

**Energimarknadsinspektionens rapport Kapacitetsutmaningen i elnäten samt promemorian Ökade incitament för kostnadseffektiva lösningar i elnätsverksamhet**

(I2020/03164)

Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet har genom remiss anmodats att yttra sig i rubricerat ärende. Fakultetsnämnden får härmed lämna följande synpunkter.

Sammanfattning

Det finns anledning att problematisera utgångspunkterna för de remitterade förslagen.

Energimarknadsinspektionens bedömning att nätkoncessionshavare har ett absolut ansvar att leverera el till sina befintliga kunder bör ifrågasättas.

De föreslagna ändringarna i 3 och 5 kap ellagen (1997:857) är behäftade med vissa lagtekniska problem.

Övergripande synpunkter

Analyserna i såväl Energimarknadsinspektionens rapport ”Kapacitetsutmaningen i elnäten” (Ei R2020:06) som promemorian ”Ökade incitament för kostnadseffektiva lösningar i elnätsverksamhet” (Ei PM2020:01) bygger på en reglermodell som har ekonomisk effektivitet som givet mål och utgångspunkt. Denna utgångspunkt har satt ramarna för de överväganden som redovisas. Juridiska fakultetsnämnden saknar en problematisering av denna utgångspunkt.

Effektivitetsargument har visserligen länge tillmätts stor betydelse på området, särskilt sedan 1996 års reform, men regleringen av elmarknaden som helhet har också andra mål, som att uppnå långsiktig hållbarhet och en låg påverkan på hälsa, miljö och klimat samt att underlätta omställningen till ett ekologiskt hållbart samhälle till främjande av en god ekonomisk och social utveckling i hela Sverige (se t.ex. prop. 1996/97:84, prop. 2001/02:143, prop. 2008/09:163 samt SOU 2017:2, särskilt kap. 4)). Den EU-rättsliga regleringen på elmarknadsområdet utgår även den från en bredare palett av mål (se t.ex. preamblen till elmarknadsdirektivet ((EU) 2019/994)).



Sakligt sett gör sig ett stort antal intressen gällande i frågor som gäller regleringen av elmarknaden. Det är fråga om att säkra en samhällskritisk funktion på vilka man kan lägga t.ex. klimatpolitiska, säkerhetspolitiska och glesbygdspolitiska aspekter. Snabba skiften och komplicerade samband präglar området. Ett exempel ger det klimatdrivna intresset att förlägga elintensiv industri, som serverhallar, till Norrland. Samtidigt krävs långsiktighet, vilket inte minst klimatfrågan illustrerar. Det är inte rimligt att anta att alla de hänsyn som gör sig gällande kan tillgodoses genom att ”kostnadseffektiviteten” eller ”den samhällsekonomiska effektiviteten” maximeras.

Jämför följande skrivning i Ei PM2020:01 (s. 10): ”Det övergripande målet med regleringen är att ge incitament till att bedriva elnätsverksamheten på ett kostnadseffektivt sätt för att på så sätt kunna uppfylla samhällets krav och rimliga förväntningar till ett skäligt pris för slutkunden.” Kostnadseffektivitet framställs här som det medel som ska användas för att tillgodose ”samhällets krav och rimliga förväntningar”, såväl som ett skäligt pris för kunden. Denna logik gör tillgodoseendet av samhällets krav beroende av kundernas betalningsvilja. Skälen till att kostnadseffektivitet som mål ska ha denna överordnade ställning redovisas inte promemorian.

Enligt samma promemoria (s. 11) är det ett viktigt delmål ”att sträva efter neutralitet i valet mellan olika alternativ till lösningar i nätverksamheten”. Och: ”Med detta menas att regleringen ska styra mot det alternativ som ger den lägsta samhällsekonomiska totalkostnaden sett över tid.” Även dessa uttalanden bygger tillsynes på antagandet att den effektiva lösningen är den bästa lösningen, allt som allt. Den saken får emellertid antas bero på vad som menas med ”effektiv”, såväl som vilka substantiella mål som eftersträvas.

Ska exempelvis innovation och ny teknologi främjas (se Ei PM2020:01 s. 14 och Ei R2020:06 s. 165 och 168) är det inte givet att ett ensidigt fokus på kostnadseffektivitet är mest gynnsamt. Visserligen skapar ett sådant fokus ett behov av nya lösningar, men det kan samtidigt antas minska riskbenägenheten, hämma kreativiteten och viljan att satsa på förutsättningslöst utvecklingsarbete. Den som måste sälja sin idé på en marknad kan förväntas anpassa sig till marknadens förväntningar, och de senare baseras ofrånkomligen på redan etablerade idéer – jfr den menliga inverkan som det rådande forskningsfinansieringssystemet haft på grundforskningen.

Vad som ska anses vara kostnadseffektivt beror på. Inom de ekonomiska vetenskaperna råder inte enighet kring hur ekonomisk effektivitet ska förstås. Hur en enskild aktör ska förhålla sig till rättsliga regler som kopplar rättsföljder till någon form av ekonomiskt effektivitetsbegrepp är oklart. I sammanhanget kan noteras att flera intressenter under arbetet med Ei



R2020:06 uttryckte att det kan vara svårt att bedöma vad som ska räknas som samhällsekonomiskt motiverade åtgärder (se rapporten s. 60 f.).

En illustration av svårigheterna ger resonemanget om kortsiktig contra långsiktig kostnadseffektivitet på s. 16 i Ei PM2020:01. Där hävdas att ”även om en lösning kortsiktigt är dyrare än en annan lösning men sett över tid är mer kostnadseffektiv så är det den kortsiktigt dyrare lösningen som nätföretaget ska välja”. Huruvida en lösning långsiktigt visar sig vara kostnadseffektiv är emellertid inte samma sak som att den vid tidpunkten för valet av lösning framstod som långsiktigt mest kostnadseffektiv. Den långsiktiga kostnadseffektivitet som en lösning först efter hand visar sig ha kan inte rimligen läggas till grund för de rättigheter och skyldigheter nätföretaget ska tilldelas till följd av sitt val av lösning. Och ett val av lösning som avpassas efter tillgänglig kunskap vid tiden för valet och som så sett var klanderfritt behöver inte senare rent faktiskt resultera i långsiktig kostnadseffektivitet (någonting som i sig måste vara svårt att skatta, särskilt som förutsättningarna på elmarknaden kan förändras snabbt). Med andra ord är det möjligen oklart hur incitamentsstrukturen ska förstås och om den har förutsättningar att ge de eftersträvade effekterna.

En sista övergripande synpunkt kan vara att EU-rätten hanteras något svepande i såväl promemoria som rapport. Det är t.ex. inte så att elmarknadsdirektivet kräver ett ensidigt effektivitetsfokus, vilket ibland blir intrycket. Direktivet ska dessutom implementeras med beaktande subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Det finns utrymme att utforma reglersystemet på den svenska elmarknaden efter denna marknads specifika förutsättningar, om så krävs (jfr t.ex. direktivets art. 3 (1)).

Särskilt om nätkoncessionshavares ansvar att leverera el till befintliga kunder

Det framgår av missivet att regeringen särskilt vill ha synpunkter på den bedömning från Energimarknadsinspektionens sida som i avsnitt 3.5, Ei R2020:06, kommer till uttryck i följande skrivning (s. 66): ”Det finns [...] inget i den nuvarande lagstiftningen som tillåter att nätkoncessionshavaren ensidigt kan sänka den avtalade effekten med hänvisning till kapacitetsbrist eller att den lokala kapacitetssituationen försämrats. Mot bakgrund av detta är vår bedömning att nätkoncessionshavarens ansvar gentemot befintliga kunder är tydligt och att den har ett absolut ansvar för sina befintliga kunder även i situationer med en försämrad lokal kapacitetssituation.” Det är fakultetsnämndens uppfattning att detta uttalande är alltför kategoriskt. Till grund för sin värdering lägger Energimarknadsinspektionen ansvarsreglerna i 3 kap. ellagen (1997:857) samt det förhållandet att koncessionshavare har ett leveransansvar enligt avtal med kunderna. Reglerna i 3 kap. ellagen är emellertid inte utformade för att förse kunderna med direkt utkrävbara rättigheter. Sanktionsmekanismer saknas och av blotta det förhållandet att ett



ansvarssubjekt utpekats kan inga slutsatser dras om ansvarets gränser och närmare innebörd.

Energimarknadsinspektionen anför (s. 66): ”Att nätkoncessionshavaren inte levererar enligt parternas avtal är en avtalsrättslig fråga som löses genom en civilrättslig tvist.” Det stämmer. Men att detta står klart betyder inte att det är tydligt var ansvarets gränser går. Ansvar beror till att börja med på det individuella avtalets innehåll. Inom avtalsfrihetens ramar sätter parterna själva gränserna för sitt ansvar. Kunder som saknar förhandlingsposition får i praktiken acceptera de gränser som koncessionshavarna själva sätter. Jämkning enligt 36 § lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1915:218) kan bli aktuell om ansvarsvillkoren är oskäliga, men även utfallet av en sådan jämkning är individuellt. En förutsättning för att jämkning överhuvudtaget ska komma ifråga är att kunden åberopar jämkning i en process inför domstol. Detsamma gäller generellt när avtalsenliga rättigheter ska genomdrivas. Kostnadsskäl och andra praktiska skäl kan utgöra ett reellt hinder för den som kräver sin rätt enligt avtal.

Till detta kommer reglerna i den allmänna kontraktsrätten, som ofta blir avgörande för utgången i en avtalsrättslig tvist. Om en individuell bedömning ger vid handen att nätkoncessionshavaren försummat sina avtalsenliga leveransskyldigheter, och alltså att ett kontraktsbrott föreligger, är därmed inte sagt att kunden har rätt att göra några påföljder gällande. Kontraktsbrottet bör reklameras, det får inte bero på kunden och anspråket får inte vara preskriberat. Ett skadeståndsansvar för koncessionshavaren förutsätter, t.ex., enligt allmänna principer att en ansvarsgrund föreligger, enligt huvudregeln i form av oaktsamhet eller särskild garanti (jfr kontrollansvaret i 3 kap. 9 a § ellagen). Hur dessa allmänna principer ska tillämpas när det är fråga om elleveransavtal är långt ifrån klart. Konstateras kan emellertid att det inte är givet var gränserna för koncessionshavarens privaträttsliga ansvar gentemot kunderna går.

Förslaget till ändring i 3 kap. ellagen

Av 3 kap. 6 § 1 st. ellagen följer att den som har nätkoncession för linje är skyldig att på skäliga villkor ansluta en elektrisk anläggning till ledningen, om det inte finns särskilda skäl. Motsvarande skyldighet har enligt 3 kap. 7 § 1 st. samma lag den som har nätkoncession för område. I Ei R2020:06 föreslås att följande mening läggs till i båda dessa stycken: ”Kapacitetsbrist som kan åtgärdas med andra samhällsekonomiskt motiverade åtgärder än utbyggnad av nätet utgör inte sådana särskilda skäl.” Vad som därigenom åstadkoms kan beskrivas som en partiell legaldefinition. Tekniken är inte oproblematiserad, särskilt inte som det som definieras är ett öppet normativt rekvisit (”särskilda skäl”). Intrycket blir att inte alla typer av skäl kan kvalificeras som ”särskilda”, och därmed väcks frågan var gränserna går.



Definitioner är alltid riskabla. Den föreslagna skrivningen skulle t.ex. kunna tolkas motsatsvis så, att om kapacitetsbristen kan åtgärdas genom en samhällsekonomiskt motiverad utbyggnad av nätet föreligger alltid särskilda skäl och därmed aldrig en skyldighet att på skäliga villkor ansluta elektriska anläggningar till ledning eller nät.

Det är också så att möjligheterna att kontrollera innebörden i en legaldefinition genom en i motiven intagen författningskommentar är begränsade, givet rådande kutymer för lagtolkning. Det är Energimarknadsinspektionens avsikt (Ei R2020:06 s. 174) att uttrycket ”samhällsekonomiskt motiverade åtgärder” ska uttydas så att kostnaden som kundkollektivet kommer att bära måste vara rimlig i förhållande till den nytta som åtgärden medför.” Vidare anför myndigheten att ”[n]yttan som en åtgärd medför är en funktion av betalningsviljan hos de kunder som kan anslutas till nätet.” Denna reduktiva tolkning av vad det innebär att en åtgärd är samhällsekonomiskt motiverad följer inte av lagtexten, som öppnar för att objektivt försöka fastställa en innebörd i begreppet. Vad som ska läggas i detta begrepp är emellertid en öppen fråga.

Det finns vidare anledning att fundera över förhållandet mellan den föreslagna ändringen i 3 kap. 6 och 7 §§ och den i Ei PM2020:01 föreslagna ändringen i 5 kap. ellagen, som nu kort ska kommenteras.

Förslaget till ändring i 5 kap. ellagen

Enligt förslag i Ei PM2020:01 ska 5 kap ellagen förse med en ny paragraf, 1 a §. Den nya paragrafens första stycke består av text som lyfts ur 5 kap. 1 § 1 st. 1 p. Enligt den nya paragrafens första stycke ska intäktsramen enligt 1 § bestämmas utifrån nätverksamheter som har likartade objektiva förutsättningar och som bedrivs på ett ändamålsenligt och effektivt sätt. Till detta fogas en ny regel i ett andra stycke, som lyder: ”Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om vad som avses med ett ändamålsenligt och effektivt sätt att bedriva nätverksamheten enligt första stycket.”

Formuleringen är något olycklig såtillvida som att det som ”avses” med en bestämmelse inte kan justeras i efterhand, särskilt inte av ett annat subjekt än det som först utfärdade regeln ifråga. Regeringen eller en myndighet kan inte gärna genom dekret påverka vad lagstiftaren avsett.

Till detta kommer att begreppen ändamålsenlighet och effektivitet förlorar sin innebörd om denna ska vara föremål för löpande justering och precisering i författningstext. Vad som är effektivt, och vad som inte är det, råder inte regeringen eller myndigheterna över. Med den föreslagna ändringen blir dessa begrepp tomma och kan som bäst fylla en legitimerande funktion.



Anmärkas kan också att den föreslagna ändringen i 5 kap. ellagen bör påverka innebörden i de skrivningar som i Ei R2020:06 föreslås införas i 3 kap. 6 och 7 §§ samma lag. Det finns ju inga vattentäta skott mellan ändamålsenlighet och effektivitet, å ena sidan, och vad som framstår som samhällsekonomiskt motiverat, å den andra.

Förslag till yttrande i detta ärende har upprättats av professor Joel Samuelsson. Yttrandet har på delegation avgivits av Juridiska fakultetens dekanus, professor Anna Singer.

Anna Singer