har EKMR:s särställning klargjorts i regeringsförmen genom bestämmelsen i 2 kap. 19 § RF. Bestämmelsen har följande lydelse:

2 kap. 19 §

Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Vi finner särskild anledning att påpeka att bestämmelsen riktar sig i första hand till lagstiftaren som har det primära ansvaret för att svensk lagstiftning inte strider mot EKMR.

Med hänvisning till analysen i avsnitt 6.4 ovan följer att ett beslut av riksdagen att anta den föreslagna lagen inte är förenligt med EKMR och därmed står i strid med 2 kap 19 § RF.

7.2 11 kap. 14 § RF – Lagprövning

Givet den bedömning och slutsats som angivits i avsnitt 6.4 och 7.1 ovan aktualiseras bestämmelsen om lagprövning enligt 11 kap. 14 § RF som föreskriver att domstol inte får tillämpa lag i vissa angivna fall.

11 kap. 14 § RF har följande lydelse:

11 kap. 14 §

Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag. SFS 2010:1408

Med hänvisning till analysen i avsnitt 6 ovan är det vår bedömning att den föreslagna lagen, även om den antas av riksdagen, inte borde få tillämpas av domstol om frågan om underskottens nyttjande blir föremål för prövning i domstol.

7.3 3 kap. 4 § Skadeståndslagen – Skadeståndsskyldighet för staten

Givet analysen i avsnitt 6 ovan och därvid särskilt 6.4, aktualiseras skadeståndsskyldighet för staten jämlikt 3 kap. 4 § Skadeståndslagen.

3 kap. 4 § skadeståndslagen har följande lydelse:

Staten eller en kommun ska ersätta

1. personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och skada på grund av att någon kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 §, om skadan uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har överträtts från statens eller kommunens sida, och
2. annan ideell skada som uppkommit till följd av en sådan rättighetsöverträdelse.

Skadestånd enligt första stycket ska endast utges i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen

Det ska noteras att lagregeln om skadeståndsansvar inte förutsätter vållande (uppsåt, vårdslöshet, "fel eller försummelse") som förutsättning för skadestånd; det är sålunda inte fråga om någon culpaparegel. Konstateras överträdelse av EKMR föreligger skadeståndsskyldighet.

Med hänvisning till analysen i avsnitt 6.4 ovan följer att den föreslagna lagen, om den antas av riksdagen, medför skadeståndsskyldighet för staten motsvarande den rena förmögenhetsskada som lagen resulterar i. Denna skada utgörs av den del av underskotten som går förlorade genom den nya lagen. Härtill ger bestämmelsen i 3 kap. 4 § skadeståndslagen rätt till s.k. ideellt skadestånd, dvs. ersättning för den kränkning som överträdelsen av EKMR medför.

Med hänsyn till de uppgifter vi erhållit om underskottens storlek skulle skadeståndet kunna bli substantiellt även för staten. Vi vill påpeka att räntelagens bestämmelser om dröjsmålsränta på skadestånd även är tillämpliga på staten.

7.4 Artikel 17 EU-stadgan ger rätt till rättmätig ersättning i rätt tid

EU-stadgan utgör s.k. primärrätt och har företräde framför nationell svensk lag. Egendomsskyddet i Artikel 17 i EU-stadgan har samma betydelse och räckvidd som motsvarande bestämmelse i EKMR.

Ellagen bygger på EU:s direktiv 2003/54/EG som sedermera ersatts av direktiv 2009/72/EG (det s.k. elmarknadsdirektivet). När Sverige tillämpar och i förekommande fall genomför ändringar i ellagen, med tillhörande förordningar och föreskrifter, måste så ske i överensstämmelse med unionsrätten och elmarknadsdirektivet.

Av Artikel 17 i EU-stadgan följer bl.a. att ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid.

Elnätsföretagens underskott utgör, givet den utgångspunkt som redogjorts för under avsnitt 6.4 och 6.5 ovan, sådan egendom som omfattas av skyddet i Artikel 17 EU-stadgan. En begränsning av underskotten (dvs. egendomen) som det nu aktuella lagförslaget innebär, ger elnätsföretagen enligt Artikel 17 rätt till "*rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid*".

I egenskap av primärrätt kan EU-stadgas åberopas direkt av elnätsföretagen vid svensk domstol. Nationell svensk lag får vika om den står i strid med EU-rätten.

8. SAMMANFATTNING

- 8.1 Den föreslagna lagändringen syftar till och innebär att elnätsföretagen berövas de ekonomiska rättigheter som företagen, i tvist med staten, tillerkänts av domstol och som följer av lag. Sådan lagstiftning är normalt inte förenlig med de principer som gäller för en rättsstat.
- 8.2 De rättigheter elnätsföretagen berövas genom lagförslaget representerar stora ekonomiska värden.
- 8.3 Enligt 2 kap. 19 § RF får lag inte stiftas som står i strid med EKMR.
- 8.4 Underlaget för den föreslagna lagändringen, såsom det anges i promemorian, är ofullständigt och bristfälligt både såvitt analysen av punkt 1 ovan och om lagförslaget kränker det lagstadgade egendomsskyddet.
- 8.5 Vår bedömning är att den föreslagna lagändringen kränker det lagstadgade egendomsskyddet.
- 8.6 Enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen är staten skyldig att ersätta ren förmögenhetsskada om skadan uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt EKMR har kränkts.

Som ovan


Torgny Wetterberg


Kristoffer Ribbing

Rättsutlåtande gällande Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet

Professor Anna Jonsson Cornell

Inledning

Jag har blivit tillfrågad att skriva ett rättsutlåtande med anledning av Miljö- och energidepartementets promemoria daterad 2019-04-04 om en ändring i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2018:1448) om ändring i ellagen (1997:857). Jag förstår mitt uppdrag som att analysera det liggande förslaget överensstämmelse med regeringsformen (RF) och för svensk rätt gällande allmänna rättsprinciper, samt artikel 1, tilläggsprotokoll till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (härefter protokoll nr 1).

Enligt promemorians förslag ska en ny punkt läggas till ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna som avser att begränsa nätföretagens möjlighet att tillgodoräkna flera perioders underskott när den nya ellagen tillämpas första gången efter utgången av tillsynsperioden 2016-2019. Enligt en lagakraftvunnen dom¹ har nätföretagen rätt att utnyttja underskott från perioden 2012-2015 under tillsynsperioden 2020-2023. Det rör sig om en tillgång med betydande ekonomiskt värde.

Konsekvenser av liggande förslag

Förslaget om ny övergångsbestämmelse innebär att nätföretagen inte kan tillgodoräkna det underskott som uppstått under perioden 2012-2015. Enligt promemorian var det lagstiftarens avsikt att nätföretagen inte skulle kunna samla på sig flera tillsynsperioders underskott (s. 6). Denna avsikt har dock inte kommit till uttryck i själva lagtexten. Det är också detta faktum som har legat till grund för förvaltningsrättens och kammarrättens respektive dom i frågan. Kammarrätten avlog EIs överklagande och hänvisade till att det inte framgick av lagtexten att ett underskott som inte kunde utnyttjas under en tillsynsperiod skulle gå förlorad vid påföljande tillsynsperiod. Denna dom har vunnit laga kraft. För nätföretagens del innebär domen att de har laga rätt att föra fram underskott från perioden 2012-2015 till 2020-2023. Den föreslagna ändringen tar sikte enbart på perioden 2020-2023. Dess syfte kan inte förstås på något annat sätt än att frånta en lagakraftvunnen dom dess effekt.

¹ KamR 2700-18 m.fl. dom meddelad den 11 feb 2019.

Förslagets överensstämmelse med regeringsformen

Egendomsskyddet enligt RF 2:15

Regeringsformen 2:15 1 st. omfattar juridiska personers egendom. Med egendom avses även rätt med ekonomisk värde. RF 2:15 avser att skydda mot expropriation och annat sådant förfogande vilket även omfattar tvångsövertagande av förmögenhetsrätt. Egendomen är skyddad i bemärkelsen att ingrepp enbart kan ske för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Vad som utgör ett sådant intresse måste bedömas från fall till fall och till syvende och sist är det en politisk värdering som måste göras. När en sådan värdering görs måste dock alltid hänsyn tas till vad som ur rättssäkerhetssynpunkt är godtagbart i ett demokratiskt samhälle.² Den som tvingas avstå egendom ska därutöver vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag, RF 2:15 2 st. Skyddet gäller enbart faktiskt existerande rättigheter.³ Egendomsskyddet i RF 2:15 ska tolkas i ljuset av EKMR och Europadomstolens praxis (se nedan för en analys av konventionsrätten och egenomdomsskyddet) och lag som strider mot EKMR får inte antas, se RF 2:19.

Vad gäller inskränkningar av rättigheter som skyddas av regeringsformen finns ett formellt lagkrav. Detta innebär att inskränkningar ska ske i form av lag, dvs. lag antagen av riksdagen.⁴ För att kravet ska anses vara uppfyllt krävs det att grunderna för och syftet med en inskränkning framgår av lagtexten. Vidare krävs att en proportionalitetsbedömning görs vid vilken det allmännas intresse ställs mot intrånget i den enskildes rättighetsskydd. I enlighet med den metod som används för att beräkna den så kallade intäktsramen sker en bedömning av, och hänsyn tas till, det allmännas intresse redan vid framräknandet av intäktsramens storlek.⁵ En direkt konsekvens av det liggande förslaget är således att nätföretagens grundlagsskyddade egendom (en förmögenhetsrätt bestående av rätten att föra fram underskott) inskränks utan att företagen ersätts för detta. Detta, tillsammans med det faktum att nätföretagen har anpassat sin verksamhet efter vad som måste anses vara gällande rätt, talar för att liggande förslag inte kan anses vara proportionerligt och därmed strider det mot RF 2:15.

Frågan om retroaktivitet

All offentlig makt ska utövas under lagarna enligt RF 1:1. Denna reglering ger ett tydligt uttryck för legalitetsprincipen, en princip som är helt grundläggande för den svenska rättsstaten. Legalitetsprincipen omfattar även förutsebarhet och sammantaget avser detta att skydda enskilda mot godtycklig maktutövning. Det finns i svensk konstitutionell rätt inget formellt förbud mot tillbakaverkande

² Prop 1993/94:117 s 16.

³ I [RÅ 2001 ref. 72](#), jfr även nedan vad gäller art. 1 första tilläggsprotokollet

⁴ Prop 1993/94:117 s 16.

⁵ Se KamR Mål nr 101-14.

lagstiftning utöver straff och skatt (RF 2:10). Det är dock en allmän princip att lagstiftaren iakttar försiktighet vad gäller retroaktiv lagstiftning, särskilt när effekterna kan bli betungande för den enskilde.⁶ I en strikt formell bemärkelse kan hävdas att legalitetsprincipen är uppfylld när det föreligger en övergångsbestämmelse som föreskriver retroaktiv tillämpning, men andra rättsprinciper träder då in, t ex principen om berättigade förväntningar.⁷ Återhållsamhet är därför starkt motiverat av rättssäkerhetsskäl, förutsebarhet och andra rättsstatliga principer. Därutöver måste understrykas att det är särskilt viktigt att utöva återhållsamhet vad gäller lagstiftning med retroaktiv verkan som påverkar en grundlagsskyddad rättighet negativt, vilket är fallet vad gäller föreliggande förslag (se ovan).

Domstolars oberoende och lagakraftvunna domar

Rättsskipningens självständighet framgår av RF 11:3. Bestämmelsen hindrar inte att riksdagen ändrar de regler som domstolarna har att tillämpa för att uppnå en annan tillämpning och därmed ett annat resultat.⁸ Sådana ändringar bör dock framförallt vara framåtblickande av primärt två skäl:

1. Att anta en lag som undanröjer en lagakraftvunnen dom kommer nära kärnan i rättsskipningens självständighet så som den kommer till uttryck i RF 11:3: Det är domstolarna som tolkar och tillämpar lag. Ingen myndighet, inte heller riskdagen, får bestämma hur en domstol ska döma i det enskilda fallet, eller i övrigt bestämma hur en domstol ska tillämpa en rättsregel i ett enskilt fall. Den faktiska effekten av promemorians förslag är att en lagakraftvunnen dom förlorar sin rättsverkan. Förslaget innebär vidare att riksdagen med retroaktiv verkan ändrar innebörden av de rättsregler som tillämpades av kammarrätten i ett enskilt fall i februari 2019. Ett sådant förfarande kan inte anses vara i överensstämmelse med RF 11:3, grundlagens anda, eller rättsstatens principer.
2. Som konstaterats ovan handlar det i detta fall om en inskränkning av en grundlagsskyddad rättighet. Det ska tydligt framgå av lagtextens ordalydelse under vilka omständigheter en rättighet kan inskränkas. Det är fastslaget av domstol att det *inte* framgick av lagtexten då dom fattades att ett underskott inte skulle kunna skjutas fram längre än en tillsynsperiod när tvisten avgjordes. Det är ytterst tveksamt om en sådan brist kan läkas i efterhand på det sätt som föreliggande förslag avser, särskilt tagit i beaktande att det handlar om en ändring som är betungande för enskild.

⁶ Thomas Bull och Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar* (2015) s 77.

⁷ Fredrik Sterzel, "Legalitetsprincipen", i *Offentlighetsprinciper*, red L Marcusson, s 90.

⁸ Bull & Sterzel s 244.

Slutsats

Promemorians förslag kan inte anses vara i överensstämmelse med RF 2:15, 2:19, eller 11:3. Det framgår av Prop 1993/94:117 att det är politiska värderingar som avgör vad som är ett angeläget allmänt intresse. När en sådan värdering görs måste dock alltid hänsyn tas till vad som ur rättssäkerhetssynpunkt är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Tagit i beaktande vad som framförts ovan, dvs. förslagets effekt på en grundlagsskyddad rättighet, det faktum att det allmänna intresset redan har beaktats vid framräknandet av intäktsramen, bristerna i proportionalitet, samt förslagets inverkan på rättsskipningens självständighet talar för att förslaget bör dras tillbaka. Förslaget kan inte anses motsvara vad som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle som bygger på respekten för rättssäkerhet och rättsstatlighet.

Förslagets överensstämmelse med artikel 1, protokoll nr 1

Inledning

I promemorian (s. 8) framförs argumentet att nätföretagen inte kan anses ha sådana berättigade förväntningar som omfattas av egendomsskyddet i artikel 1, protokoll nr 1. Först måste konstateras att EKMR utgör svensk lag. Enligt RF 2:19 ska lag inte antas som strider mot EKMR. Europakonventionen är ett levande dokument. Innehållet i konventionsrätten måste fastställas tagit i beaktande Europadomstolens tolkning och tillämpning av EKMR.

Enligt artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 1 har varje fysisk och juridisk person rätt till respekt för sin egendom. Rätten till egendom får begränsas enbart enligt de förutsättningar som anges i lag och i det allmänna intresse. Begreppet egendom i konventionsrätten ska förstås autonomt i förhållande till nationella begrepp; det är således Europadomstolens praxis som avgör betydelsen av begreppet inom konventionsrätten. Ekonomiska tillgångar och giltiga anspråk omfattas av skyddet i art 1, protokoll nr 1.

Enligt Europadomstolens praxis ska en fråga av detta slag besvaras med hjälp av tre regler som Europadomstolen har utvecklat i sin praxis.⁹ För det första, och detta är huvudregeln, föreligger en rätt till egendom. Den andra regeln innebär att inskränkning av rätten till egendom enbart får ske när särskilda villkor är för handen och enbart i det allmänna intresse. Den tredje regeln innebär att stater trots detta kan reglera *disponeringen* av egendom, men enbart i det allmänna intresse. För att en inskränkning ska anses vara i enlighet med konventionsrätten måste den vara formulerad med utgångspunkt i den första

⁹ *James and Others v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, pp. 29-30, § 37.

regeln,¹⁰ vilket innebär att oavsett vilken regel som tillämpas i ett enskilt fall ska det råda en balans mellan det allmännas intresse och den enskildes egendomsskydd.¹¹ Om så inte vore fallet skulle rätten till egendom upphöra i praktiken. En inskränkning som är oproportionerliga innebär därmed brott mot konventionsrätten.

Egendomsskyddet

Frågan är här om nätföretagen kan anses ha en tillgång som skyddas av art. 1, protokoll nr 1, och/eller om nätföretagen kan anses ha sådana berättigade förväntningar som skyddas av samma reglering? Miljö- och energidepartementet menar att det inte föreligger några berättigade förväntningar med hänvisning till lagstiftarens avsikt så som den kommer till uttryck i förarbetena. Ett sådant förhållningssätt kan inte anses vara i överensstämmelse med konventionsrätten. Grunderna för denna slutsats utvecklas nedan. Redan här kan dock konstateras att de inskränkningar som EI och lagförslaget menar ska göras vad gäller möjligheten att skjuta fram ett underskott har underkänts av domstol i två instanser och det finns en lagkraftvunnen dom. I och med detta föreligger en rätt till egendom i form av ett giltigt anspråk, dvs. en tillgång¹², eller åtminstone en berättigad förväntning, enligt artikel 1, protokoll nr 1, som har en tydlig grund i nationell rätt.

Rätten till egendom i konventionsrättens betydelse avser inte bara fast egendom eller nu existerande egendom. Den avser även att skydda tillgångar, inklusive framtida anspråk, i fall där en part kan argumentera för att berättigade förväntningar föreligger. Ett giltigt anspråk utgör egendom i konventionsrättens mening, vilket Europadomstolen kom fram till i *Ambruois mot Italien*¹³. I samma fall kom Europadomstolen fram till att en inskränkning eller undanröjande av en lagkraftvunnen dom och den rättighet som kommer därur utgör en inskränkning av egendomsskyddet.¹⁴ I ett antal senare fall har Europadomstolen bekräftat sin praxis att ekonomiska anspråk utgör egendom i artikel 1, protokoll nr 1s mening.¹⁵ Det gemensamma för dessa fall är att det har förelegat en ekonomisk rättighet i form av ett giltigt anspråk vars storlek har beslutats av domstol eller myndighet, och som staten genom antagande av en ny föreskrift

¹⁰ *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], No. [22774/93](#), § 44, ECHR 1999-V.

¹¹ *S.A. Dangeville v. France* (Application no. [36677/97](#)) para 51. I detta fall handlade det om en felaktig implementering av ett EU-direktiv. Klaganden kunde inte genom nationell domstolsprocess kräva återbetalning av felaktigt inbetald moms. Europadomstolen ansåg att kravet på återbetalning mot staten utgjorde egendom. Klaganden ansågs ha ett giltigt anspråk som grundade sig på ett EU-direktiv. Europadomstolen fann inskränkningen inte hade skett i det allmännas intresse, och att det den därutöver var oproportionerlig.

¹² Se KamR Mål nr 3349–3383-17.

¹³ *Ambruosi v. Italy*, no. [31227/96](#), para 20.

¹⁴ *Ibid* para 27.

¹⁵ Se t. ex. *S.A. Dangevill v France*, gällande bl. a. återbetalning av felaktigt inbetald moms, para 48, och *Béláné v Hungary*, no 53080/13.

avsett förhindra verkställigheten av, eller genom sitt agerande har omöjliggjort verkställigheten av.¹⁶

För att en berättigad förväntning ska anses föreligga krävs enligt Europadomstolens praxis tillräckligt starkt stöd för en sådan förväntning i nationell rätt, till exempel genom att nationella domstolar har avgjort frågan.¹⁷ Att med retroaktiv verkan ändra en rättsakt så att en rättighetsinnehavare förlorar en tillgång anses innebära en inskränkning av berättigade förväntningar.¹⁸

Frågan om retroaktivitet är förtjänar att ytterligare belysas i denna kontext. I *Stran Greek Refineries mot Grekland* hade Europadomstolen att ta ställning till om stiftandet och tillämpandet av en lag som avsåg att ogiltigförklara beslut av en skiljenämnd med retroaktiv kraft stred mot artikel 1, protokoll nr 1. Eftersom skiljenämndens beslut var slutligt och därmed kunde verkställas kom Europadomstolen till slutsatsen att det förelåg rätt till egendom.¹⁹ Frågan var därefter om rättigheten hade inskränkts i och med den lag som staten antog med avsikt att undanröja effekten av skiljenämndens beslut. Eftersom lagen och dess tillämpning syftade till att göra det omöjligt för klaganden att kräva staten på den ersättning som skiljenämnden beslutat om ansåg Europadomstolen att rätten till egendom hade inskränkts.²⁰ Europadomstolen fann att inskränkningen inte var proportionerlig. Det allmänna intresset var inte tillräckligt starkt. "By choosing to intervene at that stage of the proceedings in the Court of Cassation by a law which invoked the termination of the contract in question in order to declare void the arbitration clause and to annul the arbitration award of 27 February 1984, the legislature upset, to the detriment of the applicants, the balance that must be struck between the protection of the right of property and the requirements of public interest"²¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att närföretagens rätt att tillgodoräkna sig underskott, utgör i konventionsrättens mening en tillgång som skyddas av artikel 1, protokoll nr 1 (antagligen första regeln).²² Möjligheten att inskränka

¹⁶ *S.A. Dangevill v France*, para 57.

¹⁷ *Kopecky v. Slovakia*, no. [44912/98](#), § 52, ECHR 2004-IX.

¹⁸ Ibid para 47 " In the above cases, the persons concerned were entitled to rely on the fact that the legal act on the basis of which they had incurred financial obligations would not be retrospectively invalidated to their detriment. In this class of case, the "legitimate expectation" is thus based on a reasonably justified reliance on a legal act which has a sound legal basis and which bears on property rights."

¹⁹ *Stran Greek Refineries and Straits Andreadis v. Greece*, no. [13427/87](#), para 61-62.

²⁰ Ibid para 67.

²¹ Ibid para 74.

²² Se *S.A. Dangevill v France*. Europadomstolen gör en helhetsbedömning av drar ingen strikt linje mellan första och andra regeln.

denna rättighet är reglerad i artikel 1, protokoll nr 1 och utvecklad i Europadomstolens praxis.

I det allmännas intresse

Egendomsskyddet får inskränkas enbart i det allmännas intresse. Medlemsstaterna har enligt Europadomstolens praxis en bred bedömningsmarginal vad gäller artikel 1, protokoll nr 1. Detta innebär att Europadomstolen är generös i sin tolkning av nationella åtgärder med inverkan på egendomsskyddet för att medlemsstaterna så långt som möjligt ska kunna utveckla den sociala och ekonomiska politiken.²³ Att minska offentliga utgifter kan utgöra ett allmänt intresse.²⁴ Det allmännas intresse ska dock alltid balansera i relation till den enskildes egendomsskydd.²⁵

Balans mellan rätten till egendom och det allmännas intresse

För att en inskränkning av egendomsrätten ska anses vara i överensstämmelse med konventionsrätten bör inte en orimligt stor börda läggas på den enskilde.²⁶ Särskilt ska beaktas om den rättighet (anspråk, tillgång etc.) som åberopas har klart stöd i lag, om lagakraftvunnen dom till den enskildes fördel föreligger, samt om ändringen som innebär en rättighetsinskränkning sker retroaktivt.

Vad gäller nätföretagens rätt till egendom kan konstateras att det föreligger en tillgång som skyddas av konventionsrätten. Tillgången i sig föranleder berättigade förväntningar å nätföretagens vägnar att få tillägna sig denna tillgång. Beräkningen av intäktsramarnas storlek, samt frågan om framskjutande av underskott, har processats vid flertal tillfällen i svenska domstolar. I samtliga fall har EI förlorat. De juridiska processerna är nu avslutade. Till saken hör att nätföretagen inte har kunnat tillägna sig underskott som uppstod under perioden 2012-2015 under den närmast liggande tillsynsperioden 2016-2019 på grund av felaktigt kalkylerade intäktsramar och de juridiska processer som följt av detta. Att intäktsramarna har beräknats med en felaktig metod har slagits fast av domstol.²⁷ Den tidsfördröjning som har uppstått och konsekvenserna därav bör därför inte läggas nätföretagen till last.

Staten avser nu att upphäva en lagakraftvunnen dom genom en lagändring med retroaktiv verkan. Det allmänna intresset är inte elaborerat av staten, mer än att det föreligger risk för högre nätavgifter för kunderna (PM s. 9). Det är tveksamt

²³ James and Others § 46(2,); Mellacher and Others (n 153) § 45(3) (third sentence); and Sporrang and Lönnroth (n 108) § 69(4) (first sentence).

²⁴ *Ambruosi v. Italy* para 28.

²⁵ I *Bélané v Hungary*, no 53080/13 ansåg domstolen att ett legitimt allmänt intresse i och för sig förelåg - staten ville minska offentliga utgifter genom att frånta rättigheter till ersättning från staten retroaktivt - men att bördan för den enskilde var oproportionerligt stor.

²⁶ *Ibid* samt *Ambruosi v. Italy* para 34.

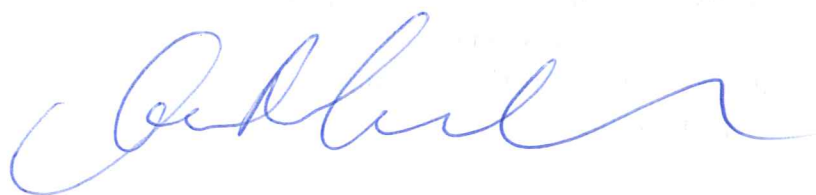
²⁷ KamR Mål nr 101-14.

om risk för högre nätavgifter för kunder kan jämföras med t ex. det legitima allmänna intresset av att hålla nere offentliga utgifter. Som framkommit ovan kräver konventionsrätten att den enskildes rättighet balanseras mot det allmänna intresse.

Genom nuvarande lagförslag läggs en orimlig börda på den enskilde. Nätföretagen har agerat på det sätt som lagen föreskriver. Nätföretagens tillgång har tydligt stöd i nationell rätt så som den har tolkats av nationella domstolar. Det allmänna intresset är oklart. Lagstiftaren kan därutöver inte anses ha uppfyllt det tydlighetskrav som föreligger vid rättighetsinskränkande lagstiftning. Förslaget kan därmed inte anses uppfylla de krav på proportionalitet som konventionsrätten uppställer vad gäller artikel 1, protokoll nr 1.

Slutsats

Vid en sammantagen bedömning får nätföretagen anses ha en egendomsrätt enligt artikel 1, protokoll nr 1. En sådan rättighet kan inskränkas förutsatt att de krav som följer av Europadomstolens praxis är uppfyllda. En inskränkning får ske enbart i det allmänna intresse och enbart i den mån det anses vara proportionerligt. Förslag om ny övergångsbestämmelse till ellagen innebär en oproportionerlig inskränkning av nätföretagens rätt till egendom. Förslaget kan därmed inte anses vara i överensstämmelse med de krav på fri- och rättighetsinskränkande åtgärder som konventionsrätten stipulerar. Liggande lagförslag strider därmed också mot RF 2:19.



Professor Anna Jonsson Cornell
Uppsala, 2019-05-09

Stockholm den 14 maj 2019

Rättsutlåtande över Infrastrukturdepartementets promemoria ”Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet”

Jag har ombetts att uttala mig om frågan huruvida den lagändring som föreslås i promemorian ”Ny övergångsbestämmelse till ellagen när det gäller intäktsram för nätverksamhet” (promemorian) är förenlig med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen och tilläggsprotokoll 1 samt EU-rätten, utifrån skyddet för äganderätten och principen om skydd för berättigade förväntningar. Även regeringsformen innehåller ett egendomsskydd, 2 kap. 15 § RF, som inte kommer att analyserad närmare här.

I promemorian föreslås en ny övergångsbestämmelse, punkt 6, till ellagen (1997:857) med där det anges att det vid fastställandet av en intäktsram för en tillsynsperiod, ska inte någon hänsyn tas till ”om nätkoncessionshavarens samlade intäkter från nätverksamheten har varit mindre än intäktsramen för en tidigare tillsynsperiod ska beaktas vid en efterföljande period”. Enligt promemorian innebär lagändringen ett förtydligande ”att ett nätföretag inte kan tillgodoräknas flera perioders underskott när de nya bestämmelserna i ellagen om avvikelser från intäktsramen tillämpas för första gången efter utgången av tillsynsperioden 2016-2019”.¹

Promemorians förslag ska ses mot bakgrund av ett antal domstolsprocesser som förevarit mellan enskilda nätkoncessionsinnehavare och Energimarknadsinspektionen (Ei) avseende beslut rörande tillsynsperioden 2012-2015, såväl om beräkningsmetoder samt om villkor för utnyttjande av beslutade intäktsramar. Beslut om intäktsramarnas storlek fastställdes först sommaren 2017, genom Ei:s tilläggsbeslut i varje koncessionsinnehavares ärende avseende intäktsramarna för tillsynsperioden 2016-2019. I dessa beslut fastställde Ei de underskott som var hänförliga till tillsynsperioden 2012-2015 (dvs. utnyttjad del av intäktsramen hänförlig till tillsynsperioden 2012-2015) varvid Ei i besluten angav att underskotten inte kunde föras vidare till tillsynsperioden 2020-2023. I domar från Kammarrätten i Jönköping den 11 februari 2019 fastställdes att nuvarande lagstiftning inte ger stöd för den begränsning som tilläggsbesluten innehöll, att ackumulerat underskott i en intäktsram inte kunde föras över till nästkommande period. Då de ackumulerade underskott som

¹ Promemorian, s. 3.

var föremål för domstolens prövning inte kommer att kunna utnyttjas under innevarande tillsynsperiods slut, medför den föreslagna övergångsbestämmelsen att kammarrättens dom i praktiken kommer att förlora sin betydelse.

Nedan analyseras Europakonventionen och EU-rätten för sig, varefter en sammanfattande analys av promemorians förslag ges.

Skydd för äganderätten enligt Europakonventionen

Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Europakonventionen, med tilläggsprotokoll nr 1, 4, 6, 7 och 13, är inkorporerad i svensk rätt och därmed bindande för svenska myndigheter och domstolar.² Enligt regeringsformen gäller därutöver att ”lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”.³

Äganderätten skyddas artikel 1, tilläggsprotokoll 1 till Europakonventionen och omfattar enligt punkt 1 dels en rätt att få nyttja sin egendom i fred (the peaceful enjoyment of property, eller som det uttrycks i den svenska översättningen, envars rätt till sin egendom ska lämnas okränkta) samt ett skydd mot att berövas sin egendom (deprivation of possessions). I Europadomstolens praxis har en distinktion gjorts mellan åtgärder som avser att kontrollera hur en enskild persons egendom används genom olika former av licenser, koncessioner och liknande, samt åtgärder som innebär att egendomen exproprieras eller motsvarande.⁴ Båda kategorier av åtgärder kan vara förenliga med Europakonventionen, förutsatt att de villkor som uppställs i artikel 1 i tilläggsprotokollet följs. Avseende expropriation uttalas i första stycket att det enbart kan ske i det allmännas intresse, under förutsättningar som anges i lag samt i enlighet med folkrättens allmänna grundsatser. Därutöver anges i andra stycket att förbudet mot inskränkningar i äganderätten inte hindrar en stat från att ”genomföra sådan lagstiftning som staten finner erforderlig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böter och viten”.

² Lag 81994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

³ 2 kap. 19 § regeringsformen.

⁴ Mål Vékony mot Ungern, (mål nr. 65681/13), dom den 3 januari 2015, p. 35.

Frågan är om den övergångsbestämmelsen som föreslås i promemorian innebär en överträdelse av artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 till Europakonventionen. För att besvara frågan ska nedan analyseras huruvida det ackumulerade underskottet i intäktsramen kan anses utgöra egendom i artikelns mening, och om så kan anses vara fallet, om övergångsbestämmelsen kan anses innebära en åtgärd att kontrollera användandet av egendomen alternativt berövande av egendomen i form av exempelvis expropriation i strid med artikeln.

Den ekonomiska tillgången får anses utgöra sådant anspråk att kunna utnyttja det ackumulerade underskottet som uppstått till följd av regleringen av nätverksamhet, att det utgör egendom i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionens mening. Mot bakgrund härav får underskottet anses utgöra egendom i den mening som avses i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionen. grundar sig i personligt grundade anspråk på staten och verkställbara domar. De två senare kategorierna förutsätter att anspråken respektive domen tilldelar den enskilde en exklusiv rättighet som kan omsättas i ett ekonomiskt värde.⁵ Det faktum att ett anspråk mot staten är villkorat och kan upphävas utesluter inte att det kan utgöra egendom i artikelns mening.⁶ Av den vid tiden för beslutet om intäktsram gällande versionen av ellagen följde av 5 kap 20 § att ”om en nätkoncessionshavares samlade intäkter från nätverksamheten under tillsynsperioden har avvikit från intäktsramen, ska det belopp med vilket intäkterna överstigit eller understigit intäktsramen minska respektive öka ramen för den påföljande tillsynsperioden”.⁷ I kammarrättens i dom den 8 mars 2018, uttalades, i anledning av frågan om Ei:s beslut var överklagbart, att ”möjligheten att kunna föra vidare ökningsbelopp får ses som en sorts ekonomisk tillgång för företagen”. Den ekonomiska tillgången får anses utgöra ett anspråk att kunna utnyttja det ackumulerade underskottet som uppstått till följd av regleringen av nätverksamhet, innebärande att det utgör egendom i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionens mening. Mot bakgrund härav får underskottet anses utgöra egendom i den mening som avses i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionen.

⁵ Laurent Sermet, The European Convention on Human Rights and property rights, Human rights files, No. 11 rev., Council of Europe, 1999, med hänvisning till Europakommissionens beslut den 16 juli 1976, A, B, C, D, E, F, G, H och I mot Tyskland, nr. 5573/72 och 5670/72, DR 7, p. 8 och Europakommissionens beslut den 8 december 1988, D. mot Belgien, nr 11966/86, opublicerad.

⁶ Se mål Beyeler mot Italien (mål nr 33202/96) dom den 5 januari 2000, p. 105 och Moskal mot Polen (mål nr. 10373/05) 15 september 2009, p. 40

⁷ Fr.o.m. 1 januari 2019 har lagrummet ersatts av 5 kap. 27-29 §§ ellagen.

Nästa fråga är om det förslag som läggs fram i promemorian kan innebära en åtgärd att kontrollera användandet av egendomen alternativt berövande av egendom i strid med artikel 1 i tilläggsprotokoll 1.

Med berövande av egendom i form av expropriation avses vanligen överförande av egendom från enskild till någon annan, det allmänna eller till en annan enskild. Ett sådant överförande saknas här. I Europadomstolens praxis har även sk. de facto expropriation erkänts, på så sätt att äganderätten finns kvar, men den enskilde inte kan nyttja egendom, såsom i fallet *Sporrong och Lönnroth*.⁸ Även förlusten av ett anspråk riktat mot staten har ansetts kunna utgöra ett berövande av en enskild egendom. I *Moskal*-målet ansågs återkallandet av ett felaktigt beslut att bevilja kvinna förtidspension utgöra ”deprivation of possession” i den mening som avses i artikel 1, tilläggsprotokoll 1. Europadomstolen fann att beslutet visserligen hade stöd i lag samt uppfyllde ett legitimt ändamål, men att det likväl innebar en oproportionerlig börda för den enskilde.⁹ Europadomstolen underströk betydelsen av att vid proportionalitetsbedömningen beakta att det vara staten som begått ett misstag, utan förskyllan av tredje part.¹⁰ Det kan dock inte uteslutas att den åtgärd som föreslås i promemorian även kan ses som en sådan kontrollåtgärd av enskild egendom i form av en licens, koncession eller liknande, som enligt Europadomstolen kan falla inom tillämpningsområdet för artikel 1 i tilläggsprotokoll 1. Även i dessa fall uppställer Europadomstolens praxis gränser för medlemsstatens utrymme att uppställa kontroller. I rättsfallet *Vékony* fann Europadomstolen att den ungerska statens åtgärd att med kort varsel återkalla licenser för tobaksförsäljning, med möjlighet att ansöka om nya, stred mot artikel 1. Europadomstolen uttalade följande:¹¹

“Although it is true that the interference with the applicant’s possessions was a control of use rather than a deprivation of possessions, such that the case-law on compensation for deprivations is not directly applicable, a disproportionate and arbitrary control measure does not satisfy the requirements of protection of possession under Article 1 of Protocol No. 1. It is noteworthy that the applicant’s licence was extinguished without compensation or the possibility of judicial redress. The very short period provided to licence holders to make adequate

⁸ Se mål *Sporrong och Lönnroth mot Sverige* (mål nr 7151/75; 7152/75) dom den 18 december 1984.

⁹ *Moskal mot Polen* (mål nr. 10373/05) 15 september 2009, p. 57, 63 och 76.

¹⁰ *Ibid*, p. 73.

¹¹ Mål *Vékony mot Ungern*, (mål nr. 65681/13), dom den 3 januari 2015, p p. 35 (referenser har uteslutits ur citatet).

arrangements to respond to the impending change to their source of livelihood was not alleviated by any positive measures on behalf of the State, for example, the adoption of a scheme of reasonable compensation. Moreover, it has not been suggested that the applicant, although his family enterprise was active in the lawful selling of products harmful for the health, was in any breach of the law.”

Domstolen fann följaktligen att den enskilde hade fått utså en “excessive individual burden” till följd av statens kontrollåtgärder.¹²

Den EU-rättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar

Enligt EU-domstolens fasta praxis och artikel 6 i fördraget om den Europeiska unionen, ska de grundläggande rättigheter som garanteras i Europakonventionen ingå i EU-rätten som allmänna rättsprinciper. Även EU stadga om skydd för de grundläggande rättigheterna, rättighetsstadgan, innehåller ett skydd för äganderätten, artikel 17, som enligt artikel 53 i ska tolkas i ljuset av Europakonventionen. Enligt artikel 51 i rättighetsstadgan är medlemsstaterna skyldiga att upprätthålla rättighetsstadgan när de agerar inom EU-rättens tillämpningsområde. Området omfattar dels situationer då en medlemsstat genomför EU-rätten på nationell nivå,¹³ dels när medlemsstaten inskränker den fria rörligheten.¹⁴ Någon ytterligare analys av vad äganderätten innebär inom EU-rätten görs därför inte här. Enligt EU-domstolens fasta praxis ska medlemsstaterna även upprätthålla andra allmänna rättsprinciper som utvecklats av EU-domstolen. I fokus står därför den EU-rättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar.

Inledningsvis kan konstateras att de relevanta bestämmelserna i ellagen har genomförts i syfte att genomföra elmarknadsdirektivet.¹⁵ Tillämpningen av reglerna faller därmed inom EU-rättens tillämpningsområde.

Principen om skydd för berättigade förväntningar har varit en erkänd princip i EU-domstolens praxis sedan slutet på 1950-talet, under Kol- och stålgemenskapen.¹⁶ I den

¹² Ibid, p. 37.

¹³ Se exempelvis 5/88 Wachauf och C-617/10 Åkerberg Fransson.

¹⁴ Se exempelvis mål C-260/89, ERT, mål C 368/95 Familiapress och C-573/12 Ålands vindkraft.

¹⁵ Europarlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för el och prop. 2008/09:141 Förhandsprövning av nättariffer, s. 1.

¹⁶ Se 2/58 och 33/58 SNUPAT mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet, mål 14/61 Hoogovens mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet och mål 81/72 kommissionen mot rådet.

EU-rättsliga tolkningen av principen har den i första hand kopplats till legalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och skyldigheten för lagstiftaren att tillhandha en förutsebar reglering. Principen har tillämpats i flera olika sammanhang; när en EU-institution har agerat på ett sådant sätt att en enskild har haft anledning att förlita sig på agerandet,¹⁷ när en EU-institution avviker från sina egna riktlinjer¹⁸ eller när en väl etablerad policy i lagstiftningen ändras till nackdel för enskilda.¹⁹ Vad som är avgörande för principens tillämpning är huruvida den enskilde haft grundad anledning att förlita sig på EU-institutionen. I *Mulder*-målet, rörande berättigade förväntningar i förhållande till EU:s reglering av mjölkkvoter som ändrats till nackdel för enskilda, uttalade EU-domstolen att den enskilde som har anpassat sin mjölkproduktion efter den ordning som förordningen förordade, inte skulle behöva acceptera att lida skada härav.²⁰

Även nationella åtgärder som vidtas inom EU-rättens tillämpningsområde ska vara förenliga med principen om berättigade förväntningar. I målet *Berlington Hungary* hade den ungerska regeringen beslutat reglera om marknaden för spelautomater, vilket bl.a. innebar en femdubbling av den fasta skatten på verksamheten och krav på att ansöka om nya tillstånd. EU-domstolen uttalade:²¹

”Det ska noteras att enligt rättssäkerhetsprincipen, och den därmed sammanhängande principen om skydd för berättigade förväntningar, krävs det särskilt att rättsregler som får negativa konsekvenser för enskilda ska vara klara och precisa samt att tillämpningen av dem ska vara förutsägbar.

Domstolen har också fastställt att en ekonomisk aktör inte kan ha berättigade förväntningar på att det inte kommer att göras några lagändringar över huvud taget, utan endast kan ifrågasätta det sätt på vilket en sådan ändring genomförs.

På samma sätt innebär rättssäkerhetsprincipen inte att lagstiftningen inte får ändras, utan snarare att lagstiftaren ska beakta de ekonomiska aktörernas särskilda

¹⁷ Se mål 289/81 *Mavradis mot Europapalamentet*.

¹⁸ Se mål C- 189/02 *Dansk rörindustri*.

¹⁹ Se mål C-120/86 *Mulder mot Minister van Landbonw en Vissenji*.

²⁰ Se mål C-120/86 *Mulder mot Minister van Landbonw en Vissenji*, punkt 24 och 26.

²¹ Se mål C-98/14, *Berlington Hungary, m.fl. mot Magyar Állam*, p. 77-79. Hänvisningar till ytterligare praxis har inte tagits med i citatet. Se även C-322/16 *Global Starnet*, p. 46-49.

situation och i förekommande fall anpassar tillämpningen av de nya rättsliga bestämmelserna härefter.”

EU-domstolen lade även till att lagstiftare skyldig att föreskriva en tillräckligt lång övergångsperiod för att innehavarna ska kunna anpassa sig eller ett rimligt ersättningsystem.²²

På motsvarande sätt ska principen om berättigade förväntningar tillämpas vid genomförande av EU:s sekundärrätt på nationell nivå.²³ I mål *Plantanol*, rörande avskaffande av särskilda skattelättnader för biogas, uttalade EU-domstolen att ”en näringsidkare som gjort dyra investeringar för att anpassa sig till ett system som dessförinnan antagits av lagstiftaren kan påverkas väsentligt av att ett sådant system avskaffas i förtid, och detta i ännu större utsträckning när avskaffandet sker plötsligt och oförutsägbart, utan att näringsidkaren ges den tid som är nödvändig för att anpassa sig till den nya rättsliga situationen”.²⁴ I mål *Ålands vattenkraft* uttalade EU-domstolen, i försvar av en svensk lagstiftning som innebar ett visst skydd för svenska elproducenter som hade investerat i grön el, att det krävs ”en viss beständighet för att bland annat värna de berättigade förväntningarna hos de investerare som gett sig in på detta område och säkerställa den fortsatta driften av anläggningarna”.²⁵

I förarbetena till ellagen framhölls särskilt att förutsebarhet och tydlighet i ellagens reglering av intäktsram har stor betydelse för nätkoncessionsinnehavarna, bl.a. för att kunna hantera risker och för att planera investeringar.²⁶ Mot bakgrund härav kan slutsatsen dras att den EU-rättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar är av relevans vid en analys av promemorians förslag om ny övergångsbestämmelse.

Promemorian i ljuset av de europarättsliga rättigheterna och principerna

Ei:s handläggning av ärenden om fastställande av intäktsramar för nätkoncessionsinnehavare har allt sedan den s.k. förhandsregleringen introducerades

²² Se mål C-98/14, *Berlington Hungary*, punkt 85.

²³ Se bl.a. mål C-201/08 *Plantanol GmbH & Co. KG mot Hauptzollamt Darmstadt*, rörande reglering av biogas samt mål C-568/11 *Agroferm mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri* om återbetalning av jordbruksstöd. Högsta förvaltningsdomstolen har erkänt principerna som drogs upp i det sistnämnda målet och tillämpade den EU-rättsliga principen om berättigade förväntningar i ett mål med motsvarande förutsättningar, se HFD 2016 ref 13.

²⁴ Mål C-201/08 *Plantanol*, punkt 52.

²⁵ Mål C-573/12, *Ålands Vindkraft AB mot Energimyndigheten*, punkt 103.

²⁶ Prop. 2008/09:141, s. 94 och 119. Se även vid s. 35, 103, 109 och 127.

varit föremål för domstolsprocesser, där Ei:s beslut vid flertalet tillfällen har underkänts av förvaltningsdomstolarna. Enligt ellagen ska beslut om nättariffer tillämpas omedelbart, utan hinder av att beslut överklagas.²⁷ Trots att nätkoncessionsinnehavarna således har haft stor framgång i domstolarna har de inte haft möjlighet att utnyttja de intäktsramar som fastställts, med mindre än att nätavgifterna för konsumenterna chockhöjts. Genom promemorians förslag skulle de ackumulerade underskott i de intäktsramar som koncessionsinnehavarna enligt lag haft rätt att utnyttja gå förlorade.

Av såväl skyddet för äganderätten i Europakonventionens tilläggsprotokoll 1, artikel 1, och EU-rättens princip om skydd för berättigade förväntningar följer att en stat får reglera nyttjandet av enskilda aktörers egendom samt förutsättningarna för att få verka på en marknad, men att enskildas intressen ska beaktas. Regleringen får antas, men inte under vilka former och förutsättningar som helst. Enligt artikel 1 i tilläggsprotokollet och Europadomstolens praxis ska en inskränkning av äganderätten ha stöd i lag, uppfylla ett legitimt ändamål samt vara proportionerligt, vilket innebär att inskränkningen inte innebära att en ”excessive individual burden”, en alltför betungande börda läggs på den enskilda.²⁸ Enligt EU-domstolens praxis skyddas inte förväntningar om att lagändringar över huvud taget inte får göras, utan vad som kan ifrågasättas är det sätt på vilket en sådan ändring genomförs. Generaladvokat Nils Wahl har uttryckt att ”sådana förväntningar endast kan uppkomma när en person har fått tydliga försäkringar som är ovillkorliga och samstämmiga samt härrör från behöriga och tillförlitliga källor”.²⁹

Av förarbetena till ellagen framgår att ett uttalat syfte med införandet av modellen med förhandsregleringen var att skapa förutsebarhet för nätföretagen.³⁰ Förvaltningsdomstolar har vid upprepade tillfällen fastställt att den tolkning av lagen som Ei lagt till grund för sina beslut har varit felaktig. Nätkoncessionsinnehavarna har härefter fått lagakraftvunna beslut med innebörden av att de har rätt till en viss intäktsram för en tillsynsperiod som nu har gått till ända. Enligt gällande rätt vid tidpunkten för besluten hade koncessionsinnehavarna rätt att föra över ackumulerade underskott till efterföljande tillsynsperiod. Som anförts ovan får det ackumulerade underskottet som uppstått till följd av regleringen av nätverksamhet anses utgöra

²⁷ Sedan 1 januari 2019 regleras frågan i 5 kap. 32 § ellagen, dessförinnan 5 kap. 19 §.

²⁸ Se ovan, not 11.

²⁹ GA Wahls yttrande i mål C-322/16 Global Starnet, p. 63.

³⁰ Se ovan, not 26.

egendom i den mening som avses i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionen. Mot bakgrund av förhandsregleringens utformning får nätföretagen följaktligen anses ha ett anspråk att kunna utnyttja det ackumulerade underskottet, innebärande att det utgör egendom i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Europakonventionens mening.

Även om skyddet för äganderättigheten inte hindrar att staten reglerar nätverksamheten, får regleringen inte innebära ett oproportionerligt ingrepp. Genom att regeringens promemoria med förslag om en ny övergångsbestämmelse i praktiken omöjliggör ett utnyttjande av underskotten i intäktsramen, får ingreppet anses medföra att en oproportionerligt tung börda läggs på koncessionsinnehavarna. På motsvarande sätt får koncessionsinnehavarna anses ha berättigade förväntningar som skyddas av EU-rätten till att kunna utnyttja de intäktsramar som fastställts i enlighet med gällande rätt. Promemorians förslag om ny övergångsbestämmelse får därför anses stå i strid med artikel 1 i Europakonventionens tilläggsprotokoll och EU-rättens allmänna princip om skydd för berättigade förväntningar.

Dag som ovan,



Jane Reichel
Professor i förvaltningsrätt, Stockholms universitet