



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

Juridiska institutionen

Göteborg 2021-03-01

Dnr GU 2020/3354

**Infrastrukturdepartementet/
Energienheten
103 33 Stockholm**

(Remiss I2020/03164)

**Remissvar Ei PM2020:02 Ökade incitament för kostnadseffektiva lösningar i
elnätsverksamhet – Förslag till lagändring**

Sammanfattning

Vi ställer oss försiktigt positiva till förslaget. Närmare kommentarer lämnas i följande avseenden:

1. Förslaget, att ändamålsenlighet och effektivitet ska avse alla näföretagets kostnader, tillstyrks.
2. Den principiella frågan om hur mycket makt som ska flyttas över till Ei genom olika bemyndiganden bör uppmärksammas; inte först och främst i förhållande till de här aktuella lagförslagen utan i allmänhet.
3. Att lämna synpunkter på ett utkast till idéer om framtida reglering är inte samma sak som att skriva ett remissvar på ett skarpt lagförslag.

4. Idén att ge premier respektive avdrag på intäktsramen baserat på ett nätföretags effektivitet relativt andra nätföretag bör problematiseras, särskilt med avseende på riskerna för att regleringen skapar en negativ spiral för nätföretag som drabbas av avdrag.
5. Det är inte helt tydligt hur det föreslagna nya bemyndigandet i 5:1a 2 st. ellagen förhåller sig till det befintliga bemyndigandet i 5:6 1 p. ellagen.

Närmare kommentarer

Syftet med lagförslaget är tvåfaldigt. Syftena kopplar förstas till varandra men jag kommenterar dem separat

Lagförslag till 5:1a 1 st. ellagen

Det första syftet är att kravet på *ändamålsenlighet och effektivitet* ska omfatta *alla nätföretagets kostnader*. Med den nuvarande lydelsen i 5:1 1 st. 1 p. ellagen ställs det kravet bara på *löpande (påverkbara) kostnader* ("driften av nätverksamhet"). Med den föreslagna lydelsen ställs samma krav på *kapitalkostnader* ("avskrivningar" i 2 p. och "avkastning" i 3 p.).

Det första syftet framstår som rimligt och i linje med elmarknadsdirektivet. Ska flexibilitetslösningar på lika villkor kunna konkurrera med traditionell utbyggnad måste samma krav ställas på löpande kostnader respektive kapitalkostnader så att inte incitamentsstrukturen styr bort från flexibilitetslösningar som genererar löpande kostnader.

Lagförslag till 5:1a 2 st. ellagen

Mer makt till Ei genom bemyndigande

Det andra syftet är att bemyndiga Energimarknadsinspektionen (Ei) att utforma föreskrifter som preciserar kravet på ändamålsenlighet och effektivitet. Ei har redan sådant bemyndigande vad gäller krav på *kvalitet* i nätverksamheten enligt 5:10 ellagen (och förordningen).

Lagförslaget reser i denna del frågor av *principiell natur*. Det handlar i praktiken om att ge Ei större utrymme att styra regleringens faktiska innehåll. Det handlar således om överflyttning av makt från riksdagen till regeringen och i praktiken många gånger till Ei. I det enskilda fallet kan det naturligtvis vara fullt motiverat. Vad gäller ellagen synes det emellertid vara en mer allmän trend att mer och mer faktisk makt flyttas över till Ei genom bemyndigande.¹ Huruvida det är bra eller dåligt kan diskuteras men det bör som allmänt fenomen i vart fall uppmärksammas.

Remissvar på idéer om framtida reglering?

I det här konkreta fallet är det vidare svårt att uttala sig om vad det föreslagna bemyndigandet kommer att innebära i praktiken. Ei ger i sitt PM en redogörelse för det tänkta principiella innehållet i kommande föreskrifter. Detta kan förstas kommenteras men det är inte samma sak som att skriva ett remissvar på ett skarpt lagförslag. Vad lagförslaget med *säkerhet* innebär är en maktöverflyttning men vi kan inte med säkerhet veta vad Ei i detalj gör av den nya makten. Ett exempel är att det inte är klart hur löpande

¹ Härvid kan till exempel noteras att Ei också i R2020:06 *Kapacitetsutmaningen i elnäten* föreslår motsvarande maktöverflyttning men då i förhållande till 3:9a ellagen.

opåverkbara kostnader ska hanteras, se s. 20 i PM:en. En effekt av detta är att konsekvenserna av lagförslaget i delar är svåra att förutse med följderna att det är svårt att uttala sig om saken, vilket också anges i PM:en, s. t.ex. s. 29 om elnätspriserna till kund och s. 30 om ekonomiska konsekvenser för elnätsföretagen.

Remissvaret kan i denna del därför egentligen endast avse själva maktöverflyttningen som sådan, inte de faktiska konsekvenserna av den. Min mening är att det i vart fall bör problematiseras och noggrant diskuteras huruvida ytterligare makt bör överföras till Ei och i sådant fall i vilken utsträckning och på vilket sätt. Detta påpekande är dock av mer principiell karaktär och inte avsett som kritik mot just det aktuella lagförslaget som sådant. I den mån lagförslaget genomförs bör förstås elnätsföretagen (men även andra intressenter) vara djupt involverade i framtagandet av de kommande föreskrifterna eftersom beräkningen av intäktsramen är den viktigaste regleringsfrågan för elnätsföretagen och som också vållat en hel del rättsliga strider.²

Premier respektive avdrag på intäktsramen

Vad gäller *de idéer avseende föreskrifter som Ei presterar* vill jag trots det ovan sagda lyfta några frågor angående förslaget att ge effektiva elnätsföretag en *premie* (ökad intäktsram) samtidigt som ineffektiva elnätsföretag ska ges ett *avdrag* (minskad intäktsram). Det sägs explicit att förslaget syftar till att simulera konkurrens mellan elnätsföretagen med den avsedda verkan att stärka nätföretagens effektiviseringsvilja (s. 19 i PM:en). Tanken är förstås att den simulerade konkurrensen (fri marknad) är mer samhällsekonomiskt effektiv än monopol. Effektiviteten ska därför enligt Ei bedömas *relativt* andra elnätsföretag. På en verklig fri marknad kan dock de som inte presterar tillräckligt bra relativt konkurrenterna ”slås ut”, till exempel genom att de går i konkurs eller att de blir uppköpta av en starkare (mer effektiv) aktör. Frågan är om den föreslagna modellen med premie respektive avdrag tar höjd för det.

Ett elnätsföretag som *relativt andra elnätsföretag* presterar sämre får mindre intäkter även om elnätsföretaget med en mer *objektiv bedömning* skulle kunna bedömas ha varit effektivt. Det finns därför en risk att vissa elnätsbolag som drabbas av avdrag på grund av sin relativa ineffektivitet ”hamnar på efterkälken”. Det kan leda till att samma elnätsföretag relativt andra elnätsföretag presterar dåligt eller sämre även nästa gång med nytt avdrag som följd. Det kan uppstå en ond spiral. På en verkligt fri marknad är det inte ett problem. Men när det handlar om naturliga och legala monopol med samhällsviktiga infrastrukturella funktioner framstår det som mer problematiskt.

Elnätsföretag i *konkurs* är förstås ett uppenbart problem. Elnätsföretag som *köps upp* behöver inte vara ett problem *per se* och i det enskilda fallet men en ökad ägarkoncentration av det svenska elnätet skulle kunna bli ett problem på sikt. Det framstår därför som viktigt att problematisera (1) om det över huvud taget är en god idé att ge premier respektive avdrag på intäktsramen och (2), om det anses vara en god idé, det är klokt att tillämpa relativa måttstockar på så sätt som föreslås. Kanske vore det bättre med objektiva måttstockar eller relativitet i förhållande till något annat, t.ex. den *egna* tidigare prestationen.

² Exempelvis har förvaltningsrätten i Linköping nyligen avgjort mål avseende intäktsramsregleringen (bl.a. mål 9349-19 m.fl. och 9850-19 m.fl.) och därvidlag bedömt att intäktsramsförordningen (2018:1520) dels står i strid med ellagen och därför inte ska tillämpas (formella lagkraftens princip, 8:18 RF), dels står i strid med EU-rätten och även på den grunden inte ska tillämpas (krav på oberoende myndigheter i tredje elmarknadsdirektivet (2003/54/EG)).

Förhållandet mellan förslag till 5:1a 2 st. ellagen och 5:6 1 p. ellagen

Avslutningsvis en *lagteknisk* kommentar. Det är inte helt tydligt hur det föreslagna nya bemyndigandet i 5:1a 2 st. ellagen förhåller sig till det befintliga bemyndigandet i 5:6 1 p. ellagen.

Enligt den senare bestämmelsen får Ei meddela föreskrifter om ”vad som ska anses vara *kostnader för driften* av en nätverksamhet som har likartade objektiva förutsättningar och bedrivs på *ett ändamålsenligt och effektivt sätt* när intäktsramen bestäms[...]” (min kurs.). Det synes föreligga viss överlappning eftersom det föreslagna nya bemyndigandet skulle ge Ei befogenhet att utförda föreskrifter ”om vad som avses med ett *ändamålsenligt och effektivt sätt* att bedriva nätverksamhet enligt första stycket” (min kurs.) och det första stycket bland annat omfattar ”*kostnader för driften av nätverksamhet*” (min kurs.).

Skillnaden synes ligga i att 5:6 ellagen omfattar ”likartade objektiva förutsättningar” medan det föreslagna nya bemyndigandet inte gör det. Huruvida och varför den åtskillnaden är avsedd, samtidigt som bestämmelserna överlappar varandra ifråga om ”ändamålsenligt och effektivt”, är inte helt enkelt att förstå.

Ei R2020:06 Kapacitetsutmaningen i elnäten

Sammanfattning

Remissvaret avser i denna del endast lagförslaget till ändring i 3:9a ellagen. Vi är i sak positiva till större möjligheter till undantag från funktionskravet och 24-timmarsregeln. Närmare kommentarer lämnas dock i följande avseenden:

1. Lagtekniska synpunkter avseende åtskillnad mellan undantag baserade på offentlighetsrättsliga föreskrifter respektive det civilrättsliga kontrollansvaret.
2. Den tolkning av kontrollansvaret som Ei lägger till grund för förslaget till nytt bemyndigande.

Närmare kommentarer

Lagförslaget till 3:6-7 ellagen

Inga särskilda synpunkter.

Lagförslag till 3:9a ellagen

Lagtekniska synpunkter

Syftet är att Ei ska få möjlighet att meddela föreskrifter som möjliggör undantag från *funktionsansvaret* så att längre avbrott än 24 timmar kan vara acceptabla i vissa föreskrivna situationer. I dagsläget undgår elnätsbolaget ansvar endast om orsaken till avbrottet anses ligga utanför elnätsbolagets *kontrollansvar*. Utöver den principiella fråga om maktöverflyttning till Ei som lyftes tidigare i remissvaret, kan några *lagtekniska synpunkter* anföras. Det föreslagna tillägget om Ei:s föreskrifträtt i 3:9a 2 st. framstår nämligen som en aning klumpigt rent lagstiftningstekniskt.

Ett alternativ är att i stället för att lägga till den föreslagna skrivningen i andra stycket, ändra *första* stycket så att ”strängare krav” blir ”andra krav” och låt kontrollansvaret stå kvar som det gör idag.

Med en sådan ändring låser sig inte lagtexten i första stycket vid att Ei endast kan meddela strängare krav. Med ”andra krav” kan Ei meddela både strängare och mildare krav genom den hänvisning till 3:9a 4 st. ellagen som redan finns i 1 st.

Den lagstiftningstekniska fördelen är att lagtexten blir mindre klumpig. Ei:s bemyndigande att föreskriva om undantag från 24-timmarsregeln skulle framgå direkt av första stycket i stället för att delas upp i två delar (strängare krav i första stycket och mildare krav i andra stycket).

En annan fördel är att det *generella* undantaget baserat på kontrollansvar hålls separat från Ei:s befogenhet att utfärda undantag för *särskilda* situationer. Det blir då tydligt att undantag kan baseras på dels offentlighättsliga föreskrifter, dels det civilrättsliga (kontraktsrättsliga) kontrollansvaret.

Ett eventuellt *problem* med att ange ”andra krav” i stället för ”strängare krav” i 3:9a 1 st. ellagen är att den *proportionalitetsbedömning* som stadgas i 3:9 3 st. ellagen skulle kunna lägga till grund för undantag. 24-timmarsregeln får då inte samma strikta innebörd som en nästintill absolut maxgräns för acceptabla avbrott i överföringen. Huruvida det alls vore ett problem kan förvisso diskuteras. Det behöver inte anses vara ett problem. Flera av de skäl som Ei anger för det föreslagna bemyndigandet handlar ju just om situationer i vilket det vore orimligt att upprätthålla 24-timmarsregeln (det vill säga det vore oproportionerligt).

Ei:s tolkning av kontrollansvaret

Vad ytterligare gäller kontrollansvaret och Ei:s önskemål om att kunna meddela mildare krav än 24-timmarsregeln bör också uppmärksammas att den tolkning av kontrollansvaret som framgår av rapporten synes vara väl sträng. Ei anger på s. 88 att lagtexten medger ”väldigt begränsade möjligheter till undantag”. Tolkningen baseras bland annat på vad som uttalas i prop. 2005/06:27 om krig, sabotage och terrorism. Kontrollansvaret är förvisso helt riktigt strängt men det är trots allt inte ett strikt ansvar. Tolkningen ser därför ut att behöva nyanseras.

Kontrollansvaret är ett rättsligt fenomen som letat sig in i svensk rätt via köprätten (KöpL och KköpL). I köprättsliga sammanhang anges att det ytterst handlar om att avgöra om det hinder som föreligger *typiskt sett* bör vara ett hinder som säljaren (här: nätföretaget) bör ansvara för, se till exempel Ramberg/Herre, Allmän köprätt, 9u, 2019, s. 214-215. Det är alltså fråga om en typifierad riskfördelningsbedömning.³ Hur den bedömningen ska göras för de speciella förutsättningar som gäller för nätföretag är inte givet på förhand – bedömningen som sådan följer inte av lagtexten och det är inte säkert att de överväganden som gör sig gällande i köprätten är direkt överförbara till regleringen av elnätsföretagen. Det är därför inte nödvändigtvis så att Ei behöver föreskriftsrätt för att göra undantag för de situationer som räknas upp på s. 94-95 i rapporten (exempelvis undantag för ”något fler extremhändelser” eller ”uttagspunkter där det är orimligt att garantera nuvarande 24-timmarskrav till 100 procent”).

Ytterligare en aspekt som rör kontrollansvaret och som kan problematiseras är Ei:s uttalande på s. 89: ”Därmed ser vi inte att det finns utrymme för att väga in *några som helst ekonomiska hänsyn* i bedömningen avseende om ett avbrott på 24 timmar är acceptabelt eller inte.” (min kurs.). Ei verkar mena att så är fallet eftersom 3:9a ellagen i sin hänvisning till 3:9 3 st. ellagen endast avser strängare krav. Jag är tveksam till om en sådan *e contrario*-tolkning verkligen har stöd för sig. Det faktum att 3:9a ellagen inte säger något explicit om ekonomiska hänsynstaganden utesluter inte per automatik att

³ Detta synes komma till uttryck i prop. 2005/06:27 s. 25 när innebörden av kontrollansvar anges vara ”vad ett nätföretag normalt kan förvänta sig och rusta sig mot[...]”.

sådana kan få betydelse. Min bedömning är att ekonomiska hänsynstaganden mycket väl kan få betydelse vid bedömning av om ett nätföretag uppfyllt sitt kontrollansvar. Dels kan man tänka sig att ekonomiska hänsyn påverkar den typifierade riskfördelningen enligt kontrollansvarets två första rekvisit (hinder + utom kontroll).⁴ Dels kan ekonomiska hänsyn ha betydelse vid bedömning av det fjärde rekvisitet (skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit) eftersom skäligheten många gånger beror av proportionerna mellan å ena sidan nätföretagets kostnad för en viss åtgärd och å andra sidan elnätskundens intresse av överföring.

(En avslutande detalj: Lagtexten i författningsförslaget respektive författningskommentaren till 3:9a ser olika ut. Det står "understiger" i författningskommentaren men "överstiger" i författningsförslaget. Det korrekta måste vara "överstiger" – "understiger" blir logiskt konstigt.)

Yttrandet är författat av juris doktor Daniel Hult vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet.

I tjänsten

Joachim Åhman

Joachim Åhman

Prefekt

⁴ Jfr vad som sägs om kontrollansvaret i prop. 2005/06:27 s. 25: "[...] att dimensionera elnätet så att elanvändarna garanteras en hundra procentig elleverans är varken tekniskt möjligt eller *ekonomiskt rimligt*." (Min kurs.).