



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 26/2013

um bráðabirgðaákvörðun um heimild Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. til framlengingar lánasamnings við Orkuveitu Reykjavíkur

I

Inngangur

Í máli þessu er fjallað um beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) þess efnis að Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) taki bráðabirgðaákvörðun er heimili félaginu að framlengja lánasamning félagsins við Orkuveitu Reykjavíkur (OR), sem að óbreyttu átti að gjaldfalla 1. nóvember 2013, þar til einum mánuði eftir að niðurstaða er fengin í máli því er varðar beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu í félaginu.

Málið tengist áðurgreindri beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu í félaginu, sem nánar tiltekið felst í því að PFS veiti samþykki sitt fyrir því að GR auki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem Orkuveita Reykjavíkur (OR) yrði greiðandi að. Ennfremur að eftirstöðvar lánsins yrðu á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar umræddrar hlutafjárukningar yrði því ekki um lánasamning milli GR og OR að ræða. Míla ehf. (Míla), sem nýtur aðildar að málinu samkvæmt ákvörðun PFS nr. 20/2013, leggst gegn umræddum áformum GR og telur að þau brjóti í bága við 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sem kveður á um að óheimilt sé að niðurgreiða samkeppnisrekstur á sviði fjarskipta af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Þann 25. október sl. kærði Míla til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála málsmeðferðarákvörðun PFS í máli því er varðar ofangreinda beiðni GR um hlutafjárukningu, dags. 14. október sl., þess efnis að tiltekna upplýsingar skyldu undanþegnar upplýsingarétti Mílu þar sem um trúnaðarupplýsingar væri að ræða. PFS hafði í hyggju að kveða upp efnislega ákvörðun í ofangreindu máli í lok október áður en umrætt lán myndi gjaldfalla. Sökum umræddrar kæru Mílu getur PFS ekki tekið endanlega ákvörðun í málinu fyrr en úrskurðarnefnd hefur kveðið úr um umrædda kæru og Míla eftir atvikum fengið að tjá sig um þau gögn sem nefndin kynni að veita aðgang að.

II Málavextir

2.1 Fréttatilkynning frá OR varðandi sölu á hlut í GR

Þann 24. júní 2013 birtist fréttatilkynning frá OR um söluferli GR. Fram kom að stjórn OR hefði ákveðið áfangaskiptingu og tímaramma varðandi sölu á 49% hlut í GR. Á tímabilinu júní til september 2013 yrði unnið að endurfjármögnun félagsins. Á tímabilinu ágúst til desember 2013 yrði unnið að undirbúningi sölu og að söluferlið sjálft yrði á tímabilinu janúar til mars 2014.

Eigendur OR hefðu í október 2012 ákveðið að selja 49% hlut í GR á markaði. Þáttur í undirbúningi söluvarðandi endurfjármögnun GR. Við stofnun GR, í ársbyrjun 2007, hefði OR lagt eignir til fyrirtækisins ásamt hlutdeild í skuldum OR með lánasamningi í erlendri mynt. Það lán hefði stökkbreyst árið 2008 og hefðu heildarskuldir GR numið rúmum 8 milljörðum um áramótin 2012/2013, sem gjaldfalla ættu á árinu 2013. Til samanburðar næmu heildareignir GR rúmum 11 milljörðum kr. og tekjur ársins 2012 hefðu numið 1,4 milljörðum kr. Stjórn OR hefði ákveðið, með fyrirvara um samþykki PFS, að breyta allt að 4 milljörðum lánsins í hlutafé gegn því að eftirstöðvarnar yrðu greiddar. GR myndi áfram leita á almennan lánsfjármarkað með fjármögnun. Með því væri dregið úr fjárhagslegum tengslum OR og GR áður en lengra yrði haldið í söluferlinu og lausafjárstaða OR myndi styrkjast.

2.2 Krafa Mílu um aðild að máli varðandi beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu

Með bréfi, dags. 2. júlí sl., barst PFS krafa Mílu um aðild að máli er varðaði fyrirhugaða afskrift lána GR, eins og Míla orðaði það. Míla teldi ljóst að gengju áformin eftir yrði um afskrift án endurgjalds að ræða, enda væri orðalag þess efnis að skuldum yrði breytt í hlutafé villandi þegar lánveitandinn væri þegar 100% eigandi GR. Það orkaði jafnframt tvímælis að heimila svo ríkar afskriftir lána og þar með samsvarandi lagfæringar á efnahagsreikningi GR á sama tíma og félagið stæði áfram í stórfelldum fjárfestingum í ljósleiðaraneti. Yrði fallist á umbeðnar afskriftir væri því ljóst að fjárfestingar síðustu ára hefðu verið fjármagnaðar með fé úr einkaleyfisverndaðri starfsemi OR. Slíkt væri að sjálfsögðu í andstöðu við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga og fyrri ákvarðanir PFS.

Míla teldi sig eiga beinna, einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta þegar stjórnvaldsákvörðun yrði tekin um hvort heimila ætti móðurfélagi helsta keppinauts Mílu að afskrifa svo verulegar fjárhæðir. Þannig teldi Míla sig eiga aðild að málinu á fyrra stjórnarsýslustigi og eftir atvikum jafnframt kærvaðild. Með vísan til þessa væri óskað eftir aðgangi að öllum gögnum málsins. Að sjálfsögðu væri ekki óskað eftir aðgangi að þeim hluta gagna málsins sem geymdu viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar.

2.3 Beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu

Með bréfi GR til PFS, dags. 20. ágúst sl., barst stofnuninni beiðni félagsins um samþykki fyrir hlutafjárukningu í GR sem OR yrði greiddandi að. Vísað væri til fyrri samskipta GR

og PFS vegna fjárhagslegs aðskilnaðar fjarskiptahluta OR frá annarri starfsemi fyrirtækjasamstæðunnar sem og ákvarðana stofnunarinnar í því sambandi. Í ákvörðunum PFS væri að finna tilmæli til félaganna í tengslum við fjárhagslegan aðskilnað og framkvæmd hans svo tryggja mætti að aðgerðir þeirra í því sambandi fengju samrýmst 36. gr. fjarskiptalaga. Með erindi þessu væri ætlunin að sýna fram á hvernig orðið væri við þeim, sér í lagi þeirri kröfu að GR þyrfti að fá fyrirfram samþykki stofnunarinnar fyrir hlutafjárukningu sem OR væri greiðandi að.

Fjallað hefði verið um ákvarðanir stjórnar OR um hlutafjárukningu í GR í fjölmiðlum og í kjölfarið hefði PFS beint fyrirspurn til GR um stöðu mála og minnt á þau skilyrði sem stofnunin hefði sett, m.a. um að fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningum. Auk þess hefði PFS upplýst félagið um að Míla hefði óskað eftir aðild að væntanlegu máli. GR hefði svarað því til að erindi þess efnis yrði sent PFS og að hlutafjárukning yrði ekki ákveðin á hluthafafundi í félaginu né tilkynnt til hlutafélagaskrár fyrr en stofnunin hefði veitt samþykki sitt. Fyrirliggjandi ákvarðanir PFS yrðu lagðar til grundvallar við framlagningu málsins.

Þá kom fram að GR ynni um þessar mundir að fjárhagsáætlun næsta árs ásamt árlegri endurskoðun á viðskiptaáætlun félagsins. Fyrirhugað væri að leggja þessar áætlanir fyrir stjórn GR þann 6. september nk. Erindi þetta hefði því ekki að geyma gögn er byggðu á umræddri viðskiptaáætlun heldur yrðu þau send PFS strax og áætlanirnar hefðu verið samþykktar í stjórn félagsins. Viðskiptaáætlunin myndi sýna vænta þróun ársreiknings félagsins og þar með afkomu þess og arðsemi. Þrátt fyrir að umrædd gögn vantaði í erindið væri það sent nú þannig að taka mætti ákvörðun sem fyrst um aðild Mílu.

PFS hefði áður fjallað um hlutafjárukningu í GR sem OR hefði verið greiðandi að, sbr. ákvarðanir nr. 14/2010 og 39/2010. Af þeim yrði ráðið að OR væri heimilt að auka hlutafé sitt í félaginu, enda byggðist hlutafjárukningin m.a. á samkeppnislegum forsendum og rúmaðist innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar. Þá þyrfti arðsemiskrafan að samræmast því sem tíðkaðist á meðal samanburðarfyrirtækja og nást innan eðlilegra tímamarka þrátt fyrir hlutafjárukninguna. Að auki þyrfti hlutafjárukningin að samræmast þeim viðskiptaáætlunum sem kynntar hefðu verið PFS, auk þess sem kröfur á hendur GR sem notaðar hefðu verið til að hækka hlutafé ættu ekki að vera uppsafnaðar viðskiptaskuldir á milli félaganna. Ennfremur að lánasamningar skyldu liggja að baki öllum þeim kröfum á hendur GR sem ætlunin væri að breyta í hlutafé.

Óskað væri eftir því að PFS veitti samþykki sitt fyrir því að GR yki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem OR yrði greiðandi að, enda kæmi þessi hlutafjárukning til lækkunar á láni GR við OR sem og að eftirstöðvar lánsins yrðu á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar hlutafjárukningarinnar yrði því ekki um lánasamning milli OR og GR að ræða og þar með hefði verið skorið á lánatengslin milli félaganna.

Umrædd skuld GR við OR, sem tilkomin væri vegna yfirfærslu eigna frá OR til GR við stofnun félagsins árið 2007, hefði skv. lánasamningi félaganna upphaflega verið að fjárhæð u.þ.b. 3,5 milljarðar kr. Lánið væri gengistryggt. Í kjölfar falls íslensku bankanna haustið 2008, og þess efnahagshruns sem því hefði fylgt, hefði gengi íslensku krónunnar

veikst verulega. Þessi veiking hefði að mestu fest sig í sessi og lánsfjárhæð lánsins í íslenskum krónum hefði hækkað verulega, með tilsvarendi gengistapi hjá GR. Staða lánsins skv. ársreikningi GR fyrir árið 2012 væri u.þ.b. 7 milljarðar kr. Hér væri augljóslega um forsendubrest að ræða þar sem þróun gengis krónunnar af völdum efnahagshrunsins væri með allt öðrum hætti en gera hefði mátt ráð fyrir. Mörg fyrirtæki, þ.m.t. fjarskiptafyrirtæki í samkeppni við GR, hefðu þurft að bregðast við slíkri stökkbreytingu skulda, svo sem með afskriftum lána eða umbreytingu skulda í hlutafé. Með þeirri hlutafjárukningu sem nú væri leitað heimildar fyrir væri gripið til nauðsynlegra aðgerða við endurskipulagningu á efnahagsreikningi félagsins m.t.t. áhrifa efnahagshrunsins á hann.

Til þessa hefði viðskiptaáætlun GR ekki falið í sér slíka endurskipulagningu á efnahagsreikningi, enda óvissa ríkt um gengisþróun. Með hlutafjárukningunni og endurfjármögnun eftirstöðva lánsins í íslenskum krónum hjá ótengdum aðila væri gengisáhættu félagsins eytt og myndi það koma fram í endurskoðaðri viðskiptaáætlun félagsins.

Hlutafjárukningin og tengdar aðgerðir uppfylltu þær kröfur sem gerðar væru til slíkra aðgerða og samræmdust því 36. gr. fjarskiptalaga og ákvörðunum PFS er vörðudu fjárhagslegan aðskilnað. Með fyrirhugaðri sölu færi hluti félagsins úr eigu OR, sem væri í eigu opinberra aðila, yfir í eigu annars aðila. Með slíkri eignarhaldsbreytingu væri leitast við að minnka hæði GR gagnvart móðurfélaginu. Það væri tvímælalaust í þágu samkeppni á fjarskiptamarkaði til lengri tíma litið að svo yrði. Í kjölfar hlutafjárukningarinnar næðist áfram viðunandi arðsemi af framlögðu eigin fé, innan eðlilegs tímafrests.

GR mótmælti kröfu Mílu um aðild. Í 2. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga væri kveðið á um að markmið laganna væri m.a. að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá væri í 36. gr. laganna fjallað um aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi félaga sem væri einn lykilþátta laganna í að tryggja að því markmiði yrði náð. Gripið væri til fyrirhugaðrar hlutafjárukningar í GR vegna fyrirætlana OR um sölu á tæplega helmingshlut í félaginu og vegna gengistapsins í kjölfar bankahrunsins. Væri ætlunin þannig að koma félaginu að hluta til í eigu annars aðila. Jákvæð niðurstaða PFS myndi ekki raska samkeppni á markaði heldur þvert á móti efla hana og tryggja til lengri tíma litið. Slík niðurstaða myndi ekki leiða til ólögmeðs ástands á markaði sem raska myndi hagsmunum þeim sem fjarskiptalögum væri ætlað að tryggja.

2.4 Bréf PFS til GR

Með bréfi PFS til GR, dags. 22. ágúst sl., kom m.a. fram að áður en leyst yrði efnislega úr beiðni GR yrði að leysa úr kröfu Mílu um aðild og var félaginu veitt færi á að tjá sig um umrædda aðildarkröfu.

2.5 Svar GR við aðildarkröfu Mílu

Með bréfi GR til PFS, dags. 27. ágúst 2013, bárust viðbrögð félagsins við aðildarkröfu Mílu. GR ítrekaði þá kröfu sína að aðild Mílu að málinu yrði hafnað. Míla hefði ekki

tilgreint í hverju hinir verulegu hagsmunir fælust sem skertir yrðu féllist PFS á beiðni GR. Þá væri í máli Mílu að finna tilhæfulausar fullyrðingar um að verið væri að afskrifa lán GR hjá móðurfélaginu.

2.6 Bréf PFS til Mílu

Í bréfi PFS til Mílu, dags. 28. ágúst sl., var félaginu veitt færi á að tjá sig um framangreint svarbréf GR frá 27. ágúst sl. og rökstyðja frekar kröfu sína um aðild að umræddu máli.

2.7 Svar Mílu við athugasemdum GR

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 11. september sl., bárust viðbrögð Mílu við framangreindum athugasemdum GR. Fram kom að markaðurinn fyrir ljósleiðaratengingar á suðvesturhorni landsins væri tvíkeppnismarkaður og þar væri Míla eini keppinautur GR á markaði fyrir lagningu ljósleiðara. Í því ljósi þyrfti því ekki að vera um að ræða rannsókn PFS á meintum brotum GR á markaði til að aðild Mílu yrði viðurkennd.

Skuldbreyting á allt að fjórum milljörðum af láni OR til GR í hlutafé myndi í raun vera í andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga og þar með fela í sér brot á lögum. Þess vegna mætti með réttu halda því fram að PFS fjallaði um áformað brot GR gegn umræddri lagagrein, sem þó yrði ekki fullframið nema með samþykki PFS. Ef GR gæti ekki staðið undir láni sem veitt væri á „markaðslegum forsendum“ án þess að fá því láni breytt í hlutafé, staði reksturinn greinilega ekki undir lánnum. Það að OR breytti láninu þá í hlutafé gæti ekki verið annað en brot á umræddu lagaákvæði. Um rökstuðning fyrir þessu mætti vísa til forsendna PFS í ákvörðun um fjárhagslegan aðskilnað frá 13. nóvember 2006.

Fyrir lægi að umrædd skuldbreyting/afskrift yrði einmitt gerð í tengslum við endurfjármögnun á lánsfjárbörf GR. Því yrði ekki betur séð en PFS hefði þegar tjáð sig um að slíku mætti jafna við niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi. Slík niðurgreiðsla gæti eingöngu komið úr einkaleyfisþætti OR og því í beinni andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga. Hér bæri einnig að líta til ákvörðunar PFS nr. 25/2010, þar sem PFS komst að þeirri niðurstöðu að GR væri óheimilt að sleppa því að greiða vexti af lánnum frá OR á lánstíma lánsins. Hefði tiltekið ákvæði í lánasamningi GR og viðskiptabanka félagsins verið talið brjóta í bága við ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 og ákvörðun nr. 32/2008. Þar af leiðandi hefði PFS talið ofangreint samningsákvæði einnig brjóta gegn ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga, þar sem um óeðlilega niðurgreiðslu væri að ræða frá einkaleyfisstarfsemi OR til GR.

Að mati PFS hefði tilhögun fjármögnunar GR með lánasamningum við OR verið grundvallaratriði varðandi það markmið 36. gr. fjarskiptalaga að tryggja fjárhagslegan aðskilnað milli félaganna. Hefði PFS litið þá háttsemi alvarlegum augum að ekki væri farið að skýrum fyrirmælum PFS og hefði málið verið þess eðlis að til greina hefði komið að beita fyrirtækið stjórnvaldssekt ef slík heimild hefði verið fyrir hendi. Hin fyrirbyggjandi beiðni um skuldbreytingu/afskrift væri augljóslega mun viðurhlutameiri aðgerð en það brot GR að sleppa greiðslu vaxta til OR. Yrði það í meira lagi mótsagnarkennt ef PFS féllist á umrædda skuldbreytingu/afskrift í ljósi þess að

niðurfelling vaxtagreiðslna, sem næmi væntanlega broti af höfuðstólsfjárhæðinni, hefði verið talið alvarlegt brot og henni hafnað.

Hinir verulegu, einstaklegu og lögvörðu hagsmunir Mílu lögju nánast í hlutarins eðli. Rekstur grunnets í fjarskiptum væri einfaldlega svið viðskipta þar sem miklar fjárfestingar þyrfti til að geta stundað reksturinn. Á tvíkeppnismarkaði þeim sem hér um ræddi leiddi hin stórkostlega skuldbreyting/afskrift óhjákvæmilega til röskunar á samkeppnishagsmunum þess eina keppinauts sem væri til staðar. Míla þyrfti að leggja í fjárfestingar á forsendum einkafjárfestis sem ekki gæti sótt í djúpa vasa annars aðila innan samstæðu sem starfaði í skjóli einkaleyfis eða opinberrar verndar. Gengju áform OR/GR eftir, mætti leiða af fyrri ákvörðunum PFS að jafna mætti þeim til niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi í andstöðu við 36. gr. Einsýnt væri að afskrifa þyrfti fjárfestingu Mílu í grunnetum fjarskipta mun hraðar en ella auk þess sem öll nýfjárfesting yrði mun áhættusamari.

Míla hefði undir höndum ársreikning GR vegna reikningsársins 2012. Þar segði orðrétt:

„Lögd hefur verið fram tillaga í stjórn GR þess efnis að óskað verði eftir framlengingu á lánstíma láns félagsins hjá Orkuveitu Reykjavíkur, eins og ráð var fyrir gert við síðustu framlengingu þess. Sú framlenging er háð samþykki Póst- og fjarskiptastofnunar. Viðskiptabanki félagsins hefur gefið GR viljayfirlýsingu þess efnis að bankinn sé tilbúinn að framlengja lánstíma láns félagsins hjá bankanum þegar lán félagsins hjá Orkuveitu Reykjavíkur hefur verið framlengt. Er það mat stjórnenda félagsins að áform um framlengingu gangi eftir.“

Með vísan til þessa mats stjórnenda GR fengi Míla ekki séð þörf á umræddri afskrift þegar GR væri í lófa lagið að framlengja lán sitt hjá viðskiptabanka félagsins.

2.8 Bréf PFS til GR

Með bréfi PFS til GR, dags. 12. september sl., veitti stofnunin félaginu færi á að tjá sig um framangreint svarbréf Mílu og koma að frekari rökstuðningi fyrir þeirri kröfu að hafna bæri aðildarkröfu Mílu.

2.9 Svar GR til PFS

Með bréfi GR til PFS, dags. 17. september sl., bárust stofnuninni viðbrögð félagsins við framangreindum röksendum Mílu fyrir aðild. GR ítrekaði þá kröfu að kröfu Mílu yrði hafnað og áréttaði þau rök sem félagið hefði fært fram því til stuðnings á fyrri stigum.

Míla hefði ekki fært sannfærandi rök fyrir þeim lögvörðu hagsmunum sem fyrirtækið teldi vera skerta færi svo að PFS veitti GR heimild til hlutafjárukningar. Míla héldi því fram að hlutafjárukningin myndi leiða til aukinnar virðisrýrnunar á grunneti Mílu og aukinnar áhættu varðandi nýfjárfestingar. Sömu rök hefðu komið fram í málalíbúnaði Símans á árinu 2006, sem endað hefði með umræddum úrskurði úrskurðarnefndar nr. 8/2006. Frá þeim tíma hefði Míla engu að síður farið út í miklar fjárfestingar við uppbyggingu VDSL kerfis sem væri í harðari samkeppni við ljósleiðara GR en ADSL kerfið sem áður var. Verðmæti eigna Mílu ætti nú þegar að taka mið af þeirri

uppbyggingu sem átt hefði sér stað á ljósleiðarakerfi GR. Nýleg markaðsgreining PFS sýndi að hlutdeild Mílu á heimtaugarmarkaði (markaður 4) væri nú um 87% á meðan hlutdeild GR væri 12%. Því væri um virka samkeppni að ræða og myndi fyrirhuguð hlutafjár aukning sem slík ekki breyta neinu þar um, enda við því að búast að markaðshlutdeild GR ykist enn frekar.

2.10 Ákvörðun PFS nr. 20/2013 um aðild Mílu

Með ákvörðun PFS nr. 20/2013, frá 10. október sl., komst PFS að þeirri niðurstöðu að Míla skyldi eiga aðild að málinu, þar sem ljóst væri að félagið ætti sérstaklega, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta, sem beint myndi reyna á við endanlega úrlausn málsins.

2.11 Málsmeðferðarákvörðun PFS um takmörkun á afhendingu gagna til Mílu

Þann 14. október sl. tók PFS þá málsmeðferðarákvörðun að takmarka aðgang Mílu að tilteknum upplýsingum í málinu, en GR hafði með tölvupósti, dags. 11. október sl., lýst því yfir að félagið myndi una ofangreindri ákvörðun PFS um aðild Mílu að málinu. Þann sama dag afhenti PFS Mílu þau gögn málsins sem félagið hafði ekki þegar fengið aðgang að, að undanskildum umræddum trúnaðarupplýsingum. Fram kom að Míla hefði 14 daga til að kæra umrædda málsmeðferðarákvörðun í samræmi við 2. mgr. 19. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Ennfremur veitti PFS Mílu færi á að tjá sig efnislega um umrædda beiðni GR um samþykki PFS fyrir umræddri hlutafjár aukningu innan sama tímafrests.

2.12 Tölvupóstur PFS til GR varðandi sjóðsstreymisgreiningu

Með tölvupósti, dags. 14. október sl., óskaði PFS eftir því að GR athenti stofnuninni sjóðsstreymisgreiningu þar sem frjálst sjóðsstreymi GR skv. viðskiptalíkaninu (á líftíma þess) yrði núvirt með vegnum fjármagnskostnaði (WACC).

2.13 Svar GR við tölvupósti PFS um sjóðsstreymisgreiningu

Með tölvupósti GR til PFS, dags. 14. október sl., barst stofnuninni umrædd sjóðsstreymisgreining.

2.14 Bréf Mílu til PFS varðandi kæru málsmeðferðarákvörðunar PFS um takmörkun á afhendingu gagna

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 25. október sl., tilkynnti félagið að það hefði þann sama dag kært framangreinda málsmeðferðarákvörðun PFS um takmörkun á afhendingu gagna, dags. 14. október sl., til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Eins og fram kæmi í ákvörðun PFS frá 11. desember 2006, um aðgang Símans að málgögnum, yrði að teljast meðal brýnustu hagsmuna málsaðila að eiga þess kost að kynna sér skjöl og önnur gögn sem ákvörðun í stjórnarsýslumáli væri byggð á. Réttur málsaðila til aðgangs að upplýsingum stjórnarsýslumáls væri tryggður í 15. gr. stjórnarsýslulaga og tengdist náíð rétti hans til þess að tjá sig um efni máls áður en

stjórnvaldsákvörðun yrði tekin, sbr. andmælaréttarreglu 13. gr sömu laga. Saman þjónuðu þessar reglur þeim tilgangi að stuðla að því að ákvarðanir stjórnvalda væru teknar á sanngjörnum og réttum grundvelli, auk þess sem upplýsingarétturinn væri mikilvægur út frá sjónarmiðum um gegnsæi stjórnsýslunnar.

Vegna ofangreindra tengsla milli reglunnar um aðgang að gögnum og andmælareglunnar, myndi Míla ekki tjá sig efnislega um beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjánhækkun í GR fyrr en innan hæfilegs frests eftir að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefði úrskurðað um fyrrgreinda kæru Mílu.

Athygli PFS væri vakin á því að samkvæmt athugasemdum í greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnsýslulögum, nánar tiltekið með 19. gr., yrði PFS að bíða með að taka efnisákvörðun þar til niðurstaða lægi fyrir í kærumálinu. Þegar niðurstaða í kærumálinu lægi fyrir bæri PFS að gefa Mílu raunhæfan kost á að nýta andmælarétt sinn. Í þessari skyldu fælist m.a. að veita skyldi Mílu hæfilegan frest, eftir atvikum í framhaldi af því að ríkari aðgangur að gögnun kynni að vera veittur. Í þessari skyldu fælist jafnframt að stofnunin yrði að gefa sér ráðrúm til að kynna GR framkomin efnisleg andmæli, sem og tíma til að leggja efnislegt mat á framkomnar athugasemdir beggja aðila. Að virtum þeim hagsmunum sem um ræddi samræmdist sú fyrirætlan PFS, sem fram hefði komið í hinni kærðu málsmeðferðarákvörðun að ætla sér tvo til þrjá virka daga til að leggja efnislegt mat á andmæli Mílu, ekki sjónarmiðum um skyldu stjórnvalda til að veita aðilum raunhæfan kost á að nýta andmælarétt sinn.

2.15 Kæra Mílu á málsmeðferðarákvörðun PFS varðandi takmörkun á afhendingu gagna

Þann 25. október sl. barst PFS afrit af bréfi Mílu til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, dags. sama dag, er hafði að geyma kæru félagsins á framangreindri málsmeðferðarákvörðun PFS, dags. 14. október sl., varðandi takmörkun á afhendingu gagna til Mílu.

Fram kom að af hálfu kæranda væri þess krafist að hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi að hluta til. Nánar tiltekið væri þess krafist:

1. Að ákvörðun um takmörkun aðgangs að upplýsingum sem strikaðar hefðu verið út í bréfi GR, dags. 17. september 2013, sbr. einnig bréf GR, dags. 11. október 2013, yrði felld úr gildi.
2. Að ákvörðun um að takmarka í heild sinni aðgang að viðskiptalíkani GR, útg. 5.11 frá september 2013, yrði felld út gildi að hluta til og lagt fyrir PFS að veita aðgang að niðurstöðum líkansins.
3. Að ákvörðun um takmörkun á aðgangi að upplýsingum sem settar hefðu verið í hornklofa í minnisblaði Fjár- og áhættustýringar OR, dags. 4. september 2013, yrði felld úr gildi.

Fyrsta málsástæða Mílu væri sú að skýra bæri heimild til að takmarka aðgang aðila að gögnum máls á grundvelli 17. gr. stjórnsýslulaga þröngri lögskýringu, sbr. ummæli í

greinargerð með frumvarpi til laganna og fyrri fordæma fjarskiptayfirvalda, sbr. t.d. úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 15/2006 frá 27. ágúst 2007 í máli OR gegn Símanum.

Í öðru lagi gætu aðilar máls ekki fjarlægt lögbundið mat stjórnvalda með merkingu skjala, auk þess sem að í málatilbúnaði GR hefði ekki verið að finna nákvæma útlistun á þeim hagsmunum sem félagið teldi vera stofnað í hættu með aðgangi að þeim gögnum sem um ræddi í málinu. Vísaðist að nýt til framangreinds úrskurðar úrskurðarnefndar nr. 15/2006.

Í þriðja lagi leiddi það oftast til þess íþyngjandi ákvarðanir yrðu taldar ógildanlegar þegar lög mæltu fyrir um samhliða rökstuðning og ákvörðun hefði ekki verið rökstudd eða rökstuðningur hefði verið haldinn verulegum annmarka.

Í fjórða lagi ætti aðili máls rétt á að fá útdrátt úr skjali, ef það væri að öllu leyti undanþegið aðgangi máls, eða að fá að vita niðurstöðu þess ef til greina kæmi að byggja á því.

Í fimmta lagi hefði verið brotið á jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga þegar einungis væri veittur trúnaður um niðurstöðutölu ávöxtunarkröfu og forsendur hennar þegar helsti keppinautur Mílu ætti í hlut. Slíkur efnisannmarki leiddi yfirleitt til þess að ákvörðun teldist ógildanleg.

2.16 Ósk GR um bráðabirgðaákvörðun um samþykki PFS fyrir framlengingu lánasamnings GR og OR

Með bréfi GR til PFS, dags. 28. október sl., barst stofnuninni ósk GR um samþykki stofnunarinnar á þeim áformum GR og OR að framlengja lánasamning þann sem gerður hefði verið á milli félaganna við stofnun GR árið 2007 og gildi til 1. nóvember 2013. Fyrirhugað væri að framlengja lánasamninginn þar til einum mánuði eftir að efnisleg niðurstaða væri fengin í málinu. Um væri að ræða sömu lánsfjárhæð, lánskjör og aðra skilmála og fram kæmu í lánasamningnum og viðaukum hans.

Fram kom að Míla hefði kært málsmeðferðarákvörðun PFS í umræddu máli til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Í ljósi þeirrar tafar sem kæran myndi hafa á efnislega niðurstöðu í málinu óskaði GR, með vísan til 11. gr. laga nr. 69/2013 um Póst- og fjarskiptastofnun, því eftir ákvörðun PFS um tímabundna framlengingu á lánsamningi GR og OR.

2.17 Tölvupóstur PFS til Mílu

Með tölvupósti PFS til lögmanns Mílu, dags. 28. október sl., veitti stofnunin félaginu færi á að tjá sig um framkomna kröfu GR um bráðabirgðaákvörðun. Svarfrestur var veittur til hádegis 30. október sl.

2.18 Bréf úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála til PFS

Með bréfi úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála til PFS, dags. 29. október sl., veitti nefndin stofnuninni færi á að tjá sig um framkomna kæru Mílu frá 25. október sl. Svarfrestur var veittur til 5. nóvember 2013.

2.19 Svar Mílu til PFS varðandi beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 30. október sl., bárust viðbrögð félagsins við beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun. Fram kom að telja yrði að sá sem krefðist bráðabirgðaákvörðunar bæri sönnunarbyrði fyrir því að lagaskilyrðum hennar væri fullnægt, þ.e. að dráttur á úrskurði ylli því að hætta væri á að réttindi aðila máls færu forgörðum eða hann yrði fyrir verulegu fjártjóni. Í bréfi GR frá 28. október sl. væri í engu rökstutt að hvaða leyti þessum lagaskilyrðum 11. gr. laga nr. 69/2003 væri fullnægt. Einungis kæmi fram að í ljósi þeirra tafa sem yrðu á efnishluta málsins óskaði GR, með vísan til 11. gr., eftir ákvörðun PFS varðandi tímabundna framlengingu á lánasamningi GR og OR.

Eins og á stæði hefði Míla því engar forsendur til að veita umsögn um framkomna kröfu GR. Þannig hefði ekki verið útskýrt að hvaða leyti réttindi færu mögulega forgörðum eða með hvaða hætti Orkuveitusamstæðan yrði fyrir fjártjóni ef til gjaldfellingar lánsins kæmi. Þar sem um lán innan samstæðu væri að ræða hlyti að teljast eðlilegt að GR rökstyddi með hvaða hætti samstæðan skaðaðist ef til gjaldfellingar lánsins kæmi. Því færi Míla fram á að PFS óskaði eftir rökstuðningi GR fyrir kröfu um framlengingu lánsins. Einungis að fengnum slíkum rökstuðningi myndi Míla hafa forsendur til að tjá sig um framkomna kröfu um bráðabirgðaákvörðun og nýta með raunhæfum hætti andmælarétt sinn hvað þetta varðaði.

2.20 Tölvupóstur PFS til GR

Með tölvupósti PFS til GR, dags. 30. október sl., framsendi stofnunin félaginu framangreinda afstöðu Mílu til beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun og veitti félaginu færi á að tjá sig um hana og færa fram rökstuðning fyrir umræddri beiðni sinni, þ.e. að sýna fram á að skilyrði umræddrar 11. gr. laga nr. 69/2003 væru uppfyllt um að hætta væri á því að réttindi félagsins færu forgörðum eða það yrði fyrir verulegu fjártjóni ef dráttur yrði á úrskurði.

2.21 Rökstuðningur GR fyrir beiðni um bráðabirgðaákvörðun

Með bréfi GR til PFS, dags. 30. október sl., barst stofnuninni rökstuðningur félagsins. Fram kom að eins og alkunna væri í viðskiptum reiknuðust dráttarvextir á gjaldfallnar skuldir. Slíkt ætti einnig við ef vanskil yrðu á skuld GR við OR skv. lánasamningi félaganna. Dráttarvextir á dag yrðu [...] ¹ kr.

Það væri ljóst að GR yrði fyrir verulegum fjárhagslegum skaða ef umrætt lán færi í vanskil. Að því sögðu væri fullnægt því skilyrði sem fram kæmi í 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, þ.e. að stofnuninni væri heimilt að taka

¹ Fellt brott vegna trúnaðar. Það sama á við um hornklofa í framhaldinu.

bráðabirgðaákvörðun enda væri hætta á því að dráttur á ákvörðun ylli því að aðili yrði fyrir verulegu fjártjóni.

2.22 Tölvupóstur PFS til Mílu

Með tölvupósti PFS til Mílu, dags. 30. október sl., var Mílu veitt færi á að tjá sig um framkominn rökstuðning GR.

2.23 Athugasemdir Mílu um rökstuðning GR fyrir beiðni um bráðabirgðaákvörðun

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 31. október sl., bárust athugasemdir félagsins um rökstuðning GR fyrir beiðni um bráðabirgðaákvörðun. Míla lagðist gegn því að PFS féllist á töku umræddrar bráðabirgðaákvörðunar.

Í fyrsta lagi væri ákvæði 11. gr. laga nr. 69/2003 undantekning frá meginreglunni um hefðbundna málsmeðferð. Slíkar undanþágur bæri samkvæmt viðurkenndum lögskýringaraðferðum að skýra þröngt og einungis beita í sérstökum undantekningartilvikum. Þess utan kæmi fram í greinargerð með umræddri lagagrein að greinin væri hliðstæð ákvæði gildandi laga um bráðabirgðaákvæðanir, en þó væru skilyrði þess að bráðabirgðaákvörðun væri tekin hert nokkuð þannig að verulegir hagsmunir þyrftu að vera í húfi svo beita mætti ákvæðinu.

Í öðru lagi fengist með engu móti séð að nokkurt raunverulegt tjón hlytist af mögulegum dráttarvaxtagreiðslum GR til OR í ljósi þess að um lán innan samstæðu væri að ræða. Vaxtagjöld GR yrðu vaxtatekjur OR og nettuðust því út á samstæðugrundvelli. Þegar af þessari ástæðu bæri að hafna beiðni um framlengingu lánsins og í raun óþarft að rökstyðja það frekar.

Í þriðja lagi skyldi þó rökræðunnar vegna á það bent að fjárútlát GR vegna dráttarvaxtagreiðslna gætu allt að einu aldrei talist svo verulegir hagsmunir að skilyrði umræddrar lagagreinar teldust uppfyllt. Þannig myndu dráttarvaxtagreiðslur af 7 milljarða kr. höfuðstól í um fjögurra mánaða skeið samtals nema um 303 milljónum kr. miðað við núverandi dráttarvexti. Til samanburðar hefði GR á undanförunum árum fjórum árum fjárfest fyrir tæpa 4 milljarða kr. í gagnaflutningskerfum félagsins. Dráttarvaxtagreiðslurnar myndu því nema u.þ.b. 4,3% af þeirri fjárhæð. Gætu það vart talist verulegir hagsmunir í skilningi umræddrar lagagreinar, sér í lagi í ljósi athugasemda um hert skilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvæðana.

Í fjórða lagi hefði gjalddagi lánasamnings OR og GR verið kunnur í um 18 mánaða skeið, eða allt frá því að PFS heimilaði síðast framlengingu lánsins. Það væri því ekki dráttur á efnislegri ákvörðun PFS sem orsakaði þá stöðu sem uppi væri, heldur sú staðreynd að ekki hefði verið farið fram á framlengingu lánasamningsins fyrr en með bréfi GR, dags. 28. október sl., eða þremur dögum fyrir umræddan gjalddaga. Væri eðlilegt að GR bæri halla af þessu, enda hefði félaginu verið í lófa lagið að senda erindið mun fyrr. Þannig kæmi t.d. fram í ársreikningi GR vegna rekstrarársins 2012 að lögð hefði verið fram tillaga í stjórn GR þess efnis að óskað yrði eftir framlengingu á lánstíma láns félagsins hjá OR, eins og gert hefði verið ráð fyrir við síðustu framlengingu þess. Ennfremur að sú

framlenging væri háð samþykki PFS og að viðskiptabanki félagsins hefði gefið GR viljayfirlýsingu þess efnis að bankinn væri tilbúinn að framlengja lánstíma láns félagsins hjá bankanum þegar lán félagsins hjá OR hefði verið framlengt. Væri það mat stjórnenda GR að áform um framlengingu myndu ganga eftir.

Samkvæmt ofansögðu hefði verið gert ráð fyrir framlengingu lánsins þegar við síðustu framlengingu, þ.e. fyrir 18 mánuðum. Jafnframt væri ljóst að stjórn félagsins hefði áritað ársreikninginn þann 14. mars 2013. Þá þegar hefði legið fyrir tillaga í stjórn félagsins þess efnis að óskað yrði eftir framlengingu á lánstíma lánsins og einnig væri ljóst að sú framlenging væri háð samþykki PFS. Ef sótt hefði verið um framlenginguna án ástæðulauss dráttar í mars sl. eða fyrr væri efnismeðferð PFS nú lokið, en skv. 9. gr. laga nr. 69/2003 bæri stofnuninni að jafnaði að ljúka efnismeðferð innan fjögurra mánaða nema sérstaklega standi á.

Réði engum úrslitum að Míla hefði nýtt sér aðilastöðu í máli því sem varðaði beiðni um samþykki fyrir hlutafjánhækkun og stórfelldri afskrift lánsins, enda yrði félög almennt að sæta því að keppinautar á markaði nýttu sér lögvarin réttindi sín. Beiðni GR um samþykki fyrir hlutafjánhækkun væri auk þess sama annmarka háð og fyrirbyggjandi beiðni um bráðabirgðaákvörðun, þ.e. allt of seint fram komin. Þannig hefði PFS ekki borist umrædd beiðni fyrr en 20. ágúst sl. í kjölfar eftirreksturs PFS. Í reynd hefði það erindi verið algjörlega ófullburða, enda hefði PFS borist nánari útfærsla þess þann 17. september sl. Þá hefði enn vantað upplýsingar frá GR um sjóðstreymisgreiningu út frá viðskiptalíkani sem hefði síðan borist fyrr en 14. október sl. Af þessu mætti ráða að beiðni um heimild til hlutafjánhækkunar hefði ekki verið fullgerð fyrr en um miðjan október.

GR hefði með einföldu móti getað afstýrt hinni meintu fjártjónshættu með því að bera up erindi sín án ástæðulauss dráttar. Samkvæmt framansögðu væri uppi sú fáheyrða staða að stjórnendur GR krefðust nú bráðabirgðaákvörðunar til að bæta fyrir eigið athafnaleysi. Einsýnt væri að tilgangur með heimild til handa PFS til töku bráðabirgðaákvörðunar væri ekki sá að stofnunin hlutaðist til um atvik sem aðilinn sem krefðist bráðabirgðaákvörðunar hefði fullt forræði á. Því teldi Míla að hafna bæri fyrirbyggjandi kröfu um bráðabirgðaákvörðun, enda væri alkunna í viðskiptum að greiða bæri dráttarvexti á gjaldfallnar skuldir, svo notað væri orðalag GR.

III

Úrlausnir PFS er varða OR/GR og önnur gögn er máli skipta

3.1 Ákvörðun PFS um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi OR frá 13. nóvember 2006

Ákvörðunin laut að þeim aðgerðum sem OR bæri að grípa til í þeim tilgangi að fullnægja skilyrðum 36. gr. fjarskiptalaga og koma þannig í veg fyrir að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Niðurstaða PFS var sú að OR hefði með aðgerðum sínum að verulegu leyti uppfyllt kröfur stofnunarinnar um fjárhagslegan aðskilnað. Það ætti m.a. við um gerð stofnefnahagsreiknings Gagnaveitunnar og færslu skulda til hennar,

sem til væru komnar vegna uppbyggingar á fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins, enda bæru þær skuldir eðlilega markaðsvexti. Framkvæmd OR væri þó að mati stofnunarinnar ábótavant varðandi nokkur atriði, m.a. um lánsfjárförf Gagnaveitunnar, markaðsvexti og veðsetningar.

Sérstakt álitamál væri hvort áform OR um að fjármagna framtíðar lánsfjárförf Gagnaveitunnar fengju samrýmist 36. gr. fjarskiptalaga. Fyrirkomulag sem fæli í sér svo náð og viðvarandi samband milli eininga yrði að telja umfram það sem almennt tíðkaðist á milli óskyldra aðila. Í úrskurðum samkeppnisyfirvalda væri mælt fyrir um að það svið sem væri fjárhagslega aðskilið frá annarri starfsemi mætti einungis skulda öðrum sviðum lán vegna yfirtöku eigna í upphafi svo og lán vegna eðlilegra viðskipta (t.d. skuldir vegna veittrar þjónustu) eftir það. Skilyrðið væri sett til að koma í veg fyrir að sviðið sem væri fjárhagslega aðskilið fengi lán á óeðlilega lágum vöxtum eða kjörum sem stæðu samkeppnisáðilum almennt ekki til boða. Væri þá horft til atriða sem aðilar gætu samið um sín á milli, eins og afborgunarskilmála, lánstíma, mögulegra skuldbreytinga og afskrifta. Samkomulag um slík atriði í lánasamningum milli eininganna gæti falið í sér óeðlilegan aðstöðumun sem jafna mætti við niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi félagsins. Eðlilegt væri að hafa slík sjónarmið í huga að því er varðaði áform OR um að fjármagna lánsfjárförf Gagnaveitunnar. Varðandi þennan þátt málsins yrði hins vegar ekki horft framhjá því að Gagnaveitan væri ekki sérstakur lögaðili með eigin kennitölu og að ekki væri af hálfu PFS gerð krafa um að svo væri. Með slíku fyrirkomulagi væri ljóst að OR þyrfti að hafa milligöngu um allar lántökur Gagnaveitunnar.

Að ofangreindu virtu gæti PFS fallist á að OR hefði milligöngu um lántökur Gagnaveitunnar frá þriðja aðila. Mestu máli skipti að búið yrði þannig um hnútana að Gagnaveitan nyti ekki aðstöðumunar umfram samkeppnisáðila sína að því er varðaði vaxta- og lánakjör. Því væri það skilyrði fyrir slíku fyrirkomulagi að OR endurlánaði Gagnaveitunni á sömu vaxtakjörum og ætla mætti að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði og að sérstakir lánasamningar yrðu gerðir milli eininganna í samræmi við þá skilmála sem almennt giltu á markaði, t.d. um afborganir, lánstíma, mögulega skuldbreytingu og afskriftir. Auk þess var það niðurstaða PFS að OR væri óheimilt að setja aðrar eignir að veði fyrir lánnum sem tekin yrðu vegna fjarskiptastarfsemi en þær sem tilheyrðu þeirri starfsemi.

PFS féll hins vegar frá því að ákvarða tiltekna arðsemiskröfu á fjarskiptastarfsemina og lagði fyrir OR að taka sérstaka ákvörðun um hana innan tilskilins frests, m.t.t. samkeppnissjónarmiða og þess sem almennt tíðkaðist á fjarskiptamarkaði. OR bæri að tiltaka hvenær ráðgert væri að arðsemiskröfunni yrði náð og gera PFS grein fyrir forsendum hennar. Ekki væri eðlilegt að gera sömu arðsemiskröfu til fjárfestinga í fjarskiptastarfsemi OR og í öðrum veituframkvæmdum. Fjárfesting í fjarskiptaneti væri miklu áhættusamari en fjárfesting í rafmagni, hita eða köldu vatni, auk þess sem samkeppnin væri mun meiri á fjarskiptasviðinu. Það væri því álit stofnunarinnar að ef OR tæki ekki tillit til þessara aðstæðna á fjarskiptamarkaði væri fyrirtækið í reynd að greiða niður samkeppnisrekstur á þessu sviði.

3.2 Lánasamningur OR og GR, dags. 8. mars 2007

Þann 8. mars 2007 undirrituðu OR og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (GR) lánasamning vegna yfirfærslu eigna frá OR til GR. Þann 1. janúar 2007 hafði GR tekið yfir eignir, skuldir, réttindi og skyldur Gagnaveitu OR. Eignir OR að fjárhæð kr. [...] yfirfærðust til GR, sem skyldi greiða OR með útgáfu hlutfjár og með lánasamningi við OR sem kvað á um endurgreiðslu lánsins á [...] árum. Fjárhæð lánsins var kr. [...] og var tengd erlendum gjaldmiðlum. Mismuninn, kr. [...], lagði OR inn í GR sem aukið hlutfé í GR.

Samkvæmt 2. gr. lánasamningsins skuldbatt lántaki sig til að endurgreiða skuldina að fullu ásamt vöxtum á [...] árum með [...] gjalddögum, þann [...] og [...] ár hvert. Fyrstu [...] gjalddagarnir skyldu aðeins vera vaxtagjalddagar og væri fyrsti gjalddag [...]. Endurgreiðsla höfuðstóls skyldi dreifast jafnt á [...] gjalddaga, í fyrsta sinn [...] og síðan [...] og [...] ár hvert. Síðasti gjalddagi höfuðstóls og vaxta yrði [...].

3.3 Bréf PFS til GR, dags. 18. apríl 2007

Með bréfi PFS til GR, dags. 18. apríl 2007, minnti stofnunin félagið á þá skyldu sem lögð hefði verið á það með ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 um að upplýsa stofnunina um arðsemiskröfu félagsins og forsendur hennar.

3.4 Bréf GR til PFS, dags. 14. maí 2007

Með bréfi GR til PFS, dags. 14. maí 2007, upplýsti félagið að samkvæmt viðskiptaáætlun væri gert ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði orðin jákvæð á árinu [...] og að lágmarki [...] % í árslok [...].

3.5 Úttekt PFS á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar frá nóvember 2008

Í nóvember 2008 birti PFS úttekt á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar OR og GR, þ.e. hvort hann væri í samræmi við ákvörðun stofnunarinnar frá 13. nóvember 2006. Úttektin byggði m.a. á viðskiptalíkani GR frá apríl 2008 og fyrsta ársreikningi félagsins fyrir rekstrarárið 2007. Eftirfarandi kom fram á bls. 7:

„Í fyrri ákvörðun stofnunarinnar féllst hún á tillögu OR um eiginfjárlutfallið 25% en tók ekki ákvörðun um hvert hlutfall eigin fjár skyldi vera. GR hóf rekstur í byrjun árs 2007 og var eiginfjárlutfall félagsins þá um 50%, sem er sambærilegt við eiginfjárlutfall móðurfélagsins á sama tíma. Eiginfjárlutfall samkvæmt stofnefnahagsreikningi Gagnaveitu Reykjavíkur þann 1. júlí 2006 var 25% samanber tillögu OR. Hækkun á eiginfjárlutfalli skýrist af fjárfestingum á seinni hluta ársins 2006 sem fjármagnaðar voru með eigin fé auk þess sem að OR leggur til aukið fé í formi handbærs fjár. Áætlanir GR gera ekki ráð fyrir frekari eiginfjármögnun félagsins og gert er ráð fyrir að eiginfjárlutfall lækki töluvert á næstu árum vegna framkvæmda sem áætlað er að fjármagna með lántökum. Ef OR mun hins vegar styrkja eiginfjárgrunn félagsins enn meir á næstu árum og fjármagna framkvæmdir með eigin fé og þar með víkja frá viðskiptaáætlun félagsins sem lögð er til grundvallar arðsemiskröfu, mun PFS sérstaklega meta hvort forsendubrestur hafi orðið hvað varðar tekjur og afkomu miðað við framlagða áætlun félagsins.“

Fram kemur á bls. 11 í úttektarskýrslunni að fram hefði komið í bréfi GR til PFS, dags. 18. apríl 2007, að samkvæmt nýjustu viðskiptaáætlun félagsins væri gert ráð fyrir að

arðsemi eigin fjár fyrirtækisins yrði orðin jákvæð á árinu [...] og að lágmarki [...] % í árslok [...]. GR hefði í apríl 2008 lagt fram endurskoðaða viðskiptaáætlun og væri niðurstaða hennar í samræmi við þá arðsemiskröfu sem fram hefði komið árið 2007. Á bls. 13 kom síðan fram að félagið hefði í samræmi við fyrirmæli PFS lagt fram sérstaka ákvörðun um arðsemiskröfu og það væri mat stofnunarinnar að þar hefði verið tekið tillit til samkeppnisjónarmiða.

3.6 Ákvörðun PFS nr. 32/2008 um fjárhagslegan aðskilnað milli OR og GR

Með ákvörðun nr. 32/2008, dags. 30. desember 2008, setti PFS frekari skilyrði fyrir fjárhagslegum aðskilnaði OR og GR. Niðurstaða framangreindrar úttektar hafi verið á þann veg að fyrirkomulag hins fjárhagslega aðskilnaðar væri að mestu leyti í samræmi við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga. Hins vegar þyrftu félögin að styrkja framkvæmd sína varðandi aðra þætti til að jafna þann aðstöðumun sem stofnunin taldi vera fyrir hendi.

Fram kom að samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga skyldi gætt að því að samkeppnisrekstur væri ekki niðurgreiddur af einkaréttarstarfsemi. Þegar metið væri hvort um niðurgreiðslu væri að ræða í samkeppnisrekstri við framangreindar aðstæður væri lykilatriði að um væri að ræða raunverulegan aðskilnað í fjármögnun og rekstri viðkomandi fyrirtækja. Þó að í ofangreindri lagagrein væri ekki sérstaklega kveðið á um hvernig lánskjör skyldu vera útfærð milli aðila þá væri ljóst að PFS bæri að hafa sem viðmið þau kjör sem almennt byðust á fjarskiptamarkaði og heimfæra á GR eins og um væri að ræða fyrirtæki óskylt OR. Óhætt væri að slá því föstu að möguleikar GR til fjármögnunar væru mun þrengri en OR, ef um óskylda aðila væri að ræða. Væri rétt að tilhögun fjárhagslegs aðskilnaðar milli aðila endurspeglaði þennan mun.

Við mat á þeim lánstíma sem fram kæmi í lánsamningi GR þyrfti að taka tillit til þess að um ungt fyrirtæki væri að ræða og rekstur þess áhættusamur. Það yrði að teljast ólíklegt að fjármálastofnanir veittu að jafnaði slíku fyrirtæki stofnlán í erlendri mynt til [...] ára, án endurskoðunarákvæða. Reikna mætti með því að fjármálastofnanir hefðu veitt sambærilegu fyrirtæki lán með lánstíma á bilinu 5 til 7 ára á þeim tíma sem lánið var tekið. Því teldi PFS að [...] ára lánstími án endurskoðunarákvæða væri of langur. Teldi stofnunin hæfilegt að leggja til grundvallar 5 ára lánstíma ef ekki væru um nein endurskoðunarákvæði að ræða. Væri það álit stofnunarinnar að ef lánstími í lánasamningi á milli OR og GR yrði ekki stytur til samræmis við það sem almennt yrði talið tíðkast á fjarskiptamarkaði myndi það fela í sér ólögmeta ívilnun gagnvart GR, sem færi í bága við kröfu 36. gr. fjarskiptalaga.

Með vísan til ofangreinds var það niðurstaða PFS að fyrirskipa GR að breyta ákvæði 2. gr. lánasamningsins við OR þannig að lánstímann yrði stytur úr [...] árum í 5 ár, með tveimur vaxtagjalddögum á ári eins og verið hefði og uppgreiðslu höfuðstóls þann 1. maí 2012. Upphaf lánstímans skyldi eftir sem áður miðast við dagsetningu lánsamningsins.

3.7 Viðauki við lánsamning GR og OR, dags. 1. október 2009

Með bréfi GR til PFS, dags. 5. október 2009, kom fram að viðauki hefði verið gerður þann 1. október 2009 við framangreindan lánsamning milli GR og OR frá 2007. Það

staðfestist að GR hefði farið að tilmælum PFS varðandi athugasemdir stofnunarinnar við umræddan lánsamning.

3.8 Bréf PFS til GR, dags. 4. nóvember 2009

Þann 4. nóvember 2009 sendi PFS GR fyrirspurnarbréf í tilefni af upplýsingum sem fram komu í ársreikningi félagsins fyrir rekstrarárið 2008 varðandi 1,2 milljarða króna hlutfjárahækkun félagsins sem fram hefði farið í árslok 2008. Spurðist PFS m.a. fyrir um ástæður, tilurð og framkvæmd ofangreindrar hlutfjárahækkunar, auk þess sem óskað var upplýsinga um hvort hlutféð hefði verið hækkað eða til stæði að hækka það á árinu 2009. Þá var óskað eftir upplýsingum um það hvaða áhrif ofangreind hlutfjárahækkun hefði á arðsemiskröfu fyrirtækisins með vísan til viðskiptalíkans félagsins frá apríl 2007 sem endurskoðað hefði verið í apríl 2008 án breytinga.

3.9 Bréf GR til PFS, dags. 19. nóvember 2009

Svar GR barst með bréfi, dags. 19. nóvember 2009. Fram kom að umrædd hlutfjárahækkun hefði verið samþykkt á hlutahafafundi félagsins þann 16. desember 2008. Félagið hefði verið í mikilli uppbyggingu og hefði hlutfjárahækkunin verið gerð til að styrkja eigið fé fyrirtækisins og auka láns hæfi þess. Aukningin hefði verið jöfnuð á móti vaxtaberandi skuld við OR. Hlutféð hefði ekki verið hækkað á árinu 2009 og það stæði ekki til. Viðskiptaáætlun GR gerði nú ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði orðin jákvæð árið [...] miðað við að þróun gengisvísitölu yrði með þeim hætti sem þjóðhagsspá gerði ráð fyrir en árið [...] ef hún gengi ekki eftir. Þá gerði áætlunin ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði orðin [...] % í lok árs [...].

3.10 Lánsamningur GR við [...], dags. 25. nóvember 2009

Þann 25. nóvember 2009 var undirritaður lánsamningur á milli GR og [...]. Fram kom að um væri að ræða [...] að fjárhæð [...] í íslenskum krónum. Gildistími samningsins væri til [...]. Af láninu skyldi greiða [...].

Í 12. gr. lánsamningsins var kveðið á um sérstakar skyldur sem lántaki þyrfti að uppfylla, m.a. væri honum óheimilt að greiða afborganir og/eða vexti af lánum frá OR á lánstímanum. Meðal fylgigagna ofangreinds lánsamnings var afrit, dags. 19. október 2009, af fundargerð stjórnar OR sem fram fór þann 16. október 2009. Þar kom fram að stjórn OR hefði samþykkt að fyrirhugað lán frá [...] til GR að fjárhæð kr. [...] gagnvart myntkörfuláni frá OR sem stofnað hefði verið til við stofnun GR. Fram kom að [...] fælist að GR myndi ekki greiða afborganir og vexti af framangreindu láni OR á lánstíma lánsins frá [...].

3.11 Ákvörðun PFS nr. 14/2010 um fjárhagslegan aðskilnað GR frá 21. maí 2010

Í ákvörðun PFS nr. 14/2010 kom fram að eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði GR væri viðvarandi verkefni stofnunarinnar. PFS myndi í framhaldi hennar kanna hvort uppfærð arðsemiskrafa GR og áætlun um þróun hennar á næstu árum væri í samræmi við eðlilega fjárhagslega aðgreiningu GR og OR. Ennfremur myndi stofnunin leggja mat á hvort umrædd hlutfjárahækkun frá 2008 bryti í bága við fjárhagslegan aðskilnað þann sem

viðhafa bæri samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga og tilmæli þau sem PFS hefði beint að fyrirtækjunum í fyrri ákvörðunum sínum². Þá myndi PFS skoða önnur atriði er vörðuðu fjárhagslegan aðskilnað innan samstæðunnar ef þurfa þætti þegar ástæða væri til.

Fram kom að OR hefði til margra ára staðið fyrir umfangsmikilli uppbyggingu á ljósleiðaraneti á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni. Þegar horft væri til þess hve GR væri skipulags- og fjárhagslega háð OR væri ekki hægt að líta öðruvísi á en að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga tæki til fjarskiptareksturs OR óháð því hvort starfsemin færi fram undir merkjum dótturfyrirtækis, enda mynduðu félögin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Ótvírætt væri að ofangreint ákvæði tæki til fyrirtækjasamstæðu OR og bæri samstæðunni þannig að skilja fjarskiptastarfsemi sína fjárhagslega frá einkaleyfisverndaðri starfsemi. Til að tryggja skilvirka og árangursríka framkvæmd umrædds aðskilnaðar þætti nauðsynlegt að fyrirfram samþykki PFS þyrfti til að koma svo OR eða annað félag innan samstæðunnar gæti verið greiðandi að hlutafjárukningu í GR.

Það var niðurstaða PFS að framkvæmdin á hinum fjárhagslegum aðskilnaði væri ófullnægjandi. Annars vegar þyrfti GR að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu sem OR eða annað fyrirtæki innan samstæðunnar væri greiðandi að. GR skyldi leggja slíka umsókn fyrir PFS með nauðsynlegum gögnum, t.d. nýrri viðskiptaáætlun og útreikningi á arðsemiskröfu. PFS myndi aðeins samþykkja slíka hlutafjárukningu að hún rúmaðist innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar og fæli ekki í sér að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Þar til slíkt samþykki PFS lægi fyrir væri GR óheimilt að samþykkja hlutafjárukningu á hluthafafundi eða tilkynna um slíka hækkun til hlutafélagaskrár.

Hins vegar mættu skammtímaskuldir GR við OR eða önnur félög innan samstæðunnar aldrei nema hærri fjárhæð en sem næmi tveggja mánaða eðlilegum viðskiptum milli aðilanna á hverjum tíma, eins og um ótengda aðila væri að ræða. Rökstuðningur PFS fyrir þessum fyrirmælum var að ein kvöðin sem lögð hefði verið á OR með ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 væri sú að ný lán GR skyldu vera tekin hjá þriðja aðila en OR væri þó heimilt að hafa milligöngu um slíkar lántökur. Slíkt lánsfé skyldi endurlánað GR á sömu vaxtakjörum og ætla mætti að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði. Sá háttur sem viðhafður hefði verið, þ.e. að GR safnaði upp verulegum viðskiptaskuldum við OR án þess að sérstakir lánasamningar væru gerðir og hlutafé hækkað reglulega sem þessari skuld næmi, færi að mati PFS gegn umræddri kvöð. PFS liti það alvarlegum augum að fjarskiptafyrirtæki vikju sér undan þeim fyrirmælum sem stofnunin hefði beint til þeirra. PFS teldi því nauðsynlegt á þessu stigi að leggja frekari kvaðir á GR, ekki síst til að koma í veg fyrir að frekari hlutafjárukningar af þessu tagi væru notaðar til að greiða niður uppsafnaðar viðskiptaskuldir. Tilgangur ofangreindra fyrirmæla væri að auka gagnsæi og áhrif hins fjárhagslega aðskilnaðar.

3.12 Bréf GR til PFS, dags. 7. júní 2010

Í bréfi GR til PFS, dags. 7. júní 2010, var vísað til þess að OR hefði ákveðið að auka hlutafé sitt á árinu 2010 sem næmi [...]. Samkvæmt uppfærðu viðskiptalíkani GR, sem

² Sjá ákvörðun PFS nr. 39/2010 hér síðar.

sent hefði verið PFS með framangreindu bréfi frá 26. mars, kæmi fram að félagið gerði þegar ráð fyrir þessari hlutafjár aukningu í áætlun sinni og væri hún því meðtalin við útreikning á arðsemiskröfunni sem kynnt hefði verið í því bréfi. Heildarupphæð fyrirhugaðrar hlutafjár aukningar væri [...] kr.

3.13 Ákvörðun PFS nr. 25/2010 frá 7. september 2010

Með ákvörðun PFS nr. 25/2010 tók PFS sína fjórðu ákvörðun varðandi fjárhagslegan aðskilnað GR. Mál þetta varðaði gildi skilmála í lánasamningi GR við [...] sem kvað á um að GR greiddi ekki á lánstímanum vexti á af láni félagsins hjá OR. PFS taldi slíkt brjóta í bága við ákvörðun stofnunarinnar frá 13. nóvember 2006 og ákvörðun nr. 32/2008. Ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga væri ætlað að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Að mati PFS gæti GR ekki með einkaréttarlegum samningum samið sig undan skýrum kvöðum sem stofnunin hefði lagt á félagið. Að mati PFS væri tilhögun fjármögnunar GR með lánasamningum við OR grundvallaratriði varðandi það markmið 36. gr. að tryggja fjárhagslegan aðskilnað milli félaganna.

GR bæri því að virða ofangreint samningsákvæði að vettugi og standa OR skil á vaxtagreiðslum þeim sem ógreiddar væru miðað við lánasamning GR og OR frá 7. mars 2007, eins og honum var breytt með viðauka þann 1. október 2009, en gjalddagar vaxtagreiðslna væru [...] og [...] ár hvert. Samkvæmt bréfi GR til PFS, dags. 1. september s.l., hefði GR greitt umræddar vaxtagreiðslur til OR. GR bæri að greiða slíkar vaxtagreiðslur áfram á gjalddaga fram til þess tíma að lánið hefði að fullu verið greitt upp.

3.14 Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 13. september 2010

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2010 var fyrrgreind ákvörðun PFS nr. 14/2010 staðfest. Í kæru sinni krafist GR þess að úrskurðarnefnd staðfesti að sá hluti hinnar kærðu ákvörðunar er varðaði fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjár aukningu, sem OR væri greiðandi að, ætti einungis við á meðan sérleyfisstarfsemi væri rekin innan OR eða til 1. janúar 2011³. Það var niðurstaða úrskurðarnefndar að heimild PFS til þess að beita ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga félli ekki niður þótt einkaleyfisrekstur samstæðunnar yrði felldur inn í sjálfstæðan lög- og skattaðila. Eftirlit PFS lyti að fjarskiptarekstrinum og að aðskilnaði hans frá öðrum rekstri samstæðunnar og hefðu þær ráðstafanir sem mælt væri fyrir um í raforkulögum og eftir atvikum frumvarpi til laga um OR ekki áhrif þar á. Ráðstafanir sem vörðuðu einkaleyfisstarfsemi samstæðunnar gætu að mati nefndarinnar ekki skert eftirlitsheimildir PFS með fjarskiptastarfsemi. Það kæmi síðan í hlut PFS hverju sinni að meta þörfina fyrir íhlutun og hversu langt hún skyldi ganga.

Þá kemur fram í úrskurðinum að kærandi hafi haldið því fram að með hinni kærðu ákvörðun hafi PFS brotið gegn meðalhöfsreglu stjórnarsýslulaga. Úrskurðarnefnd taldi ljóst

³ Athygli er vakin á því að umrædd uppskipti á OR hafa enn ekki farið fram en reiknað er með því að það gerist fyrir árslok 2013.

að gert væri ráð fyrir tiltekinni arðsemi af einkaleyfisstarfseminni og að hin lögbundna gjaldtaka myndi skila hagnaði. Að mati nefndarinnar væri ekki girt fyrir að sá hagnaður gæti runnið til OR og þaðan til GR, t.d. í formi hagstæðra lána- eða viðskiptaskilmála eða aukins eiginfjárframlags. Því væri ekki séð að með umræddum fyrirmælum PFS hefði stofnunin farið strangar í sakirnar en nauðsyn hefði borið til með vísan til þess markmiðs ákvörðunarinnar að framfylgja 36. gr. fjarskiptalaga og koma í veg fyrir möguleika á niðurgreiðslu fjarskiptarekstrar.

3.15 Tölvupóstur PFS til GR, dags. 17. september 2010

Í tölvupósti, dags. 17. september s.l., spurðist PFS fyrir um það hvort GR hygðist halda til streitu umsókn sinni um samþykki PFS fyrir hlutfjárukningu í félaginu, nú þegar úrskurðarnefnd hefði staðfest ákvörðun PFS nr. 14/2010 og eftir að ákvörðun PFS nr. 25/2010 hefði litið dagsins ljós um að félagið bæri að greiða OR vexti. Þar sem stofnunin ætti ennþá eftir að taka ákvörðun um lögmæti hlutfjárukningarinnar frá desember 2008 og teldi að uppfærsla á arðsemiskröfu tengdist slíku mati óskaði PFS einnig eftir upplýsingum um það hvort GR hefði í hyggju að endurskoða arðsemiskröfu sína og viðskiptalíkan frá mars 2010 miðað við breyttar forsendur.

3.16 Tölvupóstur GR til PFS, dags. 20. september 2010

Í tölvupósti GR til PFS, dags. 20. september 2010, barst svar félagsins við ofangreindri fyrirspurn. Fram kom að ekki væru lengur forsendur fyrir umræddri umsókn um samþykki PFS fyrir hækkun hlutfjár félagsins á árinu 2010. Þá kom fram að ekki hefði verið tekin nein ákvörðun um breytta arðsemiskröfu. Viðskiptalíkan félagsins tæki reglulega breytingum út frá breyttum forsendum, s.s. þeirri sem hér um ræddi, raunframvindu tenginga, fjölgun viðskiptavina, þróun vaxta og verðlags og verðum á verktakamarkaði. Slíkar forsendubreytingar hefðu mismikil áhrif á viðskiptalíkanið og stundum jöfnuðu þær út áhrif hverrar annarrar.

3.17 Bréf PFS til GR, dags. 13. október 2010

Í bréfi PFS til GR, dags. 13. október 2010, kom fram að áður en lengra yrði haldið við mat PFS á eðlilegri arðsemiskröfu félagsins og lögmæti hlutfjárukningarinnar frá 2008 óskaði stofnunin eftir að félagið afhenti hálfársuppgjör og 9 mánaða uppgjör félagsins, viðskiptaáætlun eins og hún liti nú út og uppfærða arðsemiskröfu félagsins til ársins [...], þar sem tekið skyldi mið af gengisþróun, þróun fjármagnskostnaðar, verðbólguhorfum og því að félagið hefði afturkallað beiðni til PFS um samþykki fyrir hlutfjárukningu í félaginu.

3.18 Bréf GR til PFS, dags. 15. nóvember 2010

Svar GR við ofangreindri fyrirspurn barst PFS með bréfi, dags. 15. nóvember 2010. Fram kom að í lok september 2010 hefði verið framkvæmt sérstakt endurmat á gagnaveitukerfi félagsins, sbr. heimild í 31. gr. ársreikningalaga. Kerfið hefði áður verið fært á afskrifuðu kostnaðarverði en nú hefði bókfært verð þessara eigna verið fært til gangvirðis samkvæmt niðurstöðum endurmatsins og virðisrýrnunarprófs. Matsbreytingin hefði verið færð á sérstakan endurmatsreikning meðal eigin fjár að teknu tilliti til tekjuskattsáhrifa og leiddi

hún til 1.033 millj. kr. hækkunar á bókfærðu verði þessara eigna og 847 millj. kr. hækkunar á eigin fé félagsins.

Arðsemi eigin fjár í lok hvers árs hefði verið reiknuð sem afkoma ársins á móti vegnu eigin fé félagsins á viðkomandi ári. Ekki hefði verið ástæða til að gera þennan útreikning með öðrum hætti þar sem eigið fé hefði aðeins samanstaðið af innborguðu hlutafé eigenda og uppsafnaðri afkomu af rekstri félagsins frá stofnun þess. Við útreikning á arðsemi eigin fjár í þessu sambandi væri eðlilegt að taka tillit til uppruna eigin fjár. Eftir að fyrrgreint endurmat hefði verið framkvæmt þætti eðlilegt að gera greinarmun á arðsemi eigin fjár. Annars vegar arðsemi heildareiginfjár að meðtöldu reiknuðu endurmati og hins vegar framlagt hlutafé að frádregnu viðbættu eigin fé frá stofnun félagsins. Eigandi félagsins miðaði arðsemiskröfu sína við heildar eigið fé að frádregnu reiknuðu endurmati í þessu sambandi og hefði reiknað endurmat sem fært væri meðal eigin fjár ekki áhrif á þá arðsemiskröfu.

Viðskiptalíkan GR tæki breytingum í takt við rauntölur liðins tíma sem og þær forsendur sem lagðar væru til grundvallar áætlunum á hverjum tíma. Meðfylgjandi bréfi þessu væri samantekt úr viðskiptalíkani GR. Þar hefði verið tekið tillit til 9 mánaða uppgjörs, samþykkrar fjárhagsáætlunar 2011 og langtímaáætlana félagsins. Við fyrri upplýsingagjöf GR til PFS varðandi arðsemi eigin fjár hefði verið miðað við árið [...], þar sem viðskiptaáætlun GR gerði ráð fyrir að sérstökum átaksverkefnum við ljósleiðaravæðingu heimila lyki [...] og fjárfestingum vegna nýrra viðskiptavina [...]. Árið [...] væri því fyrsta rekstrarárið eftir að stofnfjárfestingum vegna ljósleiðaravæðingar heimila lyki. Samkvæmt viðskiptalíkaninu væri áætluð arðsemi framlagðs eiginfjár [...] % árið [...]. Þá væru innri vextir reiknaðir [...] % [...]. Þróun á arðsemi eigin fjár og heildar eigin fjár á ranna [...] kæmi svo fram á meðfylgjandi línuriti. Í ljósi undangenginna efnahagshremminga, stöðu fjármálamarkaða og framvindu viðskiptaáætlunar GR til þessa, sem nú hefði verið unnið eftir í á sjötta ár, væri umrædd arðsemiskrafa eðlileg og í góðu samræmi við áður framlögð gögn.

3.19 Tölvupóstur PFS til GR, dags. 2. desember 2010

Með tölvupósti PFS til GR, dags. 2. desember 2010, óskaði PFS eftir afriti af framangreindri skýrslu um endurmat á gagnaveitukerfi GR, ásamt virðisrýrnunarprófi.

3.20 Tölvupóstur GR til PFS, dags. 3. desember 2010 - Virðisrýrnunarpróf

Með tölvupósti GR til PFS, dags. 3. desember 2010, afhenti félagið stofnuninni umbeðin gögn, þ.e. greinargerðina sem lögð hefði verið til grundvallar virðisrýrnunarprófi félagsins sem byggst hefði á uppgjöri þann 30. september 2010. Ennfremur væru meðfylgjandi útreikningar og tölulegar forsendur virðisrýrnunarprófsins og hefðu öll undirliggjandi vinnugögn og forsendur verið yfirfarin af endurskoðendum.

Í greinargerðinni væri gerð grein fyrir forsendum prófsins. Upplýsingar um áhættulausa vexti væru sóttar af vefnum bonds.is og stuðst væri við ávöxtunarkröfu á tiltekinna íbúðabréfa sem hefði 10,15 ára líftíma og 3,29% ávöxtunarkröfu. Miðað væri við óbreytta Betu frá virðisrýrnunarprófi fyrra árs og stuðst við Ibbotson Yearbook for cost of

Capital 2009. Engin breyting væri á milli ára á óvogaðri Betu fyrir fjarskiptastarfsemi. Varðandi markaðsáhættu væri miðað við óbreytt Alfa frá virðisrýrnunarprófinu 2009 eða [...]%. Það væri mat endurskoðenda að óvissupáttum í viðskiptalíkani GR hefði fækkað þar sem [...]. Lokið hefði verið við [...]% af áformuðum ljósleiðaratengingum. Við gerð prófsins vegna ársreiknings 2009 hefði það verið metið sem aukin áhætta að fyrirtækið væri enn í uppbyggingarfasa og lítil saga að baki rekstrinum. Áætlanir GR varðandi fjölgun viðskiptavina [...]. GR hefði tekið eitt lán hjá fjármálafyrirtæki. Lánið væri [...], en REIBOR vextir væru nú 5%. Eiginfjárlutfall væri miðað við langtímamarkmið um eiginfjárlutfall [...] og 18% tekjuskattshlutfall.

Varðandi rekstur og fjárfestingar kæmi fram að fjöldi tengdra heimila í lok 3. ársfjórðungs 2010 væri [...] og hefði fjölgað um [...] á árinu. Gert væri ráð fyrir að tengdum heimilum fjölgaði [...] og yrðu þá um [...] heimili tengd. Skráðum viðskiptavinum á einstaklingsmarkaði hefði fjölgað um [...] á fyrstu þremur ársfjórðungum 2010 samanborið við [...] á sama tímabili 2009 og [...] árið 2008. Fjöldi greiðandi viðskiptavina í lok 3. ársfjórðungs væri [...]. Nýtingarhlutfall hefði hækkað úr [...] % í lok 3. ársfjórðungs 2008 í [...] % á sama tíma á árinu 2010. Áætlað væri að nýtingarhlutfall [...].

Varðandi verðbreytingar væri viðskiptalíkanið gert á raunverðsgrunni og væri gert ráð fyrir að tekjur á fyrirtækjamarkaði [...]. Jafnframt væri gert ráð fyrir [...]. Á árinu 2007 hefði verið mikil fylgni milli vísitölu neysluverðs og undirvísitalna fjarskiptaþjónustu. Á árinu 2008 hefðu undirvísitölurnar ekki haldið í við þróun neysluverðs. Á árinu 2009 hækkuðu undirvísitölurnar hins vegar meira en neysluverðsvísitala. Því væri erfitt að spá fyrir um raunverðsbreytingar á fjarskiptaþjónustu. Það væri mat GR að vörur félagsins væru samkeppnishæfar í verðum. Þrátt fyrir [...]. Vegna erfiðleika við að spá fyrir um raunverðsbreytingar væri gert ráð fyrir [...]. Miðað við verðbólguþá Seðlabankans þýddi þetta að tekjur hækkuðu um [...] % af verðbólguáhrifum [...]. Á tímabilinu [...] væri gert ráð fyrir [...].

Varðandi breytingar á rekstrarkostnaði kom fram að gert væri ráð fyrir að rekstrarkostnaður [...]. GR hefði á undanförunum árum byggt upp rekstur félagsins í samræmi við uppbyggingu á ljósleiðaraneti sínu. Stærsti hluti rekstrarkostnaðar [...]. Slíkur rekstrarkostnaður yxi ekki í beinu hlutfalli við fjölgun viðskiptavina. Gert væri ráð fyrir [...]. Afskriftir væru áætlaðar samkvæmt skattalegri aðferð [...].

Frá árinu [...].

Að lokum kom fram að sjóðsflæði væri núvirt til 1. október 2010 og borið saman við bókfært verð fastafjármuna. Niðurstaða virðisrýrnunarprófsins, miðað við að gert væri virðisrýrnunarpróf á allt viðskiptalíkanið til ársins [...], væri að núvirt fjárflæði væri [...] kr. umfram bókfært verð. Ef hins vegar væri miðað við viðskiptalíkanið á uppbyggingartíma, þ.e. [...] ár sem væri í samræmi við fyrirmæli staðals IAS 36 um framkvæmd virðisrýrnunarprófa og [...] % vöxt eftir það, væri núvirt fjárflæði [...] kr. umfram bókfært verð.

3.21 Ákvörðun PFS nr. 39/2010 frá 22. desember 2010 um hlutafjárukningu í GR og arðsemiskröfu félagsins

Með ákvörðun PFS nr. 39/2010 reyndi annars vegar á lögmæti framangreindrar hlutafjárukningar sem fram fór í GR í desember 2008 og OR var greiðandi að og hins vegar á mat PFS á eðlilegri arðsemiskröfu GR til framtíðar.

Fram kom að fyrsti stofnefnahagsreikningur fjarskiptahluta OR hefði miðast við 1. júlí 2006 og gert ráð fyrir 25% eiginfjárlutfalli og 75% lánsfé. Fram að þeim tíma hafði aðeins verið um bókhaldslegan aðskilnað að ræða. Fyrsta ákvörðun PFS sem beinst hafi að fjarskiptastarfsemi OR hefði litið dagsins ljós þann 13. nóvember 2006. Þar hafi m.a. verið kveðið á um að eignir sem tilheyrðu fjarskiptastarfseminni skyldu færðar yfir til fjarskiptastarfseminnar á markaðsvirði og að skuldir sem henni tengdust skyldu bera markaðsvexti, auk þess sem kveðið hefði verið á um lánsfjárbörf fjarskiptastarfseminnar og fjármögnun hennar, veðsetningar o.fl. Í umræddri ákvörðun hefði PFS fallið frá fyrirhugaðri ákvörðun sinni um að ákvarða tiltekna arðsemiskröfu á eigið fé fjarskiptahlutans heldur lagt fyrir OR að taka sérstaka ákvörðun um hana með tilliti til samkeppnissjónarmiða. PFS hefði tekið það fram að slík arðsemiskrafa gæti komið til endurskoðunar vegna breytinga á fjármálaumhverfi.

Þann 1. janúar 2007 hefði GR tekið yfir rekstur fjarskiptahluta OR. Eignir að fjárhæð 7 milljarða kr. hefðu verið yfirfærðar til GR og gerður hafi verið 3,5 milljarða lánasamningur á milli félaganna. Lánið hafi verið í erlendri mynt og upphaflega verið til [...] ára en PFS hafi stýtt lánið í 5 ár með ákvörðun nr. 32/2008. Auk þess hefði PFS fyrirskipað GR að greiða vangreidda vexti af umræddu láni með ákvörðun nr. 25/2010. Mismuninn á eignum og skuldum, að fjárhæð 3,5 milljarða, hefði OR lagt inn í GR sem hlutafé. Meðfylgjandi stofnefnahagsreikningi GR hafi verið sérfræðiskýrsla frá Deloitte um rétt verðmat ofangreindra eigna. Eiginfjárlutfall GR hafi því verið 50% í upphafi rekstrar. Fátt hafi borið til tíðandi á fyrsta starfsári GR og félagið skilað 120 milljón kr. hagnaði og eiginfjárlutfall félagsins verið komið í 52% í árslok 2007. Fjárfestingar ársins hafi numið 1,3 milljörðum kr. og verið fjármagnaðar með því að ganga á handbært fé sem GR hafi fengið frá OR í upphafi rekstrar sem hluta af hinum framangreindu 7 milljarða kr. eignum. Skuldir hefðu því sem næst staðið í stað á fyrsta starfsárinu.

Á árinu 2008 hefði PFS gert úttekt á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar OR og GR. Í úttektarskýrslu hafi m.a. komið fram að viðskiptaáætlun GR frá apríl 2007 hefði gert ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði orðin jákvæð á árinu [...] og að lágmarki [...] % í árslok [...]. Endurnýjuð viðskiptaáætlun félagsins frá apríl 2008 hefði verið óbreytt að þessu leyti. Þegar GR hafi hafið rekstur í ársbyrjun 2007 hefði eiginfjárlutfallið verið um 50%. Áætlanir GR hefðu ekki gert ráð fyrir frekari eiginfjármögnun félagsins heldur hefði verið gert ráð fyrir að eiginfjárlutfall lækkaði á næstu árum vegna framkvæmda sem áætlað væri að fjármagna með lántökum. Ef OR myndi hins vegar fjármagna framkvæmdir með eigin fé og þar með víkja frá viðskiptaáætlun félagsins, sem lögð hefði verið til grundvallar arðsemiskröfu félagsins, myndi PFS meta hvort forsendubrestur hefði orðið varðandi tekjur og afkomu félagsins. Framangreind úttektarskýrsla hafi síðan verið lögð til grundvallar ákvörðunar PFS nr. 32/2008 sem hafi skerpt á þeim fyrir mælum sem stofnunin hefði beint til GR um fjárhagslegan aðskilnað með ákvörðun sinni frá

2006. Fyrst og fremst hafi verið skerpt á atriðum er vörðuðu lánakjör OR lánsins. Þegar metið skyldi hvort um niðurgreiðslu væri að ræða væri lykilatriði að um raunverulegan aðskilnað í fjármögnun og rekstri viðkomandi fyrirtækja væri að ræða. PFS hefði hins vegar ekki gert athugasemdir við viðskiptaáætlun eða arðsemiskröfu GR í umræddri ákvörðun.

Tap GR á árinu 2008 hefði numið um 3 milljörðum kr. þrátt fyrir að tekjur félagsins hafi aukist töluvert á milli ára. Vegna gengishruns íslensku krónunnar hefðu skuldir félagsins hækkað úr 3,3 milljörðum í 6,4 milljarða. Hlutfé félagsins hafi verið aukið um 1,2 milljarða í árslok 2008 til að styrkja eigið féð og auka lánshæfið. Eftir þá hækkun hafi eiginfjárlutfall félagsins í árslok 2008 numið 23% en verið 52% í ársbyrjun 2008. Umrædd hlutfjárukning hefði verið notuð til að jafna vaxtaberandi skuld við OR, sem myndast hafði á árinu 2008 vegna 1,5 milljarða kr. fjárfestinga félagsins á því ári. Ef ekki hefði komið til umræddrar hlutfjárukningar hefði verið ljóst að eigið fé félagsins hefði nánast verið uppurið. Af þessu mætti sjá að algjör forsendubrestur hafi orðið í rekstri GR á árinu 2008 við hrun íslensks fjármálakerfis og falls íslensku krónunnar í kjölfarið.

Í febrúar 2010 hefði PFS boðað ákvörðun sem tryggja ætti betur framkvæmd hins fjárhagslega aðskilnaðar. PFS hafi talið mikilvægt að til staðar væru skýrar reglur um hvernig staðið skyldi að fjármögnun félagsins. Til að fyrirbyggja vandkvæði sem kynnu að skapast af einhliða hlutfjárukningum GR og óeðlilegri skuldasöfnun GR hjá OR í framtíðinni hefði PFS í hyggju að bæta við fyrirmælum. Til að tryggja að fjármögnun og arðsemiskrafa GR væri með eðlilegum hætti og byggð á samkeppnislegum forsendum hefði PFS í hyggju að setja það skilyrði að félagið þyrfti að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutfjárukningum sem OR væri greiðandi að. Ennfremur að skammtímaskuldir GR hjá OR gætu aldrei numið hærri fjárhæð en sem næmi tveggja mánaða eðlilegum viðskiptum milli aðilanna á hverjum tíma, eins og um ótengda aðila væri að ræða. Að mati PFS hefði framangreind hlutfjárukning ekki verið í samræmi við þær viðskiptaáætlanir sem kynntar hefðu verið PFS á síðustu árum og lagðar til grundvallar ákvörðunum stofnunarinnar um arðsemiskröfu GR. Ein meginforsenda ákvarðana PFS vegna eiginfjárframlags hefði verið sú að ekki yrði hnikað frá lágmarks arðsemiskröfu sem PFS teldi eðlilega á hverjum tíma að teknu tilliti til aðstæðna á fjármálamörkuðum. Áætlanir GR yrðu að sýna með sannfærandi hætti fram á að viðunandi arðsemi næðist innan eðlilegs tímafrests. Eðlilegt samhengi yrði að vera á milli arðsemi og eiginfjárframlags. Með ákvörðun PFS nr. 14/2010 hefði PFS hrint hinni boðuðu ákvörðun í framkvæmd.

Í andmælum GR frá mars 2010 hefði komið fram að á fyrri hluta ársins 2008 hefði félagið átt í viðræðum við innlenda og erlenda banka um fjármögnun ljósleiðaravæðingar félagsins. Fljótlega hefði orðið ljóst að aðgangur að lánsfé væri lítill sem enginn vegna mikillar óvissu í efnahagsmálum sem svo hefði leitt til hruns bankakerfisins. Framkvæmdir ársins 2008 hefðu því verið fjármagnaðar af viðskiptareikningi hjá OR. Undir lok árs 2008 hefði orðið ljóst að ekki yrði af ytri fjármögnun GR að svo stöddu vegna ástands lánamarkaða. Þar að auki hefði stórfelld lækkun íslensku krónunnar valdið miklu gengistapi vegna láns GR hjá OR og eiginfjárlutfall GR lækkað mikið. Það hefði orðið niðurstaða OR að nauðsynlegt væri að auka hlutfé í GR um 1,2 milljarða króna til

að styrkja eiginfjárstöðu félagsins og gera það að nýju hæft til að sækja fjármögnun á almenna fjármálamarkaði. Hefði hlutafjárhækkunin í árslok 2008 verið notuð til að greiða uppsafnaða stöðu á viðskiptareikningi OR. Í upphafi ársins 2009 hefðu viðræður hafist við innlenda banka um fjármögnun sem leitt hefðu til þess að GR gerði lánsamning við [...] í nóvember 2009. Með því hefði GR tryggt sér það fjármagn sem á vantaði vegna framkvæmda ársins 2009 sem og fyrirhugaðra framkvæmda ársins 2010 og fram á árið 2011. Samkvæmt skilmálum lánsins ætti GR ekki að greiða vexti af láni sínu hjá OR á lánstímanum. Í því ljósi hefði OR ákveðið að auka hlutafé sitt árið 2010 [...].

Með ákvörðun PFS nr. 25/2010 hefði PFS mælt fyrir um að GR skyldi virða að vettugi samningsákvæði í lánsamningi GR og [...] þess efnis að GR greiddi ekki á lánstíma þess samningsvexti af láni félagsins hjá OR. Jafnframt skyldi GR standa OR skil á ógreiddum vaxtagreiðslum. Að mati PFS væri tilhögun fjármögnunar GR með lánsamningum við OR grundvallaratriði varðandi það markmið 36. gr. fjarskipalaga að tryggja fjárhagslegan aðskilnað milli félaganna. Samkvæmt upplýsingum frá GR hefði félagið þegar greitt umræddar vaxtagreiðslur. Í júní 2010 hafði GR óskað eftir samþykki PFS fyrir [...] króna hlutafjárukningu sem OR yrði greiðandi að. Var hlutafjárukningin sögð vera til að mæta uppsöfnuðum vöxtum GR vegna lánsins við OR. Í september 2010 hefði PFS spurst fyrir um það hvort félagið hygðist halda umræddri umsókn sinni til streitu eftir að ákvörðun PFS nr. 25/2010 hefði litið dagsins ljós. Í svari GR kom fram að ekki væru lengur forsendur fyrir umræddri umsókn.

Í október 2010 hefði PFS óskað eftir 9 mánaða uppgjöri GR, nýjustu viðskiptaáætlun og uppfærðri arðsemiskröfu félagsins til ársins [...], þar sem m.a. skyldi tekið mið af því að félagið hefði hætt við hlutafjárukningu á árinu 2010. Í svari GR hefði komið fram að í lok september 2010 hefði verið framkvæmt endurmat á fjarskiptakerfi félagsins. Kerfið hefði verið fært til gangvirðis samkvæmt niðurstöðum endurmatans og virðisrýnnunarprófs. Matsbreytingin hefði leitt til 1.033 milljóna kr. hækkunar á bókfærðu verði eignanna og 847 milljón kr. hækkunar á eigin fé félagsins. Eftir að endurmat hefði verið framkvæmt þætti eðlilegt að gera greinarmun á arðsemi eigin fjár. Annars vegar arðsemi heildareiginfjár að meðtöldu reiknuðu endurmati og hins vegar framlögðu hlutafé að frádregnu viðbættu eigin fé frá stofnun félagsins. OR miðaði arðsemiskröfu sína við heildar eigið fé að frádregnu reiknuðu endurmati í þessu sambandi og hefði reiknað endurmat sem fært væri meðal eigin fjár ekki áhrif á þá arðsemiskröfu. Viðskiptalíkan GR tæki breytingum í takt við rauntölur liðins tíma sem og þær forsendur sem lagðar væru til grundvallar áætlunum á hverjum tíma. Í uppfærðu viðskiptalíkani hefði verið tekið tillit til 9 mánaða uppgjors, fjárhagsáætlunar 2011 og langtímaáætlana félagsins. Árið [...] yrði fyrsta rekstrarárið eftir að stofnfjárfestingum vegna ljósleiðaravæðingar heimila lyki. Áætluð arðsemi eiginfjár yrði [...] % á árinu [...]. Í ljósi undangenginna efnahagshremminga, stöðu fjármálamarkaða og framvindu viðskiptaáætlunar GR til þessa, sem nú hefði verið unnið eftir í á sjötta ár, væri umrædd arðsemiskrafa eðlileg og í góðu samræmi við áður framlögð gögn. Þann 3. desember 2010 hafi PFS borist afrit af skýrslu um endurmat á gagnaveitukerfi GR, ásamt virðisrýnnunarprófi og undirgögnum þess sem yfirfarin höfðu verið af endurskoðendum félagsins.

Í 9 mánaða uppgjöri GR fyrir rekstrarárið 2010 hafi m.a. komið fram að hagnaður fyrstu 9 mánuði ársins hafi numið 472 milljónum kr. Virði eigna félagsins hafi numið tæpum 10 milljörðum þann 30. september 2010 miðað við 8,8 milljarða í árslok 2009. Þá hafi bókfært eigið fé numið rúmum 2,9 milljörðum miðað við 1,8 milljarða í árslok 2009 og eiginfjárlutfallið því numið 29%. Fram hafi komið að endurmat hefði farið fram á fjarskiptakerfi félagsins þann 30. september 2010, sbr. heimild í 31. gr. ársreikningalaga. Tekjur félagsins hafi numið 694 milljónum króna á fyrstu 9 mánuðum ársins miðað við 585 milljónir fyrstu 9 mánuði ársins 2009. Fjárfestingar í varanlegum rekstrarfjármunum á tímabilinu hafi numið 745 milljónum. Skuldir félagsins hafi nánast staðið í stað og numið um 7 milljörðum þann 30. september 2010.

PFS hefði ekki gert athugasemdir við stofnefnahagsreikning GR né viðskiptaáætlun félagsins frá apríl 2007 í ákvörðun sinni nr. 32/2008. Eigið fé félagsins hafi verið 50% í upphafi árs 2007 og samkvæmt framangreindri viðskiptaáætlun hefði það smám saman átt að lækka vegna uppbyggingar ljósleiðaranets félagsins á næstu árum sem fjármagnað yrði með lántökum þangað til jafnvægi myndi nást með auknum tekjum. Eigið fé til lengri tíma hefði síðan átt að nema um [...]%. Arðsemi eigin fjár félagsins hafi átt að verða orðin jákvæð á árinu [...] og [...] % á árinu [...] þegar uppbyggingu yrði að mestu lokið. Hins vegar hafi PFS tekið fram að ef OR myndi fjármagna framkvæmdir með eigin fé og þar með víkja frá viðskiptaáætlun félagsins sem lögð væri til grundvallar arðsemiskröfu félagsins myndi PFS meta hvort forsendubrestur hefði orðið hvað varðaði tekjur og afkomu félagsins.

Hrun íslenska fjármálakerfisins haustið 2008, sem m.a. hafi haft í för með sér gríðarlegt fall íslensku krónunnar, hefði gert það að verkum að rekstrarárið 2008 hafi verið GR mjög erfitt eins og öðrum fyrirtækjum sem verið hefðu með skuldir í erlendum gjaldmiðli. Skuldir félagsins hefðu hækkuð á örskömmum tíma úr 3,3 milljörðum kr. í 6,4 milljarða og þurrkað nánast út 52% eigið fé félagsins. Eins og fram hafi komið í máli GR, og ekki yrði dregið í efa, hefði aðgangur félagsins að lánsfé árið 2008 verið mjög erfiður vegna ástands lánamarkaða sem stafað hafi af óvissu í efnahagsmálum og hruni fjármálakerfisins. Það hafi því orðið úr að fjárfestingar ársins 2008 hefðu verið fjármagnaðar af viðskiptareikningi GR hjá OR. Þegar ljóst hafi orðið undir lok ársins 2008 að ekki yrði af ytri fjármögnun vegna ofangreindra ástæðna hafi verið ákveðið að auka hlutfé félagsins um 1,2 milljarða til að greiða upp hina uppsöfnuðu skuld við OR, hækka eigið fé félagsins og gera það hæft að nýju til að sækja fjármögnun á almennum fjármálamörkuðum. Í nóvember 2009 hefði slík ytri fjármögnun síðan fengist hjá íslenskri fjármálastofnun til að standa straum af fjárfestingum félagsins á árunum 2009-2011.

Í ákvörðun þessari lagði PFS m.a. mat á það hvort framangreind hlutfjárukning, sem fram fór í desember 2008, hafi talist fela í sér eðlilega fjármögnun GR sem byggst hafi á samkeppnislegum forsendum í ljósi hinna óvenjulegu aðstæðna á fjármálamörkuðum. Fram kom að þá bæri að horfa til þess að ein meginforsenda ákvarðana PFS varðandi eigið fé GR hefði verið sú að ekki yrði hnikað frá lágmarks arðsemiskröfu sem PFS teldi eðlilega á hverjum tíma að teknu tilliti til aðstæðna á fjármálamörkuðum. Áætlanir GR

yrðu því að sýna með sannfærandi hætti fram á að viðunandi arðsemi næðist innan eðlilegra tímamarka.

GR hefði haft í hyggju að auka hlutafé um [...] kr. á árinu 2010 til að standa straum af uppsöfnuðum vaxtagreiðslum vegna láns félagsins hjá OR sem ekki hafði verið greitt af á gildistíma [...]. Með ákvörðun PFS nr. 25/2010 hefði stofnunin gert félaginu skylt að greiða OR umrædda vexti. Í kjölfarið hefði félagið hætt við ofangreinda hlutafjárukningu. Við 9 mánaða uppgjör GR í lok september 2010 hefði félagið framkvæmt sérstakt endurmat á fjarskiptakerfi félagsins samkvæmt heimild í ársreikningalögum sem leitt hafi til þess að eignir félagsins og eigið fé hefðu hækkað töluvert. Eigið fé félagsins hafi m.a. verið komið í 29% á þeim tímapunkti, sem að mati PFS yrði að teljast ásættanlegt eiginfjárlutfall miðað við þau áföll sem dunið hefðu yfir íslenskt efnahagslíf á síðustu misserum. Eftir að hafa kynnt sér virðisrýrnunarpróf það sem fylgt hefði skýrslu um ofangreint endurmat GR, hefði PFS ekki gert athugasemdir við umrætt mat félagsins og endurskoðanda þess. Í uppfærðri viðskiptaáætlun sem fylgt hefði 9 mánaða uppgjöri félagsins hafi m.a. komið fram að arðsemi eigin fjár félagsins yrði orðin jákvæð fyrir árið [...] og [...] % á árinu [...]. Arðsemiskrafa þessi og þróun hennar væri því í megindráttum í samræmi við áætlanir um arðsemi félagsins allt frá árinu 2007, að árinu 2008 undanskildu.

Jafnframt hefði komið fram í virðisrýrnunarprófi GR, sem unnið hafi verið vegna árshlutreiknings félagsins 30. september 2010, að gangvirði rekstrarfjármuna væri metið [...] kr. hærra en bókfært verð þeirra. Matið væri byggt á niðurstöðu núvirts vænts framtíðarsjóðstreymis GR og unnið út frá viðskiptaáætlun GR og væri miðað við [...] % raunávöxtunarkröfu fjármagns (WACC) og [...] % arðsemiskröfu eigin fjár. Að mati PFS væri framangreint í samræmi við fyrri áætlanir félagsins og þá ávöxtunarkröfu sem PFS teldi eðlilegt fyrir fjarskiptafyrirtæki á samkeppnismarkaði.

Að öllu ofangreindu virtu væri það mat PFS að hlutafjárukning sú sem fram hefði farið í GR í desember 2008 hafi ekki brotið gegn ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga þegar hinar mjög svo óvenjulegu aðstæður í efnahagslífi þjóðarinnar væru hafðar til hliðsjónar. Umrædd hlutafjárukning hafi ekki verið úr hófi fram og í raun nauðsynleg til að gera félagið hæft til að sækja sér fjármagn á almennum fjármálamörkuðum og vera þannig óháð eiganda sínum um fjármögnun. Hlutafjárukningin hafi aðeins numið um þriðjung þess gengistaps sem félagið hafi orðið fyrir á árinu 2008 og lyft eigin fé félagsins upp í 23% en það hefði verið 52% í ársbyrjun 2008. Ekki bæri að líta á viðbrögð eiganda GR við aðsteðjandi vanda eingöngu út frá eigendahagsmunum heldur einnig þeim hagsmunum sem fælust í því að vera helsti kröfuhafi í GR. Mjög miklir hagsmunir væru því í húfi fyrir eiganda félagsins. Í þessu sambandi mætti benda á að kröfuhafar ýmissa fyrirtækja, s.s. fjarskiptafyrirtækja, hefðu yfirtekið þau í kjölfar efnahagshrunsins og m.a. breytt skuldum í hlutafé og skuldbreytt lánnum þeirra. Það væri ekki í verkahring PFS að þrengja svo að rekstri fyrirtækja á borð við GR að þau ættu sér ekki viðreisnar von í kjölfar slíkra efnahagshremminga. Slíkt væri ekki í þágu samkeppni á fjarskiptamarkaði til lengri tíma. Ákvörðun PFS hefði getað orðið önnur ef ekki hefðu komið til hinar mjög svo óvenjulegu aðstæður og að félagið væri á góðri leið með að ná þeirri arðsemiskröfu sem lagt hafi

verið upp með á árinu 2007. Viðskiptaáætlun GR sem nú lægi fyrir gerði ráð fyrir að ekki þyrfti að koma til aukið eiginfjárframlag eiganda félagsins.

Uppfærð viðskiptaáætlun GR sýndi með sannfærandi hætti fram á að viðunandi arðsemi næðist innan eðlilegs tímafrests og að eðlilegt samhengi væri á milli arðsemi og eiginfjárframlags. Þá hefðu rekstrartekjur og –gjöld verið í samræmi við áætlanir félagsins undanfarin ár. Því hefði GR ekki hnikað frá lágmarks arðsemiskröfu sem PFS teldi eðlilegt að gera til fjarskiptafyrirtækis á samkeppnismarkaði við þær aðstæður sem ríktu á fjármálamörkuðum.

Einnig benti PFS á að ákvörðun sú sem hér væri til umfjöllunar væri sú þriðja gagnvart GR á árinu 2010. Ákvörðun PFS nr. 14/2010 lyti annars vegar að því koma í veg fyrir að GR gæti aukið hlutafé sitt án fyrirfram samþykkis PFS og hins vegar að því að koma í veg fyrir að félagið gæti safnað óeðlilegum skammtímaskuldum hjá OR. Ákvörðun PFS nr. 25/2010 lyti að því að skylda GR til að greiða OR vexti af láni félagsins sem OR hafi veitt félaginu á árinu 2007. Sú ákvörðun hafi m.a. komið í veg fyrir að félagið hækkaði hlutafé sitt á árinu 2010 eins og félagið hefði haft í hyggju. Það væri því ljóst að svigrúm OR væri orðið afar takmarkað til að niðurgreiða fjarskiptastarfsemi þá sem stunduð væri innan vébanda GR. PFS myndi þó að sjálfsögðu halda áfram því viðvarandi eftirliti gagnvart félögunum sem 36. gr. fjarskiptalaga gerði ráð fyrir.

Af ofangreindu væri enn fremur ljóst að mat á arðsemiskröfu tengdist tilhögun fjármögnunar fyrirtækja órofa böndum og hefðu hlutafjárukningar því áhrif á arðsemiskröfu eins og fram kæmi hér að ofan varðandi lögmæti hlutafjárukningar í GR sem fram hafi farið í desember 2008. Enda liti PFS á arðsemiskröfu GR á grundvelli heildar eiginfjárframlags OR hverju sinni, en ekki bókfærðs eiginfjár GR.

Að mati PFS hefði GR sýnt fram á með trúverðugum hætti að sú arðsemiskrafa á framlagt eigið fé, sem stofnunin hefði sett fram í upphaflegri ákvörðun sinni frá árinu 2006, uppfyllti kröfu PFS þrátt fyrir þær breytingar sem orðið hefðu frá upphaflegri áætlun í fjárfestingum og fjármögnun félagsins frá þeim tíma. GR gerði í endurskoðuðu viðskiptalíkani sínu ráð fyrir að arðsemi eigin fjár (án endurmats) yrði orðin jákvæð fyrir árið [...] og [...] % á árinu [...]. Innri vextir (IRR) yrðu [...] % [...]. Framangreint væri að mati PFS ásættanlegt fyrir fjarskiptafyrirtæki á samkeppnismarkaði.

Um viðvarandi eftirlit væri að ræða hjá PFS. Því væri nauðsynlegt að GR sendi stofnuninni árlega að lágmarki upplýsingar um rekstur og efnahag, ásamt endurskoðaðri viðskiptaáætlun þar sem skýrt kæmi fram frávik frá fyrri áætlunum og hvort einhverjar þær breytingar hefðu orðið sem kölluðu á endurskoðun arðsemisköfu á eigið fé félagsins. Félagið skyldi því senda stofnuninni árlega ítarlegar upplýsingar um rekstur og efnahag, ásamt endurskoðaðri viðskiptaáætlun og arðsemiskröfu félagsins í samræmi við nánari fyrirmæli þess efnis. Upplýsingunum skyldi skila eigi síðar en 1. apríl ár hvert.

Að öllu ofangreindu virtu var það niðurstaða PFS að hlutafjárhækkun sú sem fram hafi farið í GR þann 16. desember 2008 hafi ekki brotið í bága við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi frá einkaleyfisstarfsemi,

þegar tillit væri tekið til hinna óvenjulegu aðstæðna á fjármálamörkuðum á árinu 2008, sem leitt hefðu til hruns hins íslenska fjármálakerfis og falls íslensku krónunnar. Þá var það niðurstaða PFS að GR uppfyllti kröfu stofnunarinnar um arðsemi á eigið fé félagsins sem eðlilegt væri að gera til fjarskiptafyrirtækis á samkeppnismarkaði.

3.22 Beiðni GR um framlengingu láNSSamnings við OR, dags. 28. mars 2012

Með bréfi GR til PFS, dags. 28. mars 2012, lagði félagið fyrir stofnuna að gefa umsögn um áform GR og OR um framlengingu á framangreindu láni OR til GR sem veitt hafði verið í tengslum við stofnun GR árið 2007. Samkvæmt ákvörðun PFS nr. 32/2008 hefði lánstími lánsins verið stytur úr [...] árum í 5 ár, eða til 1. maí 2012.

Fram kom að í þeim umfangsmiklu áætlunum GR um ljósleiðaravæðingu tugþúsunda heimila á þjónustuvæði félagsins hefði ávallt verið gert ráð fyrir að á framkvæmdatímanum [...], yrði um lántökur að ræða til að fjármagna fjárfestingar, auk þess fjár sem reksturinn skilaði. Endurgreiðsla lána myndi ekki hefjast [...], m.v. áætlanir eins og þær hefðu upphaflega verið og væru enn. Það hefði því legið fyrir við styttingu lánstímans að nauðsynlegt yrði að endurfjármagna lánið þegar það kæmi á gjalddaga á árinu 2012. GR hefði frá árinu 2009 fjármagnað nýjar framkvæmdir með lánsfé á almennum lánamarkaði og gerði ráð fyrir að geta haldið því áfram til loka framkvæmdatíma. Varðandi fjárhagsstöðu GR og framvindu viðskiptaáætlunar félagsins vísaðist í bréf GR til PFS, dags. 28. mars 2012, sem innihéldi árlega upplýsingagjöf GR til stofnunarinnar, sbr. ákvörðun PFS nr. 39/2010.

Félögin áformuðu nú að framlengja lánasamning sinn til 18 mánaða, eða til 1. nóvember 2013, og leituðu hér með umsagnar PFS á þeim áformum. Vaxtakjör endurnýjaðs láns yrði [...]. Álagið gæti þó breyst á lánstímanum að undangengnu samþykki PFS.

3.23 Svarbréf PFS til GR, dags. 25. apríl 2012

Með bréfi PFS til GR, dags. 25. apríl 2012, svaraði stofnunin framangreindri ósk GR um framlengingu láNSSamningsins við OR. Fram kom að í ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 kæmi fram að OR væri heimilt að hafa milligöngu um lántökur GR frá þriðja aðila. Við stofnun GR hefðu félögin gert með sér lánsamning um stofnefnahagslán með [...] ára lánstíma. Í kjölfar úttektar PFS á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hefði stofnunin í ákvörðun nr. 32/2008 mælt fyrir um úrbætur sem m.a. hefðu falist í því að lánstími yrði stytur úr [...] árum í 5 ár með tveimur vaxtagjalddögum á ári og að GR skyldi greiða lántökugjald af stofnláninu og einnig ef til endurfjármögnunar kæmi á því. Lántökugjaldið skyldi nema að lágmarki 1% af lásupphæð hverju sinni af lánum frá OR. Kæmi til endurfjármögnunar lánsins skyldu vaxtakjör endurskoðuð og vextir vera í samræmi við þau kjör sem GR byðist á þeim tíma sem sjálfstæðu fyrirtæki.

Við afgreiðslu á erindi GR hefði PFS til hliðsjónar framangreind fyrirmæli ákvörðunar PFS nr. 32/2008. Að mati PFS fæli framlenging lánsins í sér endurfjármögnun og því bæri að endurskoða vexti miðað við núverandi aðstæður á markaði. PFS horfði í þessu sambandi sérstaklega til lánstíma, lántökukostnaðar og vaxtakjara, en gengið væri úr frá því að aðrir skilmálar í gildandi lánsamningi yrðu óbreyttir.

PFS gerði ekki athugasemd við áform félaganna um að framlengja stofnlán GR til 18 mánaða frá og með 1. maí 2012. GR hefði greitt 1% lántökugjald til OR vegna stofnlánsins. Þar sem að þessu sinni væri um að ræða skammtíma framlengingu á núverandi lánsamningi félaganna teldi PFS rétt að miða skyldi við 0,5% framlengingargjald (lántökukostnað).

Samkvæmt núverandi lánsamningi milli félaganna væri vaxtaálag [...] og hefðu félögin í hyggju að viðhafa sömu kjör á hinu nýja láni. Eins og fram kæmi í áðurgreindri ákvörðun PFS nr. 32/2008 skyldi við ákvörðun vaxta hafa hliðsjón af þeim vaxtakjörum sem fjármálastofnanir væru líklegar til að veita fyrirtæki eins og GR sem sjálfstæðu fyrirtæki á markaði. Miðað við aðstæður á markaði á Íslandi í dag væri mjög ólíklegt að GR stæði til boða erlent lán, sem þó útilokaði ekki að félögin endursemdu með sömu viðmiðum um myntir við endurfjármögnun á láni GR frá OR. Hins vegar teldi PFS að [...] vaxtaálag væri of lágt og endurspeglaði ekki þau vaxtakjör sem stæðu GR til boða í dag sem sjálfstæðu fyrirtæki sem fjármagnaði sig á almennum lánamarkaði. Núverandi vaxtakjör tækju mið af þeim vaxtakjörum sem í boði hefðu verið á árinu 2006 en aðstæður á fjármálamarkaði hefðu tekið miklum breytingum frá þeim tíma sem endurspegladist í herra vaxtaálagi á erlend lán. Verðlags- og gengisþróun, ásamt stöðu á fjármálamörkuðum hefði mikil áhrif á raunvaxtakjör félagsins á hverjum tíma.

Reikna mætti með að fjarskiptafyrirtækjum, með sambærilegan fjárhag og rekstur og GR, stæði í dag til boða fjármögnun með um 3-5% álagi á áhættulausa vexti. Jafnframt þyrfti að hafa í huga að samkvæmt reglugerð nr. 564/2011 um bókhald og kostnaðargreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja skyldi ávöxtunarkrafa lánsfjár reiknuð sem summa áhættulausra vaxta og skuldaálags, sem endurspegladi markaðsaðstæður hverju sinni. Álagið væri ákvarðað ár hvert af PFS og miðaði stofnunin við 3% lánsfjáralag á áhættulausa vexti í dag. PFS teldi rétt að félögin hefðu hliðsjón af framangreindum kjörum við endurfjármögnun lánsins.

Að öllu framangreindu virtu gerði PFS ekki athugasemd við áform GR og OR um endurfjármögnun stofnlánsins til 18 mánaða með því skilyrði að GR greiddi 0,5% lántökukostnað og að vaxtaálag skyldi vera að lágmarki 3% ofan á 6 mánaða LIBOR vexti þeirra gjaldmiðla sem lánið væri veitt í. Vaxtagjalddagar yrðu óbreyttir, þ.e. tveir á ári [...] og [...], og uppgreiðsla höfuðstóls yrði eigi síðar en 1. nóvember 2013.

Að lokum kom fram að gætu félögin ekki fellt sig við fyrirhugaða afstöðu PFS til viðeigandi skilyrða fyrir framlengingu lánsins gætu þau farið fram á að stofnunin tæki kæránlega ákvörðun í málinu. Frestur til að koma slíkum andmælum á framfæri og skila inn viðbótarathugasemdum væri til 15. maí 2012. Bærust ekki andmæli fyrir þann tíma yrði litið svo á að félögin hefðu fallist á skilyrði PFS.

3.24 Bréf PFS til GR, dags. 26. apríl 2012

Með bréfi PFS til GR, dags. 26. apríl 2012, kom fram að GR hefði með tölvupósti, dags. 26. apríl 2012, samþykkt skilyrði PFS um vaxtaálag en færi fram á að framlengingargjald (lántökukostnaður) yrði lækkaður úr 0,5% í [...] % á þeim grundvelli að fyrirtækinu stæði

til boða í sambærilegum viðskiptum við [...] að greiða [...]% framlengingargjald, sbr. meðfylgjandi tilboð [...] þess efnis.

Á grundvelli ofangreinds taldi PFS rétt að miða við þau kjör á markaði sem GR stæði til boða hverju sinni sem sjálfstæðu fyrirtæki og samþykkti beiðni GR um að framlengingargjald skyldi vera [...]%.

IV

Lagaumhverfi

Ákvæði er lýtur að fjárhagslegum aðskilnaði fjarskiptafyrirtækja kom fyrst inn í íslenska fjarskiptalöggjöf með fjarskiptalögum nr. 143/1996. Í 5. mgr. 11. gr. þeirra laga var kveðið á um heimild samgönguráðherra til að setja í reglugerð sérstakar reglur um bókhald fjarskiptafyrirtækja, sundurgreiningu þess og fjárhagslegan aðskilnað milli einstakra rekstrarþátta fjarskiptaþjónustu annars vegar og fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptaþjónustu frá annarri starfsemi rekstrarleyfishafa hins vegar. Slík reglugerð hafði hins vegar ekki litið dagsins ljós þegar fjarskiptalög nr. 107/1999 leystu ofangreind lög af hólmi. Í hinum nýju lögum var þó áfram að finna efnislega samhljóða ákvæði um heimild samgönguráðherra að til setja reglugerð þar að lútandi, sbr. 5. mgr. 29. gr. laganna. Til viðbótar því var í 31. gr. laganna mælt fyrir um skyldu fyrirtækja, sem fengið hefðu leyfi til að veita talsímaþjónustu og/eða til að reka fjarskiptanet, að verða við kröfu PFS um að halda fjárhag fjarskiptastarfseminnar aðskildum frá annarri starfsemi sem rekin væri á grundvelli einka- eða sérréttinda. Með reglugerð nr. 960/2001, um bókhaldslega og fjárhagslega aðgreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja, voru settar nánari reglur um fjárhagslegan aðskilnað og ýmis úrræði PFS í því sambandi.

Með nýjum fjarskiptalögum nr. 81/2003 voru gerðar ákveðnar formbreytingar að því er varðar fjárhagslegan aðskilnað. Í stað heimildar PFS til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað er kveðið á um ófrávíkjanlega lagaskyldu í þessum efnum, sbr. 36. gr. laganna. Ákvæðið hljóðar svo:

„Fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skulu halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarra starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Ákvæðið gildir án tillits til markaðsstyrks fyrirtækis“.⁴

Ljóst er að ofangreint ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga er *sérákvæði* um fjárhagslegan aðskilnað á fjarskiptasviði sem byggist á samkeppnislegum forsendum. Í 14. gr.

⁴ Í frumvarpsathugasemdom kom fram að fjarskiptafyrirtæki sem nytu einka- eða sérréttinda á öðrum sviðum en fjarskiptum skyldu halda fjarskiptastarfsemi sinni aðskilinni frá annarri starfsemi svo að útiloka mætti að tekjur af starfsemi sem nyti einkaréttar eða verndar yrðu notaðar til að styrkja fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins og rýrði með því samkeppnisstöðu annarra fyrirtækja. Ákvæði 36. gr. ætti við um öll fyrirtæki sem nytu einkaréttar eða verndar án tillits til markaðshlutdeildar þeirra og án tillits til þess hvort fjarskiptareksturinn færi fram innan hins verndaða fyrirtækis eða í fyrirtæki sem það hefði yfirráð yfir.

samkeppnislaga nr. 44/2005 er að finna *almenn* ákvæði um fjárhagslegan aðskilnað. Hljóðar það svo:

„Þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar er Samkeppniseftirlitinu heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað, annars vegar á milli þess hluta rekstrar fyrirtækisins sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af starfsemi sem nýtur einkaleyfis eða verndar.“

Við skýringu og beitingu sérákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga má hafa til hliðsjónar fjölmörg fordæmi samkeppnisyfirvalda varðandi beitingu hins almenna ákvæðis samkeppnislaga um slíkan aðskilnað. Varðandi samspil hins almenna ákvæðis í samkeppnislögunum og sérákvæðis um fjárhagslegan aðskilnað má benda á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/1996 (Sjúkrahúsapótek Sjúkrahúss Reykjavíkur). Um starfsemi sjúkrahúsapóteka giltu sérlög, þ.e. lyfjalög nr. 93/1994. Í þeim lögum var að finna sérákvæði um fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahúsapóteks og annars reksturs sjúkrahúss. Fram kom að ákvæði þetta hefði m.a. verið sett í þeim tilgangi að jafna samkeppnisstöðu apóteka og sjúkrahúsapóteka og væri þannig m.a. ætlað að vera til stuðnings hinu almenna ákvæði 14. gr. samkeppnislaga. Samkeppnislögin voru sögð lyfjalögunum til fyllingar að því marki sem ákvæði þeirra stönguðust ekki á.

Samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga kveður ákvæðið á um skyldu til fjárhagslegs aðskilnaðar, hvort sem fjarskiptareksturinn fer fram innan hins verndaða fyrirtækis eða í fyrirtæki sem hið verndaða fyrirtæki hefur yfirráð yfir. Með öðrum orðum gildir ákvæðið m.a. um samskipti innan fyrirtækjasamstæðu sem að hluta stundar fjarskiptastarfsemi. Samstæðuhugtak samkeppnislaga hefur mikla þýðingu þegar metið er hvort félög mynda eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga um bann við ólögumtæu samráði gildir t.d. aðeins á milli aðila sem ekki eru það tengdir að þeir mynda ekki eina efnahagslega einingu. Myndi félög eina efnahagslega einingu kemur 11. gr. laganna um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hins vegar til álita. Í skilningi samkeppnisréttarins eru samningar á milli aðila sem mynda eina efnahagslega einingu ekki samningar milli sjálfstæðra keppinauta heldur frekar innri ráðstafanir sama fyrirtækis.

Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, skal stofnunin annast framkvæmd laga um fjarskipti, framfylgja lögnum og stuðla að því að markmið þeirra náist. Í 2. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga segir m.a. að markmið þeirra sé að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá er það eitt af skilgreindum verkefnum stofnunarinnar að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu, sbr. 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, m.a. með því að vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Samkvæmt 3. tölul. 1. mgr. sömu laga er það einnig hlutverk PFS að taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskiptaþjónustu og upplýsingatækni, m.a. með því að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum og hvetja til uppsetningar og þróunar slíkra neta. Við túlkun og beitingu 36. gr. fjarskiptalaga verður að hafa í huga þessi markmið laganna og hlutverk stofnunarinnar í því sambandi.

Samkvæmt 11. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, er stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun telji hún nauðsynlegt að taka ákvörðun í máli án tafar, enda sé hætt á að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni. PFS skal taka málið til umfjöllunar skv. 9. og 10. gr. innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðun var tekin, ella fellur hún úr gildi.

Í athugasemdum með umræddu ákvæði í frumvarpi er varð að ofangreindum lögum kom fram að greinin væri hliðstæð ákvæði um bráðabirgðaákvæði í gildandi lögum. Þó væru skilyrði þess að slík ákvörðun yrði tekin hert nokkuð þannig að verulegir hagsmunir þyrftu að vera í húfi svo beita mætti ákvæðinu.

V

Forsendur og niðurstaða

5.1 Inngangur

Í máli þessu er fjallað um beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) þess efnis að Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) taki bráðabirgðaákvörðun er heimili félaginu að framlengja lánasamning félagsins við Orkuveitu Reykjavíkur (OR), sem að óbreyttu átti að gjaldfalla 1. nóvember 2013, þar til einum mánuði eftir að niðurstaða er fengin í máli því er varðar beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu í félaginu.

Málið tengist áðurgreindri beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu í félaginu, sem nánar tiltekið felst í því að PFS veiti samþykki sitt fyrir því að GR auki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem Orkuveita Reykjavíkur (OR) yrði greiðandi að. Ennfremur að eftirstöðvar lánsins yrðu á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar umræddrar hlutafjárukningar yrði því ekki um lánasamning milli GR og OR að ræða. Míla ehf. (Míla), sem nýtur aðildar að málinu samkvæmt ákvörðun PFS nr. 20/2013, leggst gegn umræddum áformum GR og telur að þau brjóti í bága við 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sem kveður á um að óheimilt sé að niðurgreiða samkeppnisrekstur á sviði fjarskipta af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Þann 25. október sl. kærði Míla til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála málsmeðferðarákvörðun PFS í máli því er varðar ofangreinda beiðni GR um hlutafjárukningu, dags. 14. október sl., þess efnis að tilteknar upplýsingar skyldu undanþegnar upplýsingarétti Mílu þar sem um trúnaðarupplýsingar væri að ræða. PFS hafði í hyggju að kveða upp efnislega ákvörðun í ofangreindu máli í lok október áður en umrætt lán myndi gjaldfalla. Sökum umræddrar kæru Mílu getur PFS ekki tekið endanlega ákvörðun í málinu fyrr en úrskurðarnefnd hefur kveðið úr um umrædda kæru og Míla eftir atvikum fengið að tjá sig um þau gögn sem nefndin kynni að veita aðgang að.

5.2 Afstaða PFS til beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun

Þann 20. ágúst sl., barst PFS beiðni GR um samþykki stofnunarinnar fyrir 3,5 milljarða kr. hlutafjárukningu í félaginu sem OR yrði greiðandi að. Fyrirkomulagið yrði það að 3,5 milljarða kr. lán GR hjá OR, sem væri á gjalddaga þann 1. nóvember 2013, yrði

breytt í hlutafé. Míla krafðist aðildar að málinu og með ákvörðun PFS nr. 20/2013, dags. 10. október sl., féllst PFS á þá kröfu. Þann 14. október sl. tók PFS þá málsmeðferðarákvörðun að afhenda Mílu gögn málsins að því undanskildu að aðgangur félagsins að tilteknum upplýsingum, er stofnunin taldi njóta trúnaðar, var takmarkaður. Þann 25. október sl. kærði Míla umrædda málsmeðferðarákvörðun til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. PFS getur því ekki tekið efnislega ákvörðun í málinu fyrr en niðurstaða úrskurðarnefndar liggur fyrir og Mílu hefur gefist kostur að tjá sig efnislega um framangreinda beiðni GR um hlutafjárútkningu, eftir atvikum í framhaldi af því að ríkari aðgangur að gögnum kynni að vera veittur.

Í ljósi framangreindrar stöðu sem málið var komið í sendi GR PFS beiðni þann 28. október sl. um bráðabirgðaákvörðun um samþykki PFS fyrir framlengingu lánasamnings GR og OR. Míla hefur, eins og reifað hefur verið hér að framan, lýst sig mótfallin umræddri beiðni GR. Rök GR fyrir beiðni um umrædda bráðabirgðaákvörðun eru þau að það skilyrði 11. gr. laga nr. 69/2003 að félagið verði fyrir verulegu fjártjóni verði dráttur á efnisákvörðun í málinu sé uppfyllt. Falli umrætt lán í gjalddaga beri GR að greiða OR dráttarvexti sem nema verulegum fjárhæðum á degi hverjum.

Rök Mílu fyrir því að PFS beri að hafna umræddri beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun eru í fjórum liðum. *Í fyrsta lagi* að skýra beri ákvæði 11. gr. laga nr. 69/2003 þröngt og beita aðeins í sérstökum undantekningartilvikum. *Í öðru lagi* að ekki fáiast séð að nokkurt raunverulegt tjón hljótist af mögulegum dráttarvaxtagreiðslum GR til OR í ljósi þess að um lán innan samstæðu sé að ræða. *Í þriðja lagi* að fjárútlát GR vegna dráttarvaxtagreiðslna gætu aldrei talist svo verulegir hagsmunir að skilyrði umræddrar lagagreinar teldust uppfylltar. Sem dæmi gætu 303 milljón kr. dráttarvextir af fjögurra mánaða vanskilum lánsins, sem samvaraði u.þ.b. 4,3% af fjárfestingum GR í gagnaflutningskerfum á síðustu fjórum árum, ekki talist verulegir hagsmunir fyrir GR. *Í fjórða lagi* væri það ekki dráttur á efnislegri ákvörðun PFS sem orsakaði þá stöðu sem upp væri komin, heldur sú staðreynd að GR hefði ekki farið fram á framlengingu lánsins fyrr en 28. október sl. Eðlilegt væri að GR bæri hallann af þessu enda hefði félaginu verið í lófa lagið að senda erindið mun fyrr.

Samkvæmt 11. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, er stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun telji hún nauðsynlegt að taka ákvörðun í máli án tafar, enda sé hætta á að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni. PFS skal taka málið til umfjöllunar skv. 9. og 10. gr. innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðun var tekin, ella fellur hún úr gildi. Í athugasemdum með umræddu ákvæði í frumvarpi er varð að ofangreindum lögum kom fram að greinin væri hliðstæð ákvæði um bráðabirgðaákvæði í gildandi lögum. Þó væru skilyrði þess að slík ákvörðun yrði tekin hert nokkuð þannig að verulegir hagsmunir þyrftu að vera í húfi svo beita mætti ákvæðinu.

Samkvæmt ofangreindu er ljóst að skýra ber ákvæðið þröngri lögskýringu og verða verulegir hagsmunir að vera í húfi fyrir þann aðila sem óskar eftir slíkri bráðabirgðaákvörðun svo PFS geti fallist á hana. Um það eru PFS og Míla sammála.

PFS er algjörlega ósammála þeirri málsástæðu Mílu að GR verði ekki fyrir neinu raunverulegu tjóni af mögulegum dráttarvaxtagreiðslum til OR í ljósi þess að um lán innan samstæðu sé að ræða. Að mati Mílu nettast vaxtagjöld GR til OR út á samstæðugrundvelli.

Í fjölmörgum ákvörðunum allt frá árinu 2006 hefur PFS lagt ríka áherslu á að tryggja raunverulegan fjárhagslegan aðskilnað GR frá OR í samræmi við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og að GR lúti á hverjum tíma skilyrðum sem tryggja eiga að félagið sé sem óháðast OR og starfaði í raun líkt og sjálfstætt fyrirtæki sem ekki nyti þeirra forréttinda að tilheyra samstæðu sem nyti einka- og eða sérrettinda á öðrum sviðum. Ýmsar kvaðir hafa verið lagðar á GR í þessu augnamiði. Er það í raun markmið ákvæðisins að búa svo um hnútana að tvö fyrirtæki innan sömu samstæðu starfi eins og um tvo óskylda aðila væri að ræða og koma þannig í veg fyrir allar ráðstafanir sem útleggja mætti með því orðalagi að „*færa fé úr einum vasa yfir í annan*“. PFS hefur ekki orðið vör við að félög innan Skiptasamstæðunnar hafi gert athugasemdir við þær ákvarðanir sem PFS hefur tekið á umliðnum árum gagnvart GR eða að þau hafi óskað eftir því á síðustu árum að hert væri á gildandi skilyrðum eða nýjum bætt við til að tryggja framangreindan fjárhagslegan aðskilnað. Það væri fullkomlega gegn framangreindri viðleitni að líta á það sem rök til höfnunar á því að taka umrædda bráðabirgðaákvörðun að lánið sé hvort sem er innan samstæðu.

Yrði fallist á umrædd rök Mílu væru forsendur PFS um fjárhagslegan aðskilnað, sem fram koma í fyrri ákvörðunum stofnunarinnar, í raun brostnar. Í raun draga röksemdir Mílu úr vægi og tilgangi 36. gr. fjarskiptalaga og gera í raun lítið úr framangreindri viðleitni PFS, sem almenn sátt hefur verið um að mati PFS á síðustu árum, nema kannski af hálfu GR sem hefur talið verulega að sér þrengt með umræddum kvöðum. Ljóst er að tug- eða hundruð milljón kr. dráttarvextir GR til OR myndu draga verulega úr samkeppnishæfni og fjárfestingargetu GR á viðkomandi markaði. PFS getur ekki fallist á það að hundruðir milljón kr. dráttarvaxtakrafa sem til verður á hendur GR gufi hreinlega upp í bókhaldi samstæðunnar. Myndi það einmitt ganga gegn grundvallarmarkmiði 36. gr. fjarskiptalaga. Það eru meðal mikilvægustu hlutverka PFS að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamörkuðum og stuðla að uppbyggingu fjarskiptaneta. Ljóst er að PFS tekur ekki ákvarðanir sem ganga þvert gegn þessum meginmarkmiðum fjarskiptalöggjafarinnar.

Þá er PFS algjörlega ósammála þeirri málsástæðu Mílu að fjárútlát GR vegna dráttarvaxtagreiðslna geti aldrei talist svo verulegir hagsmunir að skilyrði 11. gr. laga nr. 69/2003 teljist uppfyllt. Míla nefnir sem dæmi að 303 milljón kr. dráttarvextir af fjögurra mánaða vanskilum lánsins, sem samvara u.þ.b. 4,3% af fjárfestingum GR í gagnaflutningskerfum á síðustu fjórum árum, geti ekki talist verulegir hagsmunir fyrir GR.

PFS gerir ekki athugasemdir við útreikninga Mílu um að fjögurra mánaða dráttarvextir geti numið um 303 millj. kr. og fjárfestingar GR hafi numið tæplega 4 milljörðum kr. á síðustu fjórum árum. Hins vegar er hlutfallið 7,6% af þeirri fjárfestingu en ekki 4,3% eins og Míla heldur fram.

Við mat á því hvort umræddir dráttarvextir, hvort sem þeir vari í nokkra daga, vikur eða mánuði, er ekki rétt að setja það mat í samhengi við fjárfestingu félagsins í fjarskiptainviðum. Slíkar fjárfestingar eru mjög mikilvægar fyrir GR til að ná samfelldri útbreiðslu á markaðssvæði sínu sem er ein af grundvallar forsendunum sem viðskiptaáætlun félagsins byggir á. Mjög mikilvægt er fyrir félagið að það nái að ljúka uppbyggingunni sem fyrst, sem væri í samræmi við þá viðskiptaáætlun sem félagið hefði byggt á síðustu árin og PFS lagt blessun sína yfir, auk þess að takast á við endurfjárfestingar eins og nauðsynlegt er í öllum fjarskiptarekstri. Eðlilegra væri að meta þetta út frá rekstrar- og efnahagslegum forsendum, s.s. að 303 milljónir kr. samsvari 22% af veltu ársins 2012, að handbært fé þann 31. desember 2012 hafi numið 98 millj. kr. og að hreint veltufé (án afborgunar langtímalána næsta árs) næmi 120 millj. kr.

PFS telur því ótvírætt að dráttarvextir er nema á þriðju milljón kr. daglega teljist án efa verulegir hagsmunir fyrir GR og alla aðra aðila sem væru í sömu stöðu. Ekki hvað síst ef málsmeðferð fyrir úrskurðarnefnd dregst á langinn.

Að lokum er PFS ekki sammála Mílu um að dráttur á efnislegri ákvörðun PFS orsakaði ekki þá stöðu sem upp væri komin, heldur sú staðreynd að GR hefði ekki farið fram á framlengingu lánsins fyrr en 28. október sl. PFS tekur það sérstaklega fram að unnið hefur verið ötullega að málinu frá því í lok ágúst er beiðni GR barst og sérstaklega eftir að uppfært viðskiptalíkan GR barst þann 17. september sl. PFS stefndi að því að ljúka málinu með efnislegri ákvörðun eigi síðar en 1. nóvember 2013 og var bæði GR og Mílu kunnugt um það, enda ljóst að umrætt lán GR hjá OR félli í gjalddaga þann dag. Míla hafði í aðildarmálinu t.a.m. lagt fram ýmis efnisleg sjónarmið sín í málinu þannig að PFS gat unnið að efnislegri niðurstöðu málsins þótt stofnunin hefði aðeins fengið fjóra virka daga til að vega og meta endanlegar efnislegar athugasemdir félagsins. Að mati PFS er eina ástæðan fyrir því að áform PFS náðu ekki fram að ganga framangreind kæra Mílu á framangreindri málsmeðferðarákvörðun.

Því er ljóst að PFS hefði án vandkvæða náð að ljúka málinu eigi síðar en 1. nóvember 2013, þó vissulega hefði ekki skemmt fyrir að ef upphafleg umsókn GR hafi borist fyrr. PFS telur þó af og frá að hafna beri beiðni GR um bráðabirgðaákvörðun af þeim sökum. Þess má geta að framkvæmd PFS við að leggja mat á hvaða upplýsingar skyldu njóta trúnaðar í því máli sem hér er til umfjöllunar er í fullu samræmi við áralanga framkvæmd stofnunarinnar og fordæmi úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Að öllu ofangreindu virtu fellst PFS á beiðni GR um að stofnunin taki bráðabirgðaákvörðun, með stoð í 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, er heimili félaginu að framlengja lánasamning við OR, sem að óbreyttu átti að gjaldfalla 1. nóvember 2013, þar til einum mánuði eftir að niðurstaða er fengin í máli því er varðar beiðni GR um samþykki stofnunarinnar fyrir hlutafjárukningu í félaginu.

Ákvörðunarorð

Beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. um að Póst- og fjarskiptastofnun taki bráðabirgðaákvörðun, með stoð í 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, er heimili félaginu að framlengja lánasamning við Orkuveitu Reykjavíkur, sem að óbreyttu átti að gjaldfalla 1. nóvember 2013, þar til einum mánuði eftir að niðurstaða er fengin í máli því er varðar beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. um samþykki stofnunarinnar fyrir hlutafjárukningu í félaginu, er samþykkt.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 1. nóvember 2013

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson