

**Úrskurður**  
**úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála**  
**í máli nr. 2/2019**

**Kæra á ákvörðun PFS nr. 3/2019, um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. 2016-2017.**

**I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með kæru, dags. 18. mars 2019, hefur Gagnaveita Reykjavíkur ehf., (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), nr. 3/2019, dags. 20. febrúar 2019, um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. 2016-2017.

Aðilar málsins við málsmeðferð hjá PFS voru kærandi og PFS. Sömu aðilar eru að kærumáli þessu.

Af hálfu kæranda er þess krafist að d.-liður 1. töluliðar í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar verði felldur úr gildi.

PFS gerir þá kröfu að d.-liður 1. töluliðar í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar verði staðfestur með vísan til forsendna ákvörðunarinnar.

**II. Helstu málsatvik**

Kærandi er fjarskiptafyrirtæki í eigu Orkuveitu Reykjavíkur (OR). OR á samtals þrjú dótturfélög sem eru auk kæranda, Orka Náttúrunnar og Veitur ohf. Veitur ohf., er opinbert hlutafélag sem hefur með höndum einkaleyfisstarfsemi sem m.a. felur í sér rekstur hitaveitu, sbr. orkulög, nr. 58/1967. Kærandi er hins vegar fjarskiptafyrirtæki sem starfar á samkeppnismarkaði.

Samkvæmt 3. mgr. 2. gr. laga um Orkuveitu Reykjavíkur, nr. 136/2013, skal starfsemi OR aðgreind frá starfsemi dótturfélaga í samræmi við ákvæði laga hverju sinni. Þá skal gætt að því að rekstur OR og dótturfélaga að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Í 36. gr. fjarskiptalaga segir jafnframt að fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skuli halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Þá segir að þess skuli gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Í samræmi við 36. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 (fjarskiptalög), metur PFS hvort fjárhagslegur aðskilnaður Orkuveitu Reykjavíkur (OR) og kæranda standist kröfur og hvort um sé að ræða niðurgreiðslu í starfsemi kæranda frá einkaréttarvarinni starfsemi.

Framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar kæranda frá annarri starfsemi kæranda byggir á kvöðum sem lagðar hafa verið á kæranda með fyrri stjórnvaldsákvörðunum PFS. Af þeim kvöðum leiðir að kærandi skuli afhenda PFS árlega ítarlegar upplýsingar um rekstur og

efnahag, ásamt endurskoðaðri viðskiptaáætlun og arðsemiskröfu félagsins í samræmi við nánari fyrirmæli PFS þess efnis, sbr. ákvörðun PFS nr. 39/2010. Við árlegt eftirlit afhendir kærandi stofnuninni ítarlegar upplýsingar um rekstur og efnahag, ásamt endurskoðaðri viðskiptaáætlun og arðsemiskröfu félagsins í samræmi við nánari fyrirmæli PFS þess efnis.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að við mat á fjárhagslegum aðskilnaði OR og kæranda byggi PFS á ítarlegri viðskiptaáætlun sem nái yfir líftíma verkefnisins og hún sé endurskoðuð árlega út frá þróun rauntalna auk breytinga á fjárfestingar- og rekstraráætlunum. Þá kemur fram að við mat PFS á því hvort framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar OR og kæranda sé í samræmi við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga, og feli ekki í sér niðurgreiðslu á samkeppnisrekstri frá einkaleyfis starfsemi, styðjist stofnunin við skyldur og kvaðir á kæranda og OR sem leiði af ákvörðunum PFS. Hin kærða ákvörðun felur í sér niðurstöðu stofnunarinnar um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá kæranda á árunum 2016-2017.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru fjórþætt. Einungis einn liður ákvörðunarorðanna var kærður til úrskurðarnefndarinnar og verður því einvörðungu fjallað um þann þátt málsins hjá nefndinni. Kærandi krefst í máli þessu ógildingar á d.-lið 1. töluliðar ákvörðunarorðanna, þar sem segir orðrætt:

*„Óheimilt er að í nýjum lánssamningum við ótengdar lánastofnanir sé séstakt skilyrði, um að ef eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Gagnaveitu Reykjavíkur fari undir 50% sé viðkomandi lánastofnun heimilt að gjaldfella lán til Gagnaveitu Reykjavíkur.“*

### **III. Helstu sjónarmið aðila**

#### **1.**

Úrskurðarnefnd móttók kæru vegna málsins hinn 18. mars 2019. Í kæru er þess krafist að framangreindur d.-liður 1. töluliðar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði felldur úr gildi. Í kæru er vísað til fyrri röksemda, lagaraka og sjónarmiða í málinu sem komu fram í bréfi hans til PFS, dags. 14. janúar 2019, auk fylgigagna sem fylgdu kærinni.

Kærandi leggur þó áherslu á tiltekin atriði sem rakin eru í kæru til úrskurðarnefndarinnar. Um málavexti tekur kærandi fram að hann sé með lánasamninga við óháðar lánastofnanir að fjárhæð 10,9 milljarða kr. Í lánasamningum sé að finna hefðbundna skilmála og skilyrði hvað varðar lánsfjárhæð, lánstíma endurgreiðslu og uppgreiðslu, vexti og verðtryggingu, kostnað lántaka, vanskilavexti og vanskilakostnað, skilyrði fyrir útborgun og sérstakar skyldur um veitingu láns.

Í hinni kærðu ákvörðun hafi PFS gert athugasemd við ákvæði í lánasamningum kæranda við lánveitendur um niðurfellingu og uppsögn samnings vegna breytinga á yferráðum móðurfélags kæranda, OR, yfir kæranda. Samkvæmt lánasamningum sé lánveitendum heimilt að krefjast fyrirframgreiðslu, segja upp samningi eða gjaldfella hann ef eignarhlutur OR í kæranda fari undir 50%. PFS telji ákvæðið ekki samræmast 36. gr.

fjarskiptalaga. Kærandi telur stofnunina byggja á því að lánveitendur séu með fyrrnefndu ákvæði í lánasamningum að tengja eignarhald OR yfir kæranda til þess að draga úr áhættu á að lánveitendur muni endurheimta lánsfé sitt til félagsins og þar með njóti kærandi þess að eigandi félagsins sé sterkur fjárhagslegur bakhjarl. Byggi PFS á því að slíkt gæti leitt til hagstæðari lánskjara og meira aðgengis að lánsfé en öðrum sambærilegum fjarskiptafyrirtækjum stæði til boða. Þannig haldi PFS því fram að lánshæfi kæranda geti með óbeinum hætti notið góðs af sterkum fjárhagslegum bakhjarli sem hafi áður sýnt það í verki að hafa vilja og getu til að standa á bak við félagið á erfiðum tímum, sbr. fyrri ákvarðanir PFS nr. 14/2010, 25/2010, 39/2010 og 2/2014. Að mati PFS sé 36. gr. fjarskiptalaga ætlað að koma í veg fyrir slíkan stuðning. PFS telji lánaskilmála sem áskilji ráðandi eignarhald OR yfir kæranda fela í sér tengingu milli félaganna tveggja sem ekki fái samrýmst þeirri kröfu að fjárhagslegum aðskilnaði skuli hagað eins og um óskylda aðila væri að ræða.

Framangreindar fullyrðingar PFS eru að mati kæranda ekki studdar gögnum nema að því leyti að í þessu samhengi vísi PFS í ákvörðun sinni til efnis í töflu nr. 11 í hinni kærðu ákvörðun. [...] <sup>1</sup> Til þess að eyða óvissu um áhrif slíks ákvæðis í lánasamningum félagsins telji stofnunin rétt að umrætt skilyrði um meirihlutaeign OR í kæranda sé ekki í nýjum lánasamningum félagsins og mæli fyrir um það í hinni kærðu ákvörðun. Að öðru leyti byggi PFS á huglægu mati um það hver geti verið möguleg áhrif fyrrnefnds ákvæðis í lánsamningi.

Kærandi byggir m.a. á því að fullyrðingar PFS um áhrif ákvæðis í lánasamningum sínum séu ekki studdar neinum raunverulegum gögnum eða upplýsingum, sem sanni að ákvæðin í lánasamningnum leiði raunverulega til þeirra áhrifa sem stofnunin haldi fram og byggi ákvörðun sína á. Ekki verði annað ráðið en að eingöngu huglægt mat búi að baki. Þetta komi skýrt fram í orðalagi umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun þar sem notuð séu orð eins og „leitt gæti til hagstæðari lánskjara“, „með óbeinum hætti notið góðs“ og að móðurfélagi kæranda „hafi vilja og getu“ til að hlaupa undir bagga með kæranda á erfiðum stundum.

Kærandi byggir á að með hinni kærðu ákvörðun sé PFS komið út fyrir efnisramma 36. gr. fjarskiptalaga. Ákvæðið beinist fyrst og fremst að því hvort viðskipti eða athafnir milli félaga innan samstæðu, þ.e.a.s. OR sem móðurfélags og kæranda og Veitna sem dótturfélaga, leiði til þess að tekjur af veitustarfsemi séu notaðar til að styrkja fjarskiptastarfsemi kæranda og rýra með því samkeppnisstöðu annarra fyrirtækja.

Umrædd ákvæði í lánasamningum séu milli lánveitenda og kæranda en ekki þeirra aðila sem efni 36. gr. fjarskiptalaga taki til. Engar fyrri úrlausnir PFS um efni 36. gr. fjarskiptalaga teygi sig út fyrir ramma ákvæðisins með þeim hætti sem nú sé gert í uppleggi PFS, enda fjalli 36. gr. fjarskiptalaga ekki um viðskipti kæranda við aðila utan samstæðu. Orðalag 36. gr. hvorki nái til né fjalli um óbein áhrif eignarhalds og áhrif þess á samskipti eða viðskipti kæranda við þriðja aðila, þ.e.a.s. aðila utan samstæðu. Umfjöllun um möguleg brot á ákvæðinu geti ekki grundvallast á eignarhaldi einu saman og ekki sé

---

<sup>1</sup> Fellt út vegna trúnaðar

unnt að draga ályktanir um óbein eða óljós áhrif sem í þeim eignatengslum felist. Hefði það verið vilji löggjafans hefði ákvæðið falið í sér bann á slíku eigarhaldi. Umrætt ákvæði banni ekki fjarskiptafyrirtæki eða fjarskiptasamstæðu, sem njóti einka- eða sérleyfa á öðru sviði en fjarskiptum, að eiga fjarskiptafyrirtæki, heldur leggur bann við að fjarskiptareksturinn sé með beinum aðgerðum og meðgjöf styrktur af þeirri starfsemi sem felist í einka- eða sérleyfisstarfsemi, þ.e.a.s. að meðgjöfin komi frá aðilum innan samstæðunnar. Þau meintu tengsl séu að auki með öllu ósönnuð hvað þennan þátt varði.

Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að PFS verði að leggja tiltölulega rúma merkingu í orðið niðurgreiðslu. Helstu röksemdir PFS í þessu efni sé að benda á lagatúlkanir og skýringar Eftirlitsstofnunar EFTA á 61. gr. EES samnings sem fjalli um ríkisaðstoð. PFS geti ekki byggt lögskýringu á 36. gr. fjarskiptalaga á því að vísa til þeirrar efnisreglu, en Eftirlitsstofnun EFTA fari með heimildir þess ákvæðis, ekki PFS. Það ákvæði eigi ekki við um úrlausn þessa máls. PFS verði að einskorða úttekt sína og úrvinnslu innan ramma 36. gr. fjarskiptalaga og sé eins og önnur stjórnvöld bundið af lögmætisreglu stjórnsýsluréttar. Stjórnvald geti ekki tekið sér lagatúlkun eða skýringar á öðru og óskyldu efnisákvæði og lagt til grundvallar á skýringu, efni og inntaki ákvæðis sem því er falið með lögum að framfylgja. Gildissvið 36. gr. fjarskiptalaga verði ekki teygt út fyrir orðalag ákvæðisins með því að vísa til úrlausna Eftirlitsstofnunar EFTA eða efnis 61. gr. EES samningsins.

Með vísan til framangreinds telur kærandi ljóst að í d. lið 1. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar felist brot á lögmætisreglu stjórnsýsluréttar. Þá geti frjálst mat stjórnvalds ekki gengið út yfir efnisramma þess lagaákvæðis sem beitt sé við töku stjórnvaldsákvörðunar.

Verði ekki fallist á að PFS hafi með hinum kærðu ákvörðunarorðum farið út fyrir efni 36. gr. fjarskiptalaga byggir kærandi á því að niðurstaða PFS sé bæði byggð á ófullnægjandi rannsókn máls og að ekki hafi verið sýnt fram á að ákvæðin í lánasamningum milli kæranda og lánastofnana hafi í raun þau áhrif sem PFS fullyrði að fyrir liggi. Kærandi byggir á því að fullyrðingar PFS um áhrif ákvæðis í lánasamningum kæranda séu ekki studdar neinum raunverulegum gögnum eða upplýsingum. Einu gögnin sem vísað sé til séu í töflu 11 í hinni kærðu ákvörðun.

Fjallað sé um meint áhrif lánaskilmálans í kafla 6.3. í hinni kærðu ákvörðun. PFS haldi því fram að eignarhaldið styrki lánshæfi kæranda sem njóti þannig með óbeinum hætti góðs af móðurfélaginu sem sterkum fjárhagslegum bakhjarli. Þar komi m.a. fram að það sjáist af töflu 11 að [...]²

Telur kærandi að það virðist svo að helstu rökin séu að hlutfall hreinna vaxtaberandi skulda/EBITDA, sem PFS virðist meta sem hátt, gefi vísbendingu um að lánveitendur slaki á kröfum gagnvart kæranda vegna eignarhalds á félaginu og að þeir tryggi sér betri stöðu með því að tengja saman eignarhaldið. [...]³ PFS telji að hlutfallið hjá kæranda sé hátt í

---

<sup>2</sup> Fellt út vegna trúnaðar

<sup>3</sup> Fellt út vegna trúnaðar

samanburði við önnur fjarskiptafélög. Kærandi bendir á að hann fjárfesti eingöngu í innviðum sem endast muni næstu áratugi. Ekkert af þeim samanburðarfyrirtækjum sem PFS stilli upp í töflu 11 séu í sömu stöðu, fyrir utan Mílu. Auk þess sé kærandi mjög ungt fyrirtæki á meðan Míla sé í grunnin rúmlega 100 ára gamalt félag. Uppbygging innviða sé fjármagnsfræk starfsemi sem skili arði til langs tíma.

Kærandi telur ályktanir og fullyrðingar sem PFS dragi af upplýsingum í töflu nr. 11 rangar. Í töflunni séu bornar saman kennitölur fjarskiptafyrirtækja, sem tilheyri tveimur ólíkum sviðum fjarskipta og séu í grundvallaratriðum ólík að uppbyggingu, gerð og rekstur þeirra ólíkur. Annars vegar séu í töflunni tvö innviðafjarskiptafyrirtæki, þ.e.a.s. kærandi og Míla, sem starfi á heildsölumarkaði sem eiga að reka grunnnet. Hins vegar séu í töflunni fjarskiptafyrirtæki á smásölumarkaði, þ.e.a.s. Síminn, Sýn, NOVA o.fl. Eignir og fjárfestingar þessara tveggja ólíku flokka fjarskiptafyrirtækja á smásölumarkaði séu t.d. fjárfestingar í möstrum og tæknibúnaði eins og 3G og 4G með mun skemmri líftíma og þar af leiðandi styttri afskriftartíma (3 til 20 ár). Þetta megi t.d. ráða af því að þessar eignir úreldast hraðar vegna örrar tækniþróunnar.

Vegna langs afskriftartíma á grunninnviðum í eigu innviðafyrirtækja skipti tímabundið hátt hlutfall hreinna vaxtaberandi skulda/EBITDA minna máli til lengri tíma litið. Ekki verði dregnar jafn afdrifaríkar ályktanir út frá því að skoða „punktstöðu“ þessa hlutfalls, t.d. á tilteknu rekstrarári 2017, eins og PFS geri í hinni kærðu ákvörðun og sú skoðun notuð til að taka íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Kærandi hafi bent á í bréfi dags. 14. janúar 2019 að hann teldi óeðlilegt að skoðun PFS afmarkaðist við árin 2016-2017 í stað þess að skoðun stofnunarinnar tæki yfir tímabilið 2016-2018, en m.a. á því ári hafi staðið yfir einhverjar mestu fjárfestingar félagsins í langan tíma og teknar hafi verið ákvarðanir m.a. um fjámögnun og fjárfestingar sem áhrif hafi á framtíðarhorfur félagsins til 2023. Framangreind ályktun PFS sýni að hún sé byggð á ófullnægjandi upplýsingum og röngum forsendum. Yfir árin 2016 til loka árs 2018 hafi kærandi lokið við fjárfestingar á rúmlega 97% af ljósleiðarakerfum sínum á markaðsvæði félagsins og auk þess lokið við langtímafjármögnun fjárfesgingarinnar. Þessi staðreynd sé ekki tekin með í forsendur PFS. Tekur kærandi fram að því hafi verið hafnað af hálfu PFS að líta til framangreindra atriða og ekki hefði verið kallað eftir gögnum eins og rétt hefði verið í ljósi ábendinga kæranda. Bendir kærandi á að samkvæmt ársreikningi kæranda fyrir rekstrarárið 2018 hefði hlutfall vaxtaberandi skulda/EBITDA fallið frá árinu 2017 úr 7,7 og væri komið niður í 6,8 fyrir árið 2018. Áætlanir kæranda geri ráð fyrir að hlutfallið verði komið [...] <sup>4</sup> Réttara hefði verið fyrir PFS að skoða hvernig hlutfallið breyttist sem fall af tíma og borið saman t.d. við breytingu á sama hlutfalli við önnur sambærileg innviðafyrirtæki líkt og Mílu.

Þá vísar kærandi til töflu sem sýnir þróun vaxtaberandi skulda sem hlutfall af EBITDA hjá Mílu ehf., frá 2007-2017. Hafa verði í huga við skoðun á hlutfallinu að Míla hafi ekki lokið við fjárfestingar á ljósleiðaraneti félagsins. Megi lauslega áætla að Míla ætti enn eftir að fjárfesta fyrir um 10 milljarða í grunninnviðum og ef þróun á hlutfallinu sé borin saman

---

<sup>4</sup> Fellt út vegna trúnaðar

við kæranda þá þróist framangreint hlutfall með svipuðum hætti. Bendir kærandi á að það sé mun yngra fyrirtæki en Míla og því sé ekki óeðlilegt að félagið hafi haft tímabundið hátt hlutfall árið 2017, en á því ári hafi farið fram lang viðamestu fjárfestingar félagsins. Kærandi bendir á að lánveitendur horfi ekki á „punktstöðu“ hlutfallsins á einstökum tíma, líkt og PFS geri, heldur hvernig það muni þróast. Einkenni fjárfestinga innviðafyrirtækja sé að stofnkostnaður sé oftast gríðarhár og tekjur af fjármunum væru nokkurn tíma að koma fram t.d. eftir því sem upptaka viðskiptavina á grunnetinu aukist eftir að uppbyggingu sé lokið og tekjur fari að aukast í kjölfar þess. Í því ljósi sé skoðun á hlutfallinu á einu ári í raun tilgangslaus. Ef hlutfall vaxtaberandi skulda/EBIDTA fyrir kæranda væri skoðað og hvernig það hafi þróast frá 2017 til 2018 (úr 7,7 í 6,8) og frá 2019 til 2023 sé ljóst að [...] <sup>5</sup> Þá beri að hafa í huga að framangreint hlutfall sé breytilegt eftir eðli og gerð rekstrar.

Að mati kæranda sé þannig ekki hægt að draga þá ályktun út frá framangreindum staðreyndum að áhrif eignarhalds hafi hér einhver áhrif. Lánveitendur, ólíkt PFS, horfi til lengri tíma og meti m.a. hvort og hvernig fastafjármunir kæranda muni tryggja tekjur til að greiða niður skuldir. Við það mat sé einfaldlega litið til langtímahorfa í rekstri og fjárhagsstöðu kæranda og getu hans til að greiða skuldir. Framangreint hlutfall sé einungis einn þáttur af mörgum sem ráði mati þeirra á möguleika kæranda á að standa við skuldbindingar sínar samkvæmt lánssamningi. PFS hafi engin rök fært fyrir því að eignarhald skipti máli og sú fullyrðing sé því ósönnuð.

Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að PFS telji að fjárhagslegan aðskilnað í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga, verði að framkvæma með þeim hætti að áhrifin verði eins og um óskylda aðila sé að ræða. Þannig verði PFS, áður en tekin sé stjórnvaldsákvörðun, sem feli í sér fyrirmæli um breytingar á athöfum, aðstöðu eða einstaka ákvæðum í samningum, að sýna fram á að áhrif t.d. einstakra ákvæða í samningi hafi í raun haft áhrif sem gangi gegn 36. gr. fjarskiptalaga. Að mati kæranda hafi PFS ekki sannað að áhrif skilmála í lánasamningum kæranda við lánastofnanir hafi í raun haft þau áhrif sem PFS fullyrði. Að baki niðurstöðunni sé einungis huglægt mat PFS.

PFS sem stjórnvald beri sönnunarbyrði fyrir því að áhrif ákvæða í lánasamningum kæranda við fjármálafyrirtækin hafi í raun þau áhrif sem fullyrt sé. Niðurstaða og ákvörðunarorð PFS í lið 1. d) í hinni kærðu ákvörðun sé mjög íþyngjandi. Því meira íþyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun sé, því ríkari sé rannsóknarskyldan sem á stjórnvaldinu hvíli og að ákvörðunin byggi á sannanlegum gögnum og upplýsingum.

Kærandi bendir á að í nóvember 2018 hafi PFS birt sér frumdrög að fyrirhugaðri ákvörðun sinni nr. 3/2019 og hafi boðið kæranda að gera athugasemdir við drög að fyrirhugaðri ákvörðun. Kærandi hafi þá lagt fram gögn og útreikninga sem að mati kæranda hafi sýnt fram á að ákvæði í lánasamningum kæranda við lánveitendur um breytingu á eignarhaldi hefði engin raunveruleg eða mælanleg áhrif á lánskjör eða „leiddi til góðs“ fyrir kæranda. Með öðrum orðum taldi kærandi að hinn meinti óbeini stuðningur ætti að koma fram í

---

<sup>5</sup> Fellt út vegna trúnaðar

markaðskjörum kæranda við markaðskjör móðurfélagsins OR. Þá hafi verið borin saman markaðskjör félaga á heimsvísu. Niðurstaða greiningarinnar sýni að við lántöku kæranda í desember 2016 hafi kærandi hvorki notið beins né óbeins stuðnings vegna eignarhalds OR á félaginu eins og PFS byggi nú á í hinni kærðu ákvörðun. Sýndu gögnin og samanburðurinn að lánasamningar kæranda væru hvorki óeðlilegir né á óvenjulegum kjörum.

Þá vísar kærandi til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun á bls. 73. Þar er meðal annars fjallað um að PFS dragi ekki í efa niðurstöðu umræddrar könnunar, en á hinn bóginn sé það mat PFS að slík könnun ein og sér feli ekki í sér endanlega niðurstöðu í þessum efnum, heldur þurfi ítarlegri skoðunar við, t.d. varðandi tengsl móðurfélags og dótturfélags. Þá kemur einnig fram í umræddri tilvitnun kæranda til hinnar kærðu ákvörðunar að í ljósi þess að vaxtakjör kæranda væru sambærileg við vaxtakjör fjarskiptafyrirtækja sem PFS hafi haft til samanburðar teldi stofnunin ekki tilefni til þess, m.a. með tilliti til sjónarmiða um meðalhóf, að taka umrætt álitaefni til frekari skoðunar. Kærandi telur að PFS viðurkenni í hinni kærðu ákvörðun að þessi þáttur málsins sé ekki fyllilega rannsakaður. Stjórnvald sem taki jafn íþyngjandi ákvörðun beri sérstaka skyldu til að rannsaka til hlýtar forsendur ákvörðunar. Það geti ekki reist ákvörðun af þessu tagi á huglægu mati á því hvort texti í samningi hafi tiltekin áhrif eða ekki. Slík áhrif þurfi stjórnvald að sýna fram á og sanna hvernig og með hvaða hætti það hafi haft áhrif í raun á vaxtakjör kæranda og aukið aðgang að fjármagni. Vegna þessara tveggja þátta verði ekki séð að PFS hafi sinnt rannsóknarskyldu sinni, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga.

Þá byggir kærandi á því að ályktanir og fullyrðingar PFS um efni og inntak ákvæða í lánasamningum kæranda um hömlur á skuldsetningu og heimild til að gjaldfella lán komi til breytinga á yferráðum, þ.e.a.s. ef OR selji meirihluta hlutafjár síns í kæranda, séu hvorki í samræmi né samhengi við eðli og tilgang ákvæðanna og hafi ekki þau áhrif sem PFS fullyrði.

Ákvæði um breytingar á yferráðum snúi að því grundvallaratriði í öllum lánsviðskiptum að höfuðmáli skiptir fyrir kröfuhafa hver skuldarinn sjálfur sé. Af þeim sökum séu almennt ákvæði í lánsamningum sem áskilji lánveitanda tiltekin réttindi. Almenn regla kröfuréttar sé að skuldaraskipti geti ekki farið fram nema með einhliða samþykki köfuhafa. Þegar komi að hlutafélögum og einkahlutafélögum geti verulegar breytingar á eignarhaldi hluta í félagi í raun haft sömu áhrif og skuldaraskipti. Því árétti ákvæðið í raun óskráða og almenna reglu í kröfurétti og sé því frekar vísbending um almennan fyrirvara en ekki sértækt ákvæði. Ákvæðið sé hluti af stöðluðum samningsákvæðum viðskiptabanka og sé ekki sérstaklega samið með samband kæranda og OR í huga. Þessu til stuðnings hafi kærandi m.a. lagt fram minnisblað frá LEX lögmannststofu, dags. 11. janúar 2019 sem kærandi hafi aflað í tengslum við framangreind samningsákvæði í lánasamningum félagsins. Þar komi m.a. fram að framngreind ákvæði sé að finna í nánast öllum lánasamningum, þau séu bæði hefðbundin og algeng í íslenskum og erlendum lánsamningum.

Kærandi ítrekar að forsendur PFS um áhrif ákvæðanna séu ekki studdar neinum gögnum eða upplýsingum heldur byggja á huglægu mati, sem sé ekki til samræmis við tilgang og notkun framangreindra ákvæða á lánamarkaði. Þessi hluti málsins sé órannsakaður af hálfu PFS.

Kærandi bendir á að það sé ekki hlutverk sitt að sýna fram á og sanna að ákvæðið hafi ekki framangreind áhrif. Sönnunarbyrðin hvíli á PFS. Kærandi byggir á því að PFS hafi á engan hátt sýnt fram á eða gert sennilegt að tilgangur og áhrif framangreindra staðlaðra ákvæða í lánasamningum við kæranda hafi haft hin meintu áhrif sem 36. gr. fjarskiptalaga taki til og verði að fella þennan þátt hinnar kærðu ákvörðunar úr gildi. Að öðru leyti mótmælir kærandi ákvörðun, forsendum og lagarökum að baki niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun.

## 2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS að skilað yrði umsögn vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 10. apríl 2019, en sá frestur var framlengdur til 3. maí 2019 að beiðni stofnunarinnar.

PFS gerir þá kröfu að d. liður 1. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar verði staðfestur með vísan til forsendna hennar.

PFS tekur fram að ekki sé ástæða til að taka afstöðu til umfjöllunar kæranda um málsatvik og tilgreiningu á efni hinnar kærðu ákvörðunar, nema þar sem er að finna ályktanir hans sem hafi ekkert með hlutlæga lýsingu á málavöxtum að gera. Stofnunin telur að leggja verði til grundvallar ítarlega lýsingu á málavöxtum og bréfaskiptum í hinni kærðu ákvörðun.

PFS fjallar um grundvöll hinnar kærðu ákvörðunar. Um sjónarmið að baki fjárhagslegum aðskilnaði og banni við niðurgreiðslu á samkeppnisstarfsemi með fé úr sérleyfis- eða einkaréttarstarfsemi vísar PFS til 36. gr. fjarskiptalaga sem hin kærða ákvörðun byggir á. Kveður stofnunin það vera tilgang ákvæðisins að koma í veg fyrir að fjármagn sem verði til í umhverfi þar sem ekki ríki samkeppni sé notað til inngripa á markaði þar sem virk samkeppni sé fyrir hendi. Þetta sjónarmið byggir m.a. á því að við einokunaraðstæður sé hætt á því að sala á vöru- og þjónustu geti að einhverju marki verið yfirverðlögð eða rekstri einokunaraðila sé ekki hagað til samræmis við rekstur hagkvæms rekings aðila, m.t.t. útgjalda og fjárfestinga. Slíkt gæti skapað hvata til að færa fé frá slíkri sérleyfis- eða einkaréttarstarfsemi yfir í samkeppnisrekstur með óarðbærum hætti sem aðhald af hendi samkeppninnar myndi almennt koma í veg fyrir. Við það gætu neikvæðar afleiðingar af einokunarstarfsemi raskað hagsmunum á samkeppnismarkaði með óeðlilegum og ósanngjörnum hætti.

Með vísan til framangreindra sjónarmiða sem búi að baki 36. gr. fjarskiptalaga sé almennt álitid að marka eigi efnislegu innihaldi ákvæðisins tiltölulega rúmt umfang. Kveður PFS efnið vera í raun tvíþætt. Annars vegar kveði það á um að fjarskiptastarfsemi aðila sem



jafnframt hafi með hendi sérleyfis eða einkaréttarstarfsemi skuli vera fjárhagslega aðskilin frá annarri starfsemi aðilans eins og um óskylda aðila væri að ræða. Hins vegar sé tekið fram að þess skuli gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Að áliti PFS varðar 36. gr. fjarskiptalaga ekki eingöngu fjárhagslegan aðskilnað í þrengri merkingu, heldur nái ákvæðið einnig til ráðstafana sem geti falið í sér að samkeppnisreksturinn njóti ívilnandi stuðnings af hálfu sérleyfisstarfseminnar með beinum eða óbeinum hætti.

Þá vísar PFS til fjölda ákvarðana sem stofnunin hefur tekið og varða útfærslu og eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði fjarskiptastarfsemi innan OR samstæðunnar. Bendir PFS m.a. á að lagðar hafi verið á kæranda ýmsar kvaðir sem varði samskipti og tengsl kæranda og OR, en einnig um þætti sem snúi sjálfstætt að kæranda, t.d. um ávöxtunarkröfu kæranda, synjun um heimild til að skila samandregnum ársreikningi og um tiltekinn skilmála í lánasamningi kæranda við viðskiptabanka sinn, en síðastnefnda málið sé í eðli sínu hliðstætt þessu kærnumáli. Sú ákvörðun hafi ekki verið kærð. Þá bendir PFS á að ákvæðið sé samhljóða ákvæði 14. gr. samkeppnislaga og að reynt hafi á framkvæmd þessa ákvæðis í málum hjá samkeppnisyfirvöldum. Þegar skoðaðar séu þær kvaðir sem samkeppnisyfirvöld hafi lagt á fyrirtæki í eigu hins opinbera eða hafi farið með sérleyfisstarfsemi af einhverju tagi, en hafi að hluta til starfað á samkeppnismarkaði, megi sjá að þær séu margbreytilegar og víðfemar. Einskorðist kvaðirnar ekki bara við útfærslu á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar í þröngum skilningi, heldur geti þær einnig tekið til stjórnunarlegs aðskilnaðar. Kvaðirnar geti einnig varðað hina aðskildu einingu sérstaklega, t.d. þegar sett skilyrði fyrir því hvað hún megi heita, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs, nr. 32/1996.

Þá fjallar PFS um hugtakið „ólögmæt niðurgreiðsla“ og túlkun ESA á efnislegu gildissviði 36. gr. fjarskiptalaga. Það sé ljóst að íslensk stjórnvöld hafi litið svo á að 36. gr. fjarskiptalaga eigi sér rúmt efnislegt inntak. Það birtist m.a. í málsvörn íslenska ríkisins sem unnin hafi verið af hálfu fjármálaráðuneytisins í tengslum við kvörtun Símans hf. til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA), dags. 26 október 2016, þess efnis að kærandi nyti ólögmæts ríkisstuðnings. Í málalíbúnaði íslenska ríkisins sé vísað til þeirra stjórnvaldsákvarðana sem PFS hafi tekið á umliðnum árum og ályktað að þær kvaðir sem PFS hafi lagt á kæranda innan OR samstæðunnar séu til þess fallnar að koma í veg fyrir að félagið nyti ólögmæts ríkisstuðnings. ESA hafi tekið undir þessi sjónarmið í frumniðurstöðu sinni. Telur PFS að ESA hefði ekki getað komist að slíkri niðurstöðu ef inntak 36. gr. fjarskiptalaga væri takmarkað við þann þrönga skilning sem kærandi leggi í ákvæðið, þ.e.a.s. að það nái einungis til samskipta og tengsla kæranda við móðurfélag, en ekki sjálfstæðra athafna kæranda við viðskiptabanka. Ef svo væri gæti eftirlit PFS ekki komið í veg fyrir að kærandi nyti ólögmæts ríkisstuðnings. PFS telur þannig að sjónarmið kæranda séu ekki í samræmi við málalíbúnað íslenska ríkisins í kvörtunarmáli fyrir ESA sem varði þó meintan ólögmætan ríkisstuðning við kæranda.

Ef 36. gr. fjarskiptalaga er talin til þess fallin að koma í veg fyrir ólögmætan ríkisstuðning þurfi að horfa til þess hvers konar stuðningur það sé. Ákvæði EES- samningsins séu skýr

um það að ólögmaður ríkisstuðningur geti verið í ýmsu formi, þ.e.a.s. bæði náð til beins og óbeins stuðnings, sbr. 1. mgr. 61. gr. samningsins og tekur PFS upp beina tilvitnun úr samningnum. Með vísan til framangreindra sjónarmiða telur PFS að túlka verði hugtakið ólögmaður niðurgreiðsla, sbr. orðasamband síðasta málsliðar 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga á þann veg að slík niðurgreiðsla geti verið á ýmsu formi, þ.e.a.s. bæði með beinu fjárframlagi eða með öðrum ráðstöfunum sem óbeint geti falið í sér slíka niðurgreiðslu, þ.m.t. sjálfstæð ráðstöfun fjárhagslegra aðskilinnar einingar innan samstæðu.

Þá fjallar PFS um að kærandi skuli vera fjármagnaður á markaðslegum forsendum og án stuðnings frá OR. Í ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006, er fjallað um lánsfjármögnun kæranda, en um hana hafi verið sett eftirfarandi kvöð:

*„Ný lán Gagnaveitunnar skulu vera tekin frá þriðja aðila. Orkuveitu Reykjavíkur er heimilt að hafa milligöngu um lántökur Gagnaveitunnar í þeim tilgangi. Slíkt lánsfé skal endurlánað Gagnaveitunni á sömu vaxtakjörum og ætla má að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði. Gerðir skulu sérstakir samningar milli Orkuveitu Reykjavíkur og Gagnaveitunnar í samræmi við þá skilmála sem almennt gilda á markaði, t.d. um afborganir, lánstíma, mögulegra skuldbreytinga og afskrifta. Lán frá þriðja aðila skulu vera sérgreind í lánasafni Orkuveitu Reykjavíkur en allur kostnaður vegna töku þeirra greiðist af Gagnaveitunni.“*

Þá sé jafnframt fjallað um veðsetningu fyrir lánnum, en þar komi einnig fram skýr hugsun um að lántökur kæranda skuli vera óháðar stuðningi frá móðurfélaginu OR, sbr. eftirfarandi:

*„Orkuveitu Reykjavíkur er óheimilt að setja aðrar eignir að veði fyrir lánnum sem tekin verða vegna fjarskiptastarfsemi en þær sem tilheyra þeirri starfsemi. Ef andlags veðsetningar er ekki getið í efnahagsreikningi fjarskiptastarfseminnar skal Orkuveita Reykjavíkur sýna fram á að það tilheyri þeirri starfsemi.“*

Það er álit PFS að lánaskilmáli sem tryggir meirihlutaeignarhald OR yfir kæranda gagnvart lánveitendum kæranda feli í sér tiltekna staðgöngu fyrir tilgreiningu veða af hálfu kæranda. Ljóst sé að með slíkri staðgöngu séu rekstur og innviðir OR farnir að vera áhrifaþættir í lánsfjármögnun kæranda. Þótt ekki hafi verið fjallað um eignarhald OR yfir kæranda í kvöðum sem varða lánsfjármögnun kæranda megi vera ljóst að það hafi frá upphafi verið skýr ásetningur af hálfu PFS að tryggja fullan aðskilnað og sjálfstæði kæranda frá OR í tengslum við efni lánasamninga. Með tilliti til þessa hafi það verið niðurstaða PFS að umræddur skilmáli í lánasamningi kæranda við viðskiptabanka sinn, um meirihlutaeigu OR yfir kæranda, fæli í sér brot á 36. gr. fjarskiptalaga og kallaði á að sett yrði skýrari kvöð á félagið hvað þetta varðar.

PFS fjallar því næst um að forsenda hinnar kærðu ákvörðunar sé að ákvæði í lánasamningum um eignarhald OR í kæranda sé ekki í samræmi við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga, en ekki einstök fjárhagsleg gildi í rekstri og efnahag fyrirtækisins. PFS telur að lánaskilmáli sem áskilur ráðandi eignarhald OR yfir kæranda feli í sér tengingu milli

félaganna tveggja sem fá ekki samrýmst þeirri kröfu að fjárhagslegur aðskilnaður skuli hagað eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða.

Eftirlit PFS feli ekki eingöngu í sér að koma í veg fyrir ráðstafanir sem sannanlega raska samkeppni, heldur tekur eftirlitið einnig til ráðstafana sem geta skapað hættu á því að samkeppni raskist. Framangreint eigi ekki eingöngu við um mögulega röskun á núverandi samkeppni á fjarskiptamarkaði, heldur geti með sama hætti átt við um möguleika nýrra aðila að hasla sér völl í uppbyggingu og rekstri innviða í samkeppni við GR.

PFS telur að ákvæðið sé þess eðlis að það geti leitt til aðgengis að lánsfé með hagstæðari lánskjörum en annars byðust. Með því sé farið gegn ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga um að OR skuli halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarra starfsemi og þess skuli gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Að áliti PFS sé 36. gr. fjarskiptalaga ætlað að koma í veg fyrir slíkan stuðning og mögulegan aðstöðumun á samkeppnismarkaði. Þannig geri ákvæðið ekki eingöngu kröfu um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi frá annarri einkaleyfisstarfsemi á vegum sama aðila, heldur skuli aðskilnaðurinn vera framkvæmdur eins og að um óskyld fyrirtæki væri að ræða og þannig komið í veg fyrir mögulegar niðurgreiðslur samkeppnisrekstrar. Ekki sé óeðlilegt að álykta að með þessu fyrirkomulagi njóti lánshæfi kæranda góðs af sterkum fjárhagslegum bakhjarli sem hafi áður sýnt það í verki að hafa vilja og getu til að standa á bak við félagið á erfiðum tímum.

Niðurstaða PFS byggir á framangreindum þáttum og telur stofnunin mikilvægt að árétta að ákvörðun stofnunarinnar hefur að geyma kvöð sem ætlað er með almennum hætti að koma í veg fyrir að framangreint ákvæði í lánsamningum kæranda geti skapað óvissu og ógagnsæi um samkeppnisstöðu kæranda á fjarskiptamarkaði sem 36. gr. fjarskiptalaga sé ætlað að taka á.

Það sé misskilningur hjá kæranda að niðurstaða PFS um breytingu á ákvæði í lánsamningum byggji á stöðu einstakra lykilstærða í árslok 2017 í samræmi við upplýsingar um efnahag og lykiltölur í töflu nr. 11 í hinni kærðu ákvörðun og að þörf hefði verið á að byggja á nýrri og ítarlegri upplýsingum (2018) og áætlaðri framtíðarþróun.

Þrátt fyrir framangreint þá telur PFS rétt að árétta tiltekin atriði í ljósi gagnrýni kæranda. Tekur stofnunin fram að hún leggi áherslu á að markmið stofnunarinnar með birtingu upplýsinga í töflu nr. 11 sé að draga saman helstu fjárhagslegu upplýsingar hjá fyrirtækjum á fjarskiptamarkaði en ekki sérstaklega sniðið að því að leiða fram forsendur PFS fyrir ákvörðunum um einstaka skilmála í lánsamningum. Samanburður við helstu fjarskiptafyrirtæki á Íslandi hafi verið gerður til að kanna hvort að eitthvað væri frábrugðið í helstu fjárhagslegu lykiltölum kæranda sem félags í eigu aðila sem nýtur sérréttinda í samanburði við félög sem starfa á markaði og eru ekki undir 36. gr. Samanburður í töflu nr. 11 leiði svo í ljós að helstu lykiltölur kæranda séu sambærilegar og hjá öðrum helstu fjarskiptafyrirtækjum fyrir utan hátt hlutfall hreinna vaxtaberandi skulda deilt með EBITDA.

Upplýsingar vegna ársins 2017 hafi verið þær nýjustu sem legið hafi fyrir við gerð greiningar PFS. Það sé mat PFS að um viðeigandi og upplýsandi upplýsingar sé að ræða, með hliðsjón af þeim skilmálum sem PFS hafi tekið til skoðunar í viðkomandi lánasamningum.

Ekki sé deilt um að kærandi sé ungt fyrirtæki í fjármagnsfrekri uppbyggingu innviða, sem að mati kæranda skili arði þegar til langs tíma sé litið. M.ö.o. sé umtalsverð áhætta fólgin í starfsemi kæranda þar sem horfa þurfi til langs tíma varðandi arðsemi verkefnisins. PFS bendir á að ýmislegt geti farið á annan veg en gert sé ráð fyrir í viðskiptaáætlun sem nái til áratuga, hvað sem áætluðum líftíma fjárfestinga líði. Eðli málsins samkvæmt horfi PFS helst á þær kennitölur sem hafðar séu til viðmiðunar í lánessamningum félagsins og almennt sé miðað við, s.s. eiginfjárlutfall og hlutfall vaxtaberandi skulda deilt með EBITDA. Auk þess horfi PFS til áætlana kæranda um þróun helstu lykilstærða en ítrekað hafi komið fram af hálfu PFS að stofnunin telji áætlunir félagsins trúverðugar. Eigi það t.d. við um þróun lykiltalna eins og vaxtaberandi skuldir deilt með EBITDA.

Fram kemur hjá kæranda að hann telji að ekki sé rétt að draga ályktanir út frá „punktstöðu“ varðandi hlutfall hreinna vaxtaberandi skulda deilt með EBITDA þar sem slíkt skipti minna máli vegna langs afskriftartíma á grunninnviðum. Það sé ekki rétt hjá kæranda að PFS taki ákvörðun út frá punktstöðu ársins 2017, því stofnunin horfi til áætlunar félagsins 2018-2023, ásamt helstu fjárhagslegu lykilstærðum ársins 2017. Þannig komi fram í úttekt stofnunarinnar að þrátt fyrir að hlutfallið hreinar vaxtaberandi skuldir deilt með EBITDA sé hátt að mati stofnunarinnar muni það fara lækkandi með auknum rekstrartekjum og við afborgun langtímalána sem eigi að hefjast á árinu 2019. Þá vísi stofnunin til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun þar sem kemur fram að umrætt hlutfall sé hæst á árinu 2017 en fari svo lækkandi í kjölfar aukningu rekstrartekna og lækkunar á vaxtaberandi skuldum. Þá vísar PFS til myndar nr. 3 í hinni kærðu ákvörðun í þessu sambandi, en þar horfi stofnunin til ársins 2023 eins og fram komi í langtíma fjárhagsspá samstæðu OR.

Niðurstaða PFS um að óheimilt sé að nýir lánasamningar kæranda við ótengdar lánastofnanir innihaldi ákvæði um að eignarhlutur OR megi ekki fara undir 50% sé ekki byggð á punktstöðu, samanburði við önnur fjarskiptafélög eða þróun hreinna vaxtaberandi skulda deilt með EBITDA yfir lengri tíma, heldur sé það mat stofnunarinnar að slíkt ákvæði samræmist ekki 36. gr. fjarskiptalaga varðandi aðskilnað fyrirtækjanna eins og um óskyld fyrirtæki sé að ræða.

Í kröfugerð kæranda komi fram að hlutfallið og staða þess eigi enga tengingu við eignarhald á félögunum þar sem lánveitendur horfi fyrst og fremst á hvernig fastafjármunir sem fjárfest er í geti þjónað skuldum. Lánveitendur horfi einnig ekki til punktstöðu hlutfallsins heldur hvernig það muni þróast.

Þegar komi að lánsfjármögnun t.d. Símans (Mílu) og Vodafone horfi lánveitendur ekki eingöngu til viðskiptaáætlunar félaganna eða hvernig fastafjármunir geti þjónað skuldum

heldur taki lánveitendur veð í eignum til tryggingar skulda. Í athugasemdum kæranda við boðaða niðurstöðu PFS komi fram að ákvæði í [...]»<sup>6</sup>

Lánveitendur kæranda þurfi því að byggja sitt mat á að viðskiptaáætlun félagsins gangi eftir til að endurheimta sitt lánsfé. Ólíkt í tilfellum annarra fjarskiptafélaga þar sem lánveitendur geti gengið að eignum félaganna til að endurheimta sitt lánsfé eða takmarka sitt tjón lendi félögin í rekstrarerfiðleikum.

PFS hafnar því fullyrðingu kæranda um að eignarhald skipti ekki máli þar sem lánveitendur kæranda setja sérstakt ákvæði í lánssamninga við félagið um meirihluta eign OR yfir kæranda til að tryggja eða auka líkur á endurheimtur á sínu lánsfé. Því megi álykta að ákvæðið sé í raun ígildi veðsetningar þar sem lánveitendum sé [...]»<sup>7</sup>

Að lokum gerir PFS athugasemdir við einstaka aðrar málsástæður kæranda. Bendir PFS á að kærandi telji ekki fært að vísa til sjónarmiða ESA, í samhengi við úrlausn kvörtunarmáls Símans hf. gegn kæranda um meintan ólögmetan ríkisstuðning, við túlkun á efnislegu inntaki 36. gr. fjarskiptalaga. PFS tekur fram að stofnunin sé ósammála þessu sjónarmiði kæranda. Ytri samræmisskýring við túlkun á hugtökum með samanburði á sömu eða svipuðum hugtökum í öðrum lögum sé vel þekkt lögskýringaraðferð. Skipti þá máli að þess sé gætt að hugtökin séu á svipuðu réttarsviði og verndarhagsmunir viðeigandi lagaákvæða séu þeir sömu. PFS telur að reglur sem varða ólögmetan ríkisstuðning og ákvæði í samkeppnislögum og fjarskiptalögum sem hafi að geyma sértækar reglur í þessum efnum séu í grunninn öll hluti af evrópsku samkeppnisregluverki. Í þessu tilviki séu verndarhagsmunir almennra ríkisstyrktarreglna, sbr. 61. gr. EES-samningsins, og sérstöku ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga þeir sömu, þ.e. að koma í veg fyrir ólögmetna niðurgreiðslu á samkeppnisstarfsemi. PFS telur því fyllilega fært, eins og íslenska ríkið leggur upp með í málatilbúnaði sínum í kvörtunarmálinu fyrir ESA og í samræmi við frumniðurstöðu ESA, að leggja til grundavallar að efnislegt inntak 36. gr. sé það sama, eða a.m.k. mjög svipað og gildir um ólögmetan ríkisstuðning. Það felur í sér að marka beri 36. gr. fjarskiptalaga tiltölulega rúmt efnislegt gildissvið.

Um málatilbúnað kæranda um að PFS hafi ekki sýnt fram á með neinum sannanlegum hætti að umþrættur lánaskilmáli í lánasamningum félagsins við viðskiptabankana hafi haft ívilnandi áhrif á vexti og þar með raskað samkeppnishagsmunum tekur stofnunin fram að fallist sé á að ekki sé hægt að sanna áhrif lánaskilmálans með raunvísindalegum hætti eins og um væri að ræða úrlausn á reikningsdæmi. Niðurstaðan byggir á faglegu mati. Í þessu sambandi telur PFS þó afar mikilvægt að benda á að ekki sé þörf á að sanna hver áhrif skilmálans séu, heldur sé nóg, í samræmi við beitingu lagaákvæða er varða ólögmetan ríkisstuðning, að sýna fram að skilmálinn kunni að hafa skaðleg samkeppnisleg áhrif, sbr. áður nefnda tilvitnun í 61. gr. EES-samningsins.

---

<sup>6</sup> Fellt út vegna trúnaðar

<sup>7</sup> Fellt út vegna trúnaðar

Ætla verði að eftirlitsframkvæmd á þessu sviði taki einmitt mið af því að stundum sé ekki hægt að sanna tiltekið atriði heldur eingöngu hægt að leiða líkum að tilteknum afleiðingum. Ekki sé hægt að sjá hvort og þá hvaða afleiðingar lánaskilmálinn hafi fyrir vaxtakjör kæranda fyrr en hann hefur verið fjarlægður úr nýjum lánasamningum.

PFS kveður kæranda halda því fram að hin kærða kvöð teygi sig út fyrir ramma 36. gr. fjarskiptalaga sem fyrri ákvarðanir PFS hafi ekki gert. PFS vísar til umfjöllunar í fyrri úrlausnum sínum varðandi framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar kæranda innan OR samstæðunnar. Eins og sjá megi af því yfirliti kenni ýmissa grasa varðandi þær kvaðir sem PFS hefur lagt á kæranda um tilhögun fjárhagslegs aðskilnaðar fyrirtækisins innan OR samstæðunnar. Þar megi sem dæmi finna ákvörðun sem einmitt varði tiltekinn skilmála kæranda í lánasamningi félagsins við viðskiptabanka sinn, sbr. ákvörðun nr. 25/2010. Efnislega hafi skilmálinn varðað skuldbindingu kæranda við viðskiptabanka um að greiða OR ekki vexti af láni kæranda við móðurfélag sitt á meðan á lánstíma bankalánsins stæði. PFS hafi talið skilmálann brjóta í bága við 36. gr. fjarskiptalaga og mælti fyrir um að hann skyldi fjarlægður úr lánasamningi kæranda við viðskiptabanka. Kærandi hafi ákveðið að una þeirri ákvörðun. Af þessu megi vera ljóst að eftirlit og framkvæmd PFS með fjárhagslegum aðskilnaði kæranda innan OR samstæðunnar hafi áður tekið til fyllilega hliðstæðs máls. Með vísan til framangreinds vísar stofnunin því á bug að hin kærða ákvörðun fari út fyrir áður þekktan ramma um framkvæmd 36. gr. fjarskiptalaga.

PFS vísar til umfjöllunar kæranda um reglur kröfuréttar um skuldaraskipti, þ.e.a.s. að skuldari geti ekki yfirfært skuld á annan aðila án samþykkis lánveitandans. Þessi regla byggir á því að kröfuhafi eigi mikilsverðra hagsmuna að gæta um það hver sé skuldari kröfunnar. PFS geti fyrir sitt leyti tekið undir óumdeildar reglur kröfuréttar um framangreint, en stofnunin telji þó að skilmáli sem tryggir meirihlutaeigu móðurfélags yfir dótturfélagi og tilgreini tiltekna hlutfallstölu í þeim efnum gangi lengra en almennir og staðlaðir skilmálar í lánasamningum sem ætlaðir eru til að koma í veg fyrir ósamþykkt skuldaraskipti. Tilgangur almenns skilmála um tilkynningu skuldara um breytingu á eigendahópi sínum sé til að lánveitandi getið gripið til ráðstafana í tengslum við óhagstæð skuldaraskipti. Skilmáli sem bindur meirihlutayferráð móðurfélags yfir dótturfélagi og er undirstöðuforsenda fyrir lánveitingu, sbr. heimild til gjaldfellingar, gangi augljóslega lengra heldur en almenn úrræði til að koma í veg fyrir ósamþykkt skuldaraskipti.

PFS telur að málatilbúnaður kæranda sé nokkuð mótsagnakenndur. Annars vegar sé því haldið fram að um sé að ræða verulega íþyngjandi ákvörðun. Hins vegar keppist kærandi við að færa fyrir því rök að skilmálinn hafi ekki ívilnandi áhrif á lánakjör og að lánakjörin væru þau sömu, þrátt fyrir skilmálann. PFS fær þetta ekki til að ganga upp og telur eðlilegt, sé minnsti vafi um hvort og þá hvaða afleiðingar lánaskilmálinn hafi, að hann sé fjarlægður úr nýjum lánasamningum og þannig tryggt að lánsfjármögnun kæranda sé í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga.

Að lokum dregur PFS saman þær málsástæður sínar sem að framan hafa verið raktar. Að framangreindu virtu áréttar PFS kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála staðfesti d.-lið 1. töluliðar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar nr. 3/2019.

### 3.

Greinargerð PFS var send kæranda til upplýsingar og kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við hana til 28. maí 2019. Að beiðni kæranda var veittur viðbótarfrestur til þess að skila athugasemdum til 5. júní 2019.

Í viðbótarathugasemdum vísar kærandi til ákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga og umfjöllunar í greinargerð með frumvarpi er varð að lögnum. Bendir kærandi á að í greinargerðinni sé fjallað um ákvæðið og þar segi að fjárhagslegur aðskilnaður sérleyfisstarfsemi og fjarskiptastarfsemi sé efni greinarinnar. Þá segi að fjarskiptafyrirtæki sem njóti einka- eða sérréttinda á öðrum sviðum en fjarskiptum skuli halda fjarskiptastarfsemi sinni aðskilinni frá annarri starfsemi svo að útiloka mætti að tekjur af starfsemi sem njóti einkaréttar eða verndar verði notaðar til að styrkja fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins og rýra með því samkeppnisstöðu annarra fyrirtækja. Í greinargerðinni sé tiltekið að ákvæðið byggji á 13. gr. rammtilskipunarinnar og eigi við um öll fyrirtæki sem njóti einkaréttar eða verndar án tillits til markaðshlutdeildar þeirra. Þau eigi jafnt við hvort sem fjarskiptareksturinn fari fram innan hins verndaða fyrirtækis eða í fyrirtæki sem það hafi yfirráð yfir. Að mati kæranda afmarki framangreind ummæli í greinargerð skýrlega gildissvið ákvæðisins. Krafa um fjárhagslegan aðskilnað nái til fyrirtækis sem reki almennt fjarskiptanet á samkeppnismarkaði og hafi einnig með höndum sérstakan rétt eða einkarétt á að veita þjónustu á öðrum sviðum, s.s. veitustarfsemi. Sama eigi við ef framangreind starfsemi, reksturs almenns fjarskiptanets og veitustarfsemi fari fram innan fyrirtækjasamstæðu.

Kærandi tekur fram að hann líti svo á að aðstæðurnar sem texti ákvæðisins lýsi afmarki gildissvið 36. gr., þ.e.a.s. hvort fjárhagsleg tengsl milli félaga innan fyrirtækjasamstæðu eða fjárhagsleg tengsl innan rekstrarsviða fyrirtækis hafi þau áhrif að rekstur almenns fjarskiptanets njóti samkeppnislegs forskots. Tilgangurinn sé að koma í veg fyrir að fjármagn sem verði til í umhverfi þar sem ríki samkeppni sé notað til inngripa á markaði þar sem virk samkeppni sé fyrir hendi.

Kærandi telur d.-lið 1. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar fara út fyrir gildissvið 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga. Hvorki texti né orðalag ákvæðisins taki til viðskipta fyrirtækis eða einstakra fyrirtækja innan fyrirtækjasamstæðu við óskyldan þriðja aðila, t.d. viðskiptabanka, birgi eða viðskiptavin. Hin kærðu ákvörðunarorð fjalli um ákvæði í samningi milli kæranda og viðskiptabanka kæranda. Viðskiptabankar sem láni kæranda fé teljist hvorki fyrirtæki í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga, né falli undir hugtakið fyrirtækjasamstæður í skilningi ákvæðisins.

Kærandi vísar til umfjöllunar PFS í greinargerð sinni, þar sem m.a. komi fram að stofnunin telji 36. gr. fjarskiptalaga ekki eingöngu varða fjárhagslegan aðskilnað í þrengri merkingu heldur nái ákvæðið einnig til ráðstafana sem geti falið í sér að samkeppnisrekstur njóti ívilnandi stuðnings af hálfu sérleyfisstarfsemi með beinum eða óbeinum hætti. Til stuðnings þessu vísi PFS til orðalags 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga þar sem segi að gæta skuli að því að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Kærandi telur þennan setningarlið hins vegar eingöngu fjalla um

fjárhagsleg tengsl og samskipti innan fyrirtækis eða fyrirtækjasamstæðu, en ekki felist í honum sjálfstæð efnisregla sem leiði til þess að ákvæðið nái til annarra tengsla en fjárhagstengsla fjarskiptafyrirtækis eða samstæðu sem fyrri málsliður ákvæðisins fjalli um.

Þá bendir kærandi á að af greinargerð PFS verði ráðið að stofnunin byggi tilvitnaðar ályktanir um tilgang ákvæðisins og tilvísunum til EES- réttar varðandi ríkisstyrki. Að mati kæranda verði hið rúma umfang sem PFS ætli ákvæðinu ekki leitt af lögskýringargögnum með ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga. Kærandi tekur fram að við töku stjórnvaldsákvæðana sem feli í sér íþyngjandi kvaðir séu gerðar miklar kröfur til þess að stjórnvald styðji ákvörðun sína við skýra lagastoð og gangi ekki lengra en orðalag og efnislegt gildissvið lagaheimildar veiti. Þannig verði stjórnvaldsákvörðun ekki byggð á lagaákvæði nema að því leyti sem ákvörðun rúmist innan þess samkvæmt orðanna hljóðan.

Þá vísar kærandi til ummæla í athugasemdum við frumvarp er varð að fjarskiptalögum. Kærandi telur skýrt að skilmáli í lánasamningi, sem einhliða sé saminn af viðskiptabanka og fjalli um lánveitingu þess viðskiptabanka til kæranda og lúti að breytingu á eignarhaldi, feli ekki í sér að kærandi sé að njóta tekna af starfsemi sem njóti einkaréttar til að styrkja sinn rekstur sem sé í samkeppni.

Ítarlega hafi verið fjallað um tilgang ákvæðisins í athugasemdum kæranda við drög að hinni kærðu ákvörðun og vísar kærandi m.a. til þess sem þar kemur fram.

Þá bendir kærandi á að viðskiptabankar séu beinlínis undir lagaskyldu að hafa ákvæði um breytingu á eignarhaldi. Annað skilyrðið sé að viðskiptabankar séu undir lagakvöð að takmarka áhættuskuldbindingar sínar, sbr. 30. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002. Í ákvæðinu sé mælt fyrir um hámark áhættu vegna einstaks eða fleiri innbyrðis tengdra viðskiptamanna sem hlutfall af hæfu fjármagni fjármálafyrirtækis. Vegna lagafyrirmælanna sé nauðsynlegt fyrir viðskiptabanka að hafa ákvæði um breytingu á eignarhaldi í lánsamningi milli viðskiptabankans og kæranda. Hitt skilyrðið sem leiði til þess að viðskiptabankar verði að hafa ákvæði í lánasamningum um breytingu á eignarhaldi séu lög og reglur um peningaþvætti. Samkvæmt ákvæði laga um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka beri viðskiptabönkum, sem falli undir ákvæði laganna að hafa úrræði til þess að bregðast við breytingum á eignarhaldi lántakanda.

Að auki telur kærandi það ekki standast skilmála sem viðskiptabanki setji í lánasamning um breytingar á eignarhaldi með vísan til framangreindra atriða felist í gildi niðurgreiðslu á rekstri kæranda af móðurfélagi þess OR. Túlkun PFS á umfangi 36. gr. fjarskiptalaga sem leiði til þessarar niðurstöðu sé víðtækari en greinargerð og orðalag ákvæðisins gefi til kynna og standist ekki kröfur stjórnvísinguréttar um skýrleika lagastoðar þegar um íþyngjandi ákvörðun er að ræða.

Þá telur kærandi að stjórnvald geti ekki byggt skýringu lagaákvæðis á efnisreglu EES-samningsins eða túlkun Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) á efnislegu gildissviði 36. gr. fjarskiptalaga. Kærandi bendir á að PFS fjalli í greinargerð sinni nokkuð ítarlega um samskipti milli ESA og íslenskra stjórnvalda í tengslum við kvörtun Símans hf. til ESA hinn



26. október 2016. Kærandi bendir á að hin kærða ákvörðun snúi að efnislegu gildissviði 36. gr. fjarskiptalaga en skoðun ESA á þeim stjórnvaldsákvörðunum sem PFS hafi tekið á undanförunum árum feli ekki í sér neins konar efnislega túlkun á því ákvæði. Sameiginlegt sé með þeim ákvörðunum PFS þar sem þar voru til skoðunar að þar er eingöngu fjallað um samskipti félaga innan samstæðu en ekki þá aðstöðu sem hér sé deilt um og kærandi telji falla utan ákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga. Geti umfjöllun ESA því ekki haft gildi við úrlausn þessa máls.

Kærandi bendir á að málsvörn íslenska ríkisins í deilumáli fyrir ESA sé hvorki málsástæða né réttarheimild sem breyti gildissviði ákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga. Kærandi telji að tilvísun PFS til ummæla ESA skipti engu máli fyrir niðurstöðu í þessu máli. Með ummælum ESA sem PFS vísi til sé stofnunin ekki að túlka ákvæði og efnislegt gildissvið 36. gr., heldur einfaldlega fjalla um framkvæmd PFS eins og íslenska ríkið hafi lýst henni.

Þá mótmælir kærandi þeim rökum PFS að efnisatriði 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins breyti því hvernig túlka eigi 36. gr. fjarskiptalaga. Kærandi byggir á að EES-réttur hafi ekki bein réttaráhrif á Íslandi og því geti PFS ekki byggt ákvörðun sína á EES-gerðum. Vísar kærandi til dóms Hæstaréttar í máli nr. 160/2015 í þessu sambandi. Þá bendir kærandi á að rætur ákvæðis 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga verði ekki raktar til ákvæðis EES-samningsins um ríkisstyrki eins og gefið sé í skyn í greinargerð PFS. Núgildandi ákvæði 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga byggji að meginstofni á eldra ákvæði í fjarskiptalögum sem eigi sér hliðstæðu í samkeppnislögum og að nokkru leyti í 13. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB. Hvergi sé þar vísað til ríkisstyrkjareglna Evrópuréttar. Þannig verði ekki ráðið af neinum lögskýringargögnum eða forsögu ákvæðis 36. gr. fjarskiptalaga að skýra eigi efni þess með hliðsjón eða með vísan til reglna um ríkisstyrkjareglna Evrópuréttar.

Það sé ekki hlutverk PFS að hafa eftirlit og framfylgja reglum er lúta að banni við ríkisstyrkjum. Mat á valdsviði PFS í þessu máli byggji á því hvað rúmist innan 36. gr. fjarskiptalaga og verði ekki litið til ótengdrar löggjafar í því skyni að rýmka gildissvið ákvæðisins, sbr. lögætisreglu stjórnsluréttar.

Kærandi tekur fram varðandi umfjöllun PFS um fyrri ávarðanir stofnunarinnar að þær breyti ekki að beiting ákvæðisins í hverju máli þurfi að rúmast innan ákvæðisins. Þá hafi það ekki heldur þýðingu að tiltekna ákvarðanir PFS hafi ekki verið kærðar. Réttur kæranda til þess að fá hina kærðu ákvörðun endurskoðaða af æðra settu stjórnvaldi takmarkist ekki við að aðrar ákvarðanir hafi ekki verið kærðar. Þá tekur kærandi fram að eldri ákvarðanir lægra setts stjórnvalds bindi ekki hendur úrskurðarnefndarinnar um endurskoðun í þessu tilviki, telji nefndin hina kærðu ákvörðun lagalega ranga.

Þá tekur kærandi fram að þær fyrri ákvarðanir sem PFS vísi til fjalli um lánaskilmála við óháðan lánveitanda, án þess að bein tenging sé jafnframt við starfsemi OR. Ákvörðun PFS nr. 25/2010, sé ekki sambærileg því tilviki sem hér sé til skoðunar að því leyti að í þeim skilmálum hafi beinlínis verið kveðið á um að kærandi skyldi ekki greiða vexti af

skuldbindingum sínum gagnvart OR. Skilmálinn hafi þannig áhrif á skuldbindingar innan samstæðunnar.

Þá bendir kærandi á að PFS vísi í umsögn sinni sérstaklega til ákvörðunar stofnunarinnar frá 13. nóvember 2006. Þar komi fram að OR sé heimilt að hafa milligöngu um lántökur kæranda. Lánsféð skuli endurlánað kæranda á sömu vaxtakjörum og ætla megi að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði. Kostnaður OR af töku lánsins frá þriðja aðila greiðist af kæranda. Kærandi telur vera ósamræmi í því að banna skilmála sem lýtur að breytingu á eignarhaldi en á sama tíma heimila framangreint fyrirkomulag sérstaklega. Ljóst megi vera að þegar OR taki lán fyrir kæranda sé verið að bjóða upp á það að þau kjör sem OR fái nýtist kæranda. Í þessu máli hafi ekki verið sýnt fram á að skilyrðið í lánasamningi hafi verið sett í því skyni að tryggja betri kjör þar sem OR sé meirihlutaeigandi né skilyrðið hafi haft þau áhrif.

Þá mótmælir kærandi sérstaklega þeirri málsástæðu PFS að hinn umdeildi lánaskilmáli feli í sér tiltekna staðgöngu fyrir tilgreiningu veða af hálfu kæranda. Það að lánveitandi áskilji sér tiltekinn rétt í lánasamningi verði eigendaskipti hjá lántakanda, feli ekki í sér á nokkurn hátt að kærandi setji eignir OR að veði fyrir skuldbindingum sínum eða öfugt. Tekur kærandi fram að efni lánaskilmálans sem deilt sé um beri engin þau einkenni sem afmarki og skilgreini veðréttindi. Ákvæði eða skilmálar í lánasamningum um eignarhald hafi almennt ekki þann tilgang að tryggja endurgreiðslu láns heldur hafi annan tilgang sem ítarlega hafi verið vikið að. Skilmálinn feli hvorki í sér tryggingarréttindi né kröfuréttindi. Ályktanir PFS um að með fyrirkomulaginu njóti lánshæfi kæranda góðs af sterkum fjárhagslegum bakhjarli séu haldlausar og órökstuddar.

Eins og kærandi hafi bent á sé eðlilegt að lánveitandi áskilji sér rétt í tilvikum ef eignarhald breytist með þeim hætti að nýr aðili veðri meirihlutaeigandi í lántaka. Þannig sé lánveitandi að tryggja möguleika sína á því að bregðast við ef nýr meirihlutaeigandi þykir t.d. af einhverjum ástæðum líklegur til að hafa slæm áhrif á rekstur lántakanda. Með því að banna kæranda að semja um lántöku með slíkum skilmálum sé í raun verið að gera stöðu kæranda verri á almennum lánamarkaði vegna eignarhalds félagsins.

Þá tekur kærandi fram að ef úrskurðarnefndin telji að tilvikið geti fallið undir 36. gr. fjarskiptalaga þá þurfi PFS að sýna að hinn umdeildi lánaskilmáli hafi í raun haft ívilnandi áhrif á vexti og samkeppnishagsmunum þannig raskað. PFS viðurkenni að hafa ekki gert það. PFS þurfi að geta rökstutt að um raunverulega niðurgreiðslu sé að ræða.

Kærandi hafi sýnt fram á með ítarlegum gögnum og greiningu og rakið sé í bréfi dags. 14. janúar 2019 að lánakjör hans hjá viðskiptabönkum hafi verið sambærileg og hjá fjarskiptafyrirtækjum almennt og að ekki sé hægt að draga þá ályktun út frá lánakjörum kæranda að hann hafi notið betri kjara í skjóli eignarhalds OR eða að framangreindur skilmáli í lánasamningi hafi leitt til þeirrar niðurstöðu. PFS hafi í raun fallist á þau gögn og geri ekki athugasemdir við þau.

#### IV. Niðurstöður

##### 1.

Mál þetta má rekja til þess að í samræmi við 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga metur PFS hvort fjárhagslegur aðskilnaður OR og kæranda standist kröfur laganna og hvort um sé að ræða niðurgreiðslu í starfsemi kæranda frá einkaréttarvarinni starfsemi. Hin kærða ákvörðun felur í sér niðurstöðu slíks mats. Niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar er m.a. að kæranda sé óheimilt í nýjum lánasamningum við ótengdar lánastofnanir að hafa skilyrði þess efnis að ef eignarhlutur OR í kæranda fari undir 50% sé viðkomandi lánastofnun heimilt að gjaldfella lán til kæranda, sbr. d. liður 1. töluliðar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi kærði þessi ákvörðunarorð til úrskurðarnefndarinnar og krefst þess að þau verði felld úr gildi. PFS krefst hins vegar staðfestingar þeirra.

Úrskurðarnefndin vísar til umfjöllunar að framan um málsástæður og sjónarmið aðila málsins og byggir niðurstaða úrskurðarnefndarinnar í máli þessu á mati á þeim, ásamt fyrirbyggjandi gögnum og lagarökum.

##### 2.

Rétt er að líta til helstu laga og reglugerðaákvæða sem gilda um það álitamál sem uppi er í máli þessu. Auk þess er litið til fyrri stjórnvaldsákvæðana PFS sem eru grundvöllur þess eftirlits sem mál þetta snýst um.

Markmið fjarskiptalaga, nr. 81/2003, er að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna.

Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laga um PFS, nr. 69/2003, skal PFS m.a. annast um framkvæmd laga um fjarskipti, framfylgja lögnum og stuðla að því að markmið þeirra náist. Þá hefur stofnunin það hlutverk að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu, sbr. 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laganna, m.a. með því að vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Samkvæmt 3. tölulið. 1. mgr. 3. gr. 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.

Í 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga er fjallað um aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi. Þar segir að fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skuli halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skuli þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Í 2. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga er kveðið á um að ákvæðið gildi án tillits til markaðsstyrks fyrirtækis.

Samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga, nr. 37/1993, skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun.

Samkvæmt 12. gr. stjórnslulaga, skal stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.

Samkvæmt lögmætisreglu stjórnsluréttar verða ákvarðanir stjórnvalda að eiga sér stoð í lögum og þær mega ekki vera í andstöðu við lög.

### 3.

Í máli þessu er deilt um hvort að efni og inntak d. liðar 1. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar, sé til samræmis við 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga. Til skoðunar er hvort ákvörðunarorðin hafi lagastoð í ákvæðinu og ef svo reynist, hvort þau rúmist innan efnis ákvæðisins. Líkt og rakið hefur verið kemur fram í 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga að fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reki almenn fjarskiptanet eða veiti almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skuli halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skuli þess jafnframt gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

*Lagastoð hinna kærðu ákvörðunarorða.*

Líkt og rakið er í málavöxtum á OR þrjú dótturfélög, þ.m.t. kæranda og Veitur ohf., en hið síðarnefnda hefur með höndum einkaleyfisstarfsemi sem m.a. felst í rekstri hitaveitu. Kærandi er hins vegar fjarskiptafyrirtæki á samkeppnismarkaði. Starfsemi OR og tengsl þess við kæranda eru með þeim hætti að ákvæði 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga á við um samstæðuna. Þannig ber fyrirtækjasamstæðunni að gæta að því að fjarskiptastarfsemi kæranda sé fjárhagslega aðskilin frá annarri starfsemi fyrirtækjasamstæðunnar, eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Þá skal þess gætt að rekstur kæranda í samkeppni við önnur fjarskiptafyrirtæki sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi OR. Að mati úrskurðarnefndarinnar er því ljóst að hin kærðu ákvörðunarorð hafa fullnægjandi lagastoð.

*Efnisinntak 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga.*

Í ákvæði d. liðar 1. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að óheimilt sé í nýjum lánasamningum við ótengdar lánastofnanir að hafa sérstakt skilyrði, þess efnis að fari eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur í kæranda undir 50% sé viðkomandi lánastofnun heimilt að gjaldfella lán til kæranda.

Að mati úrskurðarnefndarinnar verður að skýra 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga á þann hátt að ákvæðið geri samkvæmt orðanna hljóðan ekki kröfu um að PFS færi sönnur á að tiltekin

lánaskilmáli leiði til þess að kærandi fái betri kjör en önnur sambærileg fjarskiptafyrirtæki. Orðalag ákvæðisins gefur að mati úrskurðarnefndarinnar ekki tilefni til svo þröngrar lögskýringar.

Þá getur úrskurðarnefndin ekki fallist á að ákvæðið sé bundið við viðskipti eða athafnir innbyrðis milli fyrirtækja innan samstæðu, þ.e.a.s. OR sem móðurfélags og kæranda og Veitna sem dótturfélaga. Að mati nefndarinnar bendir orðalag ákvæðisins ekki til þess að það sé takmarkað á þann hátt sem kærandi heldur fram, heldur er ákvæðið þvert á móti afdráttarlaust að því leyti að fjarskiptastarfsemi skuli vera fjárhagslega aðskilin frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða, bæði í sýnd og reynd. Að mati úrskurðarnefndarinnar felur krafan um fjárhagslegan aðskilnað fyrirtækjanna, í sér að ekki mega vera fjárhagsleg tengsl milli þeirra, nema þau tengsl séu sambærileg og ef um óskyld fyrirtæki væri að ræða.

Það er mat úrskurðarnefndarinnar að túlka skuli ákvæði 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga eftir orðanna hljóðan. Orðalag ákvæðisins er skýrt og nokkuð afdráttarlaust, en þar segir að halda skuli „fjarskiptastarfsemi fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða“. Að mati úrskurðarnefndarinnar er ljóst að sá lánaskilmáli sem deilt er um í máli þessu feli í sér að kærandi og OR séu fjárhagslega tengd saman. Er þannig ljóst að það hefði afar afdrifarík áhrif á fjárhag kæranda færi eignarhlutur OR undir 50%, enda hefur lánveitandi í því tilviki heimild til að gjaldfella lán. Úrskurðarnefndin telur að þessi fjárhagslegu tengsl sem myndast milli fyrirtækjanna tveggja með umræddum lánaskilmála séu þannig að þau fái ekki samrýmst kröfunni um að fjárhagslegur aðskilnaður þeirra sé eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Með vísan til framangreinds er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að hin kærðu ákvörðunarorð séu til samræmis við efni 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga.

#### *Frekari umfjöllun um málsástæður.*

Úrskurðarnefndin bendir á að þrátt fyrir að sá lánaskilmáli sem um er deilt kunni að vera algengur í tilteknum lánasamningum, þá breyti það ekki því að alveg sérstakar kröfur eru gerðar til fjárhags fyrirtækja og fyrirtækjasamstæðna sem falla undir 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga. Verða fjármálafyrirtæki, líkt og aðrir, að taka mið af þessu lagaákvæði. Er því ekki hægt að fallast á að þótt lánaskilmálinn kunni að vera venjuhelgaður í tilteknum lánasamningum, leiði það sjálfkrafa til þess að hann samrýmist þeim kröfum sem gerðar eru í 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga.

Þá verður að líta til þess að hin kærðu ákvörðunarorð banna ekki hverskonar lánaskilmála þar sem kveðið er á um úrræði eða tilkynningu til lánveitanda vegna skuldaraskipta eða breytts eignarhalds á skuldara. Einvörðungu er lagt bann við þeim lánaskilmála að kveða á um að ef eignarhald OR, móðurfélags kæranda, fari undir 50% sé heimilt að gjaldfella lánið, en gjaldfelling láns er afar íþyngjandi. Að sama skapi verður ekki séð að hin kærðu ákvörðunarorð fyrimuni fjármálafyrirtækjum að tryggja að lánasamningar séu til samræmis við lög, þ.m.t. lög er lúta að áhættuskuldbindingum eða vörnum gegn peningþvætti. Er því öllum málsástæðum þar að lútandi hafnað.

Úrskurðarnefndin getur ekki fallist á að ósamræmi sé á milli hinna kærðu ákvörðunarorða og efnis ákvörðunar PFS frá 13. nóvember 2006, sem heimilar OR að hafa milligöngu um lántökur kæranda, enda sé það gert að skilyrði að lánsféð skuli endurlánað kæranda á sömu vaxtakjörum og ætla megi að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði. Hin kærða ákvörðun tryggir frekar samræmi þarna á milli og er í samræmi við ákvæði 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga.

Auk framangreinds skal tekið fram að úrskurðarnefndin telur hin kærðu ákvörðunarorð grundvallast á fullnægjandi upplýsingum. Ekki verður betur séð en að PFS hafi gætt að því að líta til fyrirliggjandi gagna við niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar, en einnig horfir úrskurðarnefndin til þess að niðurstaða um þennan þátt hinnar kærðu ákvörðunar byggist fyrst og fremst á lögskýringu 1. mgr. 36. gr. fjarskiptalaga.

Með vísan til alls framangreinds og þeirra málsástæðna sem aðilar hafa teflt fram í málinu og að framan eru raktar, er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að staðfesta hin kærðu ákvörðunarorð.

Með vísan til framangreindrar niðurstöðu úrskurðarnefndar greiðist málskostnaður úr hendi kæranda, sbr. 5. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003 og 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009. Málskostnaður er ákveðinn með tilliti til umfangs málsins kr. 1.580.000, að frádregnu kr. 150.000 málsskotsgjaldi.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003.

## V. Úrskurðarorð

**Ákvörðun PFS nr. 3/2019 er staðfest.**

**Málskostnaður að fjárhæð 1.580.000 kr. greiðist af kæranda, að frádregnu málsskotsgjaldi að fjárhæð 150.000 kr.**

Reykjavík, 4. október 2019

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring