

ÚRSKURÐUR

úrskurðarnefndar raforkumála

Ár 2011, 14. júlí, kvað úrskurðarnefnd raforkumála upp eftirfarandi úrskurð í kærumáli Landsnets hf., Gylfaflöt 9, Reykjavík, á hendur Orkustofnun, Grensásvegi 8, Reykjavík. Kærð er ákvörðun Orkustofnunar frá 15. mars 2011. Málið hefur fengið nr. 1/2011.

I

Kæruefni

Í kærinni, sem er dags. 14. apríl 2011, er kröfugerð Landsnets hf. þannig lýst í tölulið 2:

„Af hálfu Landsnets er gerð sú krafa að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og staðfest samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum nr. 65/2003 („raforkulög“) skuli arðsemiskrafa Landsnets fara stighækkandi á fimm árum frá gildistöku raforkulaga í stað hækkunar í einu þrepi eftir fimm ár frá gildistöku“.

II

Málsmeðferð úrskurðarnefndarinnar

Sem fyrr segir er kæra Landsnets hf. dagsett 14. apríl 2011 og var hún móttækin af formanni úrskurðarnefndar raforkumála sama dag. Hinn 19. apríl ritaði úrskurðarnefndin Orkustofnun bréf og gaf henni kost á að gefa umsögn um kæru Landsnets hf. Umsögnin barst nefndinni 4. maí. (Sjá kafla VI) Úrskurðarnefndin ritaði lögmanni Landsnets hf. bréf, dags. 6. maí, og gaf henni kost á að gera athugasemdir við framkomna umsögn Orkustofnunar og bárust athugasemdirnar 30. maí. (Sjá kafla VII) Úrskurðarnefndinni þótti rétt að gefa Orkustofnun kost á því að gera athugasemdir við athugasemdir lögmanns Landsnets hf. og bárust þær 7. júní. (Sjá kafla VIII) Þann dag hafði formaður úrskurðarnefndarinnar samband við lögmann Landsnets hf. og spurðist fyrir um hvort það væri einnig kæruefni Landsnets hf. sú ákvörðun Orkustofnunar að aðeins leyfisskyldar eignir væru þær eignir sem teljast skuli með þegar rekstrarkostnaður er metinn, en þessa var ekki getið sérstaklega í kröfugerð í kæru. Kvað lögmaðurinn svo vera. (Sjá kafla V) Formaðurinn óskaði þá eftir því að Orkustofnun gæfi umsögn um þetta kæruefni sem hún gerði með bréfi, dags. 10. júní. (Sjá kafla IX) Lögmanni Landsnets hf. var síðan gefinn kostur á því að gera athugasemdir við þessar athugasemdir Orkustofnunar og bárust þær 24. júní. (Sjá kafla X)

III

Ákvörðun Orkustofnunar frá 15. mars 2011 um tekjumörk Landsnets hf.

Hin kærða ákvörðun Orkustofnunar er svohljóðandi:

„Orkustofnun hefur móttækið erindi Landsnets, dags. 7. febrúar sl., þar sem óskað er eftir ákvörðun Orkustofnunar í tengslum við uppgjör tekjumarka Landsnets fyrir árin 2006 til 2009. Beðist er velvirðingar á hversu svör stofnunarinnar berast seint, en Orkustofnun kaus að bera eitt af álitaefnunum undir ráðgjafa stofnunarinnar á sviði bókhaldsmála. Þær ákvarðanir sem Landsnet óskar eftir varða eftirfarandi:

- 1) Að rekstrarkostnaðarþáttur tekjumarka taki mið af nýjum fjárfestingum
- 2) Að hækka beri arðsemi af almennum hluta flutningskerfisins í þrepum
- 3) a) Að söluhagnaður Landsnets af eignum komi ekki inn í tekjumörk flutningskerfisins
b) Að sala kerfisþjónustu (og þá væntanlega taps) hafi ekki áhrif á tekjumörk vegna flutningsstarfsemi.

Hér á eftir koma svör Orkustofnunar við áðurnefndum liðum:

- 1) Orkustofnun er tilbúin að fallast á að leyfisskyld flutningsvirki skv. 2. mgr. 9. gr. raforkulaga sem teknar eru í notkun innan tekjumarkatímabils hækki rekstrarkostnaðarlið tekjumarka. Hið sama á þá að sjálfsögðu við um leyfisskyldar eignir sem lagðar eru niður, þ.e. að draga verður rekstrarkostnað þeirra frá tekjumörkum. Þau flutningsvirki sem komin voru með framkvæmdarleyfi fyrir gildistöku ákvæðisins, en hefðu ella þarfnast leyfis ráðherra, teljist leyfisskyld í þessu sambandi. Hið sama á við um niðurlagðar eignir. Sú 1% regla sem Landsnet leggur til við mat á rekstrarkostnaði, telur stofnunin að komi til greina, en óskar eftir frekari rökstuðningi við þá tillögu. Í framhaldi óskar Orkustofnun eftir því að Landsnet leggi fram lista yfir öll þau flutningsvirki sem Landsnet og fyrirrennarar þess tóku í notkun á tímabilinu 2003 til 2010, ásamt dagsetningu og stofnvirði þess tíma sem flutningsvirkið var tekið í notkun, sem og dagsetningu niðurrifs og endurmetið stofnvirði þeirra flutningsvirkja sem lögð voru niður skv. ofangreindri skilgreiningu. Þá óskar stofnunin eftir, í fjarveru úrskurðar ráðuneytisins á kæru Landsnets vegna ákvörðunar Orkustofnunar um hvaða flutningsvirki teljast leyfisskyld, eftir því að Landsnet skili listanum bæði í samræmi við eigin túlkun sem og túlkun Orkustofnunar.
- 2) Orkustofnun fellst ekki á að hækka arðsemi af almennum hluta flutningskerfisins í þrepum og vísar til fyrri rökstuðnings vegna kæru Landsnets til úrskurðarnefndar raforkumála.
- 3) a) Orkustofnun telur engar forsendur til að undanskilja söluhagnað eigna tekjumörkum. Hafi fé því sem fékkst fyrir söluna verið varið í annað húsnæði, hvort heldur með eignfærslum eða rekstrarfærslum, þá hækka tekjumörk framtíðarinnar sem því nemur, í formi hærri arðsemi eða hærri rekstrarkostnaðarþætti tekjumarka. Þá vísar stofnunin í minnisblað Deloitte vegna framangreinds máls.
b) Orkustofnun getur ekki fallist á að undanskilja kerfisþjónustu og orkutöpu tekjumörkum, enda sé þar um að ræða lögbundna einokunarþjónustu flutningsfyrirtækisins. Stofnunin er þó, eins og fram kemur í erindi Landsnets, tilbúin að halda utan um uppgjör þessara liða sérstaklega, en áréttar að þeir teljast þó til heildartekjumarka Landsnets, enda segir í þeim raforkulögum sem giltu á tímabilinu 2006 til 2011 í 1. tl. 2. mgr. 12. gr. að tekjumörkin skuli ákveðin út frá eftirfarandi viðmiðunum: *Kostnaði sem tengist starfsemi fyrirtækisins, þ.m.t. kostnaði vegna viðhalds, afskrifta á nauðsynlegum eignum til reksturs kerfisins, leigukostnaði vegna flutningsvirkja, kostnaði við orkutap, almennum rekstrarkostnaði og kostnaði við kerfisstjórnun.* Í skýringum við sömu 12. gr. frumvarps til raforkulaga segir: *Í 2. mgr. er kveðið á um hvernig tekjumörk flutningsfyrirtækisins skuli ákvörðuð. Í 1. tölulið. 2. mgr. er talinn upp kostnaður sem heimilt er að byggja á. Um er að ræða allan kostnað sem tengist flutningsstarfsemi og kerfisstjórnun.* Þá áréttar Landsnet að kostnaður við varaafli sé hluti af kerfisþjónustukostnaði fyrirtækisins, en hefur jafnframt heimild til og í hyggju rekstur varaafllsstöðvar. Því sé ljóst skv.

skilgreiningum Landsnets að ekki sé rétt að gera ráð fyrir að um hreinan gegnumstreymiskostnað verði ávallt að ræða. Orkustofnun hafnar því að undanskilja sölu á kerfisþjónustu og töpum tekjumörkum.“

IV

Kæra Landsnets hf. til úrskurðarnefndar raforkumála frá 14. apríl 2011

Í kærinni segir að hin kærða ákvörðun sé stjórnvaldsákvörðun í skilningi stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sem heimilt sé að kæra til úrskurðarnefndar raforkumála samkvæmt 30. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Í kærinni kemur fram að um nokkurt skeið hafi Orkustofnun og Landsnet hf. átt í samskiptum um það hvernig túlka beri IX. bráðabirgðaákvæði raforkulaga nr. 65/2003 sem er um arðsemi flutningsfyrirtækis og dreifiveitna en um þá túlkun sé verulegur ágreiningur á milli Orkustofnunar og Landsnets hf. Framangreint lagaákvæði hljóðar svo:

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

Í kærinni kemur fram að út af þessu ágreiningsefni hafi aðilar skipst á bréfum en Landsnet hf. hafi með bréfi, dags. 7. febrúar 2011, óskað eftir því með formlegum hætti að Orkustofnun tæki ákvörðun um tiltekin atriði í tengslum við uppgjör árána 2006-2009. Þar á meðal hafi verið óskað eftir ákvörðun um hvort fallist væri á túlkun Landsnets hf. á bráðabirgðaákvæði IX. Þá segir orðrétt í kærinni:

„Í svari Orkustofnunar þann 15. mars 2011 lá loksins fyrir ákvörðun Orkustofnunar varðandi þetta álitaefni. [þ.e. hvort arðsemiskrafa Landsnets hf. skuli „fara stighækkandi á fimm árum frá gildistöku raforkulaga í stað hækunar í einu þrepi eftir fimm ár frá gildistöku“ sbr. kröfugerð í kafla I] Segir þar að Orkustofnun fallist ekki á að hækka arðsemi af almennum hluta flutningskerfisins í þrepum. Vísar stofnunin til fyrri röksemda við fyrri kæru Landsnets til úrskurðarnefndarinnar en reifar þau ekki nánar í bréfinu (fskj. nr. 2).

Er stofnunin hér að vísa til máls nr. 1/2009 sem var vísað frá nefndinni m.a. þar sem afstaða Orkustofnunar til álitaefnisins taldist ekki stjórnvaldsákvörðun sem væri kæránleg. Nú liggur hins vegar fyrir skýr ákvörðun Orkustofnunar sem telst stjórnvaldsákvörðun.

Þar sem túlkun og skýring nefnds ákvæðis varðar Landsnet miklu er nauðsynlegt að fá úr því skorið hvort ákvörðun Orkustofnunar er lögmæt.

Eins og fram kom að framan þá er ekki að finna rökstuðning Orkustofnunar fyrir hinni kærðu ákvörðun í bréfinu þar sem hún var kynnt. Samhengisins vegna þykir því rétt að gera hér grein fyrir því hvernig stofnunin hefur túlkað bráðabirgðaákvæðið en gera má ráð fyrir að sú túlkun sé grundvöllur ákvörðunarinnar. Kemur þetta m.a. fram í áðurnefndum úrskurði í máli nr. 1/2009 en þar er þessu lýst svo á bls. 2 (fskj. nr.3): „Túlkun Orkustofnunar er á þá leið, að til þess að arðsemi einkaleyfisstarfsemi fyrir

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

Í kærinni er línurit annars vegar yfir þróun lykilstærða Landsnets hf. og hins vegar þróun gjaldskrár fyrirtækisins í samanburði við þróun neysliverðsvísitölu, hvorttveggja frá árinu 2005. Sagt er að þessi samanburður sýni að þróun gjaldskrár í samanburði við þróun neysliverðsvísitölu feli í sér raunlækkun gjaldskrárinnar og að rekstrarkostnaður standi nánast í stað á sama tíma og eignastofn hækki um rúmlega 50%. Vísitala neysliverðs hafi hækkað umtalsvert meira en gjaldskrá fyrirtækisins og því hafi flutningskostnaður lækkað í raun.

Um rök og sjónarmið Landsnets hf. segir síðan í kærinni m.a. eftirfarandi:

„Landsnet telur hina kærðu ákvörðun Orkustofnunar ekki eiga sér lagastoð og vera ranga túlkun á umræddu bráðabirgðaákvæði sem og öðrum viðeigandi ákvæðum raforkulaga Landsnet telur að skilja beri bráðabirgðaákvæðið að því er varðar arðsemiskröfuna fyrstu fimm árin eftir að raforkulög tóku gildi þannig að gert sér ráð fyrir stighækkandi hækkun en ekki hækkun í einu þrepi eftir fyrstu fimm árin. Telur Landsnet orðalag ákvæðisins styðja þetta ella hefði ákvæðið hljóðað á um að hækka skyldi „eftir fimm ár“ í stað „á fimm árum“.

Í þessu sambandi er vísað til greinargerðar með nefndu bráðabirgðaákvæði þar sem segir m.a.:

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

Í bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum er eins og áður segir vikið að arðsemiskröfu Landsnets fyrstu fimm árin frá setningu laganna. [...] Landsnet fær ekki betur séð af ákvæðinu og lögskýringargögnum en að fortakslaust sé kveðið á um það að arðsemiskrafan skuli a) hækka og b) stighækka á fimm árum frá og með gildistöku laganna. Segir bæði í bráðabirgðaákvæðinu og greinargerðinni að „hækka skal arðsemisviðmiðunina á fimm árum“.

Í síðasta málslið ákvæðisins er vikið að því að hækkun arðsemisviðmiðunar valdi ekki meiri hækkun tekjumarka en næst með hagræðingarkröfu. Verður að skilja orðalag ákvæðisins í ljósi þessa málsliðar svo að ávallt skuli hækkun vera í þrepum yfir fimm ára tímabil en þó þannig að hækkunin skuli ekki valda meiri hækkun tekjumarka en hagræðingarkrafan kveður á um. Verður þannig ekki séð að undir neinum kringumstæðum geti arðsemisviðmiðunin hækkað í einu lagi eins og Orkustofnun virðist telja. Þá er ekki heldur hægt að sjá að hagræðingarkrafa geti að fullu komið á móti hækkaðri arðsemi enda eru stærðirnar reiknaðar af ólíkum stofnum. Það felst í orðanna hljóðan að setja ber hagræðingarkröfu sem lágmarkar þörf á hækkun gjaldskrár en

hagræðingarkrafan getur ekki algjörlega komið til móts við hækkaða arðsemiskröfu. Fyrir því er hægt að færa eftirfarandi rök.

Í ákvæði 12. gr. raforkulaga er kveðið á um að tekjumörk Landsnets skuli ákveðin út frá kostnaði, arðsemi og hagræðingarkröfu. Þetta hefur verið skýrt á þann veg að tekjumörk flutningsfyrirtækisins séu samtala rekstrarkostnaðar, afskrifta og útreiknaðrar framlegðar fyrir fjármagnsliði og skatta (EBIT) að teknu tilliti til hagræðingarkröfu. Þessi staðreynd gerir það að verkum að hagræðingarkrafa eins og hún er sett fram af Orkustofnun, þ.e. lækkun reiknaðs rekstrarkostnaðar, lækkar tekjumörk. Um leið gerir hækkun á arðsemiskröfu ein og sér (með samsvarandi hækkun framlegðar) það að verkum að tekjumörk hækka. Það er samspil þessara tveggja þátta sem sker úr um þróun tekjumarkna. Það er í sjálfu sé einfalt að sjá að tvöföldun arðsemisviðmiðunar í rekstri flutningsfyrirtækisins dreift á ákveðinn árafjölda leiði til slíkrar hækkunar í útreiknaðri framlegð að hagræðingu verður aldrei að fullu stefnt þar á móti. Slíkt reikningsdæmi gengur ekki upp í hagrænu tilliti. Það stafar af því að ef hækkun arðseminnar er mætt að fullu með hagræðingarkröfu mun það leiða til þess að meginþorri rekstrarkostnaðar flutningsfyrirtækisins myndi hverfa með hagræðingarkröfunni. Það er því ljóst að hækkun arðsemi með þeim hætti sem löggin kveða á um getur aldrei gengið fram ef hagræðingarkröfu er jafnharðan að fullu stefnt gegn henni. Þarna er því líkur stigsmunur á ferðinni að löggjafinn hefði sett fram lengri aðlögunartíma ef hann hefði haft í hyggju að láta hagræðingu mæta aukinni arðsemi að fullu. Ef skilja á bráðabirgðaákvæðið þannig að ekki megi hækkað arðsemi almenna markaðarins nema jafnmikil hagræðing eigi sér stað, þá mun hver 1% stigs hækkun á arðsemi almenna markaðarins þurfa að leiða til um 13-18% lækkunar á rekstrarkostnaði vegna hagræðingar til að eyða út áhrifunum á tekjumörkin. Til frekari skýringar á stigsmun á grunni arðsemi og hagræðingar er mikilvært að skýra út grunnforsendur þessara atriða. Arðsemi er ákvörðuð á grunni bókfærðs virðis fastafjármuna í rekstri sem á árinu 2009 var um 17.400 mkr. Í almenningsramma til ákvörðunar tekjumarkna fyrir þann hluta. Arðsemi ákvarðast á þessum tíma sem bókfært virði fastafjármuna * ávöxtun 5 ára ríkisskuldabréfa (að teknu tilliti til skertrar arðsemi). Hagræðingarkrafa er ákvörðuð á grunni rekstrarkostnaðar sem á árinu 2009 í almenningsramma var um 958 mkr. Hvert prósentustig til hækkunar í arðsemiskröfu reiknast sem 18,2% lækkun á rekstrarkostnaði almenningsramma ef mæta á þeirri hækkun í formi hagræðingar í rekstri og halda þannig tekjumörkum óbreyttum. Á árinu 2009 nam mismunur á stighækkandi arðsemi og hálfri arðsemi 3,32 prósentustigum. Ef mæta á hækkaðri arðsemi í formi hagræðingar þýðir að hagræðingarkrafa sem hefði átt að leggja á ramma almennings nemur um 60% af rekstrarkostnaði á síðasta ári sem bráðabirgðaákvæðið á við (sjá viðauka 1) Eins og gefur að skilja er slík skerðing rekstrarkostnaðar með öllu ógerleg.“

Í kærinni segir síðan að af framanröktu megi sjá að bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögunum verði engan veginn skilið svo að skilyrði fyrir hækkun arðsemisviðmiða á fyrstu fimm árum eftir gildistöku laganna sé að hagræðing hafi átt sér stað og að hagræðing hafi orðið og að ekki komi til gjaldskrárhækkun. Orkustofnun hafi í samskiptum sínum við Landsnet hf. vísað til „raunverulegrar arðsemi fyrirtækisins“ en það hugtak sé ekki að finna í raforkulögunum. Orkustofnun hafi um þetta vísað til 9. mgr. 12. gr. raforkulaganna og haldi því fram að samkvæmt því ákvæði sé Landsneti hf. ekki heimilt að hækka tekjumörkin með því að hækka arðsemishlutann heldur eingöngu með því að auka arðsemina með samdrætti í öðrum hlutum tekjumarkanna og horfi þannig fram hjá IX. bráðabirgðaákvæðinu. Raunveruleg arðsemi Landsnets hf. hafi verið

neikvæð á tímabilinu. Hugtakið raunveruleg arðsemi sem Orkustofnun noti sé ekki að finna í raforkulögnum eða skýringum með þeim.

Þá er bent á í kærinni að bráðabirgðaákvæði IX sé undantekningarákvæði frá 12. gr. raforkulaganna að því er varði ákvörðun um arðsemiskröfu Landsnets hf. en í 12. gr. sé kveðið skýrt á um það að tekjumörkin skuli ákveðin út frá þremur meginþáttum, þ.e. kostnaði við rekstur Landsnets hf. (rekstrarkostnaður og afskriftir) arðsemi sem skuli vera sem næst markaðsávöxtun óverðtryggða ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa og hagræðingarkröfu sem taka skuli mið af eðlilegum kostnaði samkvæmt mati Orkustofnunar að teknu tilliti til þeirrar þjónustu sem Landsnet hf. veiti.

Þá er bent á í kærinni að Orkustofnun hafi enn ekki ákvarðað hagræðingarkröfu samkvæmt 3. tl. 2. mgr. 12. gr. raforkulaga. Allt að einu sé ljóst að sú hagræðingarkrafa sem vísað sé til í lokamálslið bráðabirgðaákvæðisins sé ekki sama hagræðingarkrafa og vísað sé til í 12. gr. og jafnvel þótt svo væri hafi síðarnefnda hagræðingarkrafan ekki verið ákveðin og geti þannig ekki haft áhrif á arðsemisviðmiðið. Í bréfi Orkustofnunar sé boðað að hagræðingarkrafa verði ákveðin fyrir árið 2010 án þess að nánar sé tilgreint hvað í því felist. Þá segir orðrétt í kærinni:

„Af þessu leiðir að arðsemiskrafan sem bráðabirgðaákvæðið vísar til getur ekki hafa breyst vegna hagræðingarkröfunnar enda liggur það í hlutarins eðli þar sem engin ákvörðun liggur fyrir um hagræðingarkröfuna eða breytingu hennar. Hefði Orkustofnun ákveðið hagræðingarkröfu þá hefði það hugsanlega haft áhrif á tekjumörkin. Eins og ítrekað hefur verið hér að framan þá hefur hagræðingarkrafan aldrei verið ákveðin og getur hún þannig ekki haft áhrif á arðsemisviðmiðið. Rétt er að ítreka að mál það sem hér er til umfjöllunar tekur til túlkunar og skýringar á IX. bráðabirgðaákvæði raforkulaga en ekki 12. gr. laganna. Hér er aðeins fjallað um fyrstu fimm árin frá gildistöku raforkulaga en ekki tímann eftir það.

V

Kærufni Landsnets hf. er varðar leyfisskyldar eignir fyrirtækisins

Í niðurlagi kæru Landsnets hf. segir eftirfarandi:

„Í hinni kærðu ákvörðun byggir Orkustofnun jafnframt á því í 1. lið að aðeins leyfisskyldar eignir séu þær eignir sem teljast skuli með þegar rekstrarkostnaður er metinn. Ekki kemur fram rökstuðningur af hálfu Orkustofnunar fyrir því á hverju umrædd ákvörðun er byggð og ekki verður séð hver lagagrundvöllurinn er. Fær Landsnet ekki séð að ákvörðun Orkustofnunar sé lögmæt hvað þetta varðar og áskilur sér rétt til að koma með frekari röksemdir þessu til stuðnings þegar fyrir liggur á hverju þessi ákvörðun Orkustofnunar er byggð og hver rökstuðningurinn er.“

Eftir að Orkustofnun hafði skilað athugasemdum sínum við kæru Landsnets hf. hafði formaður úrskurðarnefndarinnar samband við lögmann fyrirtækisins og innti hana eftir hvort skoða ætti framanskráð sem hluta af kæru fyrirtækisins enda þótt því væri ekki lýst í kröfugerðinni sjálfri, sbr. 2. tl. Lögmaðurinn kvað svo vera og hafði formaðurinn því samband við Orkustofnun, gaf stofnuninni færi á að gera athugasemdir við þennan lið kærunnar og vikufrest til þess. Svar Orkustofnunar barst 10. júní sl. og verður því síðar lýst í kærinni svo og athugasemdum lögmanns Landsnets hf. við það svar.

VI

Umsögn Orkustofnunar, dags. 4. maí, um kæru Landsnets hf.

Í umsögn Orkustofnunar segir m.a. eftirfarandi:

„Orkustofnun vill ítreka þau rök, sem áður hafa komið fram svo sem í greinargerð stofnunarinnar við fyrri kæru Landsnets, dags. 24. mars 2009 og fyrrgreindu erindi Orkustofnunar með ákvörðun stofnunarinnar, dags. 15. mars sl., að í umþrættu bráðabirgðaákvæði er ekki aðeins fjallað um hvernig skuli hækka arðsemiskröfu heldur einnig hvaða sjónarmið séu forsenda þeirrar hækkunar, þ.e. að hækkun arðsemisviðmiðunar skuli þó ekki valda meiri hækkun tekjumarka en náist með hagræðingarkröfu. Ennfremur segir í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 89/2004, að með því að fara hægt í sakirnar sé verið að koma í veg fyrir skyndilega hækkun raforkuverðs.

Ljóst er bæði af lögskýringum og af ræðu frummælanda, um bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum nr. 65/2003, að vilji löggjafans var að stemma stigu við hækkun gjaldskráa á aðlögunartímabilinu úr hálfri arðsemi yfir í fulla arðsemi. Í ræðu frummælanda, Valgerðar Sverrisdóttur, þáverandi iðnaðarráðherra, kom fram að með því að arðsemisviðmiðanir hækki á fimm ára tímabili sé stefnt að því að leyfa þessum fyrirtækjum að njóta hluta þeirrar hagræðingar sem þau eigi að ná innan þess tekjuramma sem þeim sé settur **án þess að það muni leiða til hækkunar á gjaldi til flutnings og dreifingar raforku**. Til að tryggja að þetta markmið löggjafans næði fram að ganga átti Orkustofnun um tvo kosti að velja:

a) Að leyfa sérleyfisfyrirtækjunum stigvaxandi hækkun arðsemi á aðlögunartímabilinu sem stofnunin myndi mæta með samsvarandi hagræðingarkröfu sem eyddi þannig út aukinni arðsemi sbr. síðustu setningu bráðabirgðaákvæðisins „*Þó skal hækkun arðsemisviðmiðunar ekki valda meiri hækkun tekjumarka en næst með hagræðingarkröfu.*“

b) Að leyfa sérleyfisfyrirtækjunum aðeins hálfu arðsemi á aðlögunartímabilinu en á móti að sleppa hagræðingarkröfu, en það var sú leið sem stofnunin valdi, þar sem hún var einfaldari í framkvæmd og tryggði sömu fjárhagslegu markmið.

Ekki skal lagt mat á hvor aðferðin hafi verið eðlilegri eða réttari, en báðar uppfylla markmið laganna um að takmarka hækkun tekjumarka jafnframt gjaldskráa. Telja verður ólíklegt að fyrirtækin sjálf hefðu takmarkað hækkun á gjaldskráum sínum, hefði stighækkandi arðsemi á aðlögunartímabilinu verið leyfð án samsvarandi hagræðingarkrafna. Reyndin er sú að tekjumörk, sem stofnunin setur sérleyfisfyrirtækjunum í samræmi við lög og reglugerðir veita sérleyfisfyrirtækjunum skilyrðislausu heilmild til að nýta að fullu þau tekjumörk. Því verður að telja ljóst að stighækkandi arðsemisviðmiðanir hefðu án efa leitt til hærri gjaldskrár fyrir notendur. Hagsmunir notenda hvað þetta varðar eru gríðarlega miklir og taldi stofnunin sig bæði fara að lögum, hafa markmið laganna sem og sjónarmið beggja aðila til grundvallar þeirri ákvörðun að haga hækkuninni á þennan veg.

Þá verður ekki hjá því litið að í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 89/2004 kemur fram að „[s]amkvæmt ákvæðinu má ávöxtunin fara stighækkandi á fimm árum í þá ávöxtun sem gert er ráð fyrir samkvæmt tilvitnuðum ákvæðum. Tilgangurinn er að koma í veg fyrir hækkun á raforkuverði. Þess er vænst að aukin arðsemi náist með hagræðingu þar sem tekjumörk þurfi ekki að hækka vegna arðsemisviðmiðana sem kunna

að vera yfir núverandi arðsemi fyrirtækjanna. Fyrirtækin halda þá ávinningi af hagræðingu til að auka arðsemina.“ Sú orðanotkun „má ávöxtunin fara stighækkandi“ gefur til kynna að stjórnvaldinu, Orkustofnun, væri látið eftir að ákveða með hvaða hætti hækkunin myndi fara fram með þeim takmörkunum sem í ákvæðinu komu fram. Frá því að tekjumörk voru sett fyrst, árið 2005, svo og árin 2006 til 2009, hafa tekjumörk verið sett á þennan hátt, þ.e. í samræmi við þennan skilning Orkustofnunar bæði hjá dreifiveitum og flutningsfyrirtæki, lengst af án þess að því hafi verið mótmælt (sbr. þó kæru Landsnets 2009). Úrskurður þess efnis að skilningur Landsnets yrði ofan á myndi krefjast endurútreiknings tekjumarka, bæði fyrir flutningsfyrirtækið sem og dreifiveitur allar fjögur ár aftur í tímann. Þá ber að geta þess að frá og með árinu 2010 hafa umrædd fyrirtæki fulla arðsemi þar sem bráðabirgðaákvæði hefur nú náð tilgangi sínum. Orkustofnun telur að með hliðsjón af orðanna hljóðan, tilgangi laganna og vilja löggjafans, hafi ákvörðun stofnunarinnar, að arðsemisviðmið fari ekki stighækkandi á fimm árum úr hálfri í fulla arðsemi heldur hækki að fimm árum liðnum, verið sú rétta. Verði fallist á stighækkandi arðsemi á aðlögunartímabilinu telur stofnunin einhlítt að setja þurfi, með hliðsjón af fjárhagslegum áhrifum slíkrar ákvörðunar, jafngilda hagræðingarkröfu til að eyða út afleiddri hækkun hjá fyrirtækjunum sem mun í engu breyta þeirri útkomu sem leiddi að því verklagi sem beitt var.“

VII

Athugasemdir Landsnets hf., dags 30. maí, við umsögn Orkustofnunar frá 4. maí

Í athugasemdum Landsnets hf. er áréttað að ágreiningur aðila varði eingöngu túlkun og skýringu á IX bráðabirgðaákvæði raforkulaganna en ekki 12. gr. þeirra. Því sé eingöngu verið að fjalla um fyrstu fimm árin frá gildistöku laganna og hvernig heimilt sé að hækka arðsemina á þeim tíma en ekki að honum liðnum. Samkvæmt orðalagi í bráðabirgðaákvæðinu sé ekki valkvætt hvernig arðsemisviðmiðunin skuli hækkuð. Hún eigi að fara fram á fimm árum, þ.e. að hækka skuli hana árlega á því tímabili þar til tilteknu marki sé náð sem tilgreint sé í raforkulögnum, en ekki í einu lagi þegar því marki sé náð. Skýringar í greinargerð með lögnum breyti ekki skýrum bókstaf þeirra, þótt í skýringunum standi „má ávöxtunin fara stighækkandi“. Orðalag í greinargerðinni verði því ekki skilið þannig að val sé á milli þess að hækkun verði á fimm árum eða í einu lagi eftir fimm ár heldur geti hækkunin á fimm ára tímabilinu verið stighækkandi. Þá hafi iðnaðarráðherra sagt þegar hún mælti fyrir frumvarpi til laga nr. 89/2004 um breytingu á raforkulögum „Arðsemisviðmiðunin hækki á fimm ára tímabili í þá ávöxtun sem kveðið er á um í gildandi lögum“ og verði þessi ummæli ekki skilin á annan veg en gert sé af hálfu Landsnets hf., þ.e. að arðsemisviðmiðunin fari stighækkandi á tímabilinu. Hvergi komi fram að hækkunin skuli vera í einu þrepi eftir fimm ár og heldur ekki að Orkustofnun sé heimilt að ákveða að svo sé. Stofnunin geti því ekki valið á milli tveggja leiða eins og sé haldið fram af hennar hálfu. Þá segi eftirfarandi í athugasemdum Landsnets hf. um niðurlagsákvæði bráðabirgðaákvæðis IX sem hljóðar svo: „Þó skal hækkunin ekki valda meiri hækkun tekjumarka en næst með hagræðingarkröfu“.

„Má skilja afstöðu OS þannig að ekki sé fallist á að hækka í þrepum, eins og þó lögin kveða á um að skuli gert, þar sem Landsnet hafi ekki uppfyllt það skilyrði að annað hvort að sýna fram á að hagræðing hafi átt sér stað í rekstri og hins vegar að stemma stigu við gjaldskrárhækkunum. Verður málalátibúnaður OS ekki skilinn á annan veg en þetta tengist saman, þannig að annað þessara skilyrða verði að vera til staðar ef hækka á í þrepum. Annars komi hækkunin til framkvæmda að fimm árum liðnum.

Eins og ítrekað hefur komið fram er þessari túlkun OS alfarið mótmælt og er vísað í því tilliti til fyrra bréfs varðandi það hvernig hagræðingarkröfu skuli stefnt gegn hækkun á arðsemi og að í hagrænu tilliti sé ómögulegt að hagræða svo mikið (sjá viðauka). [Í tilvísuðum viðauka segir m.a. eftirfarandi: „Eins og sést í þessari töflu hefði Orkustofnun þurft að setja 57,4% hagræðingarkröfu á almenningshlutann á árinu 2009 til að veða á móti stighækkandi arðsemi. Rétt er að benda á að launakostnaður er um 48% og annar rekstrarkostnaður um 52% af heildarrekstrarkostnaði. Þessi túlkun OS stenst því enga skoðun“] Af lögnum og lögskýringargögnum er ljóst að ætlunin var aðlögun, þ.e. að leyfa stighækkandi hækkun í stað þess að taka hana í einu stökku og draga hagræðingarkröfu frá. Það er einmitt það sem Landsnet hefur ávallt haldið fram. Lögin gera ekki ráð fyrir að OS geti upp á sitt einsdæmi valið tvo kosti við að framfylgja ákvæðum þeirra. OS ber að fara eftir því sem lögin segja til um. Lögin kveða á um að beita skuli hagræðingarkröfu á móti stighækkandi arðsemi en heimila ekki þá leið b) sem OS ákvað að skyldi farin.

Í umsögn OS (2. mgr. bls. 2) er vísað til athugasemda í frumvarpi með lögum nr. 89/2004, sem rök fyrir því að OS sé látið eftir að ákveða með hvaða hætti hækkunin myndi fara fram með þeim takmörkunum sem í ákvæðinu koma fram.

Vegna þessa skal tekið fram að Landsnet náði svigrúmi til hækkaðrar arðsemi með hagræðingu í rekstri. Haggræðing Landsnets er því umtalsverð án íhlutunar OS en stofnunin hefur einungis einu sinni sett hagræðingarkröfu upp á 1% á árinu 2006. Um þróun lykilstærða Landsnets og þróun gjaldskrár í samanburði við þróun neysliverðsvísitölu er vísað til tveggja línurita í kæru. Bent skal á að gjaldskrártefna fyrirtækisins með raunlækkun gjaldskrár hefur í reynd endurspeglad hagræðingu Landsnets. Lögin kveða ótvírætt á um að hagræðingarkrafa skuli sett af OS það hefur stofnunin ekki gert.

Samkvæmt uppgjöri Landnets, með stighækkandi arðsemi, þá hefur sú túlkun á arðsemi sem og raunlækkun verðskrár leitt til jafnvægis í uppgjöri tekjumarka fyrir umrætt tímabil. Ef túlkun OS verður ofan á þá stendur Landsnet hins vegar frammi fyrir því að vera með gjaldskrá sem hefur hækkað um rúm 30% á meðan vísitala neysliverðs hefur hækkað um rúm 50% og stæði engu að síður frammi fyrir frekari raunverðlækkun gjaldskrár. Skýring að baki áður nefndu jafnvægi í uppgjöri tekjumarka Landsnets er að fyrirtækið hefur tvöfaldast að stærð á tímabilinu í raforkuflutningi án þess að rekstrarkostnaður hafi hækkað að raungildi. Þá hefur skipting eignastofns áhrif á arðsemi og afskriftir og rekstrarkostnaðar milli tekjumarka almennings og stórnotenda verið endurskoðuð í því ljósi. Að öllu þessu virtu má því segja að Landsnet hafi með framantöldum atvörðum náð fram hagræðingu í sínum rekstri sem í raun hafi vegið upp á móti hækkun arðsemisviðmiðunar.

Eins og sést í töflu hér að neðan leiðir túlkun Landsnets til stöðu tekjumarka 2005 – 2010 sem svarar til neikvæðrar niðurstöðu Landsnets við tekjuramma almennings sem nemur 13 mkr. Það sem flyst samkvæmt þessari túlkun yfir á nýtt tekjumarkatímabil er innan við 1% af tekjumörkum eins árs. Gjaldskráin er því nánast rétt sett (þrátt fyrir raunlækkun). Ber þá að horfa til þess að gjaldskrá til almennings hjá Landsneti hefur ekki hækkað frá júní 2009.

Almenningur			
Ár	Staða tekjumarka skv. Orkustofnun	Staða tekjumarka skv. Landsneti	
2006	-400.002	-270.407	Staðfest uppgjör
2007	-303.078	911	Staðfest uppgjör
2008	-567.465	-90.257	Staðfest uppgjör
2009	-396.830	216.733	Staðfest uppgjör
2010	156.075	156.075	Staðfest uppgjör
Samtals	-1.511.300	13.055	

¹ Neikvæð formerki merkja skuld.

Sá tilgangur sem OS vitnar til að hafi verið með ákvæðinu, að koma í veg fyrir hækkun á raforkuverði, hefur einmitt náðst hjá Landsneti, reiknað út frá túlkun Landsnets á ákvæðinu, þ.e. stighækkandi arðsemi.“

Vegna þess að framangreindir útreikningar eru ekki sérstaklega útskýrðir í athugasemdunum Landsnets hf. hafði formaður úrskurðarnefndarinnar samband við lögmann fyrirtækisins. Lögmaðurinn lýsti því að útreikningarnir stöfuðu frá Landsneti hf. og í fyrri dálkinum væru tölur byggðar á því að arðsemi væri miðuð við helming af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa, eins og í bráðabirgðaákvæði IX standi og Orkustofnun miði við. Í síðari dálkinum væru útreikningar byggðir á stighækkandi arðsemi eins og Landsnet hf. telji sig eiga rétt á samkvæmt bráðabirgðaákvæðinu og gerð sé krafa til að viðurkennt verði í þessu máli.

Í niðurlagi athugasemda Landsnets hf. eru bollaleggingar um það hvað muni gerast í framhaldinu verði staðfest túlkun fyrirtækisins á efni bráðabirgðaákvæðis IX. Þykir ekki ástæða til að rekja þær sérstaklega.

VIII

Athugasemdir Orkustofnunar, dags. 7. júní

Í athugasemdunum vísar Orkustofnun til þeirra raka sem fyrr hafi komið fram af hennar hálfu og segir að í hinu umþrætta bráðabirgðaákvæði sé ekki aðeins fjallað um hvernig skuli hækka arðsemiskröfu heldur einnig hvaða sjónarmið séu forsenda þeirrar hækkunar, þ.e. að hún skuli ekki valda meiri hækkun tekjumarka en náist með hagræðingarkröfu. Þá segir orðrétt í athugasemdunum:

„Orkustofnun vísar einnig til niðurstöðu kærunefndarinnar, dags. 7. ágúst 2009, þar sem segir: „Í tölvupósti verkfræðings Orkustofnunar til Landsnets hf. o.fl. sem sendur var 30. janúar 2009 er lýst þeirri ákvörðun stofnunarinnar að „við uppgjör tekjumarka sérleyfisfyrirtækja fyrir árið 2008 verður notast við 10,5% og 5,1% þar sem hálf krafan á við, svo sem í dreifingu og flutningi til almennra notenda.“ Úrskurðarnefndin telur að líta megi svo á að hér sé um stjórnvaldsákvörðun að ræða sem hægt hefði verið að kæra til úrskurðarnefndarinnar innan 30 daga frá því að hún var tilkynnt Landsneti hf. sbr. kærufrest í 3. mgr. 30. gr. laga nr. 65/2003, sem ekki var gert.“

Þá ber einnig að horfa til þess að allt frá árinu 2005, þegar tekjumörk voru fyrst sett, svo og árin 2006 til 2009, hafa tekjumörk verið sett á þennan hátt, þ.e. í samræmi við skilning

Orkustofnunar bæði hjá dreifiveitum og flutningsfyrirtæki, lengst af án þess að því hafi verið mótmælt (sbr. þó kæru Landsnets 2009).

Orkustofnun telur að hafna beri kröfu Landsnets varðandi umþrætta stjórnsluákvörðun stofnunarinnar með vísan til fyrri niðurstöðu úrskurðarnefndarinnar og þess tómlætis sem fyrirtækið hefur viðhaft allt frá upphafi tekjumarkasetningar. Stofnunin vill ennfremur benda á að úrskurður þess efnis að skilningur Landsnets yrði ofan á myndi krefjast endurútreiknings tekjumarka, bæði fyrir flutningsfyrirtækið sem og dreifiveitur allar, fjögur ár aftur í tímann. Þá ber að geta þess að frá og með árinu 2010 hafa umrædd fyrirtæki fulla arðsemi þar sem bráðabirgðaákvæðið hefur nú náð tilgangi sínum.“

IX

Athugasemdir Orkustofnunar við kæruefni Landsnets hf. er varðar leyfisskyldar eignir fyrirtækisins, dags. 10. júní

Í athugasemdum Orkustofnunar við ofangreint kæruefni Landsnets hf. segir m.a. eftirfarandi:

„Við endurskoðun á skiptingu eignagrunns milli dreifiveitna og stórnotenda sem og undirbúning tekjumarkasetningar fyrir Landsnet kom fyrirtækið þeirri ósk á framfæri við Orkustofnun að tekið yrði tillit til rekstrarkostnaðar af nýjum eignum frá þeim tíma sem þær væru teknar í notkun og að umræddur kostnaður kæmi til viðbótar við skilgreindan rekstrarkostnað í tekjumörkum. Stofnunin hafði tilkynnt að orðið yrði við þeirri ósk Landsnets þótt engin ákvæði væru til um slíkt í lögum eða reglugerðum og heimilaði umrædda ívilnun sem staðfest var með ákvörðun stofnunarinnar, dags. 15. mars sl. Ákvörðun Orkustofnunar byggðist á því að sanngjarnt væri að tekið yrði tillit til rekstrarkostnaðar vegna fjárfrekra framkvæmda frá þeim tíma að rekstur þeirra hæfist. Í þessu sambandi lagði Landsnet til að rekstrarkostnaður yrði reiknaður sem 1% af stofnvirði og var það samþykkt af hálfu stofnunarinnar. Þá var ákveðið að fallast á umrædda ívilnun og við það miðað að verklagið tæki aðeins til leyfisskyldra eigna, ella ætti verklagið einnig að taka til dreifiveitna, sem ekki stóð til, enda eru nýframkvæmdir hjá dreifiveitum ekki jafn fjármagnsfrekar og framkvæmdir flutningsfyrirtækisins ásamt rekstri þeim tengdum. Leyfi ráðherra þarf fyrir öllum flutningsvirkjum sem flytja raforku á 66 kV spennu eða hærri en sambærilegt ákvæði er ekki að finna í kafla um dreifiveitur.

Í nýsamþykktum lögum Alþingis, nr. 19/2011, um breytingu á raforkulögum er lögfest sú ívilnun sem stofnunin hafði ákveðið að veita en í umræddu lagaákvæði kemur eftirfarandi fram: „Við ákvörðun rekstrarkostnaðar við setningu tekjumarka skal taka tillit til meðalrekstrarkostnaðar síðustu fimm ára með eins árs töf að teknu tilliti til verðlagsbreytinga og áhrifa nýrra stórra fjárfestinga á rekstrarkostnað flutningsfyrirtækisins.“ Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. raforkulaga eru öll flutningsvirki leyfisskyld og falla því „nýjar stórar fjárfestingar“ þar undir.“

X

Svar Landsnets hf. við athugasemdum Orkustofnunar er varða leyfisskyldar eignir, dags. 24. júní

Í svari Landsnets hf. segir eftirfarandi:

„Landsnet gerir í grunninn ekki athugasemd við það sem fram kemur hjá Orkustofnun varðandi 1. lið hinnar kærðu ákvörðunar utan það að ekki verður séð á hverju afmörkun miðað við leyfisskyldar eignir er byggð. Í nýsamþykktri lagabreytingu (lög nr. 19/2011) er vísað til stórra nýfjárfestinga en ekki leyfisskyldra eigna sbr. 6. gr. laganna. Verður þannig ekki betur séð en horfa skuli sérstaklega til leyfisskyldra eigna.“

XI

Niðurstaða kæruneftdarinnar

1.

Í kafla I hér að framan er gerð grein fyrir kröfugerð Landsnets hf. Samkvæmt samtali formanns úrskurðarneftdarinnar við lögmann Landsnets hf. ber að skilja kröfugerðina svo að hún nái til þess að felld verði úr gildi synjun Orkustofnunar í ákvörðuninni frá 15. mars 2011 á því að arðsemisviðmiðun við setningu tekjuramma Landsnets hf. fari stighækkandi á árunum 2006-2009. Orkustofnun tekur afstöðu til þessa í tölul. 2 í ákvörðuninni með svofelldum hætti: „Orkustofnun fellst ekki á að hækka arðsemi af almennum hluta flutningakerfisins í þrepum og vísar til fyrri rökstuðnings vegna kæru Landsnets til úrskurðarneftdar raforkumála“. Kröfugerð Landsnets hf. nær þannig ekki til þess að ákvörðun Orkustofnunar verði felld úr gildi í heild sinni heldur einungis að hluta. Að því er varðar þann hluta ákvörðunar Orkustofnunar þar sem segir að aðeins leyfisskyld flutningsvirki skv. 2. mgr. 9. gr. raforkulaga sem tekin eru í notkun innan tekjumarkatímabils skuli hækka rekstrarkostnaðarlið tekjumarka þá er vart hægt að líta svo á að uppi sé ágreiningur á milli aðila sem þörf sé að skera úr miðað við það sem fram kemur í svari Landsnets hf. frá 24. júní sl., sbr. kafla X hér að framan. Verður samt sem áður vikið að þessum þætti ákvörðunar Orkustofnunar síðar í niðurstöðunni.

2.

Úrskurðarneftnd raforkumála lítur svo á, eftir að hafa fengið útskýringar lögmanns Landsnets hf., að deiluefni aðila sé lagt fyrir hana á þann hátt að úr því þurfi að skera hvort Orkustofnun beri eða hafi borið að hækka arðsemisviðmið við setningu tekjuramma Landsnets hf. með þeim hætti að á árinu 2006 eigi það að nema 6/10 af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa, á árinu 2007 7/10 hlutum, á árinu 2008 8/10 hlutum og á árinu 2009 9/10 hlutum samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum nr. 65/2003 sem nú hefur verið felld úr gildi, sbr. 16. gr. laga nr. 19/2011 um breytingu á raforkulögum, nr. 65/2003, með síðari breytingum. Það kemur skýrt fram í gögnum sem frá Landsneti hf. stafa að deila aðila snúi eingöngu að túlkun og skýringu IX. bráðabirgðaákvæðis raforkulaganna en ekki 12. gr. þeirra. Samkvæmt gögnum málsins sýnist ekki vera uppi ágreiningur á milli aðila um arðsemisviðmið á árinu 2010.

3.

Við skýringu á bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum verður að hafa í huga að Landsnet hf. hefur einkarétt til flutnings á raforku, en samkvæmt breytingu á 2. mgr. 8. gr. raforkulaga með lögum nr. 19/2010 eru viðskiptavinir fyrirtækisins dreifiveitur, stórnótendur, virkjanir og þeir aðilar sem samkvæmt raforkulögum hafa leyfi til þess að stunda viðskipti með raforku. Flutningur dreifiveitna á raforku kemur hér ekki við sögu. Vegna þessa einkaréttar ákvað lögjafinn að fá Orkustofnun það hlutverk að setja fyrirtækinu tekjumörk sem gjaldskrá þess skal byggð á, en gjaldskráin er bundin

samþykki stofnunarinnar sem eðlilega verður að haga gerðum sínum gagnvart flutningsfyrirtækinu í samræmi við þau ákvæði laga sem við eiga. Ljóst verður að telja að með þessu fyrirkomulagi er tilgangur löggjafans sá að tryggja að arður fyrirtækisins af flutningi raforku sé innan ákveðinna, hæfilegra marka og koma með því móti í veg fyrir hugsanlega misnotkun á þeim einkarétti sem fyrirtækinu er fenginn. Í ljósi þessa er eðlilegt að rekja að nokkru hvernig háttað var setningu þeirra ákvæða raforkulaga þar sem kveðið er á um arðsemi flutningsfyrirtækisins og hvernig hún skuli reiknuð, enda þótt að því sé vikið í umsögnum og athugasemdum aðila eins og rakið er að framan.

4.

Í frumvarpi til raforkulaga sem lagt var fram á 128. löggjafarþingi 2002–2003 hinn 12. desember 2002 var í 12. gr. þess ákvæði um tekjumörk og gjaldskrá flutningsfyrirtækisins og sagði þar m.a.:

„Flutningsfyrirtækið skal setja gjaldskrá vegna þjónustu sinnar í samræmi við tekjumörk sem Orkustofnun ákveður, sbr. 2. mgr., og kröfur um uppbyggingu gjaldskrárinnar, sbr. 3. mgr. Tveimur mánuðum áður en gjaldskráin á að taka gildi skal hún send Orkustofnun. Flutningsfyrirtækið skal birta gjaldskrána opinberlega.

Orkustofnun skal árlega ákveða tekjumörk flutningsfyrirtækisins út frá eftirfarandi viðmiðum:

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

2. Arðsemi eigin fjár sem skal að jafnaði vera 2% eða hærri eftir skatta en þó ekki yfir tvöfaldri meðalraunávöxtun ríkisskuldabréfa síðustu fimm ár. Upphafleg arðsemiskrafa skal að hámarki jafngilda meðalraunávöxtun ríkisskuldabréfa síðustu fimm ár.

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

4. Komi í ljós að arðsemi eigin fjár hjá fyrirtækinu síðastliðin þrjú ár er utan þeirra marka sem fram koma í 2. tölul. skal taka tillit til þess við gerð gjaldskrár á næsta ári.“

Í meðförum Alþingis var 2. tölulið 12. gr. frumvarpsins breytt og hljóðaði hann svo eftir breytinguna:

„Arðsemi flutningsfyrirtækisins skal að jafnaði vera 2% eða hærri en þó ekki hærri en tveimur prósentustigum yfir markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Arðsemi reiknast sem hlutfall hagnaðar fyrir fjármunatekjur, fjármagnsgjöld og skatta (EBIT) og bókfærðs verðs fastafjármuna.“

Frumvarpið var síðan samþykkt með þessari breytingu, en með lögum nr. 89/2004 var gerð breyting á 2. tl. og eftir hana hljóðaði hann svo:

„Arðsemi flutningsfyrirtækisins skal vera sem næst markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Arðsemi reiknast sem hlutfall hagnaðar fyrir fjármunatekjur, fjármagnsgjöld og skatta (EBIT) og bókfærðs verðs fastafjármuna.“

Þá var með sömu lögum 4. t. felldur niður en jafnframt lögtekið svohljóðandi ákvæði þess í stað eftir því sem best sýnist:

Tekjumörk skulu ákveðin til þriggja ára í senn. Þó er heimilt að endurskoða tekjumörk árlega ef forsendur breytast verulega að mati Orkustofnunar.

Með lögum nr. 149/2004 var raforkulögunum enn breytt og samkvæmt breytingarlögunum hljóðuðu 2. t. 2. mgr. og 3. mgr. 12. gr. laganna svo:

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

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

Ekki var breytt 3. t. 2. mgr. um hagræðingarkröfu við ákvörðun tekjumarka og setningu gjaldskrár flutningsfyrirtækisins, þ.e. eftirfarandi ákvæði: „Hagræðingarkröfu sem skal taka mið af eðlilegum kostnaði samkvæmt mati Orkustofnunar að teknu tilliti til þeirrar þjónustu sem fyrirtækið veitir.“ Síðastgreind ákvæði, þ.e. 2. t. 2. mgr. og 3. mgr. stóðu óbreytt þar til 12. gr. laganna var breytt með lögum nr. 19/2011.

Með lögum 89/2004 var sett hið umdeilda bráðabirgðaákvæði IX sem ber yfirskriftina „Arðsemi flutningsfyrirtækis og dreifiveitna“ og hljóðar svo:

„Við setningu tekjuramma flutningsfyrirtækisins vegna flutnings raforku til dreifiveitna skal Orkustofnun í upphafi miða við að arðsemi sé helmingur af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til sex ára eða sambærilegra verðbréfa [5 ára samkvæmt breytingarlögum nr. 89/2004]. Sama á við um tekjumörk dreifiveitna. Hækka skal arðsemisviðmiðunina á fimm árum í þá ávöxtun sem kveðið er á um í 2. tölul. 2. mgr. 12. gr. og 2. tölul. 2. mgr. 17. gr. Þó skal hækkun arðsemisviðmiðunar ekki valda meiri hækkun tekjumarka en næst með hagræðingarkröfu.“

Með breytingarlögum nr. 149/2004 var bráðabirgðaákvæðinu breytt í þá veru að miða átti arðsemi við óverðtryggð ríkisskuldabréf til fimm ára en ekki sex, sbr. innskotið í tilvitnunina hér að framan.

Í frumvarpi til breytingarlaga nr. 89/2004 fylgdi bráðabirgðaákvæði IX svofelld skýring:

„Lagt er til að við ákvörðun tekjumarka skv. 2. tölul. 2. mgr. 12. gr. og 2. tölul. 2. mgr. 17. gr. skuli Orkustofnun í upphafi miða við lága arðsemi eða helming af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára. Samkvæmt ákvæðinu má

ávöxtunin fara stighækkandi á fimm árum í þáávöxtun sem gert er ráð fyrir samkvæmt tilvitnuðum ákvæðum. Tilgangurinn er að koma í veg fyrir hækkun á raforkuverði. Þess er vænst að aukin arðsemi náist með hagræðingu þar sem tekjumörk þurfi ekki að hækka vegna arðsemisviðmiðana sem kunna að vera yfir núverandi arðsemi fyrirtækjanna. Fyrirtækin halda þá ávinningi af hagræðingu til að auka arðsemina. Með því að fara hægt í sakirnar með hækkun á arðsemisviðmiðunum í tekjumörkum flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna á að koma í veg fyrir skyndilega hækkun raforkuverðs í upphafi. Lögð er áhersla á að hækkun arðsemisviðmiðana felur ekki í sér kröfu til fyrirtækjanna um aukna arðsemi og hækkun gjaldskrár í því skyni. Haldist arðsemin yfir lágmarksviðmiðunarmörkum er Orkustofnun ekki ætlað að gera athugasemdir við hana.“

Eftirfarandi kom m.a. fram í ræðu þáverandi iðnaðarráðherra þegar hún mælti á Alþingi fyrir frumvarpi sem síðar varð að lögum nr. 89/2004:

„Í frv. er lagt til að í upphafi miðist tekjumörk flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna við helming af arðsemi markaðsávöxtunar óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Arðsemisviðmiðunin hækki á fimm ára tímabili í þáávöxtun sem kveðið er á um í gildandi lögum. Með þessu er stefnt að því að leyfa þessum fyrirtækjum að njóta hluta þeirrar hagræðingar sem þau eiga að ná innan þess tekjuramma sem þeim er settur án þess að það muni leiða til hækkunar á gjaldi til flutnings og dreifingar raforku.“

5.

Eins og sést af því sem að framan er rakið hafa þau ákvæði er ná til þess hvernig skuli ákveða arðsemi flutningsfyrirtækisins hafa tekið töluverðum breytingum frá því sem lagt var til í upphafi, þ.e. í frumvarpi til raforkulaga sem lagt var fram á 128. löggjafarþingi 2002–2003. Það er ljóst að þessi ákvörðun hefur vafist töluvert fyrir löggjafanum þegar hún var til meðferðar á Alþingi. Þótt undir rekstri þessa máls hafi ekki verið gerðir sérstakir útreikningar á því hvaða áhrif hver og ein breyting á ákvæðunum um arðsemisviðmiðunina, sem löggjafinn gerði og að framan er lýst, kynni að hafa fyrir flutningsfyrirtækið og dreifiveitturnar þykir engu að síður ljóst að a.m.k. sumar hverjar þeirra miðuðu að því að minnka lögheimila arðsemi flutningsfyrirtækisins og dreifiveitnanna frá því sem í upphafi var gert ráð fyrir í því skyni að arðsemisviðmiðið leiddi ekki til hækkunar á raforkuverði af þeim sökum, a.m.k. sem minnstrar. Bráðabirgðaákvæði IX ásamt þeim skýringum sem á því voru gefnar í greinargerð og ræðu iðnaðarráðherra ber þessa gleggstan vott og sýnir að ætlunin hefur verið að halda arðsemisviðmiðun innan þeirra marka að ekki kæmi til hækkunar raforkuverðs fyrstu árin, a.m.k. sem minnstrar. Hins vegar verður ekki annað sagt en að í ákvæðið skorti skýrleika og jafnvel má segja að það sé mótsagnakennt að vissu marki þar sem hækkaðri arðsemi má mæta með hagræðingarkröfu án þess að þeirri kröfu séu sett lögbundin mörk.

Af gögnum málsins verður ekki annað ráðið en Orkustofnun hafi sett Landsneti hf. tekjumörk í samræmi við þetta ákvæði á árinu 2005 en það ár var hlutafélagið stofnað. Gögn málsins verður að skilja svo að þá hafi verið miðað við helming markaðsávöxtunar ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa. Hins vegar er ekki ljóst af gögnum málsins hvort fyrirtækinu voru sett sérstök útreiknuð tekjumörk á árunum 2006 til 2009 miðað við ákveðna markaðsávöxtun, en þó kemur fram í tölvupósti frá Orkustofnun til Landsnets hf. 30. janúar 2009 að „við uppgjör tekjumarka

sérleyfisfyrirtækja fyrir árið 2008 verður notast við 10,5% og 5,1% þar sem hálf krafan á við, svo sem í dreifingu og flutningi til almennra notenda.“ Hvað sem því líður þá snýst deila aðila sem hér er til úrskurðar um það hvort tekjumörkin hafi átt að stighækka frá arðsemiskröfu sem miðuð væri við helming af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa á hverju ári á árin 2006 til 2009, þ.e. á næstu fjórum árum þannig að hækkunin á árinu 2006 næði 6 hlutum af 10 af markaðsávöxtun þess árs, 7 af 10 á árinu 2007 o.s.frv. Þar til komið væri upp í fulla markaðsávöxtum á árinu 2010, eins og fyrr er rakið. Því er haldið fram af hálfu Landsnets hf. að samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX beri að nota þessa reikningsaðferð við ákvörðun tekjumarkna fyrirtækisins fyrir þetta árabíl, en ákvæðið verði ekki öðru vísi skilið. Að því er röksemdir Orkustofnunar varðar verður að skilja þær svo að því sé ekki hafnað að Landsnet hf. hafi átt rétt á hækkun arðsemisviðmiðunar og þar með aukningu arðs á framangreindu tímabili en þá hækkun hafi átt að takmarka með hagræðingarkröfu á grundvelli niðurlagsákvæðis bráðabirgðaákvæðis IX, þ.e. að hagræðing í rekstri fyrirtækisins hafi átt að mæta hækkun á arðsemisviðmiðun framangreind ár samkvæmt ákvæðinu og því hafi Landsnet hf. ekki átt rétt til þeirra arðsemisviðmiðana sem fyrirtækið krefst að Orkustofnun miði við. Hins vegar hafi ekki verið gerð hagræðingarkrafa á hendur fyrirtækinu og af þeim sökum hafi það notið þeirrar hagræðingar óskertrar sem náðst hafi fram í rekstrinum.

Þegar framangreint sem frá löggjafanum stafar er skoðað í heild sinni treystir úrskurðarnefnd raforkumála sér ekki til þess að skýra bráðabirgðaákvæði IX svo að í því felist lögbundinn réttur Landsneti hf. til handa að arðsemisviðmiðanir á árunum 2006-2009 hækkuðu í samræmi við þær kröfur sem fyrirtækið gerir í þessu máli. Hins vegar verður ákvæðið samt sem áður ekki skilið öðru vísi en svo að löggjafinn hafi ætlast til þess að fyrirtækið fengi að auka arðsemi sína á því tímabili sem um ræðir frá því sem hún var ákveðin í upphafi, þ.e. árið 2005, og Orkustofnun hafi borið að taka mið af því við þær ákvarðanir sem hún tók um tekjumörk og gjaldskrá fyrirtækisins samkvæmt ákvæðum 12. gr. raforkulaga. Úrskurðarnefndin telur hins vegar ekki efni til þess eins og kærumálið er fyrir hana lagt að taka sérstaklega afstöðu til þess hvort svo hafi verið eða ekki.

Deiluefni aðila er lagt fyrir úrskurðarnefndina á afmarkaðan hátt eins og vera ber. Úrskurðarnefndinni er ljóst að framangreind niðurstaða hennar kann að vera miður til þess fallin að leysa úr deilu aðila um tekjumörk og gjaldskrá Landsnets hf. á því tímabili sem um ræðir. Geti aðilar ekki náð samkomulagi, sem yrði eðlilega að vera innan marka ákvæða 12. gr. raforkulaga, en telja verður þeim það fyllilega heimilt, verður ekki annað séð en þeir verði að leggja deilu sína fyrir dómstóla með einhverjum hætti eða mælast til þess við löggjafann að hann setji lög um það hvernig hún skuli útkljáð.

6.

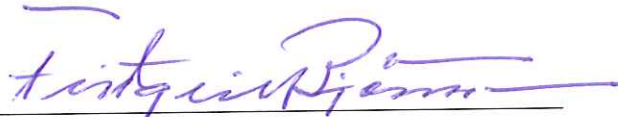
Að því er varðar það álitamál hvort Orkustofnun hafi verið heimilt við setningu tekjumarkna, að því er varðar rekstrarkostnað af nýjum eignum, að miða við leyfisskyldar eignir einar verður að hafa í huga að ekki sýnist vera að finna í raforkulögunum ákvæði sem hægt sé sérstaklega að byggja niðurstöðu á í þessum efnunum. Því er hér um í raun um ólögbundna ákvörðun að ræða sem Orkustofnun sýnist hafa tekið. Munurinn á afstöðu

aðila sýnist vera sá að Landsnet hf. telur að eignist það eignir sem ekki eru leyfisskyldar eigi einnig að taka tillit til rekstrarkostnaðar af þeim þegar tekjumörk eru sett. Það er álit úrskurðarnefndarinnar með tilliti til þeirra röksemda sem Orkustofnun hefur fært fram fyrir ákvörðun sinni um þetta efni og þess sem að framan segir að ekki sé hægt að líta svo á með niðurstöðu sinni hafi stofnunin farið út fyrir heimildir sínar og því megi þessi ákvörðun hennar standa óbreytt.

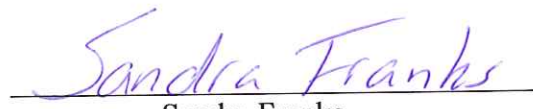
Meðferðartími þessa máls hefur orðið lengri en gert er ráð fyrir gert er ráð fyrir að hann sé að jafnaði samkvæmt 6. mgr. 30. gr. raforkulaga. Kemur þar aðallega til að ástæða hefur þótt til þess að gefa aðilum rúma fresti til að skila gögnum eins og þeir haf beðið um.

XII Úrskurðarorð

Hafnað er þeirri kröfu Landsnets hf. að skýra beri bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum nr. 65/2003 með þeim hætti sem fyrirtækið gerir kröfu til, þ.e. að arðsemisviðmið við setningu tekjuramma Landsnets hf. eigi að vera með þeim hætti að á árinu 2006 nemi það 6/10 af markaðsávöxtun óverðtryggðra ríkisskuldabréfa til fimm ára eða sambærilegra verðbréfa, á árinu 2007 7/10 hlutum, á árinu 2008 8/10 hlutum og á árinu 2009 9/10 hlutum samkvæmt bráðabirgðaákvæði IX í raforkulögum nr. 65/2003. Hins vegar er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að samkvæmt bráðabirgðaákvæðinu hafi verið gert ráð fyrir því að arðsemisviðmiðið hækkaði að nokkru á árunum frá 2006 til 2009. Óbreytt skal standa ákvörðun Orkustofnunar að við setningu tekjumarka, að því er varðar rekstrarkostnað af nýjum eignum, skuli miðað við leyfisskyldar eignir einar.



Friðgeir Björnsson
formaður


Dagný Halldórsdóttir
Sandra Franks