

Lars Henriksson

Associate professor in business law, LL.D., B.Sc. Econ. SSE

Svensk Fjärrvärme AB
Peter Dahl
Olof Palmes gata 31
101 53 STOCKHOLM

2009-11-03

**Bedömning av rättsfrågor som aktualiseras vid lagstadgad
rätt till tredjepartstillträde till svenska fjärrvärmenät**

1 Innehåll

1	Innehåll.....	2
2	Allmänt om uppdraget	3
3	Allmänt om lagstadgad rätt till tredjepartstillträde.....	4
4	Dagsläget avseende TPA i fjärrvärmelagen	5
5	Kriterier för införande av tredjepartstillträde	7
5.1	Det allmänna beredningskravet	7
5.2	Det grundlagsfästa egendomsskyddet.....	8
5.2.1	Kravet på angeläget allmänintresse.....	8
5.2.2	Angeläget allmänintresse och normprövning.....	9
5.2.3	Egendomsskyddet omfattar även rådighetsinskränkningar	9
5.2.4	Jämförelse med TPA enligt ellagen.....	10
5.3	Generalitetskravet i allmänhet.....	14
5.4	Allmänt om närings- och yrkesfriheten	15
5.5	Särskilt om egendomsskyddet och rätten till ersättning.....	16
5.6	Proportionalitetsprincipen	19
6	Konkreta utredningsbehov.....	21
6.1	Uppkomsten av teknisk-ekonomiska fördelar i konsumenthänseende	21
6.2	Nödändig nytthet.....	21
6.3	Tekniska möjligheter att genomföra TPA.....	21
6.4	Inverkan på investeringsviljan.....	21
6.5	Påverkan på miljöarbete	22
6.6	Generellt behov av TPA för alla fjärrvärmenät.....	22
6.7	Frivilliga marknadslösningar i förhållande tvångsmässig anslutning.....	22
6.8	Alternativ användning av andra värmeproducenter	22
6.9	Möjlighet att beräkna och erhålla ersättning	22
6.10	Krav på att marknadens funktionssätt står i fokus	22
6.11	Problemet med kapacitetsbrist.....	23
6.12	Lagteknisk utformning av TPA	23

2 Allmänt om uppdraget

Mot bakgrund nedan beskrivna direktiv till utredning om tredjepartstillträde till fjärrvärmenäten och i anledning av de lagändringar som gjordes den 1 juni 2008 genom införandet av nya fjärrvärmelagen (2008:263) samt fjärrvärmeförordningen (2008:526) har jag ombetts av branschorganisationen Svensk Fjärrvärme lämna preliminära synpunkter över huruvida lagstiftningsprocessen gällande eventuellt tredjepartstillträde är så organiserad att det från juridisk-ekonomisk synpunkt kan förväntas ge ett för konsumenterna objektivt rättvisade resultat i allmänhet. Härutöver ingår i förevarande uppdrag att översiktligt analysera vilka kriterier som från juridisk-ekonomisk synpunkt mera konkret bör vara uppfyllda för att lagstadgad tredjepartstillträde skall anses vara motiverad. Slutligen skall här nedan även översiktligt analyseras vilka frågeställningar som aktualiseras i anledning av lagstadgad tredjepartstillträde. I samtliga dessa fall bör även identifieras behov av mera ingående undersökningar.

Detta dokument skall betraktas som ett diskussionsunderlag för vidare utredningar och utgör sålunda inte konkreta juridiska råd i något enskilt förevarande ärende.

3 Allmänt om lagstadgad rätt till tredjepartstillträde

Enligt beslut vid regeringssammanträde den 22 januari 2009 skall en utredare närmare analysera förutsättningarna för att införa ett lagstadgat tredjepartstillträde (TPA)¹ till fjärrvärmenäten (komm.dir. 2009:5). Uppdraget skall, enligt kommittédirektivet, omfatta en bedömning av om en sådan lagstadgad rätt kommer att stärka fjärrvärmekundernas ställning samt att åstadkomma en effektivare värmemarknad med lägre fjärrvärmepriser och en förbättrad miljö. Utredningen skall vidare belysa för- och nackdelar samt göra en bedömning av förutsättningarna för ett lagstadgat TPA. I så måtto kan sägas att uppdraget skall utföras förutsättningslöst, d.v.s. att ett möjligt utfall av analysen kan vara att ett TPA inte lämpligt. Däremot sägs i direktiven att utredaren skall lämna förslag till en regelverk för TPA. Det framgår mera konkret av direktiven att uppdraget *de facto* inte är så brett formulerat att ett möjligt utfall är avsaknad av reglering; snarare synes syftet vara att utredaren skall lägga fram ett förslag om *hur* TPA skall införas och inte *om* detta skall göras över huvud taget samt att därvidlag särskilt beakta styrkor och svagheter.

Det kan mot bakgrund av det ovan anförda inte uteslutas att de slutsatser som kommer att presenteras av utredaren inte till fullo kommer att ge principfrågan om lämpligheten av lagstiftningen att sådan belysning som allmänt sett kan anses nödvändigt med hänsyn till åtgärdernas ingripande karaktär.

¹ En i detta sammanhang vedertagen förkortning för tredjepartstillträde i skilda sammanhang är TPA (Third Party Access).

4 Dagsläget avseende TPA i fjärrvärmelagen

Enligt nuvarande fjärrvärmelag stadgas i 37 § om förhandling om tillträde till rörledningarna att om ett fjärrvärmeföretag får en begäran om tillträde till rörledningarna från någon som vill sälja värme till fjärrvärmeverksamheten, eller använda ledningarna för distribution av värme, skall fjärrvärmeföretaget förhandla om tillträde med den som gjort begäran. Skyldigheten att förhandla innebär att fjärrvärmeföretaget ska försöka komma överens om ett tillträde med den som begärt det.

Vidare stadgas, enligt andra stycket i sagda lagrum, att om någon överenskommelse inte kan träffas om tillträde, skall fjärrvärmeföretaget ange skälen för att tillträde inte medges.

Vad gäller tillsyn, följer av 52 § FjärrvL, jämte 1 § FjärrvF, att Energimarknadsinspektionen skall utöva tillsyn över att fjärrvärmeföretag följer bestämmelserna om förhandlingsskyldighet. Tillsynsmyndigheten får därvidlag meddela de förelägganden som behövs för efterlevnaden av bestämmelserna. Ett sådant föreläggande får förenas med vite. Härutöver gäller även enligt 53 § FjärrvL att tillsynsmyndigheten har rätt att på begäran få de upplysningar och ta del av de handlingar som behövs för tillsynen. En sådan begäran får förenas med vite.

Enligt 6 § 2 st. FjärrvL gäller att vardera parten i en förhandling om tredjepartstillträde får, om någon överenskommelse inte kan träffas om tillträde, begära att Fjärrvärmekommittén vid Statens Energimyndighet medlar mellan parterna. Härvidlag gäller de regler om medling som är tillämpliga enligt FjärrvL. Den i rättsliga sammanhang särregulerade rättsfiguren myndighetsledd medlingsskyldighet om tredjepartstillträde motiveras enligt förarbetena med att detta kan innebära en ökad möjlighet för parterna att nå en uppgörelse om tillträde. Däremot finns ingen skyldighet för någon av parterna att nå en slutlig överenskommelse. Det saknas även sanktionsmöjligheter gentemot treds-kande parter under en förhandling eller medling. Härvidlag skall emellertid nämnas att vite kan föreläggas part för att inställa sig vid ett möte för förhandling eller medling eller att redogöra för omständigheter som har betydelse för medlingsuppgiften. I allt väsentligt måste lämpligheten av denna ordning allvarligt ifrågasättas, inte så mycket i legalitetshänseende, men lika allvarligt mot bakgrund av bevekelsegrunderna för bestämmelsernas införande och det resultat som lagstiftaren synes eftersträva.

För det första omnämns mycket svaga skäl i propositionen till varför en förhandlings- och medlingsskyldighet skall införas. Det enda konkreta som härvidlag nämns är en opreciserad empirisk observation om att utomstående endast i ett fåtal fall erhållit tillträde till rörledningarna. Emellertid nämns ingenting om omständigheterna eller motiven bakom dessa överenskommelser. Vidare sägs att fjärrvärmeföretagen genom förhandlingsskyldigheten förhindras att slentrianmässigt säga nej till begäran om anslutning. Detta bygger sålunda på premissen att anslutning vore att automatiskt betrakta som ett bättre utfall än alternativet och att, om så vore fallet, att fjärrvärmeföretag kan förutsättas neka tillträde på orättmätiga grunder. Varför det skulle förhålla sig så omnämns dock inte.

Med tanke på de resultat som levererades av fjärrvärmeutredningen synes det finnas objektiva förklaringar till varför tillträde inte har beviljats regelmässigt, varför själva

motiven bakom förhandlingsskyldigheten inte kan anses vara tillräckligt underbyggda för att tillfredställa rimligt lågt ställda krav på lagstiftningskvalitet. Det kan alltså inte uteslutas att förhandlingsskyldighet som företeelse alls är motiverad från objektiv synpunkt.

För det andra förefaller det, oaktat bevekelsegrunderna för lagstiftningen, vara mycket olämpligt att införa en bestämmelse som såväl belastar fjärrvärmeföretagen med en ytterligare administrativ börda samtidigt som den ingjuter någon form av hopp för kunderna eller andra aktörer om att en viss effekt kan uppnås, när resultatet av den införda processen nära nog i slutänden helt är beroende av ena partens fria skön. Av effektivitetsskäl är det en synnerligen olämplig ordning att införa en bestämmelse vars syfte svårligen kan uppfyllas och när nog aldrig kan garanteras.

Av motiven till bestämmelsen framgår att när en kund har anslutit sig till en fjärrvärmeverksamhet, så finns det inte längre – praktiskt sett – någon möjlighet för kunden att välja mellan olika leverantörer av fjärrvärme och att kunden härigenom står i en beroendeställning till fjärrvärmeföretaget. I det fall som kunden av någon anledning skulle vara missnöjd med sin fjärrvärmeleverantör skulle det, enligt förarbetena, stärka kundens ställning om denne hade möjlighet att lämna avtalsförhållandet och i stället anlita en annan fjärrvärmeleverantör. Jämförelser görs härvidlag med elbranschen, där det i dag finns möjlighet för kunden att välja elleverantör, men dock inte nätleverantör. Samtidigt framhålls emellertid i propositionen att det finns såväl tekniska som ekonomiska skillnader mellan elnät och rörledningar för fjärrvärme. Fjärrvärmeutredningen (SOU 2005:33) kom sålunda fram till att det sammantaget *inte* var motiverat att införa en lagstadgad tillträdesrättighet för envar till fjärrvärmenätet.

5 Kriterier för införande av tredjepartstillträde

Lämpligheten av tredjepartstillträde från juridisk-ekonomisk synpunkt bör till att börja baseras på att det i verkligheten finns ett synnerligen trängande behov av lagstadgad rättighet till tillträde. Utgångspunkten för bedömningen av huruvida tredjepartstillträde generellt skall anses vara motiverat bör, enligt min mening, baseras på ett antal var för sig viktiga och kumulativa kriterier. I den mån kriterierna inte är uppfyllda bör sålunda lagstiftaren avstå från lagstiftningsåtgärder.

5.1 Det allmänna beredningskravet

Införande av TPA i fjärrvärmeförhållande synes i allt väsentligt vara förenat med ett stort utredningsbehov av huruvida det alls kan förväntas uppkomma några fördelar, huruvida bestämmelserna i stort står i överensstämmelse med grundlagsskydd och hur effekterna av lagstiftningsåtgärderna skall garanteras. Det är därför mycket viktigt att lagstiftningen får en förutsättningslös och allsidig belysning.

I RF finns några bestämmelser som har direkt betydelse för frågan om beredningen av förvaltningsärenden hos regeringen. Av den övergripande bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF om skyldigheten att beakta allas likhet inför lagen samt att iaktta saklighet och opartiskhet följer ett krav på att beredningen skall ha en sådan kvalitet att skyldigheten kan efterlevas. I 7 kap. 2 § RF föreskrivs att behövliga upplysningar och yttranden skall inhämtas från berörda myndigheter vid beredningen av regeringsärenden samt att, i den omfattning som behövs, tillfälle skall lämnas sammanslutningar och enskilda att yttra sig. Formerna för den interna beredningen inom regeringskansliet regleras däremot inte i RF.

Förvaltningslagen gäller förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden och domstolarnas handläggning av förvaltningsärenden. Regeringen räknas inte som förvaltningsmyndighet och förvaltningslagen är därför inte direkt tillämplig i regeringsärenden. I praxis har emellertid de principer som kommer till uttryck i förvaltningslagen i stor utsträckning följts också vid handläggningen av regeringens förvaltningsärenden (jfr bl.a. RÅ 1991 not. 546). I 4 § förvaltningslagen finns bestämmelser om serviceskyldighet och i 7 § uppställs vissa allmänna krav på handläggningen. Lagen innehåller dock inte någon bestämmelse som närmare reglerar förvaltningsmyndigheternas utredningsansvar. Redan i förarbetena till den äldre förvaltningslagen (1971:290) gjordes bedömningen att frågan om utredningsansvarets fördelning mellan myndigheterna och de enskilda inte borde lösas genom en allmän regel utan regleras i specialförfattningarna. Av den *officialprincip* som i stor utsträckning gör sig gällande i förvaltningsärenden har emellertid ansetts följa en *allmän skyldighet* för myndigheterna att tillse att ärendena blir så utredda som deras beskaffenhet kräver (jfr regleringen i 8 § förvaltningsprocesslagen).

Officialprincipen har sålunda av RegR ansetts innefatta ett krav på att myndigheterna tillser att deras ärenden blir så utredda som deras beskaffenhet kräver (jfr RÅ 1999 ref 76). I ärenden som gäller ingrepp från det allmännas sida i enskilda personers eller företags rättigheter – t.ex. en återkallelse av ett tillstånd att driva en viss verksamhet – är det generellt sett viktigt att officialprincipen följs och att kravet på utredning genom

myndighetens försorg ställs högt. Samma torde gälla även i fjärrvärmeförhållanden beträffande lagstadgad TPA.

Såsom direktiven till TPA-utredningen i dag är utformade finns det en risk denna allsidiga bedömning, som potentiellt sett skulle kunna medföra att TPA inte skall anses behöva införas, kommer att utebli. Härav följer att kommittédirektiven objektivt sett borde justeras. Däremot måste beredningskravet i allmänhet anses vara uppfyllt genom sedvanligt utredningsarbete med tillhörande remissomgång.

5.2 Det grundlagsfästa egendomsskyddet

Lagstadgad rätt att TPA kommer att innebära att fjärrvärmeföretag måste tolerera ett intrång i den äganderätt som är knuten till såväl rörledningarna som den verksamhet som bedrivs i dagsläget. I vart fall är det inte möjligt att påstå att TPA kommer att sakna inverkan på den verksamhet och den egendom som fjärrvärmeföretagen i dag bedriver respektive förfogar över. Intrång i äganderätten är en från staten förhållandevis ingripande åtgärd, varemot enskilda har erhållit ett måhända icke obegränsat, men lika fullt mycket starkt skydd, genom bestämmelserna i regeringsformens andra kapitel.

Enligt första tilläggsprotokollet till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna gäller enligt dess artikel 1 att "[e]nvar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränkt. Ingen må berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som angivits i lag och av folkrettens allmänna grundsatser." Det följer vidare av andra stycket i sagda artikel att detta inte inskränker en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner *nödvändig* för att reglera nyttjande av viss egendom i överensstämmelse med det *allmännas intresse* eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten.

5.2.1 Kravet på angeläget allmänintresse

Genom en lagändring 1994 fick 2 kap. 18 § regeringsformen en ny lydelse, främst med hänsyn till inkorporeringen av Europakonventionen i svensk rätt.² Bestämmelsen behandlar egendomsskyddet och enligt första stycket i bestämmelsen är varje medborgares egendom tryggad genom att ingen kan tvingas *avstå sin egendom* till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose *angelägna allmänna intressen*.

En central fråga gällande 2 kap. 18 § RF är såväl inriktningen som karaktären av den prövning som avser kravet på angeläget allmänt intresse. Prövningen kommer i denna del att ske i två steg. Det första steget gäller huruvida lagstiftaren har antagit en bestämmelse som uppfyller kravet i grundlagen och det andra steget gäller huruvida tillämpade myndighet därefter har uppfyllt grundläggande krav på proportionalitet. Stegen kommer i det följande att behandlas var för sig.

² Se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Europakonventionen har ett starkt skydd i svensk rätt. Efter grundlagsändringen 1994 gäller enligt 2 kap. 23 § RF att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen.

5.2.2 Angeläget allmänintresse och normprövning

Enligt 11 kap. 14 § RF gäller att om domstol eller annat offentligt organ finner att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning, eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart. Detta benämns den generella normprövningskompetensen hos domstolar och myndigheter. När det gäller lagbestämmelser gäller, som nämnts ovan, ett uppenbarhetskrav.

Det framgår av förarbetena att kriteriet angående angelägna allmänna intressen måste vara uppfyllt för att ingrepp genom lagstiftning eller myndighetsbeslut i enskilds egendom över huvud taget skall få ske. Den närmare innebörden av uttrycket angelägna allmänna intressen är, enligt förarbetena, inte möjlig att i detalj beskriva. Emellertid nämns att ingrepp, vilka är motiverade med hänsyn till intresset av att kunna tillgodose allmänhetens berättigade krav på *en god miljö* och möjligheterna att kunna *bevara och skydda områden* som är av särskild betydelse från naturvårdssynpunkt som *i första hand* åsyftas, liksom intresset av att ge allmänheten tillgång till naturen för rekreation och friluftsliv. Även samhällets behov av *mark för anläggande av vägar och andra kommunikationsleder* m.m. måste givetvis kunna tillgodoses. Vad som är ett angeläget allmänt intresse måste till slut i viss mån bli föremål för en politisk värdering där hänsyn då även måste tas till vad som är godtagbart från rättssäkerhetssynpunkt i ett modernt och demokratiskt samhälle.³

Gällande en generell lagstadgad TPA-skyldighet, som riktas gentemot fjärrvärmeföretag, måste sålunda detta krav motiveras att ett angeläget allmänintresse. Synbarligen tycks detta vara att tillskapa en bättre ekonomisk situation för fjärrvärmekunder än vad som är läget i dag. Hur mycket bättre situationen kan eller förväntas bli saknas emellertid konkreta uppgifter eller ens bedömningar om. Det måste starkt ifrågasättas om allenast detta intresse är tillräckligt för att kvalificeras som ett angeläget allmänintresse. Dessutom framgår det av kommittédirektiv 2009:5 att det långt ifrån är klart hurvida det finns tillräckligt med fördelar som uppväger nackdelar, eller, för den skull, om det alls finns några objektivt påvisbara och väsentliga fördelar, samt om dessa ytterst kan komma konsumenterna till godo. Fjärrvärmeutredningen drog i denna del slutsatsen att tvångsvis TPA inte borde införas, i anledning av att de förväntade positiva effekterna av TPA med avseende på konkurrens, konsumentnytta och miljö inte var tillräckligt stora för att motivera åtgärden.⁴

5.2.3 Egendomsskyddet omfattar även rådighetsinskränkningar

I förarbetena till grundlagsändringen 1994 framhöll regeringen att det fanns skäl att utöver ett grundlagsskydd mot tvångsöverföring av egendom genom expropriation eller annat sådant förfogande *även* låta rådighetsinskränkningar genom lagstiftning och myndighetsbeslut avseende mark och byggnader omfattas av grundlagsskyddet. Avsikten var därmed att ge ett *mer uttryckligt* och *starkare* grundlagsskydd för den enskildes rätt till viktig egendom än vad som tidigare hade gällt. Samtidigt som det rättsliga skyddet mot sådana tvångsöverföringar och rådighetsinskränkningar grundlagsskyddade-

³ Prop. 1993/94: 117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*, s. 48.

⁴ SOU 2005:33, s. 33.

des kom de grundläggande åtagandena i konventionen på ett väsentligt område att tydliggöras och preciseras i grundlagen. Inskränkningar i enskildas användning av sin egendom förekommer i stor utsträckning och är speciellt vanlig vad gäller fast egendom. Regeringen ansåg det därför särskilt motiverat att i grundlagen införa ett uttryckligt skydd mot rådighetsinskränkningar i mark och byggnader.

I Fjärrvärmeutredningen drogs slutsatsen att det kunde ifrågasättas huruvida TPA ens skulle komma att omfattas av egendomsskyddet, eftersom det inte skulle röra sig om expropriation eller annat sådan förfogande. En jämförelse gjordes med förarbetena till ellagen.

5.2.4 Jämförelse med TPA enligt ellagen

Enligt ellagen (1997:857) följer av 3 kap. 6–8 §§ en skyldighet för innehavare av nät-koncession att ansluta elektrisk anläggning. Vidare finns i 3 kap. 9–9b §§ en skyldighet för den som har nätkoncession att på skäliga villkor överföra el för annans räkning. Grundlagsförenligheten med dessa bestämmelser behandlades ingående i förarbetena till ellagen⁵ och kan tjäna som en god jämförelse i förevarande fall. Det skall dock framhållas att det finns avgörande skillnader mellan el och fjärrvärmebranschen, vilka kommer att behandlas nedan.

Innebörden av bestämmelsen är att ledningsägare är skyldig att på skäliga villkor ansluta anläggningar för produktion eller konsumtion av el samt andra ledningar till sitt ledningsnät och att mot ersättning låta kraftproducenter eller säljare av el överföra el under förutsättning att dessa har träffat leveransavtal med någon elkonsument inom området och under förutsättning att det finns ledig kapacitet på nätet. Däremot har skyldigheten att förse kunderna inom området med el bortfallit.

Vad beträffar förenligheten med 2 kap. 18 § RF diskuterades i motiven att en förutsättning, för att bestämmelsen skall bli tillämplig, är att samtliga rekvisit i grundlagsbestämmelsen är uppfyllda. Det måste sålunda, enligt regeringen, röra sig om ”egendom” som ”tas i anspråk” genom ”expropriation eller annat sådant förfogande”.

Regeringen framhöll att ledningarna förvisso utgör ”egendom”. Den huvudsakliga ändringen för ledningsägaren är att han denne skulle bli tvungen att mot ersättning upplåta sin ledning till tredje man. Upplåtelsen innebär alltså inte någon tvångsöverföring av rätten till ledningen. Mot denna bakgrund ansåg regeringen att det knappast kunde hävdas att egendomen skulle tas i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande och att bestämmelsen i 2 kap. 18 § RF inte var tillämplig i detta fall. Det bör noteras att detta skrevs före lagändringen av grundlagsbestämmelsen och den senare numera även omfattar att ”tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad”. En stor del av rörledningsnätet som finns i dag kommer med jordabalkens definition av fast egendom att omfattas det rådighetsskydd som återfinns i 2 kap. 18 § RF. Det kan svårligen hävdas annat än att rörledningarna och värmeanläggningarna i stort faller in under vad som betecknas mark och byggnader. *Sammanfattningsvis* är det sålunda inte möjligt att dra slutsatsen att TPA till rörledningssystemet utan vidare undersökning kan *förutsättas* vara förenlig med 2 kap. 18 § RF.

⁵ Prop 1993/94:162, *Handel med el i konkurrens*, s. 136–140. Framställningen i detta avsnitt bygger på och analyserar regeringens argumentering i detta förarbete.

Tillträdesskyldigheten i ellagen behandlades i förarbetena även i förhållande till tolkningen av ovannämnda artikel 1 i tilläggsprotokollet den 20 mars 1952 till Europakonventionen. Artikeln föreskriver att

1. envar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränkt (första stycket första meningen),
2. att ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och av folkrättens allmänna grundsatser (första stycket andra meningen), samt
3. att ovannämnda bestämmelser inte inskränker staters rätt att genomföra sådan lagstiftning som behövs för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse (andra stycket).

Artikelns i tilläggsprotokollet behandlar rätten till det vidare begreppet ”egendom”. Härmed avses i första hand *fysiska föremål*, som är föremål för äganderätt. Regeringen konstaterade därvidlag att eftersom de föreslagna ändringarna i ellagen innebar att ledningsägaren under vissa förutsättningar skulle bli tvungen att upplåta sin ledning åt tredje man, kunde de föreslagna ändringarna betraktas som ett *ingrepp i ledningsägarens rätt att utnyttja sin egendom*. Av denna anledning skulle sålunda artikel 1 bli tillämplig – *oavsett* om det krävdes koncession eller inte för att få uppföra och begagna elledningar.

Regeringen diskuterade därefter i förarbetena vilken del av artikel 1 som skulle bli tillämplig, dvs. vilken sorts intrång det var fråga om. Det allvarligaste intrånget ansåg regeringen vara det som regleras i första stycket andra meningen, dvs. då någon *berövas* sin egendom. I anledning av att äganderätt skulle komma att lämnas intakt och att ledningsägaren fortsatt skulle komma att använda ledningen samt att upplåtelsen till tredje man skulle ske mot ersättning, allt under förutsättning att det fanns ledig kapacitet i nätet, så kunde intrånget inte anses vara en sådan långtgående karaktär.

Däremot ansåg regeringen tillträdesskyldigheten skulle komma att beröra andra stycket i artikel 1, eftersom den innebär att staten genom lagstiftning reglerar nyttjandet av viss egendom; nämligen kraftledningarna. Konventionsförenligheten är därvidlag beroende av att regleringen sker i överensstämmelse med det allmännas intresse. Vad gäller det närmare innehållet i ett sådant intresse har nationella myndigheter frihet att själva bedöma vad som ligger i begreppet och att Europadomstolen sålunda endast ingriper i uppenbara fall av missbruk eller felbedömning.

Beträffande det allmänna intresset framhöll regeringen att tillträdesskyldighet i ellagen syftade till att, genom ökad konkurrens på elmarknaden, uppnå en effektivare användning av elsystemet och lägre priser för elkonsumenterna. Härutöver var avsikten att uppnå effektivare investeringar och att bryta upp monopol, varigenom en mer effektiv marknadsstruktur skulle skapas. Med detta som bakgrund och motiv till lagstiftningen ansåg regeringen att det knappast kunde bestridas att lagstiftningen skedde i överensstämmelse med det allmännas intresse.

Jämförelsen med TPA gällande rörledningar för fjärrvärme haltar dock i detta hänseende, eftersom det inte är fråga om huruvida lagstiftningen har gott allmänintresse eller ej. Det vore självfallet synnerligen olyckligt från allmän synpunkt om lagstiftningen hade något annat syfte än att ytterst vara till allmänhetens och samhällets nytta. Om lagstiftningen vore till samhällets onyttiga kan den knappast anses vara förenlig med

rimligt ställda krav på rättssäkerhet eller ändamålenlighet. Avgörande är i stället om de ingripande åtgärderna, vilka nu är i fråga, motiveras av ett *angeläget* allmänintresse, inte huruvida åtgärderna generellt har ett gott eller illasinnat syfte. Huruvida det finns något sådan just *angeläget* intresse för TPA till fjärrvärmenät har ännu inte påvisats i något hänseende, åtminstone inte med någon från rättslig synpunkt godtagbar styrka.

Regeringen anförde vidare i förarbetena till ellagen att för att Europakonventionens krav skall vara uppfyllda krävs en *rimlig balans* mellan å ena sidan *angelägenheten* av det allmänna intresse som föranleder lagstiftningen och, å andra sidan, det *men* den enskilde lider till följd av den ändrade lagstiftningen. Praxis från Europadomstolen utvisar att en sådan balans *inte* föreligger om berörda personer (fysiska eller juridiska) drabbas av en individuell och orimligt stor börda (eng. *individual and excessive burden*).

Generellt sett gäller härvidlag att möjligheten till en *adekvat ersättning* lämnas påverkar det kraftigt bedömningen av rimligheten i balansen, men ersättning vid kränkning av äganderätten är inget självständigt krav enligt Europakonventionen. Om ägaren kan berövas sin egendom utan rätt till ersättning kan dock äganderätten i stor utsträckning bli illusorisk.

Regeringen framhöll i sak beträffande tillträde i elbranschen att för den ledningsägare, som inte har egen kraftproduktion, skulle TPA endast få marginell betydelse. Det förkom att ledningsägare redan i utgångsläget upplät ledningarna för el som denne inte själv producerade. Antingen köper ledningsägaren el av andra kraftproducenter och distribuerar den genom ledningarna eller så låter denne kraftproducenterna för egen räkning distribuera elen till kunderna. Det fria valet inskränks genom TPA såtillvida som ledningsägaren blir tvungen att, mot ersättning, upplåta ledningen till andra distributörer, allt under förutsättning att ledningsägaren har ledig kapacitet. Ledningsägaren kan alltså inte bli utträngd från sitt eget ledningsnät och denne får ersättning från dem, till vilka han upplåter sitt ledningsnät. Just av denna anledning ansåg regeringen att det inte kunde krävas att ledningsägaren därutöver skulle få ersättning av staten för att det skulle anses föreligga en rimlig balans vid tillämpning av andra stycket i artikel 1.

Regeringen gjorde här efter ett konstaterade att eftersom det var fråga om koncessioner så kunde tillträdesskyldigheten även betraktas som gällande *immateriella tillgångar*. Även sådana tillgångar åtnjuter skydd enligt artikel 1 och på samma skäl, som redogjorts för omedelbart ovan, ansåg regeringen att det fanns en rimlig balans mellan angelägenheten och uppoffringen.

Rättspraxis från Europadomstolens praxis utvisar härutöver att artikel 1 inte enbart skyddar fysiska föremål och immateriella rättigheter utan också under vissa förutsättningar de *ekonomiska intressen* som är förknippade med utövandet av näringsverksamhet.

I samband härmed framhöll regeringen att en indirekt följd av tillträdesskyldighet skulle bli att ledningsägaren förlorade sitt faktiska leveransmonopol. Detta skulle påverka de ledningsägare som dessutom hade egen kraftproduktion. Eftersom en ledningsägare vid tidpunkten för ändringen av ellagen hade ett faktiskt leveransmonopol kunde denne producera och distribuera all den el som det fanns avsättning för inom monopolistens område. Eftersom det faktiska leveransmonopolet genom lagändringen *de facto* skulle avskaffas kunde det således hända att kunder inom monopolistens område träf-

fade avtal om leverans av el med andra producenter eller distributörer som hade gynnsammare leveransvillkor. Detta skulle få till följd att ledningsägaren skulle tvingas dra ner sin egen produktion och i stället, mot ersättning, låta överföra den el som de nya leverantörerna skulle komma att sälja till kunderna. De föreslagna ändringarna skulle dessutom antagligen komma att rent generellt leda till lägre elpriser, med lägre intäkter eller vinster som följd för den tidigare monopolisten.

Kraftproduktionen som sådan kunde inte anses vara omfattad av koncessionen, men kraftproduktionen var, ansåg regeringen, en näringsverksamhet som indirekt skulle bli påverkad av de föreslagna ändringarna. I det sammanhanget, framhöll regeringen, borde kraftverket och ledningsnätet betraktas som en enhet.

Vid applicering av bestämmelserna i artikel 1 på tillträdesskyldighet kunde, enligt regeringen, det knappast hävdas att kraftproducenten berövades sin egendom, dvs. sin näringsverksamhet. Ändringarna skulle ju inte innebära att kraftproduktion omöjliggjordes. Däremot skulle, i vart fall indirekt, kraftproducentens möjligheter att bedriva kraftproduktion påverkas i så måtto att denne skulle förlora sitt faktiska leveransmonopol och i stället tvingas verka på en konkurrensutsatt marknad.

Återigen blir andra stycket i artikel 1 tillämplig, dvs. de föreslagna ändringarna innebär en reglering av nyttjandet av viss egendom, i förevarande fall viss näringsverksamhet, i det allmännas intresse. Den tidigare regleringen av elverksamhet hade lett till ett faktiskt leveransmonopol, vilket genom lagändringarna skulle avskaffas och leda till att alla kraftproducenter skulle bli likställda.

Ersättningen en ledningsägare skulle få för att upplåta sitt ledningsnät åt tredje man skulle visserligen inte innebära full kompensation för de förluster producenten kunde få i sin kraftproduktion. Emellertid ansågs att tillträdesskyldigheten inte på något sätt innebar att koncessionshavarens möjligheter att bedriva kraftproduktion skulle komma att hindras eller inskränkas, utan följderna av ändringarna skulle bli att denne skulle bli utsatt för konkurrens vad gäller elleveranser inom sitt område. Regeringen ansåg att denna konkurrens kunde han dock möta genom egna åtgärder, exempelvis prissänkningar och rationaliseringar. Följderna av att han utsätts för konkurrens inom sitt eget område kunde också anses uppvägas av att han själv fick möjlighet att konkurrera inom andra kraftproducenters områden. Mot denna bakgrund ansåg regeringen att kravet på rimlig balans vid tillämpning av artikel 1 var uppfyllt även om koncessionshavarna inte beviljades rätt till ersättning från staten enligt ellagen till följd av tillträdesskyldigheten i lagen.

Regeringen betonade att eftersom syftet med reformen var att, genom ökad konkurrens på elmarknaden, uppnå en effektivare användning av elsystemet och lägre priser för elkonsumenterna skulle syftet till stor del förfelas om staten betalade ut ersättning till marknadsaktörer som får svårigheter att klara sig på den konkurrensutsatta elmarknaden.

Liknande resonemang är naturligtvis möjliga att föra även gällande fjärrvärme men det finns avgörande skillnader gentemot elbranschen. Det kanske mest påtagliga är att elbranschen före lagändringen karaktäriserades av faktiska monopol för en nytthet som i alla hänseenden saknade substitut. Så är inte fallet för fjärrvärme. Fjärrvärme opererar otvetydigt på en värmemarknad, där det i samband med nyinstallation, utbyte,

renovering m.m. finns flertalet andra alternativ att tillgå såsom värmepumpar, lokala mindre värmepannanät, fastighetsbunden uppvärmning baserad på ved, flis, pellets m.m. Den monopolliknande situation som omnämns gällande fjärrvärme är i själva verket den faktiska instängningseffekt som föreligger för vissa fastighetsägare efter beslut om installation har gjorts. Anmärkningsvärt är även att samma instängningseffekt i ekonomiskt hänseende även uppkommer för de flesta andra uppvärmningsformer. I vissa fall kan instängningseffekten t.o.m. vara större än vid anslutning till fjärrvärme. Därvidlag måste även förutsättas att åtminstone beslut om nyinstallation eller utbyte till fjärrvärme har gjorts av till stor del välinformerade köpare där alternativa värmekällor har vägts mot varandra vari instängningshotet torde redan vara diskonterad av köparen. Det är från konsumenthänseende sålunda instängningseffekten som förefaller vara källan till övervägandena om lagändringar och inte, såsom i elbranschen, att det föreligger ett verkligt monopol, där enda reella möjligheten till att erhålla konkurrens på elmarknaden torde ha varit de genomförda åtgärderna. I detta sammanhang måste framhållas att problemet med instängningseffekter synes kunna avsevärt mildras med väsentligen mindre ingripande åtgärder än TPA. Sammanfattningsvis är det *prima facie* svårt att se att det i utgångsläget skulle finnas en rimlig balans mellan fördelarna med TPA och den uppoffring det medför för fjärrvärmeföretagen samt den förväntade – eventuella – ökade konsumentnyttan.

5.3 Generalitetskravet i allmänhet

I regeringsformen eller annan lagstiftning saknas en uttrycklig regel om att lagstiftningen måste vara generell utformad. Däremot framgår av 11 kap. 8 § RF att rättskipnings- eller förvaltningsuppdrag ej får fullgöras av riksdagen i vidare mån än vad som följer av grundlag eller riksdagsordningen. I samband med införandet av denna bestämmelse anförde departementschefen följande:

”Jag har i det föregående uttalat att en lag liksom varje annan rättsregel skall vara en *generell* föreskrift. Som beredningen har framhållit kan det visserligen undantagsvis vara nödvändigt att genom lag ge föreskrifter som blir tillämpliga endast i fråga om ett enskilt fall. Enligt min mening *måste* lagen emellertid även i en sådan situation *vara generellt* utformad. Jag kan således inte ansluta mig till den uppfattning som kommer till uttryck hos beredningen att det bör vara möjligt för riksdagen att genom lag fatta ett beslut som uttryckligen anges avse endast ett visst konkret fall. Jag är medveten om att det inte är helt lätt att ange innebörden av *kravet på generell tillämpbarhet*. Enligt min mening får en lag anses uppfylla detta krav om den exempelvis avser situationer av ett visst slag eller vissa typer av handlingssätt eller om den riktar sig till eller på annat sätt berör en i allmänna termer bestämd krets av personer. [min kurs.]⁶

RegR har framhållit i målet RÅ 1999 ref 76 (Barsebäck) att bestämmelserna i RF utgår från att en lag skall vara generellt utformad och tillämpbar. I detta har av RegR i nämnda fall ansetts ligga att riksdagen inte får besluta en lag som uttryckligen anges avse ett visst konkret fall. I Barsebäck-målet ansåg Barsebäck Kraft AB att lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling stred mot detta krav eftersom lagen i första hand tog sikte på just Barsebäcksreaktorerna, men mot bakgrund av att avvecklingslagen var generellt utformad och avsåg samtliga kärnreaktorer i Sverige ansåg RegR att den inte stred mot RF:s krav i denna del.

⁶ Se prop. 1973:90 s. 203 f och 401.

Det måste sålunda dras slutsatsen härav att en TPA inte kan gälla endast vissa företag inom fjärrvärmebranschen utan måste avse en generell rättighet till TPA. Omvänt kan heller inte rättigheten kunna omfatta endast vissa aktörer, utan utgångsläget måste i sådana fall vara att den gäller för envar.

Generalitetskravet innebär indirekt även att bedömningen av lämpligheten av lagstiftningsåtgärden bör göras från ett generellt perspektiv, dvs. huruvida TPA för fjärrvärme som bransch är påkallad, inte huruvida detta är påkallat i vissa enskilda kommuner eller på vissa orter. Det synes i allt väsentligt saknas underlag i dagsläget för att göra en sådan bedömning.

5.4 Allmänt om närings- och yrkesfriheten

Enligt 2 kap. 20 § RF får begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke endast införas för att skydda *angelägna allmänna intressen* och *aldrig* i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag.

Rättspraxis på området är mycket begränsad, men nämnas kan resningsärendet *Petroleumhandelns Riksförbund* (NJA 1996 C 81) från 1996.

Genom beslut 22/5 1995 avslag Konkurrensverket en ansökan från Petroleumhandelns Riksförbund (PRF) och dess medlemmar om icke-ingripandebesked enligt dåvarande 20 § konkurrenslagen (1993:20). Vidare beslöt verket att inte bevilja undantag enligt 8 § samma lag med avseende på samarbete bestående i att PRF för sina medlemmar förhandlade med oljebolag om handelsmarginaler och andra villkor vid försäljning av bensin och diesel. Beslutet överklagades av PRF och dess medlemmar till Stockholms TR. Genom beslut 25/10 1995 ogillade TR:n ett av PRF och dess medlemmar framställt yrkande om att Konkurrensverkets beslut tills vidare inte skulle gälla. Genom beslut 24/5 1996 ändrade TR:n Konkurrensverkets beslut endast på det sättet att rätten meddelade icke-ingripandebesked för samarbete vid förhandlingar beträffande handelsmarginaler för försäljning av bensin och diesel såvitt avsåg de medlemmar av PRF som var fysiska personer och drev sin rörelse under enskild firma. PRF och dess medlemmar överklagade TR:ns beslut 24/5 1996 och yrkade att Marknadsdomstolen skulle meddela icke-ingripandebesked eller, alternativt, bevilja undantag för det aktuella samarbetet i dess helhet. De yrkade dessutom att Marknadsdomstolen skulle förordna att Konkurrensverkets beslut 22/5 1995, såvitt det inte ändrats av TR:n, inte skulle gälla under tiden fram till dess Marknadsdomstolen beslutat i saken. Marknadsdomstolen lämnade 16/7 1996 det senare yrkandet utan bifall.

PRF och dess medlemmar ansökte om resning beträffande MD:s beslut på resningsgrunden att MD:s rättstillämpning i beslutet uppenbart stred mot lag. Klagandena gjorde gällande att beslutet bl.a. stod i strid mot 2 kap. 20 § RF eller grunderna för detta lagrum, dels ock artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och artikel 1 i första tilläggsprotokollet till denna konvention. HD framhöll i avslagsbeslutet att konkurrenslagens bestämmelser är avsedda att främja det angelägna allmänna intresset av en effektiv konkurrens i fråga om bl.a. handel med varor. Varken bestämmelserna eller deras tillämpning på företagen hade, enligt HD, haft till syfte att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag. I anledning därav ansåg HD att det saknades fog för påståendet att MD:s beslut är oförenligt med 2 kap 20 § RF eller med grunderna för detta lagrum.

Härav följer att generell konkurrenslagstiftning som har till syfte att beivra skadliga konkurrensbegränsningar eller missbruk av marknadsdominerande ställning inte kan anses utgöra en överträdelse av skyddsbestämmelserna i regeringsformen. Det bör

emellertid noteras att konkurrenslagens regler är generella och tar sikte på avvikelser från normalt konkurrensbeteende i allmänhet. För att reglerna inte äventyra just denna bestämmelse i grundlagen och att det uppkommer otillbörliga konkurrensfördelar eller att marknads funktionssätt inte allvarligt skall hotas har kontraheringsplikt gällande t.ex. infrastrukturer eller annan egendom kringgårdats med mycket restriktiva begränsningar.⁷

Det förefaller tentativt tveksamt huruvida TPA till fjärrvärmenät skulle kunna anses ha sådana strukturella garantier att bestämmelsen till skydd för närings- och yrkesfrihet inte äventyras. I den mån TPA inte ger ett icke-diskriminerande resultat eller utformas på så sätt finns det en risk att endast konkurrenter gynnas av bestämmelsen, eller att det skapas ett duopol eller oligopol, beroende av de lokala förutsättningarna. I sådana fall finns det anledning att undersöka huruvida konsumentöverskottet verkligen kommer konsumenterna till del och inte enbart är en omfördelning från befintligt företag till ett annat företag. Detta synes behöva utredas mera i detalj. Det borde krävas att det är möjligt att utesluta att lagstiftningsåtgärden endast kommer gynna vissa parter på marknaden och ha liten inverkan på marknads funktionssätt och effektivitet.

5.5 Särskilt om egendomsskyddet och rätten till ersättning

Av 2 kap. 18 § 2 st. vidare att den som genom expropriation eller annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom skall vara tillförsäkrad *ersättning* för förlusten. Sådan ersättning skall 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 skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten (s.k. *rådighetsinskränkningar*).

Rätten till ersättning enligt 2 kap. 18 § RF behandlades av HD i rättsfallet NJA 2007 s 695 (Optokabel). Fallet avsåg rätt till intrångsersättning vid upplåtelse av ledningsrätt för optokablar inom utrymme för befintliga kraftledningar.

Före lagändringen år 1994 reglerades rådighetsinskränkningar inte särskilt. Enligt äldre rätt hade paragrafen lydelsen att

”Varje medborgare vilkens egendom tages i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande skall vara tillförsäkrad ersättning för förlusten enligt grunder som bestäms i lag.”

Med formuleringen i äldre rätt ansåg HD att det fick anses stå klart att t.ex. upplåtelse av ledningsrätt föll in under tillämpningsområdet. Vidare framgår det av såväl förarbetena som rättspraxis att när uttrycket ”tages i anspråk” år 1994 ersattes med uttrycket ”tvingas avstå” var avsikten inte att åstadkomma någon ändring av tillämpningsområdet och att uttrycken kunde betraktas som identiska.

⁷ Se t.ex. EG-domstolens avgörande i målet C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (Oscar Bronner), REG 1998, s. I-7791. Se även EG-domstolens avgörande i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications (ITP) mot kommissionen* (Magill), REG 1995, s. I-743, punkt 50, i mål I C-418/01, *IMS Health mot NDC Health*, REG 2004, s. I-5039, punkt 35, och förstainsrättens avgörande i mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*, Reg. 2007, s. II-3601, punkterna 319, 330–332 och 336.

Ersättningsbestämmelsen i 2 kap. 18 § RF innebär att *varje förlust* skall ersättas – ehuru inte alltid fullt ut – *även* om den är helt obetydlig. Grundlagsbestämmelsen anger sålunda vilka ersättningsprinciper som skall gälla i allmänhet och att den närmare utformningen av ersättningar vid dessa former av intrång skall regleras i lag. En särskild fråga därvidlag är hur lagfästa ersättningsbestämmelser som inte når upp till den nivå, som skall anses följa av grundlagsbestämmelsen, skall behandlas. Enligt doktrinen måste det i sådana fall få till följd att ingreppet i fråga förvisso blir tillåtligt, men att ersättningskyldigheten likafullt måste vara av sådana omfattning att den minst ger samma resultat som krävs av grundlagsbestämmelsen, oavsett om lagbestämmelsen i fråga ger mindre ersättning eller ingen alls.

Ersättningen för TPA skall alltså bestämmas enligt grunder som anges i lag. För fall då den aktuella lagbestämmelsen inte når upp till den nivå som grundlagen kan anses kräva, har det sålunda i den juridiska litteraturen ansetts att den naturliga konsekvensen är att ingreppet tillåts men, trots den alltför begränsade eller obefintliga lagbestämmelsen, medför ersättningskyldighet till det belopp grundlagsregeln får anses minst kräva.⁸

I *Optokabel*-fallet inför HD var frågan om expropriationslagens ersättningsbestämmelser uppfyllde grundlagens krav. Enligt ordalydelsen i 4 kap. 1 § expropriationslagen är en förutsättning för intrångsersättning att fastighetens marknadsvärde har minskat. Det står klart att det skall vara fråga om en ekonomisk förlust men att också obetydliga förluster skall ersättas.⁹ Vilka metoder som skall användas för att bestämma marknadsvärdet framgår inte av expropriationslagens ersättningsbestämmelser utan domstolarna har fått frihet att för varje särskilt fall utnyttja de värderingsmetoder som med största sannolikhet leder till ett rättvisande resultat (se prop. 1971:122 s. 171 f.). Utgångspunkten, oavsett värderingsmetod, är emellertid att marknadsvärdeminskningen bör bestämmas som skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde före respektive efter intrånget (se a. prop. s. 189 och SOU 1969:50 s. 175). Det kan emellertid vara svårt att tillämpa ett sådant sätt att bestämma marknadsvärdeminskningen vid små, marginella intrång. I ett fall där den tillkommande belastningen på fastigheten enbart avser ytterligare rättigheter, torde det endast med svårighet eller kanske inte alls kunna konstateras en faktisk minskning av fastighetens marknadsvärde, även om en ekonomisk förlust kan konstateras. Det kan därför förefalla tveksamt om 4 kap. 1 § expropriationslagen medger ersättning för intrånget.

När det gäller frågan om marknadsvärdet kan påverkas även vid små intrång uttalas följande i motiven.

”Det kan givetvis ibland, t.ex. när det exproprierade området utgör endast en ringa del av hela fastigheten, vara svårt att påvisa någon skillnad i marknadsvärde mellan den odelade fastigheten och restfastigheten. Som regel torde man dock med fog kunna räkna med att en viss skillnad föreligger åtminstone såtillvida att en köpare inte skulle vara beredd att avstå från någon del av fastigheten utan reduktion av priset. Mot bakgrund härav synes det motiverat att i sådana fall döma ut ersättning bestämd exempelvis till visst belopp per kvadratmeter.” (A. prop. s. 189.)

Uttalandet i förarbetena fick, enligt HD, även om det i första hand synes ta sikte på värdering vid avstående av äganderätt till mark, anses ge vägledning också då ersättning

⁸ Jfr Bengtsson, *Ersättning vid offentliga ingrepp 1*, 1986, s. 59 och Holmberg m.fl., *Grundlagarna*, 2 uppl. 2006, s. 172.

⁹ Se Bengtsson, *Ersättning vid offentliga ingrepp 2*, 1991, s. 243. Jfr även NJA 1990 s. 296.

skall bestämmas vid rättighetsexpropriation. I förarbetena till ledningsrättslagen sägs med hänvisning till det ovan citerade motivuttalandet att, i sådana fall då det är svårt att påvisa någon skillnad i fastighetens marknadsvärde före och efter ledningsrättsupplåtelsen, det kan vara motiverat att bestämma ersättningen på grundval av en separat värdering av den avstådda marken (se prop. 1973:157 s. 102).

Lantmäteriverket har i rekommendationer den 5 juni 2002, reviderade den 14 oktober 2002, redovisat ersättningsprinciper för intrång av mobiltelemaster och optokablar på lantbruksfastigheter. I rekommendationerna anges, under hänvisning till LMV-Rapporten 2001:11 och uttalandet i motiven till expropriationslagen angående ringa intrång, att marknadsvärdebegreppet vid intrång bör ges en *annan innebörd* än den strikt ekonomiska och att små intrång i princip *alltid* bör leda till en viss intrångsersättning även om det inte går att med gängse värderingsmetoder visa på att fastighetens marknadsvärde minskar. I rekommendationerna anges vidare att denna princip kan vid exempelvis upplåtelse av ny ledningsrätt för optokabel i befintlig kraftledning leda till att det bör utgå en viss ersättning för den ”rättsliga” marknadsvärdeminskningen.

Det kan anmärkas att det i förarbetena till 3 a § ledningsrättslagen, som ger en ledningsrättsinnehavare avseende starkströmsledning rätt att utan ny förrättning inom befintligt ledningsutrymme även dra fram och begagna bl.a. teleledningar för allmänt ändamål, uttalas att detta som regel inte innebär något ytterligare intrång och att ersättning för intrång torde bli aktuell endast i undantagsfall när det är fråga om luftledningar (se prop. 1999/2000:86 s. 75 f.). Detta uttalande synes emellertid för framtiden i viss mån överspelat av uttalanden som gjordes i samband med tillkomsten av 2 a § om ledningsrätt för kanalisation i vilken ingår rätt att dra fram och använda bl.a. teleledningar. I författningskommentaren (prop. 2004/05:175 s. 302 f.) uttalas sålunda att det i ledningsbeslutet för kanalisationen skall anges antalet och typ av ledningar som får dras fram i denna och att detta är betydelsefullt eftersom intrånget för fastighetsägaren får anses vara beroende av t.ex. antalet ledningar, då kravet på underhållsåtgärder m.m. därmed normalt ökar och att detta har direkt betydelse för den ersättning som skall fastställas för intrånget.

I *Optokabel*-fallet hade det inte kunnat påvisas att någon minskning har skett i fastighetens marknadsvärde i den mening detta uttryck normalt brukar användas. HD ansåg emellertid att de tidigare citerade motivuttalandena om påverkan på marknadsvärdet vid små intrång fick läsas i belysning av den grundlagsfästa rätt till ersättning som numera kommer till uttryck i 2 kap. 18 § andra stycket första meningen RF. Det stod då klart att ersättning för intrång skulle utgå *även* vid en sådan mindre skada där en skillnad i marknadsvärdet före och efter intrånget inte kunde fastställas, men en ekonomisk skada, om än obetydlig, kunde konstateras. Bestämmelsen om ersättning i 4 kap. 1 § expropriationslagen vid expropriation av en del av en fastighet fick därmed, enligt HD, anses nå upp till grundlagens krav. Viss ersättning enligt expropriationslagen bör således utgå till fastighetsägare för de ökade kostnader för förvaltning av fastigheten som det konstaterade intrånget kunde anses innebära.

Sammanfattningsvis gäller sålunda att i den mån som TPA kommer att medföra förluster för fjärrvärmeföretag, så skall dessa ersättas fullt ut. Detta är ett grundlagsfäst oftergivligt krav som inte kan åsidosättas i lag eller annan författning av lägre rang. Ett minsta krav i detta sammanhang är det genomförs en noggrann konsekvensanalys i ekonomiskt hänseende vilka förluster eller kostnader som skulle drabba fjärrvärmefö-

retag. Detta måste kunna kvantifieras med tillräckligt hög säkerhet, vilket i sin tur där-
efter bör vägas mot samhällsnyttan av den föreslagna åtgärden.

5.6 Proportionalitetsprincipen

En allmän princip, som även är del av svensk nationell rätt, är ett allmän krav på att ingripande åtgärder inte bör vara längre gående än vad som motiveras av ändamålet. Denna proportionalitetsprincip har av RegR (jfr RÅ 1999 ref. 76) ansetts innefatta flera olika krav som rättsordningen ställer på balans mellan mål och medel och mellan motstående intressen. När det gäller att pröva villkoren för och resultatet av ingrepp från det allmännas sida mot enskilda intressen är det vanligt att anlägga tre olika aspekter.

1. *Ändamålsenlighet* (lämplighet): Är det aktuella ingreppet ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet?
2. *Nödvändighet*: Är ingreppet nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller finns det mindre långtgående alternativ?
3. *Proportionalitet i strikt mening*: Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde?

Proportionalitetsprincipen har en grundläggande betydelse vid tillämpningen av Europakonventionen och inom EG-rätten. Den har också vunnit erkännande inom svensk nationell rätt.

Vad först beträffar Europakonventionen är det tillämpningen av artikel 1 i det första tilläggsprotokollet som enligt RegR tilldrar sig störst intresse. I skilda avgöranden har Europadomstolen med olika formuleringar beskrivit de krav på proportionalitet som ställs när det allmänna gör ingrepp som innebär att någon berövas äganderätten till egendom eller får sin rätt att använda en tillgång begränsad. Samtliga de tre nyss berörda aspekterna har framhållits som relevanta, dvs. kraven på ändamålsenlighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening. När det gäller kravet på proportionalitet i strikt mening gör domstolen en helhetsbedömning av de förhållanden under vilka ingreppet företas. En viktig faktor därvidlag är vilka ersättningsvillkor som gäller. Även andra omständigheter, t.ex. förekomsten av en varseltid och tillgången till effektiva rättsmedel, vägs in.

När det gäller EG-rätten aktualiseras proportionalitetsprincipen när EG-domstolen prövar lagligheten av EG:s egna rättsakter och i viss utsträckning också vid domstolens prövning av medlemsstaternas implementeringsåtgärder och deras åtgärder inom områden som inte är harmoniserade men faller inom gemenskapens kompetens. Även vid denna prövning har alla de tre berörda aspekterna stor betydelse. När domstolen har haft att pröva om kravet på proportionalitet i strikt mening har varit uppfyllt eller ej, har domstolen i sina resonemang ofta anknutit till medlemsstaternas konstitutionella traditioner och till Europakonventionen, bl.a. just artikel 1 i det första tilläggsprotokollet.

Som redan nämnts har proportionalitetsprincipen också vunnit erkännande i svensk rätt. Det finns lagregler som tydligt uttrycker krav på ändamålsenlighet och nödvändighet – däribland den i förevarande fall aktuella bestämmelsen i 2 kap. 18 § första

stycket RF – och det finns allmänt hållna bestämmelser som föreskriver att en avvägning skall göras mellan de allmänna och enskilda intressen som berörs av en åtgärd. I rättspraxis, särskilt i några avgöranden från de senaste åren, har de olika proportionalitetskraven, inte minst kravet på proportionalitet i strikt mening, kommit till klart uttryck (se RÅ 1996 ref. 22, 40, 44 och 56 samt RÅ 1997 ref. 59 och not. 107). När det gäller att bedöma om kravet på proportionalitet i strikt mening är uppfyllt måste naturligtvis beaktas att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde (jfr bl.a. nyssnämnda RÅ 1997 ref. 59).

Vid utformningen av ny lagstiftning som innebär intrång i rådighet över egendom, eller värre innefattar tvångsmässigt avhändande av egendom eller begränsningar i näringsfrihet torde det vara av yttersta vikt att det proportionalitetsprincipen iakttas strikt.

6 Konkreta utredningsbehov

Mot bakgrund av det ovan anförda uppkommer så frågan vad som mera konkret bör belysas för att TPA alls i rättsligt hänseende bör vara aktuellt att beakta. Nedan behandlas vilka områden som behöver belysas innan TPA införs.

6.1 Uppkomsten av teknisk-ekonomiska fördelar i konsumenthänseende

Allmänt sett måste TPA kunna påvisas leda till några tekniska eller ekonomiska fördelar i konkurrenshänseende i så måtto att dessa kommer att ge en högre konsumentnytta. Fördelarna måste kunna kvantifieras och verifieras inte bara som teoretiskt modell, utan att det *ex ante* kan påvisas en trovärdig modell att TPA leder till högre konsumentnytta i allmänhet.

6.2 Nödvändig nyttighet

En utredning bör göras för att fastställa huruvida fjärrvärme som produkt kan betraktas vara en sådan nödvändig nyttighet, vilken är till sådan nödvändig grad särskild från närliggande produkter att detta skulle motivera strukturell uppbyggnad av infrastrukturer och legala enheter. Själva inläsningseffekten – i den mån en sådan förekommer – kan inte anses tillfyllest för att motivera strukturella åtgärder.

6.3 Tekniska möjligheter att genomföra TPA

Det har i Fjärrvärmeutredningen diskuterats skilda former av TPA, varigenom det har konstaterats att det i tekniskt hänseende troligtvis är möjligt att genomföra TPA. Förekomsten av en fysisk möjlighet är dock inte tillräcklig för att motivera TPA. Härutöver måste även påvisas att det för fjärrvärmens kan ske utan att det äventyrar skal- och diversifieringsfördelar, där det med tillräcklig säkerhet kan förväntas att en uppdelad infrastruktur genererar ett för konsumenterna bättre slutresultat än en integrerad process.

6.4 Inverkan på investeringsviljan

Internationella erfarenheter från uppbyggnad av infrastrukturer har påvisat att det i vissa fall har medfört att affärsmodellen ändras radikalt för åtminstone de delar av den tidigare integrerade verksamheten som övergår att tillhandahålla infrastruktur på icke-diskriminerande villkor. Exempelvis kan nämnas att järnvägsägare övergår från att sälja transporter till att sälja rälskapacitet, ledningsägare övergår från att sälja kommunikationstjänster till slutkonsumenter till att sälja nätkapacitet till konkurrenter i grossistledet m.m. Tillgänglig forskning på området har visat att detta kan inverka negativt på investeringsviljan hos nätägare, vilket ytterst har drabbat konsumenterna. TPA får därför inte inverka negativt på infrastrukturägarens investerings- och underhållsvilja av nätet, varigenom den långsiktiga leveranssäkerheten och effektiviteten alltså kan tryggas. Grundkrav i detta hänseende bör formuleras och utredningar bör göras.

6.5 Påverkan på miljöarbete

De nuvarande miljömässiga fördelar med en integrerad process får inte äventyras p.g.a. TPA, där utgångspunkten bör vara att nuvarande miljöpåverkan per producerad MWh inte kan tillåtas bli högre vid TPA. Sålunda bör miljömässiga sämre alternativ inte anses ha ett berättigat intresse till TPA. Ävenså bör gälla att miljömässigt bättre alternativa användningar än TPA bör beaktas.

6.6 Generellt behov av TPA för alla fjärrvärmenät

Det är inte tillräckligt att det finns behov i vissa fall att införa TPA. En generell TPA-rättighet verkligen måste vara motiverad av att fjärrvärme som produkt *per se* – generellt sett – skall betraktas som direkt lämplig för TPA i anledning av att detta i klart övervägande fall alltid ger upphov till positiva resultat för konsumenten, oavsett lokala förhållanden och förutsättningar m h t till förekomsten av spillvärme m.m. Denna punkt hänger nära samman med generalitetskravet som diskuterats ovan.

6.7 Frivilliga marknadslösningar i förhållande tvångsmässig anslutning

I stort bör kunna påvisas att TPA ger ett bättre resultat, totalt sett, i förhållande till att det exempelvis etableras samarbete inom central värmegenerering mellan befintliga värmecentraler och spillvärmeleverantörer. En generell fråga som bör ställas är vad de egentliga orsakerna är till att sådana marknadslösningar inte redan har uppkommit. Utgångspunkten kan därvidlag inte vara att det förutsätts att detta är ett uttryck för otillbörligt utövande av marknadsmakt, utan att det kan finnas andra helt legitima skäl till tillvaratagande av t.ex. spillvärme ännu inte uppkommit.

6.8 Alternativ användning av andra värmeproducenter

Alternativ användningen av den värme som kan antas vilja tillhandahållas på befintliga fjärrvärmenät av t.ex. spillvärmeproducenter torde från samhällsekonomisk synpunkt kunna nyttiggöra samhället på flera skilda sätt, potentiellt sett mera effektivt eller lönsamt sätt än genom TPA. Möjligheter därtill bör utredas vidare.

6.9 Möjlighet att beräkna och erhålla ersättning

Vid TPA måste det upprättas ett system för att garantera att infrastrukturägare erhåller sådan adekvat ersättning för intrånget i äganderätten som TPA medför och att samhällskostnaden i detta hänseende uppvägs av de fördelar som konsumenterna erhåller genom TPA. Detta måste kunna kvantifieras och verifieras.

6.10 Krav på att marknadens funktionssätt står i fokus

Utgångspunkten för TPA bör vara att det i alla hänseenden är konsumentnyttan tillsammans med marknadens effektivitet som står i fokus – inte huruvida TPA skulle vara bättre för konkurrenter och andra värmeverantörer. Således bör det kunna påvisas att uppnådda fördelar verkligen kommer att komma konsumenterna eller slutkunderna tillgodo. Om så inte är fallet bör lagstiftaren avstå från att införa lagstiftningen.

6.11 Problemet med kapacitetsbrist

Ett särskilt problem som inte har behandlats i utredningen är att fjärrvärmeverksamhet är en integrerad verksamhet bestående av ett relativt komplex samband mellan värme-, el-, kyl-, och ångproduktion eller andra kombinationer därav. TPA kommer att påverka denna affärsmodell och effekterna därav måste utredas grundligt. Dessutom kan det inte hållas för osant att fjärrvärmeföretag redan i dag opererar på full kapacitet i näten i och med att rörledningarna är en integrerad del av värmeproduktionen. I den mån så är fallet kommer det i praktiken inte att bli möjligt att bevilja TPA, p.g.a. kapacitetsbrist, om inte fjärrvärmeföretaget tvångsmässigt tvingas avstå en del av sin kapacitet.

6.12 Lagteknisk utformning av TPA

Det måste lagtekniskt vara möjligt att finna en lösning som både garanterar nödvändiga och oeftergivliga krav på rättssäkerhet, förutsebarhet, effektivitet och praktisk administrerbarhet samtidigt som det ger upphov till de eventuella positiva effekter som TPA skulle kunna medföra. Erfarenheterna från t.ex. marknaderna för elektronisk kommunikation är att det måste tillskapas en situation där det finns garantier för att alla aktörer – nätägaren inkluderad – behandlas på armlängds avstånd. Oftast talas i dessa sammanhang om s.k. *funktionell separation*. Vad som eftersträvas är en situation som i allt väsentligt efterliknar den som en *strukturell separation* skulle ge upphov till, dvs. en ägarmässig separation av verksamheten. Tillträdesrättighet är i själva verket relativt innehållslös om detta inte kan ske på skäliga villkor – i annat fall blir regleringen enbart en skenbar rättighet. Problemet är dock är ju mer icke-diskriminering som lagstiftaren försöker införa garantier för, desto större blir ingreppet och desto svårare kan det vara att förena åtgärden med grundlagsskyddet och proportionalitetsprincipen. På marknaderna för elektronisk kommunikation finns det i dag en omfattande reglering, inkluderande prisreglering som syftar till att skapa konkurrens på dessa marknader. Detta påvisar att det svårligen kan införas en lagregel om TPA utan att denna åtföljs av kompletterande reglering. Återigen bör framhållas att marknaderna för elektronisk kommunikation i tekniskt hänseende skiljer sig relativt mycket från fjärrvärmemarknaden.

Stockholm 2009-11-03

Lars Henriksson