



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska institutionen

Göteborg 2020-04-29

Dnr GU 2020/832

Infrastrukturdepartementet
103 33 Stockholm

Remiss I2020/00602/E

Remissvar avseende Ei R2020:02 Ren energi inom EU – Ett genomförande av fem rättsakter

Juridiska institutionen har fått i uppdrag att för Göteborgs universitets räkning svara på rubricerad remiss. Ansvarig för yttrandet är Juris doktor Daniel Hult, Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet.

Sammanfattning

Vi ställer oss i huvudsak positiva till förslaget. Synpunkter lämnas dock i följande avseenden:

- Definitionen och den redaktionella placeringen av begreppet *förnybar energi* i Förslag till lag om energigemenskaper.
- Förtydligande av rättsföljderna av att en *gemenskap för förnybar energi* avsiktligt kringgår bestämmelserna om vem som får antas som medlem i Förslag till lag om energigemenskaper.
- Förtydligande av den rättsliga innebörden av vissa elanvändares (påstådda) rätt att kräva *avtal om dynamiska priser* i Förslag till ändringar i ellagen (1997:857).
- Förtydligande av den rättsliga innebörden av att elanvändare har rätt att säga upp sitt avtal med elleverantören när denne gör *ändringar i befintliga avtalsvillkor* i Förslag till ändringar i ellagen (1997:857).

- Förtydligande av att elanvändaren måste lämna sitt aktiva samtycke för att bli bunden av en *villkorsändring som innebär en övergång till avtal om dynamiska priser* i Förslag till ändringar i ellagen (1997:857).
- Förslag att överväga om *definitionerna av fjärrvärme och fjärrkyla* bör formuleras så att även system vilka kombinerar distribution av värme och kyla omfattas av regleringen i Förslag till lag om ändring i fjärrvärmelagen (2008:263).

Förslag till lag om energigemenskaper

Kommentar till 1 kap. 5 §

Begreppet förnybar energi

I paragrafen definieras begreppet *förnybar energi*. Begreppet definieras på två olika sätt. Först generiskt som ”förnybara, icke-fossila energikällor”, sedan genom en lista med specificerade energikällor. Eftersom begreppet *förnybar energi* definieras på två olika sätt är det inte tydligt om den angivna listan ska anses vara uttömmande eller exemplifierande. Av ordalydelsen att döma ska den vara uttömmande.

Om den är uttömmande behövs inte den generiska definitionen *förnybara, icke-fossila energikällor*. De mer specifikt angivna energikällorna utgör i sådant fall exakt de energikällor som kan komma ifråga.

Om listan inte är uttömmande bör termen ”nämligen” bytas ut mot ”exempelvis”, ”såsom” eller annan term som visar att den generiska definitionen *förnybara, icke-fossila energikällor* kan tänkas rymma fler energikällor än de i listan uppräknade.

Utöver detta bör också följande uppmärksammas. Definitionen av *förnybar energi* synes endast ta hänsyn till produktion av energi eftersom definitionen endast behandlar energikällor. Om så är fallet utesluts energisystem vilka syftar till att minska den totala energiförbrukningen inom ett system. Som exempel kan nämnas så kallad femte generationens fjärrvärme (5GDHC eller balanserade termiska nät) som bygger på att användarnas värme- respektive kylbehov balanseras mot varandra med minskad totalt energiförbrukning inom systemet som följd utan att användarna gör avkall på sina värme- respektive kylbehov.¹ Det bör övervägas om *gemenskap för förnybar energi* även ska kunna inkludera samarbeten som syftar till att minska det totala behovet av energiproduktion, till exempel genom balansering av värme- och kylbehov. Den föreslagna associationsformen *gemenskap för förnybar energi* torde kunna vara en lämplig samarbetsform för den här formen av energidelning.

Redaktionell synpunkt

¹ Se t.ex. Boesten et al, 5th generation district heating and cooling systems as a solution for renewable urban thermal energy supply, Adv. Geosci., 49, 129–136, 2019 och Buffa et al, 5th generation district heating and cooling systems: A review of existing, Renewable and Sustainable Energy Reviews 104 (2019) 504–522. Jfr också E.ON:s arbete med Ectogrid™, <https://www.eon.se/om-e-on/innovation/ectogrid.html>.

Det bör övervägas om inte definitionen av *förnybar energi* bör placeras som ett andra stycke i kap. 1 § 4 snarare än i en egen paragraf i kap 1 § 5. Definitionen har direkt koppling till begreppet *gemenskap för förnybar energi* i kap. 1 § 4 samtidigt som det saknar koppling till begreppet medborgarenergigemenskap i kap. 1 § 3. Begreppet *förnybar energi* har med andra ord specifik betydelse för *gemenskaper för förnybar energi*, inte gemensam betydelse för både typerna av *energigemenskaper*.

Kommentar till kap. 3 § 1 st. 2 och kap. 3 § 2 st. 2

Allmänt

Båda bestämmelserna syftar till att avgränsa vissa typer av aktörer från medlemskap i en *gemenskap för förnybar energi*. De tänkta rättsföljderna av att bestämmelserna kringgås är inte helt tydliga.

Kap. 3 § 1 st. 2 – varaktig anknytning

Vad gäller kap. 3 § 1 st. 2 och kravet på *varaktig anknytning* är bestämmelsen utformad som en positiv avgränsning av vem som får antas som medlem. Tolkad *e contrario* innebär bestämmelsen en negativ avgränsning av vem som inte får antas som medlem. Av kap. 4 § 9 st. 2 framgår att det åligger gemenskapen att tillse att avgränsningen efterlevs: gemenskapen ”ska vägra medlemskap”. Regeladressaten är således gemenskapen.

Frågan är vad som blir konsekvensen av att en gemenskap inte följer regleringen utan felaktigt tillåter medlemskap i strid med bestämmelsen. Om medlemskapet tillåts oavsiktligt (till exempel på grund av en felbedömning från gemenskapens sida eller att förhållandena ändrats sedan beslutet fattades) torde medlemmen kunna uteslutas enligt någon av grunderna i kap. 4 § 13. Om medlemskapet i stället har tillåtits avsiktligt (till exempel för att det finns ekonomiska incitament) kommer gemenskapen inte vilja använda kap. 4 § 13.

Som skyddsmekanism för gemenskapen fungerar kap. 4 § 13 bra eftersom den medför möjlighet att utesluta medlemmen efter det felaktiga beviljandet. Men eftersom kravet på *varaktig anknytning* inte i första hand torde syfta till att skydda den enskilda gemenskapen, utan snarare syftar till samhällsintresset av att möjliggöra lokalt förankrade initiativ på energiområdet, fungerar den mindre bra vid regelmissbruk från gemenskapens sida. Samhällsintresset i den föreslagna lagstiftningen syns bland annat i att Ei ska utöva tillsyn över att lagstiftningen följs enligt 5 kap., vilket är en väsentlig skillnad mot lag (2018:672) om ekonomiska föreningar. Det bör därför övervägas om inte brott mot kap. 3 § 1 st. 2 och kap. 4 § 9 st. 2 ska hanteras på annat sätt.

Förslagsvis kan gemenskapen åläggas att utesluta medlemmen genom att införa ett tredje stycke i kap. 4 § 13 som stadgar att en medlem som inte uppfyller kap. 3 § 1 st. 2 ska uteslutas (jfr kap. 4 § 13 som stadgar att medlem *får* uteslutas). Om uteslutandet formuleras som en ska-förpliktelse, snarare än en valmöjlighet (*får*), kan Ei utöva tillsyn enligt kap. 5 § 3 för att säkra regelefterlevnad.

Kap. 3 § 2 st. 2 – inte primär kommersiell verksamhet

Bestämmelsen i kap. 3 § 2 st. 2 medför samma problematik. Lagtekniskt är kravet inte formulerat på samma sätt eftersom avgränsningen av vem som får beviljas medlemskap inte uttrycks direkt i lagtexten.

Kravet är i stället att gemenskapens stadgar ska ha visst innehåll. Vad som motiverar den lagtekniska skillnaden mellan kap. 3 § 1 st. 2 och kap. 3 § 2 st. 2 är inte helt klart.

Oavsett denna skillnad uppstår dock samma problem: antingen om gemenskapen avsiktlig tillåter medlemskap för en näringsidkare som redan från början har medlemskapet som sin primära kommersiella verksamhet eller om förhållandena ändras över tid. Kap. 4 § 13 fungerar bra som skydd för gemenskapen men fungerar mindre bra för att förmå gemenskapen att följa syftet med avgränsningen. Med föreslagen reglering kan en gemenskap bildas som förvisso har med kravet enligt kap. 3 § 2 st. 2 i sina stadgar men det finns inget som hindrar gemenskapen från att frångå stadgan. Ei kan inte utöva tillsyn och påtryckning enligt kap. 5 § 3 eftersom det formella kravet på visst innehåll i stadgarna är uppfyllt samtidigt som Ei knappast vid vite kan förelägga gemenskapen att använda den får-möjlighet till uteslutning som finns i kap. 4 § 13. För att ge Ei möjlighet att säkra regelefterlevnad bör övervägas om uteslutning med hänvisning till kap. 3 § 2 st. 2 ska formuleras som en ska-förpliktelse snarare än en valmöjlighet (*får*).

Förslag till ändringar i ellagen (1997:857)

Kommentar till kap. 9 § 11

Enligt den föreslagna bestämmelsen i kap. 9 § 11 ska elanvändare som möter vissa mätarkrav ha "rätt att begära ett avtal om dynamiska priser" av elleverantörer som har fler än 200 000 elanvändare. Den valda formuleringen ger närmast intrycket att elanvändaren skulle ha en *civilrättslig* rättighet att kräva avtal om dynamiska priser medan elleverantören skulle ha motsvarande civilrättsliga skyldighet att erbjuda sådana avtal. Tankarna förs till någon form av kontraheringstvång eftersom bestämmelsen är formulerad som en rättighet för elanvändaren.

Det framgår dock på s. 322 i Ei:s rapport att bestämmelsen "avser att ge elanvändare rätt att begära ett sådant avtal, men med detta följer ingen absolut skyldighet att ingå avtal för elleverantören." Det är alltså inte fråga om en civilrättslig rättighet. Man kan fråga sig vad en sådan *rätt att begära* egentligen har för rättslig betydelse – rätten att begära något måste ju rimligen stå varje elanvändare fritt oavsett vad som står i ellagen. Det avgörande är snarare om elleverantören har en skyldighet att tillmötesgå begäran och under vilka förutsättningar en sådan skyldighet föreligger. Civilrättsligt sett får den föreslagna bestämmelsen därför anses vara närmast betydelselös.

Den föreslagna bestämmelsen omfattas dock av Ei:s tillsyn enligt kap. 12 § 1. Bestämmelsen kan därför ha offentligrättslig betydelse. Ei skulle kunna utöva tillsyn över att berörda elleverantörer erbjuder avtal med dynamisk prissättning. En sådan tillsyn (eventuellt förenad med vite) har ingen direkt påverkan på det enskilda avtalsförhållandet men sätter press på berörda företag att agera i enlighet med bestämmelsens syfte. Detta ligger i linje med vad som sägs på s. 582 i rapporten.

Den föreslagna bestämmelsen bör omformuleras så att det tydliggörs att den enskilda elanvändaren inte kan åberopa bestämmelsen på civilrättslig grund och att det därför inte är fråga om någon civilrättslig rättighet. Om det är så att en civilrättslig rättighet trots allt är avsedd men att denna är villkorad (skrivningen "ingen *absolut* skyldighet", min kurs, i rapporten antyder att någon form av skyldighet är avsedd men att den inte är utan undantag), bör villkoren framgå i lagtext och de civilrättsliga rättsföljderna av att bestämmelsen inte följs preciseras. Om det i stället handlar om en offentligrättslig skyldighet för elleverantören att tillhandahålla avtal om dynamiska priser bör bestämmelsen formuleras som en *skyldighet för elleverantören* (över vilken Ei kan utöva tillsyn) snarare än rättighet för elanvändaren.

Kommentar till kap. 9 § 12

I bestämmelsen stadgas att elleverantören som avser att göra ensidiga ändringar i avtalsvillkoren för en elanvändare med tillsvidareavtal ska meddela elanvändaren om ändringarna. I meddelandet ska också framgå att elanvändaren har rätt att säga upp avtalet.

Det är oklart vilken rättslig grund för uppsägning som avses. Bestämmelsen är formulerad som en plikt att meddela, inte en rätt att säga upp. Av art. 10 p. 4 3 mening elmarknadsdirektivet

framgår att en rätt till uppsägning är avsedd. Bestämmelsen bör därför formuleras så att det blir tydligt att elanvändaren har rätt att säga upp avtalet som en direkt följd av de ändrade villkoren – inte bara en rätt att bli informerad.

Vidare bör de rättsliga förutsättningarna för uppsägningen förtydligas. Är det fråga om uppsägning med *omedelbar verkan*? Eller avses uppsägning *enligt villkor i föreliggande avtal*? Om det senare avses blir frågan vilken uppsägningstid som avtalats. Om en lång uppsägningstid avtalats förfelas syftet med bestämmelsen eftersom elanvändaren då kan ha en uppsägningstid som är längre än de tidsfrister som framgår av kap. 9 § 12 st. 2. Ett förtydligande av bestämmelsen framstår som särskilt angeläget när den nu föreslås tillämpas på alla elanvändare (inte bara konsumenter) eftersom längre uppsägningstider kan förmodas förekomma när elanvändaren inte är konsument.

Elanvändarens rätt till uppsägning bör också begränsas i tid genom en *tidsfrist för elanvändaren*. I den föreslagna bestämmelsen framgår ingen borte gräns för när elanvändaren kan åberopa ändrade villkor som rättslig grund för uppsägning. En sådan tidsfrist skulle kunna kopplas till kap. 9 § 12 st. 2 så att rätten till uppsägning på grund av ändrade villkor är försutten om inte meddelande om uppsägningen kommit motparten till handa före det att villkoren enligt lag får börja tillämpas.

Slutligen bör förtydligas att en villkorsändring som innebär att avtalet ändras till ett avtal om dynamiskt pris inte blir gällande utan elanvändarens *aktiva* godkännande. Skiljelinjen mellan att ändra villkor i ett befintligt avtal och att ingå ett nytt avtal är inte helt enkelt att dra. Lagtexten bör därför vara var särskilt tydlig i den här frågan. Det är inte tillräckligt att i kap. 9 § 11 st. 3 ange att samtycke måste inhämtas när avtal *ingås* eftersom kap. 9 § 12 avser *ändring av befintliga avtalsvillkor*.

Förslaget till kap. 9 § 12 st. 1-2 får anses innebära att elanvändaren kan bli bunden till de ändrade avtalsvillkoren genom *passivitet* eftersom de nya villkoren får börja tillämpas efter tidsfristerna i kap. 9 § 12 st. 2 om inte elanvändaren säger upp avtalet (det vill säga aktivt agera för att avsluta avtalsrelationen). Man kan förvisso argumentera att elanvändaren kan anses lämna sitt samtycke genom konkludent handlande om denne i praktiken accepterar villkorsändringen utan att protestera. Ett sådant resonemang synes dock inte ligga i linje med art. 11 p. 3 i elmarknadsdirektivet som stadgar att "[l]everantörerna ska inhämta en slutkunds samtycke innan dennes avtal byts ett avtal med dynamiska elpriser". Att inhämta samtycke får här förstås som att slutkunden ska lämna ett aktivt samtycke. Förslagsvis kompletteras därför kap. 9 § 12 st. 2 med en skrivning om att elanvändarens *aktiva* godkännande måste inhämtas vid villkorsändring till just dynamiska priser.

Förslag till lag om ändring i fjärrvärmelagen (2008:263)

Allmän kommentar

Det föreslås att fjärrkyla definieras och regleras i fjärrvärmelagen i den utsträckning som behövs för att art. 24 förnybarhetsdirektivet ska anses uppfyllt. Med den befintliga definitionen av fjärrvärme och den föreslagna definitionen av fjärrkyla behandlas fjärrvärme och fjärrkyla som två separata företeelser. Traditionellt har så också varit fallet.

Det bör dock uppmärksammas att nya sätt att *kombinera distribution* av värme och kyla är under utveckling (5GDHC), se fotnot 1 ovan. Det bör därför övervägas hur art. 24 förnybarhetsdirektivet förhåller sig till sådana system. Från ett kundperspektiv vore det märkligt om en kund ansluten till ett fjärrvärmenät och/eller ett fjärrkylnät har rätt till information om energiprestanda och andel förnybar energi i systemen medan en kund ansluten till ett system som kombinerar distribution av värme och kyla inte har det. Även om art. 24 förnybarhetsdirektivet inte kan anses ställa sådana krav på 5GDHC bör det övervägas om sådana krav ändå bör införas i svensk rätt.

Joachim Åhman

Prefekt