

Úrskurður
úrskurðarnefndar raforkumála
í máli nr. 3/2020
Kæra Orkusölnunnar ehf.
á ákvörðun
Orkustofnunar

Þann 6. maí 2021 kvað úrskurðarnefnd raforkumála upp úrskurð vegna kæru Orkusölnunnar ehf., (kærandi), Dvergshöfða 2, 110 Reykjavík, á ákvörðun Orkustofnunar, Grensásvegi 8, 108 Reykjavík. Málið hefur fengið númerið 3/2020.

I. Kæruefni og kröfur

Kærandi kærði þann 29. október 2020, ákvörðun Orkustofnunar frá 1. október 2020, um val á söluaðila til þrautavara á grundvelli 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019. Kæran barst úrskurðarnefnd 30. október 2020. Kærandi gerir kröfu um að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Orkustofnun krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II. Málsatvik

Í máli þessu er deilt um ákvörðun Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara á tímabilinu 1. nóvember 2020 til 31. apríl 2021. Hin kærða ákvörðun var tekin á grundvelli 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, og kveður á um að lægsta meðalverð raforku á tímabilinu mars til ágúst 2020, hafi verið hjá raforkusöluþyrirtækinu Íslenskri orkumiðlun ehf. Orkustofnun tilkynnti kæranda og öðrum söluþyrirtækjum raforku um hina kærðu ákvörðun með dreifibréfi sem sent var með tölvupósti hinn 1. október 2020. Hin kærða ákvörðun fylgdi með í tölvupóstinum auk leiðbeininga Orkustofnunar frá 15. maí 2020 um val á söluþyrirtæki til þrautavara.

III. Málsástæður og rök kæranda

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun vera stjórnvaldsákvörðun. Hann hafi verið aðili máls en með hinni kærðu ákvörðun hafi Orkustofnun ákveðið að almennur notandi, sem ekki hafi gert raforkusölusamning við söluþyrirtæki, skuli sjálfkrafa settur í viðskipti við tiltekinn aðila sem stundar raforkuviðskipti. Þannig sé með öðrum orðum verið að ráðstafa takmörkuðum gæðum og yfirfæra önnur til tiltekins lögaðila umfram aðra söluaðila sem starfa á markaðnum. Kærandi sé einn þeirra söluaðila sem starfi á markaðnum, og verið sé að yfirfæra viðskiptavinum frá til söluaðila til þrautavara. Hann hafi því lögvarða hagsmuni af málinu enda lúti hin kærða ákvörðun að beinum og verulegum hagsmunum hans.

Í kærðu telur kærandi nauðsynlegt að draga saman raunveruleg áhrif hinnar kærðu ákvörðunar á rekstur söluadila almennt og á rekstur kæranda sérstaklega, eins og þau hafi raungerst umrætt tímabil. Það athugist að kærandi hafi fyrir nokkru síðan óskað eftir upplýsingum frá Orkustofnun um umfang aðgerðanna í þeim tilgangi að varpa ljósi á þau áhrif sem núgildandi fyrirkomulag hafi og að meta áhrifin af því hversu móttækilegir viðskiptavinir séu fyrir skilaboðum um val á söluadila. Hafi Orkustofnun ekki svarað fyrirspurnum kæranda.

Með hinn kærðu ákvörðun sé verið að færa umtalsverðan fjölda notenda til eins söluadila á markaðnum á sex mánaða fresti, n.t.t. sé hér um að ræða alla nýja notendur á raforkumarkaði ef þeir velji ekki söluadila innan tilskilins frests sem og notendur sem eru með fleiri en einn notkunarstað og þeir eru ekki allir hjá sama aðilanum. M.ö.o. sé þannig einnig um að ræða beina yfirfærslu viðskiptavina sem séu nú þegar í viðskiptum við einn söluadila, til söluadila til þrautavara, án þess að viðkomandi viðskiptavinur fái nokkuð um það að segja. Þetta hafi bein og neikvæð áhrif á starfsemi viðkomandi söluadila annarra en söluadila til þrautavara og sé til þess fallið að hagnast honum á kostnað annarra aðila á markaðnum með tilheyrandi neikvæðum samkeppnisáhrifum. Í ljósi hegðunar viðskiptavina á markaðnum og fyrirkomulagi aðgerða Orkustofnunar að öðru leyti, sbr. hér síðar, sé jafnframt ljóst að í inngripum Orkustofnunar felist enginn hvati fyrir umrædda viðskiptavini til að færa sig yfir til annars söluadila eftir að þeir hafi verið settir í viðskipti við söluadila til þrautavarar. Telur kærandi að ekki sé um tímabundið ástand að ræða heldur í reynd viðvarandi yfirfærslu viðskiptavina til viðkomandi söluadila til þrautavara.

Kærandi telji nauðsynlegt að áréttu að hagsmunir söluadila, fjárhagslegir, viðskiptavild og annað sem þarna séu undir séu gífurlegir. Kærandi áætla að fjöldi viðskiptavina frá júní 2020 til október 2020 sé á bilinu 800 til 1300 á mánuði eða 4000-6500 yfir tímabilið. Umrædd viðskipti geti hlaupið á mörgum hundruðum milljóna á ári hverju. Til samanburðar hafi söluadilaskipti með almennum hætti, þ.e. á grundvelli frjálsrar samkeppni, á bili 150-250 einstaklingar/fyrirtæki á mánuði, eða samtals á bilinu 750-1250 yfir allt tímabilið. Af þessu megi ætla að fyrirtæki á markaði séu alla jafna að keppa um 950-1550 viðskiptavini á mánuði hverju sinni, þ.e. þeir sem eru með fleiri en einn söluadila, hafa ekki valið söluadila, eru óákvæðir og/eða vilja skipta. Með ákvörðun Orkustofnunar sé hins vegar verið að flytja tæplega 85% þessara viðskipta til eins fyrirtækis á markaðnum, umfram aðra keppinauta. Viðkomandi aðila á markaðnum sé þannig veitt umtalsverð forgjöf umfram keppinauta á markaði með aðgerðum Orkustofnunar. Kærandi hafi þegar orðið fyrir umtalsverðum beinum áhrifum af aðgerðunum.

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun brjóta í bága við lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Aðgerðir Orkustofnunar um val á söluadila til þrautavara, sem byggja á 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, feli í sér verulegt inngrip í rekstur söluadila og frjálsa samkeppni sölufyrirtækja á markaði, og fái því vart staðist lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Þær brjóti einnig í bága við lögmætisreglu stjórnisráðgjafarinnar en í henni felst sú grundvallarregla að stjórnisráðgjafi sé bundin í lög og stjórnvöld geti almennt ekki tekið ákvarðanir sem séu íþyngjandi nema hafa til þess heimild í lögum og skýrt sé kveðið á um í hverju slíkar kvaðir felist.

Inngrip Orkustofnunar í starfsemi einkaaðila á samkeppnismarkaði með svo víðtækum og íþyngjandi hætti sem gert hafi verið sé hvorki veitt viðhlítandi lagastöð í markmiðsákvæði raforkulaga né almennum reglugerðarheimildum laganna.

Umræddir annmarkar á hinni kærðu ákvörðun séu þess eðlis að ógilda beri hana. Því til viðbótar hafi aðgerðirnar ekki byggt á fullnægjandi mati á málefnalegum, lögmætum og hlutlægum sjónarmiðum auk þess séu ýmsir aðrir annmarkar á málsmeðferðinni.

Þá telur kærandi að rannsókn og gagnaöflun Orkustofnunar á grundvelli útgefinna leiðbeininga um val og 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar einnig skorta viðhlítandi lagastöð.

Telur kærandi að bæði form- og efnislegir annmarkar séu á hinni kærðu ákvörðun sem valdi því að ógilda beri hana.

Að því er formannmarka varði hafi Orkustofnun hvorki gætt að rannsóknarreglu 10. gr., andmælareglu 13. gr. stjórnisýslulaga né meginreglum stjórnisýsluréttarins sem liggja þeim til grundvallar.

Við mat á því hversu rík rannsóknarskylda hvíli á stjórnvöldum beri að líta til þeirra hagsmuna sem séu í húfi. Sá raforkusali sem sé valinn söluaðili til þrautavara sé raforkusali fyrir alla almenna notendur sem hafi ekki gert raforkusölusamning. Samkvæmt 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019, sé gengið út frá því að leiðbeiningar Orkustofnunar taki m.a. mið af lægsta meðalverði til ákveðins tíma samkvæmt nánari útfærslu Orkustofnunar. Að mati kæranda verði skýrlega ráðið af orðalagi ákvæðisins að um matskennt ákvæði sé að ræða. Með reglugerðarheimildinni sé Orkustofnun án viðhlítandi lagastöðar veitt umtalsvert svigrúm til mats á því hvernig reglur þær sem ákvörðunin byggir á skyldu vera og þar með ákvörðunin sem slík. Kærandi byggir á því að reglugerðarákvæðið, sem kærandi telur jafnframt skorta viðhlítandi lagastöð, sé þess eðlis að það kalli á umtalsverða rannsókn af hálfu stjórnvaldsins (OS) og mats á því hvaða málefnalegu sjónarmið skuli leggja til grundvallar reglunum og ákvörðun tekin á grundvelli þeirra. Að mati kæranda sé ljóst að inngrip Orkustofnunar og reglugerðarheimildina sem slíka skorti viðhlítandi lagastöð.

Sérstaklega ríkar kröfur hefði átt að gera til rannsóknarskyldu Orkustofnunar við setningu reglanna, þar á meðal við mat á málefnalegum sjónarmiðum við val á leið sem farin skyldi vera í þessu sambandi og málsmeðferð hinnar kærðu ákvörðunar í ljósi þeirra hagsmuna sem í húfi eru hverju sinni fyrir þá aðila sem starfa á markaðnum. Um sé að ræða úthlutun opinbers aðila á takmörkuðum gæðum til eins keppinauts umfram aðra á markaði, án útboðs, og sé til þess fallið að raska samkeppni verulega á markaðnum.

Orkustofnun geri hvorki kröfu um að söluaðili til þrautavara selji raforku á tilteknu verði á því tímabili sem hann telst söluaðili til þrautavara né að smásöluverð viðkomandi söluaðila til þrautavara fylgi breytingum á heildsölukjörum hans á tímabilinu. Slíkt fyrirkomulag geri það að verkum að viðkomandi sé frjálst að hækka smásöluverð sitt, óháð heildsöluverð um leið og hann hafi verið valinn og bjóði þar af leiðandi ekki lægsta verðið á markaðnum. Sé því hvorki tryggt að valið byggir á lægstu verðum yfir tiltekin tíma, sbr. 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar, né ýtt undir hvata neytenda til að velja sér söluaðila. Því fáist ekki séð, að mati kæranda, að tilgreindar reglur samrýmist ákvæðum og markmiðum reglugerðarinnar eða ákvæðum raforkulaga um samkeppni á smásölumarkaði.

Þá telur kærandi að brotið hafi verið gegn andmælarétti, sbr. 13. gr. stjórnisýslulaga, við málsmeðferðina. Um sé að ræða frumkvæðismál af hálfu Orkustofnunar. Enda þótt Orkustofnun hafi aflað upplýsinga frá söluaðilum, hafi kærandi ekki, frekar en síðast, fengið tækifæri til að kynna sér gögn máls, tjá sig um framkomnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum áður en Orkustofnun tók hina kærðu ákvörðun.

Að því er efnisannmarka varðar telur kærandi að hin kærða ákvörðun hafi brotið í bága við lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár og lögmætisregluna. Heimild Orkustofnunar til að velja söluaðila til þrautavara byggist á 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019. Ákvæðið veiti Orkustofnun heimild til að ráðstafa viðskiptum á samkeppnismarkaði til tiltekins aðila á grundvelli matskenndra og óljósra forsendna sem Orkustofnun sjálf skuli setja, þó „m.a. með tilliti til lægsta meðalverðs til ákveðins tíma.“ Um matskennt ákvæði sé að ræða, að mati kæranda, og ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara varði atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrár.

Þá byggist heimild Orkustofnunar ekki á skýru lagaákvæði heldur reglugerðarákvæði. Reglugerð nr. 1150/2019 sækir stoð í 3. mgr. 20. gr. raforkulaga. Ákvæðið veiti Orkustofnun, sem hafi það lögbundna hlutverk að hafa eftirlit með raforkulögum, enga heimild til að beina almennum notendum til að eiga viðskipti við tiltekna aðila. Því verði ekki séð að 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, rúmist innan reglugerðarheimildarinnar. Aðgerðir Orkustofnunar og 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar uppfylla því ekki lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrár og skorti viðhlítandi lagastoð.

Orkustofnun hafi enn fremur skort heimild í lögum til töku hinnar kærðu ákvörðunar um val á söluaðila til þrautavara. Í lögmætisreglunni felist m.a. að ákvarðanir stjórnvalda skulu ávallt eiga sér heimild í lögum. Að sama skapi byggir 5. mgr. 7. gr. ekki á viðhlítandi lagaheimild.

Þá bendir kærandi á að ekki verði séð að hin kærða ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara rúmist innan valdheimilda Orkustofnunar. Stofnunin hafi það lögbundna hlutverk að hafa eftirlit með raforkulögum, m.a. með veitingu starfsleyfa. Hún hafi ekki það hlutverk að beina til almennra notenda að stunda viðskipti við tiltekna aðila, jafnvel þótt þeir hafi ekki gert raforkusamning. Reglugerðarheimild 3. mgr. 20. gr. raforkulaga mæli ekki heldur fyrir um rýmra hlutverk Orkustofnunar. Jafnvel þó svo væri skorti reglugerðina viðhlítandi lagastoð. Raunar sé ekki að sjá að þessi heimild sé á höndum ráðuneytisins eða annars stjórnvalds heldur.

Með vísan til alls framangreinds telur kærandi hina kærðu ákvörðun haldna slíkum annmörkum að fella beri hana úr gildi.

IV. Athugasemdir Orkustofnunar

Kæran var send Orkustofnun til athugasemda þann 3. nóvember 2020. Einnig óskaði úrskurðarnefnd eftir öllum gögnum málsins. Athugasemdir bárust frá Orkustofnun 2. desember 2020. Kæran var einnig send Íslenskri orkumiðlun ehf. til andmæla 3. nóvember 2020. Athugasemdir bárust ekki frá Íslenskri orkumiðlun.

Orkustofnun rekur í athugasemdum tilefni þess að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, var sett. Þann 4. júlí 2018 hafi stofnuninni borist kvörtun frá Orku heimilanna hf. um að dreifiveitur brytu lög með því að setja alla nýja notendur rafmagns, án þess að kanna vilja þeirra, í sölu hjá því sölufyrirtæki sem væri í eignartengslum við dreifiveitu. Fram hafi komið að átta sölufyrirtæki stundi smásölu á raforkumarkaði og þar af væru sex þeirra tengd dreifiveitum og tvö þeirra ótengd dreifiveitum. Að mati kvartanda hefðu sölufyrirtæki tengd dreifiveitum samkeppnisforskot á önnur sölufyrirtæki vegna þess að dreifiveitur hefðu frá upphafi hunsað skýr ákvæði raforkulaga um notendaskipti og vörðuðu val neytenda á söluaðila raforku. Hafi dreifiveitur sett bæði alla nýja notendur neysluveitna sjálfgefið í viðskipti við tengt sölufyrirtæki og þótt notendur hefðu valið sér annan söluaðila en hið tengda sölufyrirtæki hafi notendur verið færðir gegn vilja sínum í viðskipti við sölufyrirtæki tengt dreifiveitu.

Þannig hafi dreifiveitur viðhaldið markaðshlutdeild tengds sölufyrirtækis inn á sínu dreifiveitusvæði og komið í veg fyrir samkeppni.

Orkustofnun hafi komist að þeirri niðurstöðu að allar dreifiveitur hefðu gerst brotlegar við ákvæði 1. og 2. mgr. 7. gr. þágildandi reglugerðar nr. 1050/2004, með því að setja notendur í sjálfgefin viðskipti hjá tengdum sölufyrirtækjum ef viðskiptavinir hefðu ekki valið sér sölufyrirtæki, þeir flust innan dreifiveitusvæðis eða inn á svæðið frá annarri dreifiveitu. Þá hafi komið fram sú afstaða dreifiveitna að þágildandi reglugerð hefði skapað mikla óvild hjá viðskiptavinum þar sem dreifiveitum hafi verið gert skylt að leggja álag á viðskiptavini sem ekki hefðu valið sér söluaðila innan tilskilins frests.

Við innleiðingu tilskipunar nr. 2014/94/EB um innviði fyrir óhefðbundið eldsneyti hafi verið gerðar breytingar á reglugerð um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1050/2004. Hafi jafnframt verið ákveðið að endurskoða þágildandi ákvæði reglugerðar um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1050/2004, til að kveða nánar á um rétt neytenda og skyldur sölufyrirtækja og dreifiveitna gagnvart neytendum. Reglugerðin hafi verið unnin í samráði við Orkustofnun og Samorku. Reglugerðardrögin hafi farið í samráðsgátt þar sem athugasemdir hafi borist frá fjölmörgum hagsmunaaðilum á markaði, þar á meðal kæranda. Orkustofnun hafi við vinnslu reglugerðarinnar lagt til að það væri skylda að koma á formlegu samningssambandi með staðfestingu viðskiptavinar í gegnum rafræna gátt. Hún hefði lagt áherslu á mikilvægi þess að samningar milli aðila á raforkumarkaði séu staðfestir með formlegum hætti. Hafi niðurstaða vinnunnar verið að falla frá tillögu Orkustofnunar um nauðsyn þess að staðfesta samningssamband með upplýstum hætti milli notanda og raforkusölufyrirtækis meðal annars vegna andmæla kæranda sem fram hafi komið við áður nefnt samráðsferli. Ákveðið hafi verið að fela Orkustofnun að velja söluaðila til þrautavara samkvæmt fyrirfram skilgreindum viðmiðum sem atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið setti með 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019.

Með reglugerðinni séu lagðar auknar skyldur á sölufyrirtæki og sé það í samræmi við auknar áherslur á neytendavernd sem sé að finna í þriðju raforkutilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2009/72/ESB, svo og að liðka fyrir aðkomu nýrra aðila á smásölumarkað raforku. Orkustofnun bendi á að löggjafinn hafi ekki farið þá leið að þvinga neytendur til að velja sér söluaðila raforku. Þannig hafi aðgengi að raforku verið metið mikilvægar en hvort að neytendur velji sér söluaðila eða ekki. Þetta sé óvenjulegt fyrirkomulag, borið saman við aðra markaði og kalli því á óvenjuleg úrræði til að tryggja aðgengi neytenda að raforku þó að þeir velji sér ekki raforkusala, meðal annars vegna þess að því fylgi mikill kostnaður við að opna og loka fyrir afhendingu raforku á neyslu veitu miðað við núverandi tækni. Orkustofnun geti því ekki annað en fylgt lögbundnu hlutverki sínu og vilja löggjafans.

Segir í umsögn Orkustofnunar að birting hinnar kærðu ákvörðunar hinn 1. október 2020, hafi verið samkvæmt 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, og leiðbeiningum sem stofnunin hafi gefið út 15. maí 2020. Þetta hafi verið í annað sinn sem valið fari fram og hafi það verið Íslensk orkumiðlun ehf. sem sinnti hlutverkinu áfram en fyrirtækið hafi boðið upp á lægstan heildarkostnað við ætlaða raforkunotkun heimila á tímabilinu mars til ágúst 2020. Orkustofnun meti það svo að þetta val uppfylli best skilyrðin sem fram komi í 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 um val á söluaðila til þrautavara en þar segi að taka eigi „mið af lægsta meðalverði til ákveðins tíma.“

Í málsástæðum og lagarökum fjallar Orkustofnun nánar um form- og efnisannmarka. Varðandi formannmarka kemur fram að beiðni kæranda um upplýsingar hafi verið svarað en ládst hafi

að tilkynna kæranda um að vinnsla upplýsinganna stæði yfir af hálfu Netorku. Umræddar upplýsingar hafi verið birtar opinberlega á heimasíðu Netorku þann 21. október 2020, og hafi allar dreifiveitur, sölufyrirtæki og Orkustofnun verið upplýst um það með tölvupósti sama dag. Að mati Orkustofnunar verði ekki séð að aukning eða minnkun hagnaðar kæranda geti skipt máli í þessu samhengi.

Samkvæmt 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 um raforkuviðskipti og mælingar, beri Orkustofnun að setja reglur um val á söluaðila til þrautavara og sé það gert að skilyrði að reglurnar taki „m.a. mið af lægsta meðalverði til ákvedins tíma“. Það að Orkustofnun geri ekki kröfu um að viðkomandi söluaðili raforku til þrautavara selji raforkuna á tilteknu verði það tímabil sem hann telst söluaðili til þrautavara, né að einhvers konar álag sé lagt á þessa samninga í því skyni að hvetja viðkomandi viðskiptavinum til að velja sér sjálfir söluaðila raforku eigi sér eðlilegar og málefnalegar skýringar.

Í fyrsta lagi séu kaup á rafmagni háð framboði og eftirspurn. Samningar um kaup söluaðila raforku á rafmagni séu gerðir til mislangs tíma. Verð á rafmagni sé einnig breytilegt frá einum tíma til annars. Af þeim sökum sé það ekki talið forsvaranlegt að leggja íþyngjandi skilyrði á markaðsaðila af Orkustofnun. Í öðru lagi ættu núverandi reglur að hvetja söluaðila raforku til að lækka verð og bjóða neytendum betri kjör frá einum tíma til annars, bæði til að eiga möguleika á því að verða valdir söluaðili raforku til þrautavara, en ekki síður til að bjóða viðskiptavinum þess fyrirtækis sem valið hefur verið söluaðili til þrautavara betri kjör en bjóðast á þeim tíma sem hann sinni þessu hlutverki. Þá sé það jafnframt mat Orkustofnunar að ef sú leið sem stofnunin lagði til við samningu reglugerðar 1150/2019 um formlega staðfestingu á samningssambandi milli notanda og raforkusölufyrirtækis hefði verið farin, væri sú staða líklega uppi að það þyrfti að setja færri en fleiri notendur í viðskipti við söluaðila til þrautavara.

Hvað varði 10. gr. stjórnssýslulaga, þá bendir Orkustofnun á að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019 feli ekki í sér að stjórnvaldsákvörðunin sé matskennd að nokkru leyti heldur kveði það á um þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo ákvörðun verði tekin, þ.e.a.s. lægsta meðalverði til ákvedins tíma. Við val á söluaðila raforku til þrautavara hafi Orkustofnun stuðst við upplýsingar um raforkuverð sem sölufyrirtækin sendu Orkustofnun í samræmi við 2. tölul. leiðbeininga Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara. Í álitum UA 3137/2000 komi fram að „Liggi hins vegar fullnægjandi upplýsingar fyrir í gögnum málsins til þess að stjórnvaldið geti að lögum staðreynt eða lagt mat á þau atriði sem nauðsynleg eru til að afgreiða umsóknina er stjórnvaldið ekki rétt að áskilja frekari upplýsingagjöf af hálfu umsækjanda.“

Hvað varði 13. gr. stjórnssýslulaga segir í umsögn Orkustofnunar, að þar sé að finna tvær undantekningar frá andmælareglunni. Annars vegar ef afstaða og rök aðila liggi fyrir í gögnum máls og hins vegar ef talið sé augljóslega óþarft að veita aðila máls færi á að tjá sig um mál áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því. Framangreind regla feli í sér að stjórnvaldi beri ekki sjálfstæð skylda til að bíða með að taka ákvörðun og veita aðila sérstakt færi á að tjá sig um lagagrundvöll málsins. Að mati Orkustofnunar eigi andmælareglan ekki við þegar raforkusali sé valinn til þrautavara, enda sé slíkt augljóslega óþarft þegar ákvörðun er algjörlega byggð á hlutlægum upplýsingum, líkt og kærandi geri sjálfur grein fyrir. Þar sem um sé að ræða innsendar upplýsingar frá söluaðilunum sé vandkvæðum bundið að sjá á hvaða grundvelli þyrfti að veita málsaðila frekara færi á að tjá sig um málið áður en úr því yrði leyst, þar sem gögnin séu frá honum sjálfum komin.

Það sé mat sérfræðinga Orkustofnunar að besta leiðin til að ná markmiðum 1. og 3. tl. 1. gr. raforkulaga, sem snúa að stuðningi við samkeppni og verndun hagsmuna neytenda, sé sú aðferð

sem gerð sé grein fyrir í 1. tl. leiðbeininga um val á sölufyrirtæki til þrautavara, sem gefnar voru út 15. maí 2020. Þar séu ítarlegar skýringar á reikningsaðferðinni, sem notuð sé til að komast að niðurstöðu í málinu og þar sjáist jafnframt að horft sé til þess sjónarmiðs að neytendur skuli borga lágsta mögulega verð fyrir raforku frá sölufyrirtæki til þrautavara sem kveðið sé á um í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019. Segir í umsögn Orkustofnunar að kærandi hafi verið upplýstur um alla efnisþætti sem komu til skoðunar þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin.

Hvað varði meinta efnisannmarka þá mótmælir Orkustofnun því harðlega að hún hafi með hinni kærðu ákvörðun misbeitt valdi sínu. Í 3. mgr. 24. gr. raforkulaga komi fram að Orkustofnun sé heimilt að gefa út almennar leiðbeiningar um starfsemi aðila sem heyri undir lögin enda varði málefnið hóp eftirlitsskyldra aðila. Reglugerð nr. 1150/2019, sæki stöð í 3. mgr. 20. gr. raforkulaga og sé í henni kveðið á um með skýrumum þau viðmið sem leggja skuli til grundvallar leiðbeinandi reglum sem stofnunin setji við ákvarðanatökuna. Stjórnvaldsákvörðunin byggist því á fastmótadri lagaheimild og sé því lögbundin að efninu til. Ekkert svigrúm sé til mats um á hvaða lagasjónarmiðum hin kærða ákvörðun skuli byggð á heldur sé hún lögbundin þar sem það sjónarmið sem leggja skuli til grundvallar sé fastmótad, sbr. 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019.

Hafnar Orkustofnun því alfarið að fyrirmæli 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, séu bæði matskennd og óljós eins og fram komi í kæru. Í ákvæðinu komi fram að Orkustofnun, sérfróður eftirlitsaðili á sviðinu, eigi að semja leiðbeinandi reglur við val á söluaðila til þrautavara. Kærandi telji að orðalagið „... taka þær m.a. mið af lágsta meðalverði til ákveðins tíma,“ sé á einhvern hátt matskennt og tortryggilegt.

Í leiðbeiningum Orkustofnunar komi fram að sölufyrirtæki til þrautavara sé valið út frá eftirfarandi viðmiði „... það sölufyrirtæki sem hefur lágstan heildarkostnað við ætlaða raforkunotkun heimila. Heildarkostnaður er reiknaður út frá sex mánaða meðalkostnaði á birtu raforkuverði til heimila, miðað við 4.500 kwh raforkunotkun á ári.“

Í líkani Orkustofnunar sé í fyrsta lagi ætluð raforkunotkun heimilis 4.500 kwh. Þetta sé meðalnotkun íslenskra heimila samkvæmt mælingum þar sem bætt er við forsendu um að rafþrá sé á heimilinu. Magnþáttur líkansins sé því óumdeilanlega málefnalegur sem viðmið um raforkunotkun við útreikninginn. Í öðru lagi taki líkan Orkustofnunar til kostnaðar við að eiga raforkuviðskipti svo sem í formi kort- og /eða færslugjalda. Sölufyrirtækjum sé heimilt að taka fram þá greiðsluleið sem feli í sér lágsta konstadinn við að eiga raforkuviðskipti hjá sér, óháð því hvort og þá hve margir nota greiðsluleiðina. Þessi matsþáttur sé því metinn með meðalhófsreglu í huga. Í þriðja lagi sé tímabilið sem meðalkostnaðurinn er reiknaður út frá sex mánuðir. Þessi tímallengd helgist af málefnalegum sjónarmiðum þar sem meðal annars sé horft til þess að einstaka sölufyrirtæki geti ekki lækkað verð yfir skamman tíma til að „leika á valferlið.“ Aðrar reglur í leiðbeiningunum snúi að formsatriðum. Að mati Orkustofnunar hafi því verið gætt að því eins og hægt sé að reglur um val á söluaðila til þrautavara séu eins málefnalegar og hlutlægar eins og við verði komið miðað við kröfur reglugerðar nr. 1150/2019. Telur Orkustofnun að öllum málsmeðferðarreglum sem beri að fylgja við töku ákvörðunar um val á söluaðila til þrautavara, í samræmi við eðli ákvörðunarinnar og eins og þær eru ákveðnar í 3. mgr. 20. gr. raforkulaga og með 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, hafi verið fylgt.

Orkustofnun hafnar því að hin kærða ákvörðun hafi annars vegar falið í sér brot gegn lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrár þar sem hún hafi skert atvinnufrelsis kæranda skv. 75. gr. stjórnarskrár og hins vegar lögmatísreglu. Með gildistöku raforkulaga nr. 65/2003 hafi verið

gerðar grundvallarbreytingar á umhverfi raforkumála á Íslandi. Tilgangur breytinganna hafi verið að koma á samkeppni um sölu og framleiðslu raforku ásamt því markmiði laganna að skapa forsendur fyrir samkeppni um sölu og framleiðslu raforku með því að skilja slíka starfsemi frá dreifingu og flutningi raforku, sbr. 1. tl. 1. gr. raforkulaga. Sala á rafmagni fari þannig fram á frjálsum markaði. Raforkumarkaðurinn sé samkeppnismarkaður og í því felist frelsi viðskiptavina til að eiga viðskipti við þann raforkusala sem þeir kjósi og raforkusalar hafi fullt frelsi til að selja raforku landið um kring sem áður hafi verið bannað, meira að segja geti þeir beint kröftum sínum að notendum sem velji sér ekki raforkusala vilji þeir svo við hafa. Frá og með 1. janúar 2006 hafi allir notendur getað valið sér raforkusala.

Orkustofnun hafnar því að aðgerðir stofnunarinnar hafi neikvæð samkeppnisáhrif á markaðinn. Þær séu gerðar til að styrkja samkeppni á raforkumarkaði og séu í samræmi við markmið raforkulaga sem megi finna í 1. tl. 1. gr. laganna. Þá hafnar stofnunin því að einhvers konar ósanngjörn og viðvarandi yfirfærsla hagsmuna eigi sér stað vegna hinnar kærðu ákvörðunar sem byggir á 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019. Lagareglur tryggja að allir söluaðilar raforku sitji við sama borð þegar kemur að möguleikum á að vera valinn söluaðili til þrautavara.

Hafnar Orkustofnun því alfarið að 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 uppfylli ekki lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Samkvæmt 3. mgr. 20. gr. raforkulaga skulu nánari reglur um viðskipti með raforku settar í reglugerð. Á grundvelli 20. gr. raforkulaga hafi af hálfu löggjafans verið ákveðið að setja lagaheimild fyrir setningu reglugerðar um raforkuviðskipti til að tryggja rétt neytenda til að velja sér söluaðila, um samband sölufyrirtækis og dreifiveitu og uppgjör þeirra í millum og skyldu til dreifingar og mælinga vegna uppgjors í reikningagerð.

Ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar sækir heimild sína til reglugerðarheimildar 3. mgr. 20. gr. raforkulaga en reglugerðarheimildin sé sett til fyllingar V. kafla raforkulaga sem fjalli um raforkuviðskipti. Í 3. mgr. 20. gr. komi fram að ráðherra geti samkvæmt orðanna hljóðan sett reglur um viðskipti með raforku og vissulega falli sala raforku til þrautavara þar undir. Þá telji Orkustofnun að málefnið falli að auki undir orðalag ákvæðis 3. mgr. 20. gr. „...önnur samskipti dreifiveitna, sölufyrirtækja og notenda,“ enda hafi það verið háttarlag dreifi- og sölufyrirtækja varðandi samskipti sín á milli og einnig við notendur varðandi fyrirkomulag á úthlutun á raforkusala til þrautavara, sem Orkustofnun hafi talið andstæða markmiðum raforkulaga, m.t.t. 1. og 3. tl. 1. gr. laganna.

Um raforkuviðskipti og mælingar gildi nú ákvæði reglugerðar nr. 1150/2019. Eðli máls samkvæmt feli reglugerð um framkvæmd tengdra aðila, sem stundi viðskipti með raforku, í sér boð um nánar tiltekna háttsemi um viðskiptin og bann við annars konar háttsemi. Í 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar sé kveðið á um skyldu dreifiveitna til að setja almennan notanda, sem ekki geri raforkusölusamning við sölufyrirtæki, í viðskipti við það sölufyrirtæki sem Orkustofnun hafi valið til að vera söluaðili til þrautavara. Einnig komi þar fram að Orkustofnun skuli setja leiðbeinandi reglur um val á sölufyrirtæki til þrautavara sem byggist á lágsta meðalverði til ákveðins tíma og skuli ákvörðun stofnunarinnar byggð á þessu vali.

Ekki verði annað ráðið af orðalagi 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, en að hin kærða ákvörðun hafi verið í samræmi við inntak ákvæðisins og að leiðbeinandi reglur Orkustofnunar hafi verið settar í fullu samræmi við 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar. Slíkt fyrirkomulag eigi sér fullnægjandi lagastoð í 3. mgr. 20. gr. raforkulaga.

Þá sé vandséð hvernig Orkustofnun setji skorður við atvinnufrelsi þar sem þessir þættir í rekstri kæranda, þ.e. að setja notendur í sjálfgefín söluaðilaskipti, njóti ekki verndar 75. gr.

stjórnarskrárinnar, enda sé sú athöfn í andstöðu við þau markmið sem kveðið sé á um í 1. tölul. 1. gr. raforkulaga, sbr. IV. bráðabirgðaákvæði raforkulaga, sbr. ákvæði 3. mgr. 20. gr. raforkulaga nr. 65/2003 og ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019.

Að því er varðar fjárhagslega hagsmuni raforkusala bendir Orkustofnun á að notendur sem settir séu í viðskipti við söluaðila til þrautavara nemi aðeins litlu brotabroti af heildarveltu sölu á raforku. Af þeirri ástæðu sé árétting kæranda afar villandi og röng.

Með hinni kærðu ákvörðun hafi Orkustofnun framfylgt lögbundnum skyldum við að búa til leikreglur á markaði þar sem hagsmunir kaupenda raforku séu hafðir í fyrirrúmi. Annars vegar að tryggt sé að virtur sé réttur kaupenda raforku til að halda raforkusölusamningi sínum við flutninga milli stada og að þeir neytendur sem ekki velji sér raforkusölufyrirtæki séu ekki umsvifalaust settir í viðskipti hjá raforkusölufyrirtæki sem hafi eða hafði fyrri tengsl við dreifiveitu með sérleyfi á því svæði sem notandinn býr. Orkustofnun taki ekki undir þau sjónarmið að hin kærða ákvörðun sé íþyngjandi að því er varðar réttindi og skyldur einstaklinga eða lögaðila sem verði að eiga sér stoð í skýrri lagaheimild.

Ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, hafi verið sett til að tryggja réttindi neytenda á markaði. Orkustofnun geri ekki athugasemdir við að kærandi eða annar raforkusali markaðssetji starfsemi sína með svo árangursríkum hætti að ekki þurfi að setja kaupendur raforku í sjálfkrafa viðskipti við söluaðila til þrautavara þegar þeir hefja raforkuviðskipti. Að mati stofnunarinnar sé ekkert í hinni kærðu ákvörðun sem takmarki atvinnufrelsi.

Geti Orkustofnun ekki fallist á að sú athöfn að kippa neytendum úr samningssambandi við sitt sölufyrirtæki og setja umsvifalaust í viðskipti við sölufyrirtæki tengt dreifiveitum sé varin af atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Kærandi bendi ekki í kærðu á annað kerfi sem gæti tekið við af því kerfi sem nú sé rekið til að velja söluaðila til þrautavara en virðist þó ekki gera athugasemd við það kerfi sem hafi verið við lýði áður.

Orkustofnun geti þar af leiðandi ekki fallist á að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1150/2019, uppfylli ekki lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Að virtu orðalagi 3. mgr. 20. gr. raforkulaga nr. 65/2003, samhengi þess við önnur ákvæði laganna og tilgangi þeirra breytinga sem hafi verið gerðar með reglugerð nr. 1150/2109, fullyrði Orkustofnun að 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 sé í samræmi við lög.

Loks er ítrekað í umsögn Orkustofnunar að því er varðar valdbærni hennar að ákvörðun um val á söluaðila raforku til þrautavara rúmist innan valdheimilda Orkustofnunar. Samkvæmt 1. mgr. 24. gr. raforkulaga skuli Orkustofnun hafa eftirlit með því að fyrirtæki, sem starfa samkvæmt lögnum, fullnægi þeim skilyrðum sem um starfsemina gilda samkvæmt lögum og reglugerðum settum samkvæmt þeim, samningi skv. 8. gr. og öðrum heimildum. Lögbundið hlutverk Orkustofnunar sé að hafa eftirlit með raforkulögum, m.a. með veitingu starfsleyfa og enn fremur að leiðbeina og setja viðmið fyrir markaðinn til að tryggja meðal annars hagkvæmni og skilvirkni hans, vernda neytendur og rétt þeirra til að velja sér söluaðila og viðhalda þeim rétti sínum en á sama tíma tryggja að dreifiveitur, sem hafa þá skyldu að tryggja að fólk sem tengst hafi veitu fái afhent rafmagn, sinni þeirri skyldu sinni. Orkustofnun hafi ríkar skyldur til þess að hafa eftirlit með neytendavernd, eftirlit með smásölu og heildsölumarkaði raforku, framkvæma athuganir á starfsemi raforkumarkaðar og að taka ákvarðanir um að grípa til nauðsynlegra og hóflegra aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni og tryggja að markaðurinn starfi eðlilega.

Með vísan til alls framangreinds beri því að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

V. Sjónarmið kæranda vegna athugasemda Orkustofnunar

Umsögn Orkustofnunar var send kæranda til athugasemda með bréfi dags. 3. desember 2020. Athugasemdir bárust frá kæranda þann 23. desember 2020. Þá var Íslenskri orkumiðlun ehf. send umsögn Orkustofnunar, dags. 2. desember 2020. Athugasemdir bárust ekki frá Íslenskri orkumiðlun.

Í athugasemdum kæranda er vísað til kæru vegna fyrstu ákvörðunar Orkustofnunar á söluaðila til þrautavara. Kærandi telur alla sömu grundvallar annmarka vera á hinni kærðu ákvörðun og voru á fyrri ákvörðun Orkustofnunar um sama efni. Kærandi telur að af efni umsagnar Orkustofnunar verði ekki annað ráðið en að hún sé í meginatriðum sambærileg þeim sjónarmiðum sem stofnunin hafi fært fram í fyrra kærúmalinu og þegar hefur verið svarað af kæranda bæði í kæru þessa máls og viðbótarathugasemdum vegna fyrra kærú máls. Kærandi gerir þó sérstakar athugasemdir við einstaka atriði í umsögn Orkustofnunar.

Hvað varði íþyngjandi inngríp Orkustofnunar og neikvæðar afleiðingar á markaðinn, þá mótmælir kærandi rökstuðningi Orkustofnunar um að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar og leiðbeininga settra á grundvelli ákvæðisins, séu ekki íþyngjandi inngríp á samkeppnismarkað. Kærandi mótmælir einnig fullyrðingu Orkustofnunar um að með vali á söluaðila til þrautavara sé stofnunin að vinna að lögmætu markmiði raforkulaga og leggja grundvöll að jafnri samkeppnisstöðu raforkusala. Á sex mánaða fresti færi Orkustofnun söluaðila til þrautavara umtalsverðan fjölda notenda í viðskipti við einn söluaðila, með neikvæðum samkeppnisáhrifum fyrir alla aðra á markaðnum. Kærandi fái ekki séð að slíkt inngríp, m.a. inn í gildandi viðskiptasambönd milli notanda og söluaðila, geti verið til þess fallið að stuðla að jafnri samkeppnisstöðu. Kærandi áréttar að ekki hafi verið haft sérstakt samráð við söluaðila á raforkumarkaði við samningu reglugerðarákvæðis 5. mgr. 7. gr., þótt ákvæðið hafi kveðið á um alvarlega íhlotun hins opinbera í starfsemi þeirra. Hafi það heldur ekki verið gert við setningu leiðbeininga Orkustofnunar.

Í kæru hafi kærandi ítarlega sýnt fram á þau neikvæðu áhrif sem reglur um val á söluaðila til þrautavara hafi haft á kæranda og aðra keppinauta, þar sem heildarfjöldi veitna sem skráð hafi verið á söluaðila til þrautavara á tímabilinu 1. júní til 1. desember séu 5913 á einstaklingsmarkaði og 2555 á fyrirtækjasviði. Með því að svo stórum hluta viðskipta sé sjálfkrafa deilt til eins aðila á sex mánaða fresti, án þess að neytendur fái neitt um að segja, og að virtri neytendahegðun á markaði almennt, séu möguleikar kæranda og annarra söluaðila til að ganga til viðskipta við þá skertir á tímabilinu.

Kærandi fjallar nánar um lagaáskilnaðarreglur og valdbærni Orkustofnunar. Hafnar kærandi fullyrðingum Orkustofnunar um að val á söluaðila til þrautavara varði ekki atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrár. Samkvæmt 75. gr. stjórnarskrár sé heimilt að setja atvinnufrelsi skorður með lögum. Heimild Orkustofnunar til að velja söluaðila til þrautavara sé í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, sem sækir stöð í 3. mgr. 20. gr. raforkulaga. Ákvæði 3. mgr. 20. gr. raforkulaga veiti engar vísbendingar um að Orkustofnun skuli öðlast heimild til að útteila viðskiptum á raforkumarkaði með 6 mánaða millibili, eða á hvaða grundvelli slík útteiling viðskiptahagsmuna skuli eiga sér stað. Slíkt samrýmist að mati kæranda, ekki heldur hlutverki stofnunarinnar eins og því sé lýst í raforkulögum. Ekki verði fallist á með Orkustofnun að reglugerðarheimildin sé fullnægjandi þar sem henni sé ætlað að veita ráðherra víðtæka heimild til reglusetningar. Leiði það raunar til hins gagnstæða enda felist það m.a. í hinni stjórnskipulegu lögmætisreglu að stjórnarskrárvarin réttindi verði ekki takmörkuð nema

með skýru lagaákvæði. Reglur um val á söluaðila til þrautavara skerði atvinnufrelsi raforkusala og þurfi því skýra lagaheimild fyrir þeim. Það standist hvorki lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrár né lögmætisreglu stjórnsýsluréttar að veita ráðherra svo víðtæka heimild til reglusetningar að hann geti gefið stofnun nýtt hlutverk, sem verði ekki fundin stöð í lögum og feli í sér útteilingu á takmörkuðum gæðum á samkeppnismarkaði og búa til leikreglur á markaði, eins og Orkustofnun haldi fram. Kærandi vísar í þessu sambandi til þeirrar meginreglu sem móttast hafi í dómaframskýringu, að til þess að lagaákvæði sem framselji til framkvæmdavaldsins heimild til að skerða atvinnufrelsi standist lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár verði löggjöfin að mæla fyrir um meginreglur þar sem fram komi takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar, sem talin sé nauðsynleg. Það að 3. mgr. 20. gr. raforkulaga, sé ekki tæmandi ákvæði, að mati Orkustofnunar, fullnægi ekki framangreindum kröfum. Orkustofnun hafi ekki það hlutverk að lögum að búa til leikreglur á samkeppnismarkaði. Af markmiðsákvæðum raforkulaga verði í reynd ekki annað ráðið en að þeim sé ætlað að stuðla að samkeppni á raforkumarkaði. Um leikreglur á samkeppnismörkuðum fari eftir ákvæðum samkeppnislaga.

Að því er varðar ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar þá mótmælir kærandi fullyrðingu Orkustofnunar um að ákvæðið sé ekki matskennt. Kærandi bendir á að af málsástæðum Orkustofnunar verði ekki annað ráðið en að stofnunin telji sig í reynd hafa talsvert svigrúm til mats við setningu reglnanna og virðist hafa nýtt það við ákvarðanatöku. Orkustofnun hafi t.a.m. við afmörkum á „lægsta meðalverði“ gefið sér þá forsendu að rafbíll sé á hverju heimili, sem verði ekki skýrlega ráðið af ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar, né heldur sæki það nokkra stöð í raunveruleikann á flestum íslenskum heimilum. Auk þess varpi Orkustofnun ljósi á hvernig meðalhöfsreglan hafi verið höfð í huga við mat stofnunarinnar, sem kæmi edli máls samkvæmt, tæplega til álita nema við beitingu matskenndrar heimildar. Enn fremur sé rökstutt hvers vegna stofnunin hafi talið rétt að miða meðalkostnað við sex mánaða tímabil frekar en annan tímaramma. Með vísan til orðalags ákvæðisins og beitingar þess af hálfu Orkustofnunar verði þannig ekki annað ráðið en að 5. mgr. 7. gr. sé í reynd matskennd reglugerðarheimild. Í ljósi þýngjandi áhrifa hinnar kærðu ákvörðunar á starfsemi söluaðila á markaðnum, verði að líta svo á að sérstaklega rík rannsóknarskylda hafi hvílt á Orkustofnun við setningu leiðbeininganna á grundvelli ákvæðisins. Hafi Orkustofnun enn fremur verið óheimilt að setja tæmandi leiðbeiningar á grundvelli þess, sem ryddu form- og efnisreglum stjórnsýsluréttar úr vegi. Auk þess hafi Orkustofnun borið að gæta að reglur og ákvarðanir á grundvelli hins matskennda ákvæðis byggðust á málefnalegum sjónarmiðum og gætt yrði meðalhöfs við val á leiðum í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttar. Kærandi telur slíka annmarka hafa verið á allri málsmeðferð og ákvarðanatöku Orkustofnunar að ógilda beri hina kærðu ákvörðun.

Kærandi fjallar einnig um brot á ákvæðum stjórnsýslulaga og vísar þar bæði til kærðu og andsvara í fyrra kærðumáli. Kærandi ítrekar að rík rannsóknarskylda hafi hvílt á Orkustofnun við setningu leiðbeiningareglna sem hafi verið grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar um val á söluaðila til þrautavara. Í þeirri rannsóknarskyldu hafi falist m.a. að veita öllum hlutadeigandi færi á að kynna sér gögn málsins og koma sínum sjónarmiðum á framfæri, bæði til þess að tryggja að málið væri upplýst með fullnægjandi hætti samkvæmt 10 gr. stjórnsýslulaga og á grundvelli andmælaréttar 13. gr. stjórnsýslulaga. Orkustofnun haldi því fram að leiðbeiningarnar hafi að mati sérfræðinga, verið besta leiðin til að ná fram markmiðum raforkulaga, m.a. um stuðning við samkeppni. Kærandi fái hins vegar ekki séð að neitt slíkt mat hafi farið fram af hálfu stofnunarinnar, s.s. hvort önnur og vægari úrræði hefðu verið fær til að ná fram sama markmiði í samræmi við meðalhöfsreglur stjórnsýsluréttar. Auk brota Orkustofnunar gegn rannsóknarskyldu og andmæla-reglu stjórnsýslulaga við setningu leiðbeininga, ítrekar kærandi framkomin sjónarmið í kærðu um brot stofnunarinnar gegn sömu reglum þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin á grundvelli 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar

og leiðbeininga Orkustofnunar. Að mati kæranda geti sú málsmeðferð sem Orkustofnun hafi viðhaft í heild sinni á engan hátt staðist í ljósi íþyngjandi áhrif aðgerðanna á starfsemi söluaðila. Með vísan til framangreinds verði ekki annað séð, að mati kæranda, en að eðli reglugerðarheimildarinnar sé með þeim hætti að hún kalli á umtalsverða rannsókn af hálfu stjórnvaldsins, m.a. andmælarétt. Að sama skapi sé ljóst að Orkustofnun hafi ekki haft heimild, hvorki í lögum né reglugerð, til að setja hlutlægar og tæmandi reglur um val á söluaðila til þrautavara, sem ryddu form- og efnisreglum stjórnsýsluréttar úr vegi.

Loks kveður kærandi ljóst að aðgerðir Orkustofnunar hafi hvorki fullnægt lagaáskilnaðarreglum stjórnarskrár, né form- og efnisreglum stjórnsýslulaga og þeim meginreglum sem þær byggja á. Því sé um að ræða verulega annmarka á hinni kærðu ákvörðun sem leiða eigi til ógildingar hennar.

VI. Upplýsingar frá Orkustofnun

Athugasemdir kæranda voru sendar Orkustofnun til upplýsinga þann 25. apríl 2021. Einnig óskaði úrskurðarnefnd eftir upplýsingum frá Orkustofnun um viðbrögð stofnunarinnar við úrskurði nefndarinnar nr. 1/2020, um val á söluaðila til þrautavara. Í svörum Orkustofnunar, dags. 26. apríl 2021, kemur m.a. fram að eftir að stofnunin tók bráðabirgðaákvörðun um val á söluaðila til þrautavara hinn 25. maí 2020, hafi ákvarðanir um val á söluaðila til þrautavara verið byggðar á gögnum sem sölufyrirtækin hafi sjálf sent Orkustofnun. Í ljósi úrskurðar úrskurðarnefndar nr. 1/2020, dags. 9. mars 2021, hafi Orkustofnun ákveðið að bera reglur um notendaskipti og val á söluaðila til þrautavara bæði undir dreifiveitur og söluaðila raforku, þrátt fyrir að reglurnar fjalli fyrst og fremst um starfsemi dreifiveitna og hvernig þær eigi að tryggja jafnræði söluaðila en jafnframt að notendur neysluveitna fái raforku, þrátt fyrir að hafa ekki valið sér raforkusala eins og þeim sé skylt að gera samkvæmt 7. gr. reglugerðar nr. 1050/2019. Niðurstæða úrskurðarnefndar í úrskurði nr. 1/2020, hafi þó tekið af allan vafa um að mikilvægt væri að gefa sölufyrirtækjum einnig færi á að koma að athugasemdum um leiðbeiningar um val á söluaðila til þrautavara sem og leiðbeiningum um notendaskipti almennra notenda á neysluveitum hjá dreifiveitum en val á söluaðila til þrautavara sé hluti af þessu ferli. Þann 19. apríl 2021 hafi Orkustofnun sent erindi til allra dreifiveitna og sölufyrirtækja þar sem leiðbeiningar um notendaskipti almennra notenda á neysluveitum hjá dreifiveitum og leiðbeiningar um val á söluaðila til þrautavara voru kynntar og fyrirtækjunum boðið að koma á framsæri athugasemdum. Raforkuefirlit Orkustofnunar hafi unnið að leiðbeiningum um notendaskipti almennra notenda á neysluveitum fyrir dreifiveitur sl. mánuði til þess að skerpa á skyldum dreifiveitna um að upplýsa notendur um rétt þeirra til að velja sér sölufyrirtæki raforku og að forsenda raforkuviðskipta sé að raforkusölusamningur hafi verið gerður við sölufyrirtæki raforku. Jafnframt hafi raforkuefirlit gert breytingar á áður útgefnum leiðbeiningum stofnunarinnar um val á söluaðila til þrautavara þar sem áréttað er að forsenda raforkuviðskipta sé að gerður sé raforkusölusamningur.

VII. Niðurstæða

1.

Í máli þessu er deilt um ákvörðun Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara. Hin kærða ákvörðun, sem er frá 1. október 2020, er önnur ákvörðun stofnunarinnar um val á söluaðila til þrautavara. Orkustofnun velur söluaðila til þrautavara á sex mánaða fresti og er það gert á grundvelli 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 og leiðbeininga stofnunarinnar um val á

söluaðila til þrautavara. Tekur hin kærða ákvörðun til tímabilsins frá október 2020 til mars 2021. Fyrsta ákvörðun Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara var kærð til úrskurðarnefndar og lauk með úrskurði nr. 1/2020, dags. 9. mars 2021, þar sem úrskurðarnefnd felldi hina kærðu ákvörðun úr gildi.

Kærandi telur svo verulega form- og efnisannmarka vera á hinni kærðu ákvörðun að ógilda beri hana. Málsmeðferðarreglna stjórnarsýslulaga hafi ekki verið gætt er Orkustofnun tók hina kærðu ákvörðun, og brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu 10. gr., andmæla-reglu 13. gr. laganna og meginreglum stjórnarsýsluréttarins sem liggja þeim til grundvallar. Orkustofnun telur að gætt hafi verið að málsmeðferðarreglum stjórnarsýslulaga. Ákvarðanir um val á söluaðila til þrautavara hafi byggst á gögnum frá söluaðilum sjálfum og þann 19. apríl 2021, hafi dreifiveitum og söluaðilum verið gefið færi á að koma að athugasemdum við leiðbeiningar um val á söluaðilum til þrautavara sem og leiðbeiningum um notendaskipti almennra notenda á neysluveitum hjá dreifiveitum.

2.

Í úrskurði nefndarinnar nr. 1/2020, dags. 9. mars 2021, komst úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að Orkustofnun hefði brotið gegn andmælarétti kæranda við val á söluaðila raforku til þrautavara. Leiðbeiningar Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara frá 15. maí 2020, sem settar voru með heimild í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, hefðu ekki verið kynntar sérstaklega fyrir sölufyrirtækjum raforku. Kærandi hefði fyrst fengið vitneskju um efni leiðbeininga Orkustofnunar með dreifibréfi dagsettu 25. maí 2020, en þar var tilkynnt um raforkusala til þrautavara á tímabilinu 1. júní 2020 til 31. október 2020. Var niðurstáða úrskurðarnefndar í úrskurði nr. 1/2020, að hin kærða ákvörðun skyldi felld úr gildi m.a. þar sem Orkustofnun hefði borið að kynna leiðbeiningar um val á söluaðila til þrautavara, fyrir kæranda og öðrum söluaðilum raforku áður en hin kærða ákvörðun var tekin, en það hafði Orkustofnun ekki gert.


Hin kærða ákvörðun, frá 1. október 2020, um val á söluaðila til þrautavara var tekin á grundvelli leiðbeininga Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara frá 15. maí 2020. Leiðbeiningar þær sem Orkustofnun gaf út hinn 15. maí 2020 og lágu til grundvallar hinni kærðu ákvörðun voru ekki kynntar kæranda og öðrum söluaðilum fyrr en með dreifibréfi Orkustofnunar, dags. 19. apríl 2021. Kæranda var þar gefin kostur á að koma að athugasemdum og andmælum fyrir 30. apríl 2021. Fram er komið í málinu að við töku hinnar kærðu ákvörðunar hafði kæranda hins vegar ekki verið gefinn kostur á að koma að andmælum við leiðbeiningar Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara.

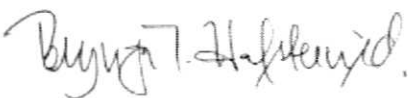
Af þeim sökum telur nefndin hina kærðu ákvörðun frá 1. október 2020 vera haldna sömu formannmörkum og ákvörðun Orkustofnunar, dags. 25. maí 2020, og felld var úr gildi með úrskurði nefndarinnar nr. 1/2020. Nefndin telur kæranda og hafa fært rök fyrir því að ákvörðunin kunni að varða fjárhagslega hagsmuni söluaðila raforku en í þeim tilfellum er enn brýnna að gæta að andmælarétti þeirra sem málið varðar.

Með vísan til framangreinds og í samræmi við 13. gr. stjórnarsýslulaga er það mat nefndarinnar að þeir annmarkar hafi verið á málsmeðferð Orkustofnunar að ógilda beri hina kærðu ákvörðun.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi.


Ragnheiður Elfa Þorsteinsdóttir
formaður


Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir


Ragnar Jóhann Jónsson