

ÚRSKURÐUR

úrskurðarnefndar raforkumála

Ár 2009, föstudaginn 7. ágúst, kvað úrskurðarnefnd raforkumála upp eftirfarandi úrskurð í kærumáli Landsnets hf., Gylfaflöt 9, Reykjavík, á hendur Orkustofnun, Grensásvegi 8, Reykjavík. Málið hefur fengið nr. 1/2009.

I

Kæruefni

Með kæru sinni krefst Landsnet hf. þess að úrskurðarnefnd raforkumála felli úr gildi ákvörðun Orkustofnunar frá 8. apríl 2009 og að staðfest verði að samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögnum skuli arðsemiskrafa Landsnets hf. fara stighækkandi á fimm árum frá gildistöku raforkulaga í stað hækkunar í einu þrepi.

II

Málsmeðferð úrskurðarnefndarinnar

Kæra Landsnets hf. er dagsett 8. maí 2009, móttekin af iðnaðarráðuneytinu sama dag. Kæran barst formanni úrskurðarnefndar raforkumála í hendur frá iðnaðarráðuneytinu 12. maí með bréfi, dags. 11. maí. Hinn 14. maí ritaði úrskurðarnefndin Orkustofnun bréf og gaf henni kost á að koma að athugasemdum við kæru Landsnets hf. og bárust þær nefndinni 28. maí. Úrskurðarnefndin ritaði lögmanni Landsnets hf. bréf, dags. 2. júní sl., og gaf henni kost á að gera athugasemdir við framkomnar athugasemdir Orkustofnunar og frest til þess til 15. júní. Lögmaðurinn óskaði eftir lengri fresti og bárust athugasemdir hennar 19. júní. Þá barst úrskurðarnefndinni tölvupóstur frá lögmanni Landsnets hf. 13. júlí sl. Hinn 9. júlí sl. sendi úrskurðarnefndin aðilum tölvupóst þar sem tilkynnt var að uppsaga úrskurðarins myndi dragast til 6. ágúst vegna sumarleyfa nefndarmanna.

III

Ósk Landsnets hf. um túlkun Orkustofnunar á bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum

Hinn 24. mars sl. ritaði Landsnet hf. Orkustofnun bréf er varðaði „Túlkun á ákvæði raforkulaga um þróun á arðsemi raforkuflutninga til almennra notenda. Bréfið hljóðar svo:

„Í samskiptum milli Orkustofnunar og Landsnets hefur komið fram mismunandi skilningur aðilanna á því hvernig beri að túlka bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögnum varðandi 5 ára þróun arðsemisviðmiðunar fyrir almenna notendur.

Skilningur Landsnets er að aðlögunarferill arðseminnar skuli vera eftirfarandi:

| | | | | | |
|----------------------------|------|--------|------|--------|------|
| Aðlögunarferill | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
| Hlutfall af markaðsávöxtun | 50% | 62,50% | 75% | 87,50% | 100% |

Skv. þessum skilningi á arðsemikrafan fyrir almenna markaðinn árið 2008 að vera 87,5% af fullri ávöxtun (10,2%) eða 8,925%.

Bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum er svohljóðandi:

„IX. Arðsemi flutningsfyrirtækis og dreifiveitna.

Við setningu tekjuramma flutningsfyrirtækisins vegna flutnings raforku til dreifiveitna skal Orkustofnun í upphafi miða við að arðsemi sé helmingur af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Sama á við um tekjumörk dreifiveitna. Hækka skal arðsemisviðmiðunina á fimm árum í þá ávöxtun sem kveðið er á um í 2. tölul. 2. mgr. 12. gr. og 2. tölul. 2. mgr. 17. gr. Þó skal hækkun arðsemisviðmiðunar ekki valda meiri hækkun tekjumarka en næst með hagræðingarkröfu.

Ákvæði þetta kom inn í raforkulögin með breytingarlögum nr. 89/2004. Í greinargerð með frumvarpinu segir orðrétt:

„Um a-lið (IX).

Lagt er til að við ákvörðun tekjumarka skv. 2. tölul. 2. mgr. 12. gr. og 2. tölul. 2. mgr. 17. gr. skuli Orkustofnun í upphafi miða við lágá arðsemi eða helming af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára. Samkvæmt ákvæðinu má ávöxtunin fara stighækkandi á fimm árum í þá ávöxtun sem gert er ráð fyrir samkvæmt tilvitnuðum ákvæðum. Tilgangurinn er að koma í veg fyrir hækkun á raforkuverði. Þess er vænst að aukin arðsemi náist með hagræðingu þar sem tekjumörk þurfi ekki að hækka vegna arðsemisviðmiðana sem kunna að vera yfir núverandi arðsemi fyrirtækjanna. Fyrirtækin halda þá ávinningi af hagræðingu til að auka arðsemina. Með því að fara hægt í sakirnar með hækkun á arðsemisviðmiðunum í tekjumörkum flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna á að koma í veg fyrir skyndilega hækkun raforkuverðs í upphafi. Lögd er áhersla á að hækkun arðsemisviðmiðana felur ekki í sér kröfu til fyrirtækjanna um aukna arðsemi og hækkun gjaldskrár í því skyni. Haldist arðsemin yfir lágmarksviðmiðunarmörkum er Orkustofnun ekki ætlað að gera athugasemdir við hana.“

Af orðalagi greinarinnar má ljóst vera að gert er ráð fyrir stighækkandi hækkun en ekki hækkun í einu þrepi eftir fyrstu fimm árin. Styður orðalag ákvæðis IX þetta einnig því ella hefði ákvæðið hljóðað á um að hækka skyldi „eftir fimm ár“ í stað „á fimm árum“. Hér með óskar Landsnet eftir staðfestingu Orkustofnunar á þessari túlkun.“

IV

Svar Orkustofnunar 8. apríl sl. við bréfi Landsnets frá 24. mars

Orkustofnun svaraði bréfi Landsnets hf. með bréfi, dags. 8. apríl 2009. Þar segir í upphafi orðrétt:

„Túlkun Orkustofnunar er á þá leið, að til þess að arðsemi einkaleyfisstarfsemi fyrir almenna notendur geti farið hækkandi þarf annað hvort að sýna fram á að hagræðing hafi átt sér stað í rekstri einkaleyfisfyrirtækisins og hins vegar að ekki komi til gjaldskrárhækkunar. Þá er skv. 12. gr. raforkulaga kveðið á um að tekjumörk skuli ákveðin út frá þremur tölusetnum viðmiðunum, hvar sá þriðji er hagræðingarkrafa, ákveðin af Orkustofnun.

Fleira kemur fram í svari Orkustofnunar sem ekki þykir ástæða til að rekja hér en ljóst er af framangreindu og öðru efni bréfsins að Orkustofnun fellst ekki á þá skýringu á bráðabirgðaákvæði IX sem kemur fram í bréfi Landsnets hf. frá 24. mars 2009.

V

Kæra Landsnets hf., andsvör Orkustofnunar og athugasemdir Landsnets hf.

Eins og í upphafi greinir kærði Landsnet hf. þessa skýringu Orkustofnunar á bráðabirgðaákvæði IX til úrskurðarnefndar raforkumála með bréfi, dags. 8. maí, og krefst

Þess „að ákvörðun Orkustofnunar frá 8. apríl sl. verði felld úr gildi og staðfest að samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum skuli arðsemiskrafa Landsnets fara stighækkandi á fimm árum frá gildistöku raforkulaga í stað hækkunar í einu þrepi.“

Í athugasemdum Orkustofnunar frá 28. maí er vísað til bréfs stofnunarinnar frá 8. apríl og segir þar m.a. orðrétt: „Túlkun stofnunarinnar stendur óbreytt og leggur út frá því að umrædd „stighækkun“ í greinargerð með frumvarpi að lögum nr. 89/2004 sé víkjandi og komi til því aðeins til þá og því aðeins að eftirfarandi skilyrði séu uppfyllt.“ Þessi skilyrði eru síðan talin upp og eru: Tekjumörk hækki ekki. Raforkuverð hækki ekki. Hagræðing eigi sér stað.

Landsnet hf. gerði í bréfi, dags. 19. júní sl., margvíslegar athugasemdir við túlkun Orkustofnunar á bráðabirgðaákvæði IX sem ekki verða raktar hér.

Hinn 13. júlí sl. barst formanni úrskurðarnefndarinnar tölvupóstur frá lögmanni Landsnets hf. og er í honum vísað til tölvupósts frá Hauki Eggertssyni iðnaðarverkfræðingi hjá Orkustofnun frá 30. janúar 2009 sem er svohljóðandi:

„Við uppgjör tekjumarka sérleyfisfyrirtækja fyrir árið 2008 verður notast við 10,2% og 5,1% þar sem hálf krafan á við, svo sem í dreifingu og flutningi til almennra notenda.“

Tölvupóstur þessi var sendur til nokkurra aðila, þ. á m. Landsnets hf. sem framsendi hann lögmanni sínum 27. maí sl.

Í tölvupósti lögmanns Landsnets hf., dags. 13. júlí sl., til formanns úrskurðarnefndarinnar segir eftirfarandi:

„Vísu til erindis Landsnets til úrskurðarnefndarinnar og fyrri samskipta. Í neðangreindum samskiptum [þ.e. ofangreindum tölvupóstsamskiptum verkfræðings Orkustofnunar o.fl.] kemur fram að Orkustofnun hefur ákvarðað arðsemiskröfuna með vísan til IX kafla bráðabirgðaákvæðis raforkulaga. Í framhaldi af því að þessi afstaða lá fyrir var kallað eftir rökstuðningi og nánari skýringum stofnunarinnar sem eru meðal gagna málsins. Hefur Orkustofnun þannig þegar tekið formlega stjórnisýsluákvörðun sem snýr að ákvörðun um arðsemiskröfuna.“

VI

Niðurstaða kærunefndarinnar

Í 1. mgr. 30. gr. raforkulaga nr. 65/2003 segir eftirfarandi:

„Stjórnvaldsákvæðanir sem teknar eru af Orkustofnun á grundvelli laga þessara og varða gjaldskrá eða starfsemi flutningsfyrirtækisins eða dreifiveitna sæta kæru til úrskurðarnefndar raforkumála.“

Í 3. mgr. sömu lagagreinar segir að kæra til nefndarinnar skuli vera skrifleg og borin fram innan 30 daga frá því að aðila máls var tilkynnt um ákvörðun. Í 9. mgr. lagagreinarinnar segir að sé ekki kveðið á um annað í raforkulögunum fari um meðferð máls samkvæmt stjórnisýslulögum. Jafnframt er tekið fram að ráðherra geti sett nánari ákvæði í reglugerð um málsmeðferð og starfshætti nefndarinnar. Sú reglugerð hefur verið sett og er nr. 1040/2005.

Samkvæmt tilvitnaðri 1. mgr. 30. gr. er kærueimild til úrskurðarnefndar raforkumála bundin því að fyrir liggja stjórnvaldsákvörðun Orkustofnunar. Það er viðurkennd skilgreining að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða þegar stjórnvald kveður einhliða á um rétt og/eða skyldu tiltekins aðila í ákveðnu máli í skjóli stjórnsýsluvalds, sbr. t.d. skýringar við 1. gr. í frumvarpi því sem varð að stjórnsýslulögum nr. 37/1993.

Í 12. gr. raforkulaga er kveðið á um tekjumörk og gjaldskrá flutningsfyrirtækisins Þar segir eftirfarandi í 1.-3. mgr. eins og þeim var breytt með lögum nr. 149/2004:

- Orkustofnun skal setja flutningsfyrirtækinu tekjumörk vegna kostnaðar við flutning á raforku til dreifiveitna annars vegar og vegna flutnings til stórnotenda hins vegar. Við setningu tekjumarka skal taka tillit til þess hvort tenging stórnotenda leiði eða hafi leitt til hagkvæmari uppbyggingar og nýtingar flutningskerfisins en ella væri.
- Tekjumörkin skulu ákveðin út frá eftirfarandi viðmiðum:

1. Kostnaði sem tengist starfsemi fyrirtækisins, þ.m.t. kostnaði vegna viðhalds, afskrifta á nauðsynlegum eignum til reksturs kerfisins, leigukostnaði vegna flutningsvirkja, kostnaði við orkutap, almennum rekstrarkostnaði og kostnaði við kerfisstjórnun.

2. Arðsemi flutningsfyrirtækisins skal vera sem næst markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Arðsemi reiknast sem hlutfall hagnaðar fyrir fjármunatekjur, fjármagnsgjöld og skatta (EBIT) og bókfærðs verðs fastafjármuna sem nauðsynlegir eru til reksturs kerfisins. Fastafjármunir þessir skulu vera þeir sem nýttir eru 31. desember 2004 og miðað við bókfært virði þann dag, ásamt nauðsynlegum nýjum fastafjármunum, sem síðar kunna að koma til. Um heimild til uppfærslna á bókfærðu verði fastafjármuna við útreikning tekjumarka vegna endurmatsskilyrðinga á verðlagi skal kveðið á í reglugerð.

3. Hagræðingarkröfu sem skal taka mið af eðlilegum kostnaði samkvæmt mati Orkustofnunar að teknu tilliti til þeirrar þjónustu sem fyrirtækið veitir.

- Tekjumörk skulu ákveðin til þriggja ára í senn en endurskoðuð árlega. Við endurskoðun skal athugað hvort breytingar hafi orðið á forsendum sem lagðar voru til grundvallar við ákvörðun tekjumarka. Heimilt er að færa of- eða vanteknar tekjur milli ára. Í reglugerð skal kveðið á um takmörk heimilda til uppsöfnunar réttinda.

Í upphafi 4. mgr. 12. gr. raforkulaga segir eftirfarandi:

„Flutningsfyrirtækið skal setja gjaldskrá vegna þjónustu sinnar í samræmi við tekjumörk skv. 2. mgr. Gjaldskráin skal gilda annars vegar fyrir úttekt dreifiveitna frá flutningskerfi og hins vegar fyrir úttekt stórnotenda ...“

Það er ljóst að Orkustofnun tekur stjórnvaldsákvörðun, í skilningi þeirrar skilgreiningar á stjórnvaldsákvörðun sem rakin er hér að framan, þegar hún setur flutningsfyrirtækinu tekjumörk, sbr. upphaf 1. mgr. 12. gr. raforkulaga, enda ber flutningsfyrirtækinu að ákveða gjaldskrá sína í samræmi við tekjumörkin. Orkustofnun tekur einnig stjórnvaldsákvörðun þegar hún samþykkir eða synjar um gildi gjaldskrár Landsnets hf., sbr. 7. mgr. 12. gr. raforkulaga. Í 2. mgr. 12. gr. laganna er sérstaklega kveðið á um það út frá hvaða viðmiðum tekjumörkin skuli ákveðin og eru þau fyrst og fremst kostnaður

sem tengist starfsemi fyrirtækisins, arðsemi og hagræðingarkrafa. Ljóst er að stjórnvaldið, þ.e. Orkustofnun, þarf við ákvörðun um tekjumörk að taka afstöðu og tillit til nokkuð margra atriða. Þeirra á meðal er hver eigi að vera arðsemi flutningsfyrirtækisins, sbr. ákvæði 2. tl. 2. mgr. 12. gr. og bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum. Þótt afstaða til þessara lögákvæðnu atriða hvers um sig og hvaða vægi þeim er gefið geti falið í sér ákveðnar ákvarðanir, s.s. eins og hvernig skuli beita ákvæði bráðabirgðaákvæði IX við ákvarðanatökuna, er ekki hægt að líta á hverja og eina þeirra sem sérstaka og sjálfstæða stjórnvaldsákvörðun heldur eru þær grundvöllur endanlegrar stjórnvaldsákvörðunar um tekjumörk flutningsfyrirtækisins. Sú ákvörðun er þess eðlis að hana er hægt að kæra til úrskurðarnefndar upplýsingamála samkvæmt 1. mgr. 30. gr. raforkulaga. Frá þessu geta þó verið þær undantekningar að hver einstök ákvörðun kann að vera tekin með þeim hætti að skoða verði hana sem sjálfstæða, kæranlega stjórnvaldsákvörðun sé henni komið til vitundar þess sem hún beinist að.

Samkvæmt því sem að framan segir er það niðurstaða úrskurðarnefndar raforkumála að afstaða Orkustofnunar til þess hvernig skýra beri bráðabirgðaákvæði IX sé ekki stjórnvaldsákvörðun í skilningi stjórnsluréttar og því ekki hægt að kæra þessa afstöðu sérstaklega til úrskurðarnefndarinnar. Annað mál er það að úrskurðarnefndin kynni að þurfa að taka afstöðu til efnis bráðabirgðaákvæðisins væri kærð til hennar stjórnvaldsákvörðun Orkustofnunar þar sem tekin væri afstaða til efnis ákvæðisins eða hefði átt að taka.

Í tölvupósti verkfræðings Orkustofnunar til Landsnets hf. o.fl. sem sendur var 30. janúar 2009 er lýst þeirri ákvörðun stofnunarinnar að „við uppgjör tekjumarka sérleyfisfyrirtækja fyrir árið 2008 verður notast við 10,2% og 5,1% þar sem hálf krafan á við, svo sem í dreifingu og flutningi til almennra notenda.“

Úrskurðarnefndin telur að líta megi svo á að hér sé um stjórnvaldsákvörðun að ræða sem hægt hefði verið að kæra til úrskurðarnefndarinnar innan 30 daga frá því að hún var tilkynnt Landsneti hf., sbr. kærufrest í 3. mgr. 30. gr. laga nr. 65/2003, sem ekki var gert. Enda þótt með þessum hætti liggi fyrir stjórnvaldsákvörðun er skoða má, svo langt sem hún nær, sem ákvörðun um það hvernig bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum verði beitt við ákvörðun um tekjumörk fyrir árið 2008 breytir hún ekki í stjórnvaldsákvörðun því kæruefni sem úrskurðarnefndin fékk til meðferðar 12. maí sl.

Rétt er að taka fram að samkvæmt upplýsingum lögmanns Landsnets hf. var ekki sérstaklega óskað eftir rökstuðningi við þá ákvörðun Orkustofnunar sem fram kemur í framangreindum tölvupósti frá 30. janúar 2009 og ekki er bent á það í tölvupóstinum að hægt sé að óska rökstuðnings fyrir þeirri ákvörðun sem þar er lýst. Hins vegar upplýsti lögmaðurinn í tölvupósti til úrskurðarnefndarinnar frá 13. júlí sl. og í samtali við formann hennar að vegna þessarar ákvörðunar hafi bréf Landsnets hf. til Orkustofnunar, dags. 24. mars sl., verið ritað en það er kæruefni þessa máls. Í tölvupósti lögmannsins segir að þegar afstaða Orkustofnunar í tölvupóstinum frá 30. janúar hafi legið fyrir þá hafi verið „kallað eftir rökstuðningi og nánari skýringum stofnunarinnar sem eru meðal gagna málsins“ og er þá átt við bréfið frá 24. mars sl.

Úrskurðarnefndin álitur, þótt framangreindum tengslum sé eflaust til að dreifa, að ekki sé hægt að líta á bréf Landsnets hf. frá 24. mars sem beiðni um rökstuðning fyrir ákvörðun Orkustofnunar frá 30. janúar sl. í skilningi 21. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

Hvergi er minnst á þá ákvörðun í bréfi Landsnets hf. heldur óskað eftir skilningi Orkustofnunar á bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögunum í heild sinni og því um að ræða mun víðtækara svið en ákvörðunin frá 30. janúar nær til. Tölvupóstur Orkustofnunar frá 30. janúar fylgdi ekki gögnum málsins í upphafi eins og fram kemur hér að ofan.

Það sem að framan segir leiðir til þess að kærufrestur vegna ákvörðunar Orkustofnunar frá 30. janúar sl. lengist ekki samkvæmt ákvæði 3. mgr. 27. gr. stjórnsýslulaga, sbr. og ákvæði 3. mgr. 30. gr. raforkulaga. Úrskurðarnefndinni þykir þó rétt að taka fram að þar sem Orkustofnun benti ekki á í tölvupóstinum frá 30. janúar að Landsnet hf. gæti óskað eftir rökstuðningi fyrir þeirri ákvörðun sem þar var tekin er hugsanlegt að réttur til þess að óska sérstaklega rökstuðnings fyrir þeirri ákvörðun sé enn fyrir hendi samkvæmt almennum reglum stjórnsýslulaga.

Af framangreindum ástæðum telur úrskurðarnefnd raforkumála óhjákvæmilegt að vísa kæru Landsnets hf. frá nefndinni. Vegna sumarleyfa nefndarmanna hefur uppsaga úrskurðarins dregist nokkuð, en aðilum var gerð grein fyrir því að svo myndi verða í tölvupósti 9. júlí sl.

VII Úrskurðarorð

Kæru Landsnets hf. á hendur Orkustofnun frá 8. maí 2009 er vísað frá úrskurðarnefnd raforkumála.


Friðgeir Björnsson
formaður


Dagný Halldórsdóttir


Sandra Franks