



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 14/2010 Um fjárhagslegan aðskilnað milli Orkuveitu Reykjavíkur s.f. og Gagnaveitu Reykjavíkur ehf.

I.

Málavextir

Þann 4. nóvember 2009 sendi Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) fyrirspurnarbréf til Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) í tilefni af upplýsingum sem fram komu í ársreikningi félagsins fyrir árið 2008 varðandi 1,2 milljarða króna hlutfjárukningu félagsins sem fram fór í árslok 2008. Spurðist PFS m.a. fyrir um ástæður, tilurð og framkvæmd ofangreindrar hlutfjárhækkunar, 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 hlutfjárhækkun hefði á arðsemiskröfu fyrirtækisins með vísan til viðskiptalíkans félagsins frá apríl 2008.

Svar GR barst með bréfi, dags. 19. nóvember 2009. Fram kom að ofangreind hlutfjárhækkun hefði verið samþykkt á hlutahafafundi félagsins þann 16. desember 2008. Orkuveita Reykjavíkur sf. (OR), móðurfélag GR, hefði keypt alla hlutina og hefði hlutféð því hækkað úr kr. 3.534.841.000 í kr. 4.736.841.000. Fram kom að félagið hefði verið í mikilli uppbyggingu og hefði hlutfjárhækkunin verið gerð til að styrkja eigið fé fyrirtækisins og auka lánshæfi þess. Aukningin hefði verið jöfnuð á móti vaxtaberandi skuld við OR. Ennfremur kom fram að hlutfé hefði ekki verið hækkað á árinu 2009 og að það stæði ekki til. Að lokum kom fram að viðskiptaáætlun GR gerði nú ráð fyrir að arðsemi af eigin fé yrði orðin jákvæð árið [...] ¹ miðað við að þróun gengisvísitölu yrði með þeim hætti sem þjóðhagsspá gerði ráð fyrir, en árið [...] ² ef hún gengi ekki eftir. Þá gerði áætlunin ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði orðin [...] ³% í lok árs [...] ⁴.

¹ Fellt brott vegna trúnaðar.

² Fellt brott vegna trúnaðar.

³ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

Með bréfi, dags. 5. febrúar 2010, boðaði PFS GR ákvörðun varðandi tvö nánar tilgreind atriði sem tryggja áttu betur framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar á milli GR og OR, eins og nánari grein verður gerð fyrir hér á eftir. Þá óskaði stofnunin eftir afritum af lánasamningi félagsins við Landsbanka Íslands (NBI hf.), ársreikningi félagsins fyrir árið 2009, upplýsingum um mánaðarlega stöðu á viðskiptareikningi félagsins við OR á tímabilinu frá ársbyrjun 2008 til ársloka 2009, yfirlit yfir lánakjör og skilmála á umræddum viðskiptareikningi á sama tímabili og uppfærðri arðsemiskröfu félagsins vegna ofangreindrar hlutafjár aukningar og breytts fjármögnunarumhverfis, ásamt viðskiptaáætlun félagsins til ársins 2018.

Í ofangreindu bréfi PFS, dags. 5. febrúar s.l., fjallaði stofnunin með nokkuð ítarlegum hætti um atriði er varða arðsemiskröfu af fjarskiptastarfsemi OR og samskiptum stofnunarinnar og OR/GR þar að lútandi á síðustu árum og misserum. PFS tók fram að í skýrslu stofnunarinnar um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi OR, dags. 9. janúar 2006, hefði stofnunin haft í hyggju að ákvarða nánar tiltekna arðsemiskröfu á eigið fé fjarskiptahlutans (19,61%). Í umræddri skýrslu hefði einnig komið fram að ef OR færi fram á endurskoðun á arðsemi eigin fjár vegna breytinga á fjármálaumhverfi gæti PFS tekið tillit til þeirra breytinga að loknu mati og skýringum OR og breytt ákvörðun um arðsemina. Í ákvörðun sinni, dags. 13. nóvember 2006, hefði PFS hins vegar fallið frá því að ákvarða tiltekna arðsemiskröfu og lagt 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 skriflega grein fyrir forsendum hennar. Þá hefði komið fram í ofangreindri ákvörðun að stofnefnahagsreikningur fjarskiptastarfseminnar hefði verið miðaður við 1. júlí 2006 og að fjármögnun samanstæði af 25% eigin fé og 75% langtímaskuldum. PFS gerði ekki athugasemdir við þetta.

Í ofangreindri ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 hefði ennfremur komið fram að það væri ekki eðlilegt að gera sömu arðsemiskröfu til fjárfestinga í fjarskiptastarfsemi OR og í öðrum veituframkvæmdum. Fjárfesting í fjarskiptaneti væri miklu áhættusamari en fjárfesting í veitu fyrir hita, vatn eða rafmagn, auk þess sem samkeppni væri mun meiri á fjarskiptasviðinu. Það væri því álit stofnunarinnar að ef OR tæki ekki tillit til þessara aðstæðna á fjarskiptamarkaði, með því að gera mun minni arðsemiskröfu til fjárfestinga sinna en almennt tíðkaðist hjá samkeppnisaðilum hennar, væri fyrirtækið í reynd að greiða niður samkeppnisrekstur á þessu sviði. Þá kæmi orðrétt fram á bls. 21:

„PFS getur út af fyrir sig fallist á það með OR að almennt sé það undir eigendum fyrirtækja sjálfum komið að ákveða áætlun um arðsemi þess fjármagns sem lagt hefur verið í þau. Hins vegar hefur OR ákveðna sérstöðu þegar litið er til þess að hún er í eigu aðila sem teljast til hins opinbera, þ.e. tiltekinna sveitarfélaga, og starfar að hluta til í skjóli einkaleyfis. **Eiga slíkt almenn sjónarmið því ekki að öllu leyti við í tilviki OR.** Með tilliti til þess að það er ótvíræður tilgangur 36. gr. fjarskiptalaga að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi verður ekki á það fallist að OR hafi alveg frjálssar hendur til að ákveða arðsemi þess fjármagns sem bundið er í fjarskiptastarfsemi hennar. Með öðrum orðum verður að telja að OR sé skylt að taka tillit til samkeppnissjónarmiða við ákvörðun á ávöxtunarkröfu fyrir Gagnaveituna þannig að hún teljist vera eðlileg miðað við það sem almennt tíðkast á fjarskiptamarkaði.“

Pá kom fram í ofangreindu bréfi PFS frá 5. febrúar s.l. að GR hefði tilkynnt stofnuninni með bréfi, dags. 14. maí 2007, að samkvæmt viðskiptaáætlun félagsins væri gert ráð fyrir að arðsemi eigin fjár yrði að lágmarki [...] ⁵% í árslok [...] ⁶ og yrði orðin jákvæð á árinu [...] ⁷. Þar sem GR hefði ekki tekið til starfa fyrr en 1. janúar 2007 hefði PFS ákveðið að ráðast ekki í sérstaka skoðun á umræddri arðsemiskröfu eða öðrum atriðum er vörðuðu fjárhagslegan aðskilnað félagsins að svo stöddu heldur bíða þar til fyrsta rekstrarári hins nýja félags lyki.

Í nóvember 2008 hefði PFS tilkynnt félaginu um úttekt stofnunarinnar á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar GR og OR, þ.e. hvort hann væri í samræmi við ákvörðun stofnunarinnar frá 13. nóvember 2006. Úttektin byggði á ýmsum gögnum sem stöfuðu frá GR, m.a. viðskiptalíkanu frá apríl 2008 (til að geta metið þróun arðsemiskröfu) og fyrsta ársreikningi félagsins fyrir rekstrarárið 2007. Eftirfarandi kom fram á bls. 7 í ofangreindri úttektarskýrslu:

„Við stofnun félagsins voru yfirfærðar eignir frá OR að verðmæti 7.073 millj. kr. með eftirfarandi hætti. Gagnaveitukerfi að verðmæti 5.521 millj. kr., handbært fé og viðskiptakröfur að fjárhæð 1.552 millj. kr. GR greiðir fyrir framangreindar eignir með langtímaláni við OR til 12 ára að upphæð 3.537 millj. kr., yfirtöku viðskiptaskulda að upphæð 65 millj. kr. og útgefnu hlutafé að nafnverði 3.537 millj. kr.

Mat á fastafjármunum í stofnefnahagsreikningi GR byggist á mati fastafjármuna þann 1. júlí 2006 að viðbættum fjárfestingum á tímabilinu júlí til desember 2006 og að teknu tilliti til afskrifta á tímabilinu.

Í fyrri ákvörðun stofnunarinnar féllst hún á tillögu OR um eiginfjárlutfallið 25% en tók ekki ákvörðun um hvert hlutfall eigin fjár skyldi vera. Einkahlutafélagið 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 aukíð 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.“ (leturbr. undirritaðs)

Fram kemur á bls. 11 í ofangreindri úttektarskýrslu 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 að lágmarki [...] ⁸% í árslok [...] ⁹ og að þá væri miðað við að arðsemi af eigin fé yrði orðin jákvæð á árinu [...] ¹⁰. GR hefði í apríl 2008 lagt fram endurskoðaða viðskiptaáætlun og væri niðurstaða hennar í samræmi við þá arðsemiskröfu sem fram hefði komið í yfirlýsingu GR frá maí 2007. PFS hefði ekki

⁵ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁷ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁸ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁹ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁰ Fellt brott vegna trúnaðar.

lagt mat á forsendur áætlunar GR, en hygðist fylgjast með framvindu mála eftir því sem stofnunin teldi þörf á hverju sinni. Á bls. 13 í úttektarskýrslunni kom svo fram að félagið hefði í samræmi við fyrirmæli PFS lagt fram sérstaka ákvörðun um arðsemiskröfu og væri það mat stofnunarinnar að tekið hefði verið tillit til samkeppnissjónarmiða.

Með ákvörðun PFS nr. 32/2008 um fjárhagslegan aðskilnað milli OR og GR frá 30. desember 2008 hefði PFS skerpt á þeim fyrirmælum sem stofnunin hafði beint til GR um fjárhagslegan aðskilnað með ákvörðun sinni frá 13. nóvember 2006. Um hefði verið að ræða atriði sem vörðuðu lánakjör, m.a. styttingu lánstíma, og reikningsskil, þannig að félaginu væri óheimilt að skila samandregnum ársreikningi til ársreikningaskrár. Það hefði verið niðurstaða PFS að framkvæmd á fjárhagslegum aðskilnaði væri að mestu leyti fullnægjandi. PFS hefði því ekki gert athugasemdir við viðskiptaáætlun GR eða arðsemiskröfu í umræddri ákvörðun, sem byggð var á framangreindri úttektarskýrslu frá nóvember 2008.

Ennfremur kom fram í ofangreindu bréfi PFS til GR, dags. 5. febrúar s.l., að framangreind hlutafjárútkning væri ekki í samræmi við þær viðskiptaáætlanir sem kynntar hefðu verið fyrir PFS á síðustu árum og misserum og lagðar hefðu verið til grundvallar í framangreindum ákvörðunum stofnunarinnar varðandi arðsemiskröfu félagsins. Ein megin forsenda ákvarðana PFS vegna eiginfjárframlags hefði verið sú að ekki yrði hnikað frá lágmarks arðsemiskröfu sem PFS hefur talið 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. Því hefði PFS farið fram á að GR legði fram uppfærða viðskiptaáætlun þar sem væntanlega yrði tekið tillit til hlutafjárhækkunarinnar og breyttra aðstæðna á fjármálamörkuðum, þar sem m.a. kæmi fram áætluð arðsemi hlutfjár til ársins 2018.

Að lokum kom fram að þegar framangreind gögn hefðu borist myndi PFS kanna hvort umrædd hlutafjárútkning hefði verið eðlileg miðað við aðstæður, þ.e. hvort hún samræmðist eðlilegri fjárhagslegri aðgreiningu GR og OR eða fæli í sér að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi.

II.

Fyrirhuguð tilmæli PFS varðandi fjárhagslegan aðskilnað OR og GR

Í ofangreindu bréfi PFS til GR, dags. 5. febrúar s.l., kom m.a. fram að PFS teldi mikilvægt að til staðar væru skýrar reglur fyrirfram um hvernig staðið skyldi að fjármögnun GR. Til að fyrirbyggja vandkvæði sem kynnu að skapast af einhliða hlutafjárútkningum GR og óeðlilegri skuldasöfnun GR hjá OR í framtíðinni, m.t.t. fjárhagslegs aðskilnaðar GR og OR, hefði PFS í hyggju að bæta við fyrirmælum varðandi umræddan fjárhagslegan aðskilnað. Fyrri skilyrðið væri sett til að tryggja að fjármögnun og arðsemiskrafa félagsins væri með eðlilegum hætti og byggð á samkeppnislegum forsendum. Seinna skilyrðið væri sett til að koma í veg fyrir óeðlilega skuldasöfnun GR hjá OR sem aðrir ótengdir aðilar ættu ekki kost á. Fyrirhuguð fyrirmæli hljóðuðu svo:

GR þarf að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjáraukningu sem OR er greiðandi að. GR skal leggja slíka umsókn fyrir PFS með nauðsynlegum gögnum, t.d. nýrri viðskiptaáætlun og útreikningi á arðsemiskröfu. PFS samþykkir aðeins slíka hlutafjáraukningu ef hún rúmast innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar og felur ekki í sér að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi.

Skammtímaskuldir GR við OR geta aldrei numið hærri fjárhæð en sem nemur tveggja mánaða eðlilegum viðskiptum milli aðilanna á hverjum tíma, eins og um ótengda aðila sé að ræða.

GR var veitt tækifæri til að andmæla ofangreindum fyrirætlunum PFS.

III.

Erindi Skipta

Með bréfi, dags. 10. mars s.l., barst PFS erindi frá Skiptum hf. sem fól í sér kröfu um eftirfylgni PFS við ákvörðun stofnunarinnar frá 13. nóvember 2006 um fjárhagslegan aðskilnað GR og OR.

Fram kom að í mars 2003 hefði PFS hafið úttekt á fjárhagslegum aðskilnaði fjarskiptastarfsemi OR í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Úttektin hefði leitt í ljós að aðskilnaðurinn hefði ekki verið fullnægjandi og hefði málinu lokið með ákvörðun frá 13. nóvember 2006. Í þeirri ákvörðun hefði PFS m.a. beint þeim tilmælum til OR að taka sérstaka ákvörðun um arðsemiskröfu GR m.t.t. samkeppnissjónarmiða og þess sem almennt gerðist á fjarskiptamarkaði. Í kjölfar ofangreindrar ákvörðunar hefði PFS gert aðra úttekt á fjárhagslegum aðskilnaði OR og GR sem lokið hefði með ákvörðun PFS nr. 32/2008. Af þeirri ákvörðun yrði hins vegar ekki séð hvernig fyrirmælum um arðsemiskröfu hefði verið fylgt eftir. Athyglisvert væri þó að sú arðsemiskrafa sem PFS hefði talið rétt að OR skyldi gera til starfsemi GR (miðað við skýrslu PFS frá janúar 2006) hefði verið 19,61% af eigin fé miðað við árslok 2011 og að arðsemin yrði orðin jákvæð í árslok 2009. Ljóst væri að arðsemi eigin fjár GR hefði ennþá verið neikvæð í árslok 2008. Skorað væri á PFS að rannsaka hvort þessu eðlilega markmiði hefði verið náð miðað við rekstrartölur vegna ársins 2009.

Í heildarstefnu OR, sem samþykkt hefði verið af stjórn félagsins í lok árs 2009, kæmi m.a. fram að arðsemiskrafa væri 7% fyrir GR, sem væri að mati Skipta mjög lág krafa. Þá kæmi fram að arðsemiskrafa fyrir „ný verkefni á samkeppnismarkaði“ væri 15% sem væri rúmlega tvöfalt hærri krafa en félagið gerði til fjarskiptahlutans. Athyglisvert væri að arðsemiskrafa til GR væri svipuð og OR gerði til einkaleyfisrekinnar starfsemi sinnar. Það væri að mati Mílu algjörlega óásættanlegt að OR gerði svipaða arðsemiskröfu til GR eins og um einkaleyfisbundna starfsemi væri að ræða.

Þess væri því krafist að PFS rannsaki hvers vegna arðsemiskrafa til GR sé ekki sú sama og félagið gerir til annars samkeppnisrekstrar. Þess væri og krafist að PFS rannsaki hvort rekstur GR hafi verið farinn að skila jákvæðri arðsemi í árslok 2009. Ennfremur að PFS

meti hvort yfirlýst arðsemiskrafa GR sé eðlileg m.t.t. samkeppnissjónarmiða og miðað við það sem almennt gerist á fjarskiptamarkaði. Hagsmunir aðila á fjarskiptamarkaði væru ríkir í þessu sambandi enda væri viðurkennt að of lág arðsemiskrafa eða það að of langur tími liði þar til eðlilegri arðsemi væri náð þýddi að OR væri í reynd að greiða niður samkeppnisrekstur á sviði fjarskipta.

Að lokum væri þess krafist að PFS rannsaki hvort GR greiði eðlilegt endurgjald fyrir ýmsa þjónustu sem veitt væri af hálfu OR. Í því sambandi mætti nefna að við greiningu á ársreikningi GR fyrir árið 2008 væru engar birgðir færðar hjá félaginu. Ástæðan væri trúlega sú að OR sæi um allar framkvæmdir, s.s. lagningu og viðhald strengja. Það væri því tilefni til þess að rannsaka m.a. hvort GR greiði eðlilegt gjald fyrir lagerhald, rýrnun, afskriftir o.fl. sem fylgir slíkum rekstri.

Með bréfi, dags. 16. mars s.l., framsendi PFS GR ofangreint erindi Skipta til umsagnar.

IV.

Sjónarmið GR og OR

Svar GR/OR barst PFS með bréfi, dags. 26. mars 2010. Fram kom að erindi PFS frá 5. febrúar s.l. varðaði ekki síður OR en GR og því væri erindinu svarað sameiginlega af hálfu félaganna. Félögin gerðu ekki athugasemdir við fyrirhugaða ákvörðun PFS er varðaði takmörkun á skammtímaskuldum GR við OR.

Varðandi arðsemiskröfuna og umrædda hlutafjánhækkun kom fram að á fyrri hluta ársins 2008 hefðu fulltrúar GR átt viðræður við banka, s.s. Norræna fjárfestingarbankann, um fjármögnun ljósleiðaravæðingar félagsins. Fljótlega hefði orðið ljóst að aðgangur að lánsfé væri lítill sem enginn, ekki síst vegna mikillar óvissu í efnahagsmálum sem svo hefði leitt til hruns bankakerfisins. Framkvæmdir ársins 2008 hefðu verið fjármagnaðar af viðskiptareikningi GR hjá OR. Undir lok árs 2008 hefði orðið ljóst að ekki yrði af ytri fjármögnun GR að svo stöddu vegna ástands banka og lánamarkaða. Þar að auki hefði stórfelld lækkun íslensku krónunnar valdið miklu gengistapi vegna láns GR hjá OR, sem væri í erlendri myntkörfu. Við það hefði eiginfjárhlutfall félagsins lækkað úr 52,3% í árslok 2007 í 20,6% í lok september 2008. Í þessu ljósi hefði það orðið niðurstaða OR að nauðsynlegt væri að auka hlutafé í GR um 1,2 milljarða króna til að styrkja eiginfjárstöðu félagsins og gera félagið að nýju hæft til að sækja fjármögnun á almennum fjármálamarkaði. Hefði sú hlutafjánhækkun verið notuð til að greiða uppsafnaða stöðu á viðskiptareikningi GR hjá OR.

Vegna óvissunnar hefði verulega verið dregið úr framkvæmdum árið 2009. Strax í upphafi árs 2009 hefðu hafist viðræður við innlenda banka um fjármögnun sem leitt hefðu til þess að GR gerði lánssamning við Landsbankann (NBI hf.) í nóvember 2009. Með því hefði GR tryggt sér það fjármagn sem á vantaði vegna framkvæmda 2009 sem og fyrirhugaðra framkvæmda 2010 og fram á árið 2011. Samkvæmt lánskjörum umrædds láns [...] ¹¹.

¹¹ Fellt brott vegna trúnaðar.

Meðfylgjandi bréfinu var samantekt á áætlun GR fyrir árin [...] ¹² úr viðskiptaáætlun félagsins, dags. 12. mars 2010. Fram kom að þar mætti sjá að arðsemi eiginfjár væri áætluð jákvæð árið [...] ¹³ og [...] ¹⁴% árið [...] ¹⁵. Áætlunin byggði á margvíslegum forsendum, svo sem um þróun gengis og kostnaðar vegna lánsfjár sem erfitt væri að ráða í um þessar mundir sökum óvissu í efnahags- og fjármögnunarumhverfi.

GR andmælti fyrirhugaðri ákvörðun PFS um að fyrirfram samþykki þyrfti fyrir hlutafjárukningu í GR sem OR væri greiðandi að. Fram kom að um næstu áramót yrði grunnstarfsemi OR skipt í tvö fyrirtæki í samræmi við ákvæði 1. mgr. 14. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Samkeppnisstarfsemin yrði áfram í móðurfélaginu, OR, en einkaleyfisstarfsemi sú sem OR hefði nú með höndum myndi verða rekin í sérstöku fyrirtæki. Það félagið yrði dótturfélag OR eins og GR væri í dag. Ef til hlutafjárukningar kæmi í GR eftir 1. janúar 2011, sem OR tæki þátt í, væri ljóst að einungis samkeppnishluti þeirrar starfsemi sem nú færi fram innan OR myndi taka þátt í þeirri hlutafjárukningu. Því yrði frá og með 1. janúar 2011 ekki hætta á að samkeppnisrekstur yrði niðurgreiddur af sérleyfisrekstri, þar sem ekki yrði um sérleyfisrekstur að ræða innan OR. Því yrði að telja að fyrirhuguð fyrirmæli um að GR þyrfti að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu sem OR væri greiðandi að, ættu ekki við frá og með næstu áramótum.

Varðandi ofangreint erindi Skipta kom fram í máli GR/OR að í heildastefnu OR kæmi fram í kafla um fjárhagslega mælikvarða að arðsemi (WACC) fyrir GR væri 7%. Hér væri um að ræða arðsemi heildareigna. Sama arðsemiskrafa væri gerð til framleiðslu og sölu á raforku sem einnig væri á samkeppnismarkaði. Miðað við 7% WACC réðist arðsemi eigin fjár því af eiginfjárlutfalli annars vegar og lánskjörum hins vegar. Samkvæmt ofangreindri heildarstefnu OR væri markmið um arðsemi eigin fjár nýrra verkefna á samkeppnismarkaði 15%. Samkvæmt meðfylgjandi samantekt úr viðskiptaáætlun GR yrði arðsemi eigin fjár jákvæð árið [...] ¹⁶ og á bilinu [...] ¹⁷% frá árinu [...] ¹⁸.

Varðandi endurgjald GR á þjónustu OR væri vísað til úttektar PFS frá 2008 þar sem GR hefði upplýst stofnunina um hvernig þjónustu OR við GR væri háttáð og hvernig GR greiddi fyrir þá þjónustu. Í þjónustusamningi GR við OR um innkaup kæmi fram að GR greiddi álag á alla vöru sem OR keypti inn fyrir GR. Með álagi þessu væri greitt fyrir fjármagns- og geymslukostnað birgða sem og birgðaáhættu. Þar sem GR keypti vöru af OR jafnharðan og varan væri notuð yrði ekki til birgðastaða á efnahagsreikningi GR. Samkvæmt fyrrgreindum þjónustusamningi sinnti OR einnig innkaupaþjónustu fyrir GR, s.s. útboðum. Sú ályktun Skipta að OR sæi um allar framkvæmdir GR væri röng. GR keypti framkvæmdavinnu að mestu á almennum verktakamarkaði í kjölfar opinna útboða. Í útboðsauglýsingum fyrir verklegar framkvæmdir GR hefði komið fram að útboð væru

¹² Fellt brott vegna trúnaðar.

¹³ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁵ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁷ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁸ Fellt brott vegna trúnaðar.

framkvæmd af OR en fyrir hönd GR. Auglýsingar yrðu hér eftir gerðar enn skýrari þannig að ljóst væri að um útboð GR væri að ræða.

V. *Lagaumhverfi*

Ákvæði er laut að fjárhagslegum aðskilnaði kom fyrst inn í íslenska fjarskiptalöggjöf með lögum um fjarskipti nr. 143/1996. Í 5. mgr. 11. gr. þeirra 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 lög um fjarskipti nr. 107/1999 leystu eldri lög af hólmi. Í þeim var þó áfram að finna efnislega samhljóða ákvæði um heimild samgönguráðherra að 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 Póst- og fjarskiptastofnunar um að halda fjárhag fjarskiptastarfseminnar aðskilinni frá annarri starfsemi sem rekin væri á grundvelli einka- eða sérrettinda. Með reglugerð nr. 960/2001, um bókhaldslega og fjárhagslega aðgreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja, voru settar nánari reglur um fjárhagslegan aðskilnað og ýmis úrræði Póst- og fjarskiptastofnunar í því sambandi.

Með nýjum lögum um fjarskipti nr. 81/2003 voru gerðar ákveðnar formbreytingar að því er varðar fjárhagslegan aðskilnað. Í stað heimildar Póst- og fjarskiptastofnunar 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 sérrettinda 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 á tillits til markaðsstyrks fyrirtækis“.¹⁹

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

¹⁹ Í frumvarpsathugasemdum kom fram að fjárhagslegur aðskilnaður sérleyfisstarfsemi og fjarskiptastarfsemi væri efni greinarinnar. Fjarskiptafyrirtæki sem nytu einka- eða sérrettinda 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. Gæta skyldi þess sérstaklega að fjarskiptarekstur í samkeppni væri ekki niðurgreiddur af tekjum af starfsemi sem vernduð væri af einkaleyfi eða á annan hátt. Þá kom fram að ákvæði 36. gr., sem byggðist á 13. gr. rammatilskipunarinnar, ætti við um öll fyrirtæki sem nytu einkaréttar eða verndar án tillits til markaðshlutdeildar þeirra. Þau ættu jafnt við hvort sem fjarskiptareksturinn færi fram innan hins verndaða fyrirtækis eða **í fyrirtæki sem það hefði yfirráð yfir**.

samkeppnislaga nr. 44/2005 er að finna *almennt* 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.“²⁰

Við skýringu og beitingu sérákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga má hafa til hliðsjónar fordæmi samkeppnisyfirvalda varðandi beitingu hins almenna ákvæðis samkeppnislaga um slíkan aðskilnað.²¹ 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 í 34. gr. 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 og mæla fyrir um fyrirframskyldu til fjárhagslegs aðskilnaðar þegar um væri að ræða sjúkrahúsapótek. Samkeppnislögin voru sögð lyfjalögunum til fyllingar að því marki sem ákvæði þeirra stönguðust ekki á.²²

²⁰ Ákvæðið er efnislega óbreytt frá sambærilegu ákvæði eldri samkeppnislaga nr. 8/1993.

²¹ Hér má t.d. nefna ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/1996 (Útfararstofa kirkjugarðanna), sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 14/1996 og dóm Hæstaréttar frá 9. október 2007 í sama máli, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/1996 (Sjúkrahúsapótek Sjúkrahúss Reykjavíkur), ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1996 (Sjúkrahúsapótek Landspítalans), ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1996 (Mjólkursamlag KEA), sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 13/1996 í sama máli, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/1997 (Rannsóknarstofnun fiskiðnaðarins) og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2006 (Námshagstofnun). Af ofangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda má greina ákveðin skilyrði sem kunna að verða gerð til fjárhagslegs aðskilnaðar. Misjafnt er hve mörgum skilyrðum er beitt samtímis í sama málinu en það fer eftir eðli máls hverju sinni. Meðal skilyrða má nefna:

1. Stofnun sérstakrar einingar um samkeppnisrekstur og sjálfstæð reikningsskil í samræmi við meginreglur ársreikningalaga.
2. Gerð sérstaks stofnefnahagsreiknings, þar sem eignir skulu metnar á markaðsverði eða endurkaupsverði.
3. Samkeppniseiningunni er óheimilt að taka lán hjá sérleyfiseiningunni vegna annars en yfirtöku eigna í upphafi og vegna eðlilegra viðskipta.
4. Sérleyfiseiningunni er óheimilt að greiða hugsanlegt rekstrartap samkeppniseiningarinnar eða leggja fram frekara stofnframlag en í upphafi.
5. Skuldir samkeppniseiningarinnar gagnvart sérleyfiseiningunni skulu bera markaðsvexti.
6. Öll viðskipti milli eininganna skulu verðlögð á markaðsverði eins og um viðskipti á milli óskilydra aðila sé að ræða.
7. Samkeppniseiningin skal greiða fyrir þá aðstöðu sem hún nýtir sameiginlega með sérleyfiseiningunni.
8. Rjúfa skal tengsl á milli kynningar- og markaðsstarfs samkeppnis- og sérleyfishlutans.
9. Stjórnunarlegur aðskilnaður, t.d. með óháðum stjórnarmönnum í samkeppniseiningunni.
10. Gjaldskrá opinberra aðila vegna þjónustu sem er í samkeppni við einkaaðila skal standa undir rekstrarkostnaði auk hæfilegrar álagningar eins og um sjálfstæðan rekstur væri að ræða.

²² Um þetta segir á bls. 11 í ofangreindri ákvörðun: „Ákvæði lyfjalaga og samkeppnislaga um fjárhagslegan aðskilnað eru því að þessu leyti samhljóða og verður að líta svo á að samkeppnislögin séu lyfjalögum til fyllingar að því marki sem ákvæði þeirra stönguðust ekki á. Því er unnt að beita ákvæðum samkeppnislega og

Samkvæmt ofangreindri 36. gr. fjarskiptalaga kveður ákvæðið á um skyldu til fjárhagslegs aðskilnaðar fjarskiptastarfsemi frá sérleyfisstarfsemi, hvort sem fjarskiptareksturinn fer fram innan hins verndaða fyrirtækis eða í fyrirtæki sem hið verndaða fyrirtæki hefur yfirráð yfir.²³ Með öðrum orðum gildir ákvæðið m.a. um samskipti innan fyrirtækjasamstæðu sem að hluta stundar fjarskiptastarfsemi. Hugtakið „fyrirtækjasamstæða“ er skilgreint í 3. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með eftirfarandi hætti:

„Fyrirtækjasamstæða er samband fyrirtækja með þannig eignauppbyggingu að eitt fyrirtæki á svo stóran hlut í öðru fyrirtæki eða fleiri fyrirtækjum að það fer með meirihluta atkvæða. Það fyrirtæki skoðast því sem móðurfyrirtæki, en hitt eða hin fyrirtækin sem dótturfyrirtæki. Til fyrirtækjasamstæðu einnig fyrirtæki þar sem móðurfyrirtæki og dótturfyrirtæki eða eitt eða fleiri dótturfyrirtæki eiga saman svo mörg hlutabréf eða hluti að þau fari með meirihluta atkvæða í þeim.“

Samstæðuhugtak samkeppnislaga hefur mikla þýðingu þegar metið er hvort félög mynda eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga um bann við ólögmetu 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 keppnauta 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 lögum 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. Við túlkun og beitingu 36. gr. fjarskiptalaga verður að hafa í huga þetta markmið laganna og hlutverk stofnunarinnar í því sambandi.

OR stundar starfsemi sem nýtur einkaréttar. Nýtur fyrirtækið einkaréttar til reksturs dreifikerfis fyrir rafmagn á veitusvæði sínu í samræmi við IV. kafla raforkulaga nr. 65/2003, einkaréttar til dreifingar og sölu á heitu vatni á markaðssvæði sínu samkvæmt 30. gr. orkulaga nr. 58/1967 og einkaréttar til reksturs vatnsveitu, sbr. 4. gr. laga nr. 32/2004 um vatnsveitur sveitarfélaga. Raforkuvinnsla og vinnsla heits vatns nýtur hins vegar ekki lengur einkaréttar. Með lögum nr. 58/2008 var ofangreindum raforkulögum og orkulögum breytt. Tilgangur lagabreytinganna var að setja reglur um eignarhald auðlinda í opinberri eigu og *skýra mörk samkeppnis- og sérleyfisþátta* í starfsemi orkufyrirtækja. Fram kom í frumvarpsathugasemdom að flest orkufyrirtæki landsins stunduðu bæði

þeim íhlutunarheimildum samkeppnisyfirvalda sem í þeim felast samhliða ákvæðum lyfjalaga um starfsemi sjúkrahúsapóteka svo framarlega sem þau eru samrýmanleg.“

²³ Samkvæmt 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaganna er hugtakið „fyrirtæki“ skilgreint mjög rúmt, eða sem einstaklingar, félög, opinberir aðilar og aðrir sem stunda atvinnurekstur. Undir félög geta fallið hlutafélög, einkahlutafélög, samvinnufélög, sameignarfélög, samlagsfélög o.fl.

samkeppnisstarfsemi og starfsemi sem háð væri sérleyfum. Fyrirtækjunum hefði frá gildistöku raforkulaganna frá 2003 einungis verið skylt að halda þessum rekstri aðgreindum í bókhaldi. Með frumvarpinu væri lagt til að í stað bókhaldslegs aðskilnaðar yrði gerð krafa um fyrirtækjaaðskilnað, þ.e. að sérleyfis- og samkeppnisþættir skyldu reknir hvor í sínu fyrirtæki. Þetta væri í samræmi við þá almennu stefnumörkun sem í gildi væri innan Evrópusambandsins. Væri þessi stefna mörkuð til að tryggja jafnan aðgang framleiðenda að flutnings- og dreifikerfum raforku og koma í veg fyrir samkeppnishindranir sem kynnu að leiða af því að sérleyfis- og samkeppnisstarfsemi væri á sömu hendi.²⁴

VI.

Forsendur og niðurstaða

1.

Almennt

GR hefur gert athugasemdir við fyrirhuguð fyrirmæli Póst- og fjarskiptastofnunar varðandi fyrirkomulag á mögulegum hlutafjárukningum í GR í framtíðinni sem OR er greiðandi að. Verður skorið úr um umrætt ágreiningsatriði í ákvörðun þessari. Þar sem fyrirtækið hefur tekið fram að það geri ekki athugasemdir við fyrirhuguð tilmæli stofnunarinnar varðandi takmörkun á uppsöfnun skammtímaskulda GR hjá OR er litið svo á að GR hafi fallist á að hrinda þeim í framkvæmd innan hæfilegs frests frá dagsetningu ákvörðunarinnar, en í síðasta lagi þann 1. júlí n.k. Í samræmi við upplýsingar þær sem fram hafa komið um að til standi að OR stofni nýtt félag sem taka mun við sérleyfisverkefnum, og niðurstöðu PFS varðandi framkvæmd hlutafjárukningar í GR í ákvörðun þessari, mun ofangreind takmörkun á uppsöfnun skammtímaskulda GR hjá OR einnig gilda um uppsöfnun skulda GR hjá öðrum félögum innan samstæðunnar.

Eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði GR/OR, og öðrum sambærilegum aðilum, er viðvarandi verkefni PFS. Sú ákvörðun sem hér er tekin er sú þriðja í röðinni sem snýr að fjarskiptastarfsemi OR. Hinar tvær voru teknar á árunum 2006 og 2008. PFS mun í framhaldi ákvörðunar þessarar kanna hvort uppfærð arðsemiskrafa OR/GR sem barst PFS með bréfi félaganna, dags. 26. mars s.l., og áætlanir félaganna um þróun hennar á næstu

²⁴ Í frumvarpsathugasemdunum kom einnig fram að SE hefði bent á að taka þyrfti til umfjöllunar á vettvangi orkufyrirtækja og stjórnvalda að skilja með skýrari hætti milli einkaleyfis- og samkeppnisþátta raforkumarkaðarins. Að mati SE væri **í bestu samræmi við markmið samkeppnislaga að skilja að eignarhald samkeppnis- og einkaleyfisþátta, en að lágmarki að skilja þessa starfsemi að í sjálfstæðum félögum.** Í frumvarpinu væri lagt til að gerð yrði krafa um að samkeppnis- og sérleyfisstarfsemi yrði rekin í aðskildum fyrirtækjum en ekki væri gerð tillaga um að skilið yrði á milli eignarhalds en settar yrðu reglur um sjálfstæði stjórnar með sambærilegum hætti og gilti um Landsnet hf. **Sérleyfum til að sinna tiltekinni starfsemi fylgdu almennt ríkar skyldur.** Til að tryggja hagsmuni þeirra sem njóta þjónustu dreifiveitna giltu reglur um afhendingarskyldu, gjaldtöku vegna þjónustu, opinbert eftirlit með gjaldskráum o.fl. Gera yrði kröfu um að þessi fyrirtæki gættu fyllsta hlutleysis og jafnræðis í starfsemi sinni og að rekstur dreifiveitna blandaðist ekki öðrum þáttum sem ekki tengdust beint þeim skyldum sem á dreifiveitum hvíldu. Jafnframt væri eðlilegt að tryggt væri að fjárhagsleg afkoma fyrirtækjanna væri ekki sett í hættu með þátttöku í óskyldum og áhættusamari rekstri. Í ljósi ofangreindra sjónarmiða væri í frumvarpinu lagt til að kveðið yrði á um aðskilnað samkeppnis- og sérleyfisstarfsemi orkufyrirtækja. Ákvæði frumvarpsins um aðskilnað væru tvenns konar, annars vegar krafa um **fyrirtækjaaðskilnað** og hins vegar krafa um **stjórnunarlegt sjálfstæði.**

árum, sbr. meðfylgjandi viðskiptalíkan, teljist eðlileg miðað við aðstæður, þ.e. hvort hún samræmist eðlilegri fjárhagslegri aðgreiningu GR og OR. Ennfremur mun stofnunin rannsaka og leggja mat á hvort hlutafjárukning sús sem samþykkt var í desember 2008 á hluthafafundi í GR brjóti í bága við fjárhagslegan aðskilnað þann sem GR/OR ber að viðhafa samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga og/eða tilmæli þau sem PFS hefur beint að fyrirtækjunum í fyrri ákvörðunum sínum, eða feli í sér að samkeppnisrekstur hafi verið niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Þá mun PFS skoða önnur atriði er varða fjárhagslegan aðskilnað innan samstæðunnar ef þurfa þykir um leið og ástæða þykir til.

2.

Framkvæmd hlutafjárukningar í GR

OR hefur til margra ára staðið að umfangsmikilli uppbyggingu á ljósleiðaraneti á höfuðborgarsvæðinu og í næsta nágrenni við það. Fjarskiptastarfsemi félagsins felst í því að veita heildsöluaðgang að gagnaflutningsleiðum, þ.e. á leigulínnumarkaði, hvort sem um er að ræða stofnlínuhluta eða lúkningarluta (aðgangsnet). Frá 1. janúar 2007 hefur fjarskiptastarfsemin verið rekin í sérstöku dótturfyrirtæki, þ.e. Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR), sem er að fullu í eigu OR. Þegar horft er til þess hve GR er skipulags- og fjárhagslega háð OR er ekki hægt að líta öðruvísi á en að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga taki til fjarskiptareksturs OR óháð því hvort starfsemin fari fram undir merkjum dótturfyrirtækis, enda mynda félögin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar.

Í ofangreindu boðunarbréfi PFS til GR, dags. 5. febrúar s.l., kom fram að stofnunin teldi mikilvægt að til staðar væru skýrar reglur fyrirfram um hvernig staðið skyldi að fjármögnun GR. Til að fyrirbyggja vandkvæði sem kynnu að skapast af hugsanlegum hlutafjárukningum GR í framtíðinni sem OR væri greiðandi að, m.t.t. fjárhagslegs aðskilnaðar GR og OR, tilkynnti stofnunin GR að hún hefði í hyggju að bæta við fyrirmælum varðandi fyrirfram samþykki PFS á mögulegum hlutafjárukningum í framtíðinni. Væri þetta gert til að tryggja að fjármögnun og arðsemiskrafa félagsins væri með eðlilegum hætti og byggð á samkeppnislegum forsendum en fæli ekki í sér að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi.

Með bréfi, dags. 26. mars s.l., andmælti GR fyrirhugaðri ákvörðun PFS varðandi ofangreint atriði. Fram kom að um næstu áramót yrði grunnstarfsemi OR skipt í tvö fyrirtæki í samræmi við ákvæði 1. mgr. 14. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Samkeppnisstarfsemin yrði áfram í móðurfélaginu, OR, en einkaleyfisstarfsemi sús sem OR hefði nú með höndum myndi verða rekin í sérstöku fyrirtæki. Það félagið yrði dótturfélag OR eins og GR væri í dag. Ef til hlutafjárukningar kæmi í GR eftir 1. janúar 2011, sem OR tæki þátt í, væri ljóst að einungis samkeppnishluti þeirrar starfsemi sem nú færir fram innan OR myndi taka þátt í þeirri hlutafjárukningu. Því yrði frá og með 1. janúar 2011 ekki hætta á að samkeppnisrekstur yrði niðurgreiddur af sérleyfisrekstri, þar sem ekki yrði um sérleyfisrekstur að ræða innan OR. Því yrði að telja að fyrirhuguð fyrirmæli um að GR þurfi að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu sem OR er greiðandi að, ættu ekki við frá og með næstu áramótum.

Samkvæmt framangreindri umfjöllun í kafla V hér að framan um lagaumhverfið er ótvírætt að 36. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 tekur til fyrirtækjasamstæðu OR, sem GR er m.a. aðili að, og ber samstæðunni þannig að skilja fjarskiptastarfsemi sína fjárhagslega frá einkaleyfisverndaðri starfsemi. Nú um stundir er einkaleyfisstarfsemi innan vébanda OR en til stendur að stofna sérstakt félag um einkaleyfisstarfsemina um næstu áramót. Að mati PFS breytir slíkt engu um skyldu samstæðunnar til að viðhafa fjárhagslegan aðskilnað á milli fjarskiptarekstursins og einkaleyfisstarfseminnar, hvort sem síðar nefnda starfsemin er rekin innan móðurfélagsins eða í sérstöku dótturfélagi. Væri sá skilningur ekki lagður til grundvallar gæti OR hæglega vikið sér undan kvöðum um fjárhagslegan aðskilnað samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga með því að stofna dótturfélag um einkaleyfisreksturinn og færa arðsemi af honum til móðurfélagsins í formi arðgreiðslna sem síðar gæti með óbeinum hætti runnið til GR með ýmis konar stuðningi í krafti fjárhagslegs styrks OR.

PFS lítur svo á að GR/OR hafi ekki fært fram nein efnisleg rök gegn fyrirhuguðum tilmælum PFS. Athugasemdir GR/OR lúta að fyrirhuguðum skipulagsbreytingum og breytingum á verkaskiptingu innan fyrirtækjasamstæðunnar. OR, GR og hugsanleg ný félög í eigu OR mynda eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Því getur slík verkaskipting ekki haft áhrif á kvaðir eða önnur tilmæli sem PFS leggur á samstæðuna eða félög innan hennar. Þar sem félög innan samstæðunnar mynda eina efnahagslega einingu ber að líta á færslu verkefna yfir í dótturfélög og eftirfarandi viðskipti innan samstæðunnar sem innri ráðstafanir sama fyrirtækis fremur en lögskipti milli sjálfstæðra keppinauta í skilningi samkeppnisréttar.

Þau tilmæli sem PFS leggur nú á GR varðandi það að fyrirfram samþykki stofnunarinnar þurfi fyrir hlutafjárukningu sem OR er greiðandi að mun gilda gagnvart hlutafjárframlagi frá OR sem og öðrum félögum innan OR samstæðunnar, hvort sem þau eru til í dag eða koma til með að verða stofnuð síðar. Ástæðan er sú að PFS hefur enga möguleika til að hafa eftirlit með því hvort óeðlilegar millifærslur eða gjörningar eigi sér stað á milli OR og hins fyrirhugaða nýja félags sem taka á við sérleyfisstarfseminni eða annarra félaga innan samstæðunnar sem PFS hefur ekki eftirlit með samkvæmt fjarskiptalögum. Til að tryggja skilvirka og árangursríka framkvæmd hins fjárhagslega aðskilnaðar fjarskiptastarfseminnar frá sérleyfisstarfseminni þykir því nauðsynlegt að fyrirfram samþykki PFS þurfi til að koma svo OR eða annað félag innan samstæðunnar geti verið greiðandi að hlutafjárukningu í GR.

Í samræmi við ofangreint skulu GR, OR, og önnur fyrirtæki innan samstæðunnar, fara að neðangreindum tilmælum.

GR þarf að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu sem OR eða annað fyrirtæki innan samstæðunnar er greiðandi að. GR skal leggja slíka umsókn fyrir PFS með nauðsynlegum gögnum, t.d. nýrri viðskiptaáætlun og útreikningi á arðsemiskröfu. PFS samþykkir aðeins slíka hlutafjárukningu rúmist hún innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar og feli ekki í sér að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Þar til slíkt samþykki PFS liggur fyrir er

félaginu óheimilt að samþykkja hlutafjáraukningu á hluthafafundi eða tilkynna um slíka hækkun til hlutafélagaskrár.

3.

Uppsöfnun skammtímaskulda GR við OR

Í samræmi við ofangreint skal GR frá og með 1. júlí n.k. fara að neðangreindum tilmælum.

Skammtímaskuldir GR við OR eða önnur félög innan OR samstæðunnar mega aldrei nema hærri fjárhæð en sem nemur tveggja mánaða eðlilegum viðskiptum milli aðilanna á hverjum tíma, eins og um ótengda aðila sé að ræða.

4.

Samandregin niðurstaða

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða PFS að framkvæmd á fjárhagslegum aðskilnaði á fjarskiptastarfsemi OR, sem rekin er í dótturfélaginu GR, frá annarri og sérleyfisbundinni starfsemi fyrirtækjasamstæðunnar, sé ófullnægjandi varðandi ofangreind tvö atriði.

Í ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi OR voru ýmsar kvaðir lagðar á Gagnaveitu OR, sem þá var rekin sem sérstök deild innan OR. Kvaðirnar fylgdu yfir til GR við stofnun þess félags. Ein kvöðin var á þá leið að ný lán til Gagnaveitunnar skyldu vera tekin frá þriðja aðila en OR væri heimilt að hafa milligöngu um lántökur GR í þeim tilgangi. Slíkt lánsfé skyldi endurlánað Gagnaveitunni á sömu vaxtakjörum og ætla mætti að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði. Gerðir skyldu sérstakir samningar á milli OR og Gagnaveitunnar í samræmi við þá skilmála sem almennt giltu á markaði. Sá háttur sem viðhafður hefur verið, þ.e. að GR safni upp verulegum viðskiptaskuldum við OR án þess að sérstakir lánasamningar séu gerðir og hlutafé sé hækkað reglulega sem þessari skuld nemur, fer að mati PFS gegn ofangreindri kvöð. PFS lítur það alvarlegum augum að fjarskiptafyrirtæki víki sér undan þeim fyrirmælum sem stofnunin hefur beint til þeirra. PFS telur því nauðsynlegt á þessu stigi að leggja frekari kvaðir á GR, sbr. ákvörðunarorð hér að neðan. Ekki síst til að koma í veg fyrir að frekari hlutafjáraukningar, sem OR eða önnur félög innan samstæðunnar eru greiðendur að, séu notaðar til að greiða niður uppsafnaða viðskiptaskuld. Eins og fram hefur komið hér að framan mun PFS í sérstöku máli fjalla um lögmæti hlutafjárhækkunar þeirrar sem fram fór í desember 2008 og hvort uppfærð arðsemiskrafa GR sé eðlileg og byggist á samkeppnislegum forsendum.

Samkvæmt öllu ofangreindu verður GR því að fara að ofangreindum tilmælum, auk þeirra tilmæla sem áður hefur verið beint að félaginu, til að auka gegnsæi og áhrif hins fjárhagslega aðskilnaðar.

Ákvörðunarorð

Gagnaveita Reykjavíkur ehf. þarf að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu sem Orkuveita Reykjavíkur sf., eða annað fyrirtæki innan fyrirtækjasamstæðunnar er greiðandi að. Gagnaveitan skal leggja slíka umsókn fyrir Póst- og fjarskiptastofnun með nauðsynlegum gögnum, t.d. nýrri viðskiptaáætlun og útreikningi á arðsemiskröfu. Póst- og fjarskiptastofnun samþykkir því aðeins slíka hlutafjárukningu að hún rúmist innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar og feli ekki í sér að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Þar til slíkt samþykki PFS liggur fyrir er GR óheimilt að samþykkja hlutafjárukningu á hluthafafundi eða tilkynna um slíka hækkun til hlutafélagaskrár.

Skammtímaskuldir Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. við Orkuveitu Reykjavíkur sf., eða önnur félög innan samstæðunnar, mega aldrei nema hærri fjárhæð en sem nemur tveggja mánaða eðlilegum viðskiptum milli aðilanna á hverjum tíma, eins og um ótengda aðila sé að ræða.

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.

Reykjavík 21. maí 2010

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson