

Úrskurður
úrskurðarnefndar raforkumála
í máli nr. 7/2012
HS Orka hf.
gegn
Orkustofnun

Þriðjudaginn, 11. febrúar 2014, kvað úrskurðarnefnd raforkumála upp eftirfarandi úrskurð í kærumáli HS Orku hf., Brekkustíg 36, Reykjanesbæ (kærandi), á hendur Orkustofnun, Grensásvegi 8, Reykjavík. Málið hefur fengið númerið 7/2012.

I. Kæruefni og kröfur kæranda

Með bréfi, dags. 3. desember 2012, kærir HS Orka hf., ákvörðun Orkustofnunar um leyfða arðsemi flutningsfyrirtækis og dreifiveitna raforku fyrir tekjumarkatímabilið 2011-2015, dags. 1. október 2012. HS Orka hf. krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að lagt verði fyrir Orkustofnun að taka nýja ákvörðun í samræmi við 12. og 17. gr. raforkulaga nr. 65/2003, með síðari breytingum.

II. Málsatvik

Samkvæmt 2. mgr. 12. gr. raforkulaga setur Orkustofnun flutningsfyrirtækinu tekjumörk vegna kostnaðar við flutning raforku. Í 3. mgr. sömu greinar kemur fram að þau skulu ákveðin út frá rekstrarkostnaði, arðsemi flutningsfyrirtækisins, afskriftum af fastafjármunum og sköttum. Í 2. tölul. 3. mgr. segir að arðsemi flutningsfyrirtækisins af flutningsstarfsemi skuli vera sem næst vegnum fjármagnskostnaði (WACC), að teknu tillit til skatta og að frátöldum verðlagsbreytingum. Vinna að mati á arðsemi flutningsfyrirtækisins hófst í lok júní 2011 en þá skipaði Orkustofnun nefnd sérfróðra aðila, í samræmi við 2. tölul. 3. mgr. 12. gr. raforkulaga, til að meta arðsemina (hér eftir WACC nefnd).

Í byrjun desember 2011 hélt WACC nefndin fund með helstu hagsmunaaðilum til að kynna hugmyndir um arðsemi. Í febrúar 2012 kynnti nefndin drög að niðurstöðum sínum.

Reglugerð nr. 550/2012, um mat á vegnum fjármagnskostnaði sem viðmið um leyfða arðsemi við ákvörðun tekjumarka sérleyfisfyrirtækja í flutningi og dreifingu á raforku, tók gildi 27. júní 2012. Reglugerðin var sett á grundvelli heimildar í 12. og 17. gr. raforkulaga. Með henni voru sett ítarleg fyrirmæli um hvernig reikna skyldi veginn fjármagnskostnað, hlutverk WACC nefndar og málsmeðferð.

Þann 5. júlí 2012 skilaði WACC nefndin skýrslu með niðurstöðum sínum um mat á vegnum fjármagnskostnaði. Í inngangi skýrslunnar kemur fram að tekið hafi verið tillit til sjónarmiða hagsmunaaðila sem nefndin hafði samráð við. Þá segir að útreikningar nefndarinnar séu byggðir á fyrirmælum raforkulaga og nánari útfærslu þeirra í reglugerð nr. 550/2012. Að mati nefndarinnar skyldi veginn fjármagnskostnaður flutningsfyrirtækisins vera 6,69% vegna flutnings til stórnotenda og 5,93% vegna flutnings til dreifiveitna.

Í II. kafla skýrslunnar þar sem fjallað er um fjármagnsskipan og láns hæfiseinkunn er gerð grein fyrir niðurstöðu nefndarinnar. Þar segir m.a.:

...að teknu tilliti til núverandi fjármagnsskipunar félaganna, að hæfilegt viðmið um eiginfjárlutfall ($E/(E+D)$) fyrir dreifiveiturnar og þann hluta starfsemi flutningsfyrirtækisins sem snýr að flutningi til dreifiveitna sé **30%** en hæfilegt viðmið eiginfjárlutfall flutningsfyrirtækisins vegna flutnings til stórnotenda sé **45%**.

Í III. kafla skýrslunnar þar sem fjallað er um lánsfjáarkostnað segir enn fremur:

...er það niðurstaða nefndarinnar að við ákvörðun vaxtaálags skuli miða við **175bps** fyrir flutningsfyrirtækið og **150bps** fyrir dreifiveiturnar, sem endurspeglar meðaltalskjör samanburðarfélaganna.

Í IV. kafla skýrslunnar þar sem fjallað er um ávöxtunarkröfu eiginfjár (r_E) segir einnig:

Að teknu tilliti til séríslenskra aðstæðna (s.s. smæðar markaðarins og samþjöppunar) og með hliðsjón af því að um er að ræða óskráð félög, er það niðurstaða nefndarinnar að miða skuli óvogaða beta gildið (β_{ul}) **0,55** fyrir flutning til almennra notenda og dreifiveitna. Vegna einsleitni og takmarkaðs fjölda viðskiptavina flutningsfyrirtækisins er það niðurstaða nefndarinnar að miða skuli við óvogaða beta gildið (β_{ul}) **0,70** fyrir flutning til stórnotenda.

Þann 13. júlí 2012 sendi Orkustofnun út drög að ákvörðun um leyfða arðsemi sem byggðu á niðurstöðum WACC nefndarinnar. Hagsmunaaðilum var gefinn frestur til að skila inn athugasemdum til 27. júlí 2012 sem var síðar framlengdur til 15. ágúst 2012. Þann 14. júlí 2012 efndi Orkustofnun til fundar með WACC nefndinni til að fara yfir aðsendar athugasemdir hagsmunaaðila og niðurstöður WACC nefndar frá 5. júlí 2012. Á fundinum var sérstaklega farið yfir ákvörðun beta gildis, sbr. 10. og 11. gr. reglugerðar nr. 550/2012.

Í kjölfar fundar með Orkustofnun þann 22. ágúst 2012 gaf WACC nefndin þann 24. ágúst 2012 út viðauka II við niðurstöður sínar frá 5. júlí 2012. Í viðaukanum kemur fram að þar séu að ósk Orkustofnunar settar fram niðurstöður frekari greiningar á sögulegum beta gildum samanburðarfélaganna, þróun þeirra yfir lengri tíma og hvort Blume leiðrétting, sem stuðst var við í niðurstöðum nefndarinnar frá 5. júlí 2012, ætti rétt á sér. Í viðaukanum koma fram skýringar á því hvers vegna nefndin studdist við Blume leiðréttingu. Síðan er gerð grein fyrir mati á beta gildi. Þar kemur fram að í stað Blume leiðréttingar sé stuðst við meðaltalsbeta gildi markaðsaðila sem leiðrétt er fyrir leitni að langtímameðaltali. Í viðaukanum segir m.a.:

Ef gert er ráð fyrir að íslensk félög séu að fullu samanburðarhæf við samanburðarfélögin, þ.e. ekki er litið til séríslenskra aðstæðna né þess að íslenskar flutnings- og dreifiveitir

eru óskráð, gæti niðurstaðan verið að miða skuli við óvogaða beta gildið (β_{ul}) 0,46 fyrir flutning til almennra notenda og dreifiveitna. Vegna einsleitni og takmarkaðs fjölda viðskiptavina flutningsfyrirtækisins gæti sambærileg niðurstaða verið að miða skuli við óvogaða beta gildið (β_{ul}) 0,51 fyrir flutning til stórnotenda ...

Uppfærðir útreikningar á arðsemiskröfunni eftir þessari aðferð gáfu þá niðurstöðu að veginn fjármagnskostnaður flutningsfyrirtækisins vegna stórnotenda ætti að vera 5,84% en 5,54% vegna dreifiveitna.

Þann 31. ágúst 2012 sendi Orkustofnun drög að breyttri ákvörðun, dags. 30. ágúst 2012 ásamt rökstuðningi í fylgiskjali merktu nr. 3. Í meginmáli draganna segir m.a:

Niðurstaða samkvæmt álitni hinna óháðu sérfræðinga er því nú ... að veginn fjármagnskostnaður flutningsfyrirtækis vegna flutnings sé 5,84% til stórnotenda og 5,54% til dreifiveitna. ... Í þessari niðurstöðu er ekki fjallað um sérstakt álag vegna sérstöðu íslensks rekstrarumhverfis og sérstöðu flutnings til stórnotenda líkt og gert var í fyrri ákvörðun.

Orkumálastjóri hefur ákveðið að beita slíku álagi, en þó með varúð, þannig að veginn fjármagnskostnaður vegna flutnings ákvarðast 6.11% til stórnotenda og 5,67% til dreifiveitna. ...

Fram kemur í drögunum að stjórnvaldsákvörðanir sem teknar eru af Orkustofnun á grundvelli raforkulaga, nr. 65/2003, og varða gjaldskrármál eða starfsemi flutningsfyrirtækis sæta kæru til úrskurðarnefndar raforkumála, sbr. 30. gr. laganna.

Í rökstuðningi Orkustofnunar kemur fram sú skoðun stofnunarinnar að álit WACC nefndarinnar sé ráðgefandi og endanleg ákvörðun um leyfða arðsemi sé á hendi stofnunarinnar. Í rökstuðningnum rekur Orkustofnun þá gagnrýni sem fram kom á aðferðafræðina sem mælt er fyrir um í raforkulögum og reglugerð nr. 550/2012 um útreikning á vegnum fjármagnskostnaði og forsendur útreikninga WACC nefndarinnar. Stofnunin hafnar henni að undanskildum athugasemdum sem lúta að sérstöku álagi á betu sem WACC nefndin hafði gert ráð fyrir í niðurstöðum sínum 5. júlí 2012. Í rökstuðningi Orkustofnunar segir m.a:

Í fyrri niðurstöðum nefndarinnar var gert ráð fyrir sérstöku álagi vegna séríslenskra aðstæðna, samþjöppunar og smæðar markaðarins, með hliðsjón af því að fyrirtækin eru óskráð. Þetta álag á betu var u.þ.b. 0,05 fyrir flutning til almennra notenda og dreifiveitna og u.þ.b. 0,10 fyrir flutning til stórnotenda. Í greiningu nefndarinnar í viðauka er ekki fjallað sérstaklega um þetta álag. Í athugasemdum frá fulltrúum iðnaðarins hafa komið fram ábendingar um að álagið sé of hátt. Einnig ber að líta til þess að greining á betu er tölfærðileg og hefur þess vegna ákveðin óvissumörk. Orkumálastjóri hefur ákveðið að beita slíku álagi á óvogaða betu, en þó með varúð þannig að óvoguð beta flutningsfyrirtækisins vegna flutnings hækkar um 0,06 til stórnotenda og 0,03 til dreifiveitna.

Þar sem ákvörðun Orkustofnunar hafði breyst var hagsmunaaðilum gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum til 7. september 2012. Fresturinn var síðar framlengdur til 11. september 2012.

Orkustofnun fól WACC nefndinni að rýna í framkomnar athugasemdir og fara í frekari greiningu á fjármagnskostnaði. Að þeirri vinnu lokinni gaf WACC nefndin þann 26. september 2012 út III. viðauka við mat sitt frá 5. júlí 2012 þar sem nefndinni þótti ástæða, í ljósi fram kominna athugasemda, til að áretta ákveðin atriði í rökstuðningi við niðurstöður nefndarinnar frá 5. júlí 2012 og viðauka II frá 24. ágúst 2012. Í viðaukanum koma fram svör við athugasemdum um ákvarðað vaxtaálag og útreikninga nefndarinnar á beta gildi.

Þann 1. október 2012 tók Orkustofnun ákvörðun um leyfða arðsemi flutningsfyrirtækis og dreifiveitna raforku fyrir tekjumarkatímabilið 2011-2015. Ákvörðunin var að efni til hin sama og kynnt var með drögum að ákvörðun frá 30. ágúst 2012. Í ákvörðuninni segir m.a.:

Orkumálastjóri hefur með hliðsjón af niðurstöðu og aðferðafræði nefndarinnar ákveðið að veginn fjármagnskostnaður flutningsfyrirtækisins vegna flutnings raforku ákvarðast 6,11% til stórnótenda og 5,67% til dreifiveitna. Veginn fjármagnskostnaður dreifiveitna vegna dreifingar til almennra notenda er ákvarðaður 5,53%. Orkumálastjóri hefur ákveðið, m.a. í ljósi þess að ákvörðunin skal liggja fyrir 1. maí fyrir upphaf næsta almanaksárs sbr. 13. gr. reglugerðar nr. 550/2012, að þessi niðurstaða fyrir árin 2011 til og með 2013.

Í bréfinu kemur einnig fram að stjórnvaldsákvarðanir sem teknar eru af Orkustofnun á grundvelli raforkulaga, og varða gjaldskrármál eða starfsemi flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna, sæti kæru til úrskurðarnefndar raforkumála, sbr. 30. gr. laganna.

III. Málsmeðferð

Með bréfi, dags. 3. desember 2012, barst kæra HS Orku hf. til úrskurðarnefndar raforkumála.

Orkustofnun var með bréfi, dags. 2. janúar 2013, gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum við kærana fyrir 21. janúar 2013. Athugasemdir Orkustofnunar við kærana bárust með bréfi, dags. 9. janúar 2013.

Þann 20. febrúar 2013 var ákveðið, í samræmi við 5. mgr. 30. gr. raforkulaga, að kveðja nefndinni til ráðgjafar og aðstoðar tvo sérfræðinga. Hagfræðingarnir, Dr. Ragnar Árnason og Jónas Hlynur Hallgrímsson MSc, aðstoðuðu nefndina eftir það.

Um miðjan mars 2013 var nýr formaður úrskurðarnefndarinnar skipaður og tók þá við málinu af varaformanni nefndarinnar, en fyrri formaður vék sæti í upphafi málsmeðferðarinnar.

Með bréfi, dags. 12. júní 2013, var Landsneti hf. gefinn kostur á að koma að sjónarmiðum fyrirtækisins við öll framkomin erindi vegna málsins. Athugasemdir Landsnets hf. bárust með bréfi, dags. 8. júlí 2013.

Með bréfi, dags. 18. júlí 2013, var kæranda gefinn kostur á að koma á framfæri andmælum vegna athugasemda Landsnets hf. Frestur til að skila andmælum var gefinn til 8. ágúst 2013. Andmæli HS Orku bárust þann 23. júlí 2013.

Við vinnslu málsins kom í ljós að á fyrstu stigum þess hafði láðst að senda kæranda athugasemdir Orkustofnunar vegna kæru og viðbótargagna. Með bréfi, dags. 31. október 2013, var kæranda gefinn kostur á að koma á framfæri sjónarmiðum vegna athugasemda Orkustofnunar frá 9. janúar 2013. Kærandi hafði samband við formann nefndarinnar með tölvupósti þann 6. nóvember og tjáði honum að kærandi hefði ekki frekari athugasemdir.

IV. Krafa um frávísun

Kæra sú sem hér er til umfjöllunar er sett fram á grundvelli kæruheimildar í 1. mgr. 30. gr. raforkulaga. Kæran barst úrskurðarnefnd raforkumála að liðnum 30 daga kærufresti sem tilgreindur er í 3. mgr. greinarinnar. Við meðferð málsins komu fram rök af hálfu Landsnets hf. um að vísa bæri málinu frá sökum þessa.

Kærandi telur að þar sem áhrif hinnar kærðu ákvörðunar hafi ekki komið í ljós fyrr en 19. nóvember 2012 sé rétt að miða við þá dagsetningu þegar metið er hvort kæran sé of seint fram komin. Kærandi telur að ómögulegt hafi verið að meta áhrif hinnar kærðu ákvörðunar fyrr en eftir að upplýsingar um nýja gjaldskrá komu fram. Kærandi krefst þess því að frávísunarkröfu Landsnets hf. verði hafnað.

Samkvæmt 28. gr. stjórnarsýslulaga skal vísa kæru sem berst að liðnum kærufresti frá, nema ef talið verður afsakanlegt að kæra hafi ekki borist fyrr, eða veigamiklar ástæður mæla með því að kæran verði tekin til meðferðar.

Úrskurðarnefndin telur rétt að líta til þess að sú ákvörðun sem kæran beinist að er í raun hluti af umfangsmeiri stjórnvaldsákvörðun, setningu tekjumarka, sem einnig getur sætt kæru til nefndarinnar. Í tengslum við kæru vegna setningar tekjumarka gæti ákvörðun um arðsemi sætt endurskoðun. Fyrir liggur að setning tekjumarka fyrir árin 2011-2015 hafði ekki verið til lykta leidd þegar kæran barst. Þá telur úrskurðarnefndin einnig rétt að líta til þess að þegar kæran barst nefndinni hafði sama stjórnvaldsákvörðun þegar verið kærð til nefndarinnar af öðrum aðila og var efnismeðferð í því máli hafin. Eins og hér stendur sérstaklega á telur úrskurðarnefnd raforkumála því uppfyllt skilyrði til að taka kærana til efnismeðferðar þrátt fyrir að kærufrestur hafi verið liðinn. Kröfu um frávísun er því hafnað.

V. Efnisþættir málsins

i. Rök kæranda

Kærandi tekur í öllum meginatriðum undir kröfugerð og rökstuðning Samáls, í máli nr. 3/2012.

Kærandi telur að rök WACC nefndar og Orkustofnunar fyrir því að Landsnet hf. þurfi 50% hærra eiginfjárlutfall vegna flutnings á raforku til stórnotenda en til dreifiveitna standist ekki skoðun. Að mati kæranda er það gagnrýnivert að miðað sé við hærra beta gildi vegna flutnings á raforku til stórnotenda en til dreifiveitna. Röksemdum WACC nefndar og

Orkustofnunar um að meiri áhætta sé vegna flutnings til stórnotenda en til dreifiveitna vísar kærandi á bug sem órökstuddum og tilhæfulausum.

Kærandi rekur þróun kostnaðar vegna flutnings raforku til stórnotenda frá því að forveri félagsins hóf orkusölu til Norðuráls vorið 2006 og ber verðþróunina saman við verðþróun tiltekinna gjaldmiðla og hækkun framfærsluvísitölu. Kærandi bendir einnig á að mikil aukning á flutningi raforku til stórnotenda hafi orðið á þessu tímabili, með hóflegum fjárfestingum, sem hefði átt að bæta stöðu Landsnets hf. og gera stökkbreytingar á gjaldskrá óþarfa.

Kærandi telur að þrátt fyrir að hann hafi ónákvæmar upplýsingar um hverjir greiði flutningsgjöld stórnotenda geti hann fullrytt með nokkurri vissu að 90–95% tekna Landsnets hf. af stórnotendum séu greiddar af orkufyrirtækjunum Landsvirkjun, Orkuveitu Reykjavíkur og kæranda. Orkufyrirtækin hafi ekki möguleika á að koma kostnaði vegna flutnings inn í verðið til stórnotenda fyrr en að löngum tíma liðnum.

Kærandi minnir á að markmið raforkulaga sé m.a. að „[s]tuðla að skilvirkni og hagkvæmni í flutningi og dreifingu raforku“ og að „[t]ryggja öryggi raforkukerfisins og hagsmuni neytenda“. Hin kærða ákvörðun og afleiðingar hennar vinni því gegn þessum markmiðum. Kærandi telur að stökkbreyting á gjaldskrá sem boðuð var valdi því að rekstrarumhverfi orkufyrirtækja og stórnotenda, núverandi sem nýrra, verði mun áhættusamara. Þannig muni það torvela eða útiloka nauðsynlega uppbyggingu. Kærandi mótmælir því að Landsnet hf. geti hækkað gjaldskrá sína til stórnotenda á sama tíma og félagið liggja í mörg ár með umframtekjur á kostnað orkufyrirtækjanna og bendir á svofelldan rökstuðning Orkustofnunar vegna ákvörðunar um viðmið um leyfða arðsemi frá 30. ágúst 2012:

Ljóst er einnig að gjaldskrá Landsnets fyrir stórnotendur var ekki í samræmi við tekjumörk í kjölfar hrunsins, en þær umframtekjur sem mynduðust á þeim tíma verða greiddar til baka fyrir 2020 í samræmi við bráðabirgðaákvæði II í lögum 19/2011 um breytingu á raforkulögum 65/2003.

Þá gagnrýnir kærandi skort á samráði við málsmeðferð hinnar kærðu ákvörðunar. Hann telur hana ekki í samræmi við góða stjórnsýsluhætti auk þess sem Orkustofnun hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni.

ii. Athugasemdir Orkustofnunar

Orkustofnun tekur fram að stofnunin hafi áður sett fram sín sjónarmið varðandi efnisatriði í kæru HS Orku hf. og vísar til athugasemda í málum nr. 3/2012, 4/2012, 5/2012 og 6/2012 vegna sömu ákvörðunar. Orkustofnun ítrekar jafnframt framkominn rökstuðning með hinni kærðu ákvörðun og bendir á að stofnunin hafi skipað sérfræðinefnd óháðra aðila í samræmi við raforkulög og reglugerð nr. 550/2012 sem hafi fengið það hlutverk að leggja mat á hvað sé eðlileg arðsemi fyrir sérleyfisfyrirtækin. Þá vísar stofnunin til athugasemda um 6. gr. í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 19/2011 og kveður ljóst að ákvörðun um leyfða arðsemi eigi ekki að byggja á raunstærðum innan fyrirtækjanna. Stofnunin bendir á að

leyfð arðsemi sérleyfisfyrirtækja sé ákvörðuð með því að finna samanburðarhæf félög og ákvarða einstaka liði matsins út frá viðmiðum sem nánar séu útfærð í reglugerð nr. 550/2012. Hins vegar virðist sem nokkur hluti af gagnrýni og rökum kæranda varði raunaðstæður á markaði og önnur atriði sem ekki séu hluti þeirrar aðferðafræði sem sé ákvörðuð að lögum.

iii. Athugasemdir Landsnets hf.

Vegna staðhæfinga kæranda um verulegar hækkunar á gjaldskrá Landsnets hf. bendir fyrirtækið meðal annars í athugasemdum sínum á að flutningsgjaldskrá þess í USD hafi hækkað um 8,7% frá 1. október 2007, eða sem nemi um 1,6% að meðaltali á ári. Neysluvísitala í USA hafi hækkað á sama tíma um 10,8%, eða um 2% að meðaltali á ári, þannig að gjaldskráin hafi ekki haldið í við raunþróun verðlags í Bandaríkjunum. Landsnet hf. minnir á að ákvörðun leyfðrar arðsemi snýr annars vegar að hagsmunum eigenda og hins vegar möguleikum félagsins til að fjármagna með lántökum framkvæmdir sem því er lögum samkvæmt skylt að annast.

Landsnet hf. bendir á að ásakanir kæranda byggji ekki á rökum varðandi áhrif fjármögnunar á notendur kerfisins. Mikilvægt sé að árétta að ákvörðun um breytingar á gjaldskrá byggjast ekki með nokkrum hætti á raunfjármögnun heldur eingöngu ákvörðun Orkustofnunar á tekjumörkum fyrirtækisins, þar sem arðsemiþætti þeirra sé ætlað að standa undir fjármagnskostnaði. Hvernig Landsneti hf. takist hins vegar að láta hina reiknuðu arðsemi mæta raunverulegum fjármagnskostnaði sé viðfangsefni stjórnenda Landsnets hf. og á ábyrgð stjórnar félagsins fyrir hönd eigenda þess.

Landsnet hf. bendir á að ástæður þeirra „stökkbreytinga“ sem kærandi gerir að umtalsefni séu kæranda vel kunnar. Við efnahagshrunið og gengisfall krónunnar hafi tekjur Landsnets hf. í ISK hækkað umfram leyfð tekjumörk. Til að mæta þessu hafi Landsneti hf. verið gert að lækka gjaldskrá sína í tvígang, fyrst þann 1. janúar 2010 um 7% og síðan þann 1. júní 2011 um 5%. Í lok árs 2012 hafi Landsnet hf. skilað þessum tímabundu umframtekjum til baka til stórnotenda og hafi því verið komið rekstrarlega aftur í fyrri stöðu. Á þessu tímabili hafi grunnur tekjumark, sem Landsnet hf. byggji gjaldskrárákvörðun sína á, hækkað nokkuð. Nauðsynlegt hafi verið að grípa til gjaldskrárhækkunar sem myndi endurheimta þær lækkunar sem knúnar voru fram auk þess að koma fyrirtækinu aftur á feril réttra tekjumark.

Landsnet hf. telur að á það megi fallast með kæranda að breytingarnar á gjaldskránni hafi verið óheppilegar. Skynsamlegra hefði verið að gefa tímabundinn afslátt frá gjaldskránni á meðan að á endurgreiðslunni stóð. En þessi útfærsla hafi verið ákvörðun Orkustofnunar á þeim tíma, sem byggji á raforkulögum og sé vandséð hvernig hægt hefði verið að bregðast öðruvísi við.

iv. Sjónarmið kæranda vegna framkominna athugasemda

Kærandi ítrekaði fyrri rök er fram komu í kæru dags. 3. desember 2012. Einnig fjallar kærandi í svari sínu um ýmis almenn atriði sem snúa að starfsrækslu Landsnets hf. og fyrirkomulagi flutnings raforku til stórnotenda og ekki er ástæða til að rekja.

VI. Niðurstaða úrskurðarnefndar raforkumála

Úrskurðarnefnd raforkumála hefur fjallað um þau ágreiningsatriði sem uppi eru í máli þessu í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 3/2012 og eiga sömu sjónarmið við um úrlausn þeirra. Úrskurðarnefndin felldi ákvörðunina úr gildi og lagði fyrir Orkustofnun að taka nýja ákvörðun sem byggðist á nýju mati WACC nefndar. Kærandi í máli þessu vísar til sjónarmiða kæranda í máli nr. 3/2012. Þá vísar Orkustofnun sömuleiðis til þeirra athugasemda sem stofnunin setti fram í máli nr. 3/2012.

Líkt og í máli nr. 3/2012 er í upphafi rétt líta til þess fyrirkomulags sem raforkulög kveða á um varðandi arð af starfsemi flutningsfyrirtækisins og hvert markmið löggjafans var með lagasetningunni. Í frumvarpi að lögum er lagt var fram á Alþingi á 128. löggjafarþingi 2002–2003 og varð síðar að raforkulögum nr. 65/2003 er í athugasemdum með 9. gr. fjallað um flutningsfyrirtækið og segir þar m.a.:

Frumvarpið byggist á því að það fyrirtæki sem annast mun flutning raforku og kerfisstjórnun sé rekið á einkaréttarlegum grundvelli. Í ljósi meginmarkmiðs frumvarpsins, svo sem það er skilgreint í 1. gr., munu eigi að síður gilda ítarlegar reglur um starfsemi þess til þess að tryggja hagsmuni neytenda svo og jafnrétti þeirra fyrirtækja sem starfa að framleiðslu og sölu. Þótt starfsemi flutningsfyrirtækisins teljist ekki til opinberrar stjórnýslu er engu að síður mælt svo fyrir í 1. tölul. 3. mgr. að ákvörðun þess um að synja nýjum aðilum um aðgang að flutningskerfinu skuli vera skrifleg og rökstudd. Hver sá sem telur flutningsfyrirtækið brjóta á rétti sínum með ákvörðunum, framkvæmdum eða athafnaleysi getur borið málið undir Orkustofnun.

Í umfjöllun í athugasemdum um 12. gr. frumvarpsins er vikið að því hvernig tekjumörk flutningsfyrirtækisins skuli ákvörðuð. Segir þar m.a. um ákvörðun tekjumarka flutningsfyrirtækisins:

Í 2. mgr. er kveðið á um hvernig tekjumörk flutningsfyrirtækisins skuli ákvörðuð. Í 1. tölul. 2. mgr. er talinn upp kostnaður sem heimilt er að byggja á. Um er að ræða allan kostnað sem tengist flutningstarfsemi og kerfisstjórnun. Í 2. tölul. 2. mgr. er fjallað um arðsemiskröfur. Ákveðin er hámarks- og lágmarksarðsemi auk þess sem tilgreint er hvaða arðsemiskröfu ber að miða við í upphafi.

Af þessu má ráða að við setningu raforkulaga hafi það frá öndverðu verið ætlan löggjafans að sú starfsemi sem flutningsfyrirtækinu er að lögum ætlað að sjá um bæri arð sem væri umfram raunkostnað við reksturinn.

Í frumvarpi að breytingu á raforkulögum er lagt var fram á Alþingi á 139. löggjafarþingi 2010–2011 og varð síðar að lögum nr. 19/2011 er áfram fjallað um réttmæti þess að arður sé af starfsemi flutningsfyrirtækisins. Þar segir m.a. í athugasemdum við 6. gr. frumvarpsins:

Lagt er til að settur verði skýrari rammi um það hvernig tekjumörk skulu ákvörðuð. Mikilvægt er að tekjumörk séu sett þannig að í þeim felist réttir hvatar fyrir flutningsfyrirtækið til þess að hagræða í hvívetna og þannig stuðlað að þjóðhagslega hagkvæmum raforkuflutningi. Um leið þarf að tryggja fyrirtækinu rekstrargrundvöll til lengri tíma og hvetja til hagkvæmra fjárfestinga.

Í 1. mgr. kemur fram að markmiðið með setningu tekjumarka er í senn að tryggja hagræðingu í rekstri og að tekjur séu í samræmi við tilkostnað að teknu tilliti til arðsemi.

Með lögum nr. 19/2011 var lögfest núgildandi fyrirkomulag varðandi ákvörðun tekjumarka fyrir flutningsfyrirtækið. Af tilvitnuðum athugasemdum má ráða að við ákvörðun tekjumarka er Orkustofnun ætlað ná jafnvægi milli sjónarmiða um þjóðhagslega hagkvæman rekstur flutningsfyrirtækisins og nauðsynlegrar arðsemi af rekstrinum sem ætlað er að tryggja fyrirtækinu rekstrargrundvöll til lengri tíma og hvetja til hagkvæmra fjárfestinga. Ljóst er að einn þeirra þátta sem myndar ákvörðun tekjumarka fyrir flutningsfyrirtækið er arðsemiskrafa sem miða skal við. Aðferðafræði við ákvörðun hennar er lýst í 12. gr. raforkulaga og í reglugerð nr. 550/2012.

Eins og lýst er í almennum athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 19/2011 er flutningur raforku dæmi um náttúrulega einokunarstarfsemi. Í athugasemdum með frumvarpinu segir enn fremur:

Þar sem slíkir einokunarfyrirtæki skortir það aðhald sem samkeppni veitir verður kostnaður gjarnan meiri en það sem hagkvæmast getur orðið. Starfsemin er því ekki einungis undir eftirliti hvað verðlagningu snertir heldur einnig hvað varðar rekstrarkostnað. Stýring verðs felur þannig í sér að fylgst er með þeim kostnaði sem heimilt er að nota sem grundvöll verðlagningar. Í þessum kostnaði þarf að taka tillit til arðsemi af þeim fjármunum sem liggja í rekstrinum. Slíkir útreikningar búa hins vegar til hvata til fjárfestinga, þ.e. fyrirtæki hefur hag af því að hámarka fjármuni sína sem kallar á sérstakt eftirliti með fjárfestingum þeirra fyrirtækja sem sæta reglun. Hið endanlega markmið slíks eftirlits er að raforkuflutningur sé rekinn með þjóðhagslega arðsemi í huga.

Þá segir í athugasemdunum:

Með því að setja flutningsfyrirtækinu sérstök tekjumörk, sem aftur hefur áhrif á gjaldskrá, er verði stýrt. Tekjumörkin eru samtala rekstrarkostnaðar, afskrifta og útreiknaðrar framlegðar fyrir fjármagnsliði og skatta (EBIT). Gjaldskrá flutningsfyrirtækisins stendur þannig almennt undir meðalkostnaði við rekstur fyrirtækisins að teknu tilliti til sjónarmiða um arðsemi.

Aðferðin ein og sér tryggir ekki hvata til hagræðingar og lækkunar á rekstrarkostnaði flutningsfyrirtækisins. Til að ýta undir hagræðingu og skilvirkni eru hámarkstekjur flutningsfyrirtækisins, hin svokölluðu tekjumörk, festar til ákveðins tíma (með verðleiðréttinum), eða fimm ára samkvæmt frumvarpinu. Nái flutningsfyrirtækið kostnaði niður fyrir það sem reiknað var með á tekjumarkatímabilinu fær fyrirtækið að halda viðbótarhagnaðinum þar til tekjumörk eru sett næst. Þá er hagræðingu skilað til neytenda með ákveðnum tölum í formi lækkunar á leyfilegum tekjum

flutningsfyrirtækisins og þar með gjaldskrá. Þessi aðferð felur í sér að útreiknaða framlegðin fyrir fjármagnsliði og skatta (EBIT) er margfeldi af fastafjármunum að viðbættum veltufjármunum og arðsemiskröfu hins vegar. Fastafjármunir birtast enn fremur í útreikningi afskrifta. Með þeirri tengingu sem myndast í tekjumörkum við magn fjármuna og leyfilegar tekjur myndast hvati til offjárfestingar. Því þarf enn fremur að hafa eftirlit með að hagkvæmni sé gætt í fjárfestingu flutningsfyrirtækisins.

Tekjumörkin og þær reglur sem gilda um ákvörðun þeirra og eftirlit Orkustofnunar eiga samkvæmt framansögðu að tryggja að flutningsfyrirtækið sem hefur einokunarstöðu hafi nauðsynlega hvata til hagræðingar í rekstri sem skili sér til notenda kerfisins.

Við ákvörðun arðsemi er Orkustofnun bundin af þeim lagaákvæðum sem um ákvörðunina gilda. Verður að hafa þetta í huga þegar metið er hvort Orkustofnun hafi brotið gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga. Starfsemi flutningsfyrirtækisins er eins og rakið er í tilvitnuðum athugasemdum á einkaréttarlegum grunni en er ekki opinber stjórnarsýsla. Ekki verður á það fallist með kæranda að Orkustofnun beri við ákvörðun arðsemi vegna flutnings raforku ávallt að velja þann kost sem hagstæðastur er fyrir raforkukaupendur og að frávik frá því feli í sér brot á meðalhófsreglu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að margháttaðir hagsmunir af efnahagslegum og öryggislegum toga tengjast flutningi raforku. Þannig ber flutningsfyrirtækinu að byggja flutningskerfið upp á hagkvæman hátt en þó að teknu tilliti til öryggis, skilvirkni, áreiðanleika afhendingar og gæða raforku, sbr. 1. mgr. 9. gr. raforkulaga. Úrskurðarnefnd raforkumála leggur hins vegar áherslu á að Orkustofnun beri við ákvörðun tekjumarka, þ.m.t. við ákvörðun arðsemi, að tryggja að ákvörðunin byggi á heildstæðu mati í samræmi við tilgang þess fyrirkomulags sem löggjafinn hefur ákveðið að skuli vera á endurgjaldi fyrir flutning raforku og rúmist innan þeirra efnisreglna sem um ákvörðunina gilda. Um það vísast til umfjöllunar hér að neðan um forsendur ákvörðunarinnar.

Í kærinni eru forsendur hinnar kærðu ákvörðunar gagnrýndar. Gagnrýnin lítur meðal annars að beitingu WACC nefndarinnar á sérstöku álagi á beta gildi fyrir WACC vegna stórnotenda. Í því sambandi ber að líta til setningar laga nr. 19/2011 um breytingu á raforkulögum nr. 65/2003 með síðari breytingum og breytinga sem urðu á frumvarpinu í meðförum Alþingis. Í álitni meirihluta iðnaðarnefndar (þskj. 540 — 60. mál. 139. löggjafarþing 2010–2011.) frá 15. desember 2010 þar sem lagðar voru til nokkrar breytingar á texta 6. gr. frumvarpsins segir:

Nefndin leggur jafnframt til þær breytingar á 6. gr. frumvarpsins að við mat á vegnum fjármagnskostnaði (WACC) skuli taka tillit til áhættuálags í tilfalli stórnotenda, þ.e. við setningu tekjumarka vegna flutnings til stórnotenda. Nefndinni voru kynnt sjónarmið þess efnis að þar sem stórnotendur eru tiltölulega fáir er meiri áhætta fólgin í viðskiptum við þá fyrir flutningsfyrirtækið en af öðrum viðskiptavinum flutningsfyrirtækisins, að því leyti hvaða áhrif það hefur fyrir tekjustreymi flutningsfyrirtækisins ef einn þeirra hættir rekstri eða dregur verulega úr raforkunotkun. Með því að taka sérstakt áhættuálag inn í veginn fjármagnskostnað, sem er grundvöllur fyrir mati á arðsemi flutningsfyrirtækisins, er flutningsfyrirtækinu gert kleift að vera fyrir fram undirbúið ef til þess kemur að einn eða fleiri stórnotendur hætta rekstri. Nefndin vill í þessu sambandi leggja ríka áherslu á að við mat á áhættuálagi verði gætt meðalhófs og hagfræðileg viðmið höfð að leiðarljósi svo að fjármagnskostnaður verði ekki óraunhæfur. Nefndin bendir á að mikilvægt er að sett verði sem fyrst reglugerð sem kveður nánar á um hvernig taka beri tillit til áhættuálags

við mat á vegnum fjármagnskostnaði stórnotenda. Sú vinna er þegar hafin á vegum iðnaðarráðuneytisins.

Þingmálið komst hins vegar ekki á dagskrá fyrir þinghlé vegna jólaleyfa og hinn 21. febrúar 2011 veitti meirihluti iðnaðarnefndar framhaldsálit (139. löggjafarþing 2010–2011. Þskj. 887 — 60. mál.) þar sem fallið er frá fyrra fyrirkomulagi varðandi sérstakt álag vegna raforkuflutnings til stórnotenda raforku. Þar kemur m.a. eftirfarandi fram:

Nefndin leggur til tvenns konar viðbótarbreytingar á 6. gr. frumvarpsins sem lúta að tekjumörkum flutningsfyrirtækisins. Annars vegar er lagt til að í stað þess að kveða á um að við mat á vegnum fjármagnskostnaði skuli taka tillit til „áhættuálags fyrir stórnotendur“, eins og lagt var til í fyrri breytingartillögu, skuli setningin orðuð á þann hátt að við mat á vegnum fjármagnskostnaði skuli „m.a. taka tillit til rekstraráhættu flutningsfyrirtækisins“. Í öllum útreikningum á vegnum fjármagnskostnaði (WACC) er reiknuð ávöxtunarkrafa fjármagns sem endurspeglar eðli og áhættu þess rekstrar sem um ræðir. Á það jafnt við um útreikninga á fjármagnskostnaði fyrir stórnotendur sem dreifiveitur. Er því lögð til þessi breyting á orðalagi til að undirstrika að slíkt áhættumat er einn af mörgum þáttum sem koma til skoðunar við útreikninga á vegnum fjármagnskostnaði og að ekki er um það að ræða að með frumvarpinu sé lagt sérstakt áhættuálag á stórnotendur.

Sú breyting sem Alþingi gerði á frumvarpinu samkvæmt tillögu iðnaðarnefndar verður að mati úrskurðarnefndar raforkumála ekki skilin á annan veg en að þau almennu sjónarmið sem nefndinni voru kynnt og talin eiga að leiða til þess að lögfesta ætti sérstakt áhættuálag vegna flutnings raforku til stórnotenda, voru við nánari skoðun löggjafans ekki talin þess eðlis að þau réttlættu lögbindingu sérstaks áhættuálags við ákvörðun arðsemiskröfu við flutnings raforku til stórnotenda. Af lögskýringargögnum má ráða að áhætta vegna flutnings raforku til stórnotenda er einn þeirra þátta sem horfa þarf til við ákvörðun arðsemiskröfu fyrir flutningsstarfsemi. Úrskurðarnefndin telur því að löggjafinn hafi ekki útilokað álag vegna stórnotenda en að álagið kæmi aðeins til ef sýnt væri að aukin áhætta væri fyrir hendi. Með hliðsjón af framangreindum sjónarmiðum sem lágu til grundvallar við þinglega meðferð frumvarpsins sem varð að lögun nr. 19/2011, er ljóst að við stjórnvaldsákvörðun af þeim toga sem hér er til endurskoðunar ber að beita álagi vegna aukinnar áhættu af varúð og aðeins að því tilskyldu að sýnt hafi verið fram á fullnægjandi rök og ástæður fyrir beitingu þess. Jafnræðisrök hníga að sömu niðurstöðu. Af framansögðu má vera ljóst að ætlan löggjafans var ekki sú að endurgjald fyrir flutning raforku grundvallaðist á reglum er gilda um þjónustugjöld og hafnar úrskurðarnefndin því rökum þar að lútandi.

Kærandi tekur undir röksemdir kæranda í máli nr. 3/2012 um að hin kærða ákvörðun feli í sér óheimila skattlagningu. Úrskurðarnefnd raforkumála starfar á grundvelli 30. gr. raforkulaga og er falið það hlutverk að endurskoða stjórnvaldsáskvarðanir Orkustofnunar er lúta að starfsemi og gjaldskrá flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna. Felur það í sér að nefndinni ber að aðgæta hvort Orkustofnun hafi farið að raforkulögum, reglugerðum settum samkvæmt þeim og öðrum heimildum sem um starfsemi Orkustofnunar gilda, svo sem leyfum og samningum. Úrskurðarnefnd raforkumála er hins vegar ekki falið að endurskoða stjórnskipulegan grundvöll lagareglna. Niðurstaða nefndarinnar byggir þar af leiðandi á

athugun á því hvort hin kærða ákvörðun Orkustofnunar rúmast innan þeirra lagareglna er um starfsemi stofnunarinnar gilda. Kemur þá eins og áður segir til skoðunar hvort ákvörðunin sé heildstætt metið í samræmi við tilgang reglnanna. Mat á því hvort lagareglur fara í bága við einstök ákvæði stjórnarskrárinnar er úrlausnarefni sem fellur undir valdsvið dómstóla.

Kærandi hefur jafnframt tekið undir röksemdir kæranda í máli nr. 3/2012 um að ógilda beri hina kærðu ákvörðun á þeim grunni að reglugerð nr. 550/2012 hafi ekki fullnægjandi lagastoð og feli í sér óheimilt framsal á löggjafarvaldi. Að ofan er rakið hvert valdsvið úrskurðarnefndar raforkumála er. Ljóst er að úrskurðarnefndinni er ætlað að endurskoða tilteknar ákvarðanir Orkustofnunar en nefndin er ekki til þess bær að endurskoða ákvarðanir þess ráðherra sem Orkustofnun heyrir undir. Til þess að taka framangreind rök kæranda til efnislegrar úrlausnar þarf að meta lögmæti ákvörðunar ráðherra sem fólst í setningu reglugerðar nr. 550/2012. Slíkt endurmat fellur utan valdsviðs úrskurðarnefndar raforkumála og heyrir undir dómstóla. Verður því ekki fjallað um þetta úrlausnarefni hér.

Þá tekur kærandi undir athugasemdir kæranda í máli nr. 3/2012 er varða ákvörðun áhættuálags. Þær eru í aðalatriðum af tvennum toga. Annars vegar er því haldið fram að ákvörðun sérstaks álags á flutning til stórnotenda hafi falið í sér mismunun. Hins vegar er því haldið fram að ákvörðun álagsins byggji á faglega veikum grunni.

Hin kærða ákvörðun byggir á mati sérfróðra aðila, svonefndrar WACC nefndar, sem skipuð var samkvæmt 2. tölul. 3. mgr. 12. gr. og 17. gr. raforkulaga. Niðurstöður WACC nefndar á hæfilegri arðsemi samkvæmt 2. tölul. 3. mgr. 12. gr. raforkulaga birtist í þremur skjölum, niðurstöðum dags. 5. júlí 2012, viðauka II dags. 24. ágúst 2012 og viðauka III dags. 26. september 2012.

Í niðurstöðum WACC nefndar frá 5. júlí 2012 er á blaðsíðu 5 að finna almennar hugleiðingar og það mat nefndarinnar að flutningur raforku til stórnotenda feli í sér meiri rekstraráhættu en flutningur raforku til almennings, stofnana og fyrirtækja. WACC nefndin telur að þessi aukna áhætta leiði af sér að eðlilegt sé að reikna með hærra eiginfjárhlutfalli fyrir þann hluta raforkuflutnings sem snýr að stórnotendum. Niðurstaðan byggir einnig á því að við útreikning arðsemiskröfu fyrir flutning raforku til stórnotenda skuli miða við hærra gildi betu en þegar reiknuð er arðsemiskrafa vegna flutnings til annarra notenda. Ekki verður séð í niðurstöðum WACC nefndar að hin aukna áhætta sem álitin er vera til staðar við flutning raforku til stórnotenda hafi verið metin sérstaklega eða að faglegt mat hafi verið lagt á líkur þess að til rekstrarstöðvunar stórnotenda kæmi við verulega greiðsluörðugleika eða greiðslufall. Rökstuðningur WACC nefndarinnar fyrir sérstöku álagi á flutning raforku til stórnotenda ber því ekki með sér að nefndin hafi rannsakað nægjanlega hvort meiri áhætta felist í raforkuflutningi til stórnotenda en annarra notenda þannig að ástæða væri til að leggja slíkt álag á við ákvörðun fjármagnskostnaðar. Með hliðsjón af því sem áður segir um þann vilja löggjafans að beita skuli sérstöku áhættuálagi vegna stórnotenda af varúð er það mat úrskurðarnefndar raforkumála að ákvörðun Orkustofnunar hafi af þessum sökum ekki fullnægt skilyrðum rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Með vísan til kæru Samáls tekur kærandi undir gagnrýni um að Orkustofnun hafi, án nokkurs rökstuðnings, aukið álag á beta gildi til stórnotenda vegna áhættu sem þegar virðist hafa verið gert ráð fyrir í niðurstöðu WACC nefndar. Við úrlausn þessa álitaefnis þarf að huga að því hvort Orkustofnun hafi verið heimilt að víkja frá niðurstöðum WACC nefndar eða hvort stofnunin var bundin af þeim. Af orðalagi 2. tölul. 3. mgr. 12. gr. verður ekki skýrlega ráðið hvort mat WACC nefndar sé bindandi fyrir Orkustofnun. Sé hins vegar litið til skýringa við 6. gr. í frumvarpi til laga nr. 19/2011 virðist mat nefndarinnar hafa átt að vera bindandi, sbr. svofellda skýringu við greinina:

...er lagt til að á grundvelli þeirra efnisreglna og viðmiða sem fram koma í 2. tölul. skuli arðsemi ákvörðuð að fengnu mati sérfróðra aðila. Mikilvægt er að óháður aðili, með sérfræðipækkingu á þessu sviði, leggi mat á hver eðlileg arðsemi flutningsfyrirtækisins skuli vera þrátt fyrir að það sé síðan Orkustofnun sem setji flutningsfyrirtækinu tekjumörk, sbr. 2. mgr. 6. gr. Samkvæmt lokamálsgrein 6. gr. skal ráðherra setja reglugerð þar sem m.a. er nánar fjallað um mat sérfróðra aðila.

Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. reglugerðar nr. 550/2012 skal WACC nefndin skila Orkustofnun tillögum að leyfðri arðsemi. Orðið „tillögur“ ber ekki með sér að um bindandi mat sé að ræða. Í 2. mgr. 3. gr., 9. gr., 10. gr. og 11. gr. reglugerðarinnar er hins vegar skýrlega tekið fram að einstakir þættir í mati WACC nefndar skuli lagðir til grundvallar við ákvörðun Orkustofnunar. Úrskurðarnefndin telur því ákveðna óvissu vera um hvort Orkustofnun sé að öllu leyti bundin af mati nefndarinnar. Það er hins vegar vafalaust að Orkustofnun er bundin af ákveðnum þáttum matsins og þar á meðal á mati WACC nefndarinnar á vöguðu og óvöguðu beta gildi sbr. 10. og 11. gr. reglugerðarinnar.

Orkustofnun hefur í athugasemdum sínum útskýrt að skoða beri viðauka II frá 24. ágúst 2012 sem frekari greiningu WACC nefndar með hugleiðingum og reiknidæmum sem sett hafi verið fram að beiðni stofnunarinnar. Orkustofnun telur því ekki rökrétt að fara nákvæmlega eftir því sem þar kemur fram. Úrskurðarnefndin hafnar þeim skilningi Orkustofnunar að viðauki II frá 24. ágúst feli ekki í sér niðurstöður. Heildarmat á framsetningu nefndarinnar í viðauka II og III þykir að mati úrskurðarnefndar sýna að um niðurstöður er að ræða. Þá er rétt að benda á að viðauki II er settur fram eftir að fram hafði komið gagnrýni á niðurstöðu WACC nefndar frá 5. júlí 2012 og því rétt að líta á viðaukann sem endurskoðun á fyrri niðurstöðum í ljósi fram kominnar gagnrýni.

Ákvörðun Orkustofnunar um viðbótarálag vegna séríslenskra aðstæðna, samþjöppunar og smæðar markaðarins og með hliðsjón af því að fyrirtækin eru óskráð, laut að þáttum sem var skýrt kveðið á um að ákveðnir skyldu af WACC nefnd, sbr. umfjöllun hér að ofan. Að mati úrskurðarnefndar raforkumála var Orkustofnun því bundin af niðurstöðu WACC nefndar um óvogað beta gildi vegna flutnings raforku sem fram kom í II. viðauka nefndarinnar frá 24. ágúst 2012 og því var stofnuninni óheimilt að leggja á það viðbótarálag sem gert var með hinni kærðu ákvörðun. Óháð framansögðu er það mat nefndarinnar að verulega skorti á rökstuðning Orkustofnunar fyrir því hvernig viðbótarálagið er fundið út eða á hvaða forsendum það er byggt.

Við þetta er því að bæta að úrskurðarnefndin hefur rýnt í aðferðafræði WACC nefndarinnar sem lýtur m.a. að tölfræðilegri leiðréttingu á beta gildi og telur vissa ágalla á henni. Aðfallsgreiningin sem WACC nefndin styðst við, virðist að mati úrskurðarnefndar, ósamkvæm (e. inconsistent) og því óvarlegt að byggja á henni við leiðréttingu á beta gildum.

Með vísan til framangreinds er það niðurstaða úrskurðarnefndar raforkumála að ákvörðun á beta gildum hvíli ekki á nægilega rökstuddum grunni og að vissir ágallar séu á þeirri aðferðafræði sem beitt var. Þá var Orkustofnun óheimilt að leggja viðbótarálag á óvogað betagildi. Þessir ágallar á hinn kærðu ákvörðun nægja til þess að hana beri að ógilda. Engu að síður verður fjallað um aðra efnisþætti málsins sem úrskurðarnefndin telur mikilvægt að tekin sé afstaða til.

Kærandi tekur undir gagnrýni kæranda í máli nr. 3/2012 á aðferðafræði WACC nefndarinnar við útreikning á lánsfjáarkostnaði. Þar er bent á að WACC nefndin styðst við CDS álag á evrópsk samanburðarfyrirtæki við mat á fyrirtækjaálagi. Í 6. gr. reglugerðar nr. 550/2012 er óljóst hvernig ákvarða skuli fyrirtækjaálag sem hluta af ákvörðun um lánsfjáarkostnað. Hvað þetta atriði varðar virðist WACC nefndin telja heppilegt að leggja til grundvallar skuldatryggingarálag samanburðarfélaga sem tiltekin eru í viðauka I við niðurstöður nefndarinnar frá 5. júlí 2012. Við samanburð á meðaltalsgildi skuldatryggingarálags samanburðarfélaganna og meðaltalsgildis álags á metna áhættulausa vexti fyrir 10 ára skuldabréf samanburðarfyrirtækjanna kemur í ljós að meðaltal skuldatryggingarálags er ríflega tvöfalt hærra en meðaltal þess álags sem viðmiðunarfélögin eru í raun að greiða á útgefin skuldabréf. Að mati úrskurðarnefndar raforkumála hefði verið eðlilegt að WACC nefndin færði ítarleg rök fyrir því hvers vegna hún telur skuldatryggingarálag samanburðarfélaga heppilegt viðmið fyrir fyrirtækjaálag sem hluta af ákvörðun um lánsfjáarkostnað. Verður í þessu sambandi að hafa í huga að fyrir þau 43 félög sem WACC nefndin valdi til samanburðar eru einungis 19 þeirra með skráð skuldatryggingarálag.

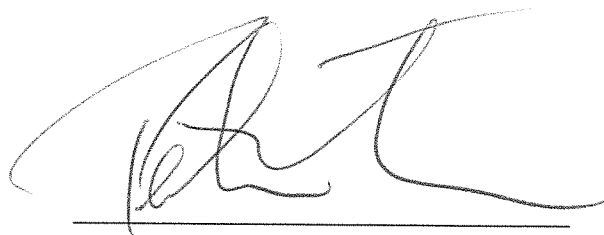
Samkvæmt 2. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 550/2012 skal vaxtaálag endurspegla aðstæður íslenskra flutningsfyrirtækja og dreifiveitna á hverjum tíma. WACC nefndin telur að vaxtakjör Landsvirkjunar séu líklega sambærileg þeim kjörum sem að flutningsfyrirtækinu myndu standa til boða og kemst að þeirri niðurstöðu að álagið skuli vera 1,75%. Er sú tala fengin með því að draga 3.15% raunávöxtunarkröfu 10 ára skuldabréfaútgáfu (OMXI10YI) frá 4,9% nafnávöxtunarkröfu í útgáfu Landsvirkjunar á 10 ára skuldabréfi í USD útgefnu í lok ágúst 2011. Í undirbúningi að hinn kærðu ákvörðun kom fram gagnrýni á að WACC nefndin notast annars vegar við raunávöxtunarkröfu og hins vegar nafnávöxtunarkröfu. Í rökstuðningi WACC nefndarinnar í viðauka III, dags. 26. september 2012, svarar WACC nefndin gagnrýninni. Þar kemur fram að lægra álag fengist ef miðað væri við nafnvexti bandarískra ríkisskuldabréfa. Fyrirtækjaálag Landsnets hf. að frádregnu 2,67% CDS álagi íslenska ríkisins yrði 0,05% ef miðað væri við útgáfuna í lok ágúst 2011 en 0,23% ef miðaða væri við 7 ára skuldabréfaútgáfu Landsvirkjunar í september sama ár. WACC nefndin taldi engu að síður rétt að staðfesta fyrri niðurstöðu í ljósi „núverandi aðstæðna á innlendum skuldabréfamarkaði“. Þessi niðurstaða var ekki rökstudd frekar.

Úrskurðarnefndin telur óljóst af hvaða ástæðu WACC nefndin ber með ofangreindum hætti saman nafn- og raunvaxta viðmið. Sú aðferð er almennt séð ekki í samræmi við viðurkennda aðferðafræði. Telur nefndin mikilvægt að frávík séu vel rökstudd þannig að ráða megi skýrlega hvaða þættir ráða þeim. Tilvitnuð rök WACC nefndar í viðauka III uppfylla að mati úrskurðarnefndarinnar ekki þær kröfur. Rökin eru mjög almenns eðlis og skýra ekki nægilega vel hvaða aðstæður það eru sem til er vitnað eða hver áhrifin eru. Það er því í raun ógjörningur að leggja mat á hvort niðurstaða WACC nefndarinnar um vaxtaálag hafi verið rétt eða röng. Það er mat úrskurðarnefndarinnar að þessi ágalli snerti í svo veigamiklum atriðum efnisþátt hinnar kærðu ákvörðunar að hann hefði einn getað leitt til ógildingar hennar.

Kærandi tekur undir þau rök er fram komu hjá kæranda í máli nr. 3/2012 um að CDS álagið sé einnig ofmetið og að draga hefði þurft frá CDS álag viðkomandi ríkja á móti, enda sé álaginu ella bætt ofan á CDS álag íslenska ríkisins. Ef notast ætti við CDS álag væri réttara að mati kæranda að draga CDS álag á bandarísk ríkisskuldabréf frá CDS álagi Íslands. Úrskurðarnefnd raforkumála telur að fallast megi á þau rök að gera megi ráð fyrir að líklegt sé að áhættuálag sé innifalið í ávöxtunarkröfu verðtryggðra bandarískra skuldabréfa og þar af leiðandi kunni áhættuálagi bandaríska ríkisins að vera ofaukið í ákvörðun áhættulausra vaxta í USD samkvæmt 5. gr. reglugerðarinnar. Í greininni kemur hins vegar ekkert fram um að draga skuli CDS álag Bandaríkjanna frá skuldatryggingarálagi Íslands og því verður ekki annað sé en að WACC nefndin hafi farið að ákvæðum reglugerðarinnar við ákvörðun álagsins.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi og lagt fyrir Orkustofnun að taka nýja ákvörðun að fengnu nýju mati sérfróðra aðila sbr. 2. tölul. 3. mgr. 12. gr. raforkulaga nr. 65/2003.



Pétur Örn Sverrisson
Formaður



Kristín Haraldsdóttir



Sandra Franks