

Umhverfis-, orku- og loftslagsráðuneytið
Skúlagötu 4, 101 Reykjavík
um@um.is

Reykjavík, 10. mars 2022

Efni: Umsögn um drög að frumvarpi til laga um breytingu á raforkulögum nr. 65/2003 (söluaðili til þrautavara)

Orkusalan ehf. („Orkusalan“) vísar til fyrirbyggjandi frumvarpsdraga til breytinga á raforkulögum sem umhverfis-, orku- og loftslagsráðuneytið hefur sett til kynningar í samráðsgátt stjórnvalda. Frumvarpsdrögin voru birt á samráðsgáttinni þann 4. mars sl. og var umsagnarfrestur veittur til 10. s.m.

Í frumvarpsdrögunum eru lagðar til tvær efnislegar breytingar á núgildandi lögum. Annars vegar er mælt fyrir um að á eftir 10. tölul. 3. gr. komi nýr töluliður, sem verður 11. töluliður, en hann verði svohljóðandi:

Neysluveita: Raflögn og rafbúnaður innan við stofnkassa eða búnað, sem gegnir hlutverki stofnkassa. Á einni heimtaug geta verið fleiri en ein neysluveita.

Þá er í öðru lagi mælt fyrir um að við 20. gr. bætist ný málsgrein svohljóðandi:

Stjórnvöldum skal heimilt að sjá til þess að þeir sem eru með virka neysluveitu hafi ávallt gildan raforkusölusamning við sölufyrirtæki. Ráðherra skal í reglugerð mæla fyrir um ráðstafanir í því skyni, þar á meðal um skyldur dreifiveitna, söluaðila og notenda sem og heimildir Orkustofnunar, þar á meðal heimildir til þess að tilnefna sölufyrirtæki til þrautavara.

Af greinargerð með fyrirbyggjandi frumvarpsdrögum er ljóst að um er að ræða viðbrögð stjórnvalda við úrskurði úrskurðarnefndar raforkumála, sem kveðinn var upp þann 17. febrúar sl., vegna tveggja kæra Orkusölunnar á ákvörðunum Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara, mál nr. 5/2021 og 9/2021, þar sem úrskurðarnefndin komst að þeirri niðurstöðu meðal annars að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1150/2019 ætti sér ekki fullnægjandi stoð í raforkulögum nr. 65/2003 og voru ákvarðanir stofnunarinnar um val á söluaðila til þrautavara felldar úr gildi.

Samhengisins vegna telur Orkusalan rétt að fara nokkrum orðum um aðdragandann að baki tilgreindum úrskurðum. Orkusalan hefur allt frá því félagið var upplýst um fyrstu ákvörðun Orkustofnunar um val á Íslenskri orkumiðlun ehf. („Íslensk orkumiðlun“) sem

söluaðili til þrautavara, sem byggði á leiðbeiningum stofnunarinnar um val á söluaðila til þrautavara, sem stofnunin setti með stoð í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, gert ítrekaðar og verulegar athugasemdir við lögmæti og efni núgildandi 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, sem og við leiðbeiningar og málsmeðferð Orkustofnunar í tengslum við setningu leiðbeininganna, svo og ákvarðanir sem teknar höfðu verið á grundvelli þeirra, áður en kom til framangreindra úrskurða. Orkustofnun hafði nýtt sér víðtækt svigrúm samkvæmt ákvæðinu og sett leiðbeiningar um val á söluaðila til þrautavara án þess að nokkur söluaðili raðforku fengi tækifæri til að koma að athugasemdum. Vegna þessa m.a. taldi Orkusalan ekki annan kost í stöðunni en að kæra umræddar ákvarðanir Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara og hafa þær allar verið felldar úr gildi af úrskurðarnefnd raðforkumála, sbr. úrskurði úrskurðarnefndar raðforkumála nr. 1/2020 og nr. 3/2020 og loks nr. 5/2021 og nr. 9/2021. Í tveimur síðastnefndu málunum komst úrskurðarnefnd raðforkumála að eftirfarandi niðurstöðu, í sameiginlegum úrskurði:

Fyrir liggur að leiðbeiningar Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara voru settar með stoð í reglugerð nr. 1150/2019 og eru því sértækar frekar en almennar leiðbeiningar í skilningi 3. mgr. 24. gr. raðforkulaga um starfsemi þeirra sem heyra undir lögin. Var ákvörðun Orkustofnunar tekin á grundvelli umræddrar reglugerðar þar sem m.a. er kveðið á um að Orkustofnun velji söluaðila til þrautavara, sbr. 5. mgr. 7. gr. hennar. Reglugerðin var sett með stoð í 3. mgr. 20. gr. raðforkulaga þar sem vald er framselt til ráðherra til að setja nánari reglur um ýmis atriði sem snúa að raðforkuviðskiptum. Er val á söluaðila til þrautavara ekki á meðal þess sem talið er í 3. mgr. 20. gr. Að mati úrskurðarnefndar er því ekki hægt að leggja þann skilning í 3. mgr. 20. gr. raðforkulaga að í henni felist samkvæmt orðanna hljóðan heimild eða skylda til að setja reglur sem kveða á um val á söluaðila til þrautavara. Í samræmi við lögmætisregluna skorti reglugerðarákvæðið sem hinar kærðu ákvarðanir byggðust á því fullnægjandi lagastoð. Þá fær nefndin heldur ekki séð að það fyrirkomulag um val á söluaðila til þrautavara sem komið var á með leiðbeiningum Orkustofnunar, og lagði grundvöll að hinum kærðu ákvörðunum, rúmist innan reglugerðarheimildar 3. mgr. 20. gr. raðforkulaga. Því ber að fella hinar kærðu ákvarðanir Orkustofnunar frá 31. mars 2021 og 1. október 2021 úr gildi.

Orkusalan vill einnig árétta, eins og fyrirkomulagið um val á sölufyrirtæki til þrautavara var sett upp í reglugerð nr. 1150/2019 og leiðbeiningum Orkustofnunar, að um er að ræða íþyngjandi ákvæði fyrir raðforkusala (fyrir utan þann sem er valinn), sem felur í sér umtalsvert inngrip á raðforkusölumarkaði og þ.a.l. atvinnufrelsi raðforkusala, enda m.a. verið að flytja notendur yfir á söluaðila til þrautavara í þeim tilvikum þegar notandi er með skráða neysluveitu hjá fleiri en einum söluaðila. Ber því að gera strangar kröfur til skýrleika lagaheimildarinnar sem liggur þar að baki. Í tilvikum þar sem um er að ræða

lagaheimild sem takmarkar atvinnufrelsi hefur Hæstiréttur mótað þá meginreglu að slík löggjöf verði að mæla fyrir um meginreglur, þar sem fram koma takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar, sem talin er nauðsynleg, sbr. *Hrd.* 1996, bls. 2956. Sambærileg sjónarmið hafa verið lögð til grundvallar þegar um er að ræða lagaheimild sem íþyngir borgurum, jafnvel þótt slíkt varði ekki stjórnarskrárvarin réttindi.

Orkusalan fagnar því vissulega að umhverfis-, orku og loftslagsráðuneytið skuli bregðast svo skjótt við fyrrnefndum úrskurði úrskurðarnefndar raforkumála í málum nr. 5/2021 og 9/2021. Að mati Orkusölunnar er þó ljóst, verði þetta niðurstaðan, þ.e. að rétt sé að innleiða fyrirkomulag um val á söluaðila til þrautavara, til að tryggja þeim aðilum sem ekki hafa valið sér söluaðila raforku, að nauðsynlegt sé að skýr afstaða sé tekin til þess í lögunum sjálfum hvert markmið fyrirkomulagsins er, þ. á m. hvert hlutverk og markmið slíks aðila á að vera í því sambandi, meginreglur um það hvernig val á slíkum aðila skuli fara fram og verðlagningu hans. Engar slíkar efnisreglur er hins vegar að finna í ákvæði 2. gr. frumvarpsdraganna eins og þau eru sett fram í fyrirbyggjandi drögum. Hugtakið söluaðili til þrautavara er t.a.m. hvergi skilgreint í lögunum og er tilgreiningin í 20. gr. raunar eini staðurinn í frumvarpsdrögnum þar sem minnst er á viðkomandi söluaðila til þrautavara. Hvergi er þannig mælt fyrir um markmið og hlutverk hans né verður ráðið af ákvæðinu á hvaða grundvelli sölufyrirtæki verður tilnefnt til þrautavara, til hversu langs tíma o.s.frv. Verður þannig ekki annað séð en að um of almenna og óljósa lagaheimild sé að ræða sem veitir stjórnvöldum alltof opna heimild til að tilnefna sölufyrirtæki til þrautavara án þess að fyrir liggi hvað í því felst, og þó ljóst sé að niðurstaðan muni óhjákvæmilega hafa umtalsverð áhrif á þá söluaðila sem starfa á markaðnum. Ákvæðið eins og það stendur í frumvarpsdrögnum eða almennar tilvísanir í greinargerð með frumvarpsdrögnum geti þannig ekki talist fullnægjandi lagastoð fyrir innleiðingu á fyrirkomulagi á vali á söluaðila til þrautavara.

Í þessu sambandi áréttar Orkusalan og tekur raunar heilshugar undir það sem kemur fram í almennum athugasemdum í greinargerð í frumvarpinu, um að markmið núverandi fyrirkomulags sem innleitt var með 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, hafi verið að gera neytendur meðvitaðari um rétt sinn til að velja sér raforkusala og að þeir nýti sér þann rétt í þeim tilgangi að auka samkeppni á smásölumarkaði. Skráning notanda á söluaðila til þrautavara átti að vera undantekningartilvik til að tryggja notendum raforku. Hins vegar sé ljóst, líkt og fram kemur í greinargerðinni, að markmið núverandi fyrirkomulags hafa ekki náðst og árangurinn því verið langt undir væntingum.

Ekkert bendir til þess að það fyrirkomulag um val á söluaðila til þrautavara, sem innleitt var með reglugerð nr. 1150/2019 og fyrrnefndum leiðbeiningum Orkustofnunar, án lagastoðar, hafi gert neytendur virkari, eða meðvitaðri, á raforkumarkaði, eða aukið eðlilega samkeppni á markaðnum;

- Reynt hafi þvert á móti verið sú að mun fleiri notendur hafi verið settir í viðskipti við söluaðila til þrautavara heldur en áætlað var. Lítil fækkun hefur verið í hópi þeirra sem skráðir eru á söluaðila til þrautavara á hverju viðmiðunartímabili samkvæmt upplýsingum frá Netorku og virðist lítið um að notendur færi sig af söluaðila til þrautavara þegar þeir hafa verið skráðir á hann.
- Verkefni söluaðila til þrautavara er í reynd ótímabundið miðað við núverandi fyrirkomulag. Enginn sérstakur samningur hefur verið gerður á milli söluaðila til þrautavara og viðkomandi notenda sem skráður er á hann, þó slíkur samningur sé forsenda almennra raforkuviðskipta söluaðila og notenda samkvæmt reglugerð nr. 1150/2019. Með fyrirkomulaginu fær sá söluaðili sem valinn er til þrautavara sjálfkrafa stóran hóp notenda í fangið án þess að viðkomandi notendur séu raunar meðvitaðir um að þeir hafi verið skráðir á söluaðila til þrautavara. Viðkomandi söluaðili heldur jafnframt í umrædd viðskipti áfram eftir að viðmiðunartímabilinu lýkur og um ókomin tíma nema notendurnir færi sig yfir á annan aðila að eigin frumkvæði. Getur þetta vart talist fullnægja framangreindu markmiði um að gera neytendur virkari og meðvitaðari um rétt sinn til að velja sér söluaðila og auka samkeppni á markaðnum.
- Einungis sá aðili sem valinn er söluaðili til þrautavara hverju sinni hefur upplýsingar um þá notendur sem skráðir eru á hann á viðmiðunartímabilinu. Er því ómögulegt fyrir aðra söluaðila að keppa um þennan hóp notenda við söluaðila til þrautavara þó það sé skýrt markmið fyrirkomulagsins að viðkomandi notendur velji sjálfir söluaðila. Það er óásættanleg niðurstaða að söluaðili til þrautavara hafi einn aðgang að þessum hópi raforkukaupanda til að semja við hann um framtíðarviðskipti.
- Þá telur Orkusalan að viðmiðið við val á söluaðila til þrautavara, sem útfært var nánar í leiðbeiningum Orkustofnunar með þeim hætti að það skuli taka mið af lágstum heildarkostnaði við ætlaða raforkunotkun heimila, en heildarkostnaður skuli reiknaður út frá sex mánaða meðalkostnaði á birtu raforkuverði til heimila, miðað við 4.500 kWst raforkunotkun á ári, sex mánuði í senn, hafi engan hvata í för með sér fyrir notendur til að velja sér söluaðila sjálft og auka þannig samkeppni á markaðnum, enda ljóst að sá söluaðili sem viðkomandi er settur á á að vera með lágsta raforkuverðið á þeim tímapunkti. Sú krafa hefur gert það að verkum að sá aðili sem hefur í öllum tilvikum verið valinn söluaðila til þrautavara hefur birt verð sem hafa verið þannig að þau eru ekki samkeppnishæf fyrir aðila á markaðnum, enda undir heildsöluverðum Landsvirkjunar. Því er rekstrarfyrirkomulagið þess eðlis að það gæti aldrei staðið undir sér til lengri tíma nema þessi aðili hafi aðgengi að raforku á töluvert lægra verði en heildsöluverði Landsvirkjunar sem eðlilega liggur ekki á lausu. Í þessu sambandi er rétt að geta þess að tilboð sem telst óeðlileg

lágð í opinberum innkaupum eru alla jafna skoðuð sérstaklega og geta leitt til höfnunar tilboðs ef sönnunargögn sem lögð eru fram skýra ekki með viðunandi hætti hið lága verð eða kostnað sem lagður er til, sbr. 81. gr. laga nr. 120/2016, um opinber innkaup. Veltir Orkusalan því upp hvers vegna önnur sjónarmið liggi til grundvallar hér en almennt í opinberum innkaupum.

- Því til viðbótar sé ljóst að viðkomandi aðili sem til þessa hefur verið valinn af Orkustofnun, á grundvelli leiðbeininga stofnunarinnar um val á söluaðila til þrautavara, (áður Íslensk orkumiðlun - nú N1 rafmagn ehf.), á grundvelli lægstu birtu meðalverða hans, seldi raforkuna til viðkomandi notenda sem skráðir voru á söluaðila til þrautavara á allt öðrum og hærri verðum en birt verð hans gáfu tilefni til. Eftir sem áður, í ljósi framsetningar leiðbeininga Orkustofnunar um að miða við birt verð, var viðkomandi aðili ítrekað valinn að nýju af hálfu Orkustofnunar sem söluaðili til þrautavara á grundvelli óbreyttra leiðbeininga Orkustofnunar og það þrátt fyrir ítrekaðar ábendingar um að innheimt verð gæti verið hærra en það verð sem lá til grundvallar á vali hans sem söluaðila til þrautavara.
- Að lokum telur Orkusalan rétt að árétt að núverandi fyrirkomulag hefur það óhjákvæmilega í för með sér að Orkustofnun er að úthluta takmörkuðum gæðum til eins samkeppnisaðila á markaði, án útboðs eða annars formlegs vals. Orkusalan telur mjög mikilvægt að það verði skoðað hvort ekki sé skynsamlegast að beita útboðsaðferðinni við þetta val og jafnframt hvort úthlutun umræddra gæða kunni jafnvel að vera útboðsskyld á grundvelli laga nr. 120/2016.

Með hliðsjón af öllu framangreindu telur Orkusalan það óásættanlegt að halda áfram með kerfi söluaðila til þrautavara í þeirri mynd sem nú er. Þá nægir heldur ekki að lappa upp á kerfi sem virkar ekki heldur verður að hugsa lausnina upp á nýtt frá grunni. Meginatriðið er að tryggja að notendur velji sér söluaðila á frjálsum samkeppnismarkaði sem þýðir að endanlega lausnin verður að felast í því að slíkt val fari raunverulega fram af hálfu notandans en honum sé ekki plantað á einhvern aðila sem stjórnvöld hafa valið um ókominn tíma.

Virðingarfyllt,
f.h. Orkusölunnar ehf.

Hólmfríður B. Sigurðardóttir
Hólmfríður Björk Sigurðardóttir lögfr.