

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 STOCKHOLM

Yttrande i fråga om inhibition m.m. i Förvaltningsrättens i Stockholm mål nr 24231-20, Huawei Technologies Sweden AB ./.. Post- och telestyrelsen m.fl.

PTS ärende med dnr 18-8496 avser tilldelning av tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz genom ett förfarande med allmän inbjudan till ansökan enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation – LEK. Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) har överklagat Post- och telestyrelsens (PTS) beslut av den 20 oktober 2020 i ärende med dnr 18-8496. Huawei yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), ska förordna att beslutet tills vidare inte ska gälla (inhibition).

PTS har den 9 november 2020 förelagts att yttra sig över Huaweis yrkande om inhibition och i frågan om överklagbarhet. PTS har tagit del av de handlingar från Huawei som under dagen skickats från förvaltningsrätten.¹

PTS inställning

PTS anser i första hand att Huaweis överklagande ska avvisas i dess helhet, till följd varav även yrkandet om inhibition ska avvisas.

I andra hand bestrider PTS bifall till Huaweis yrkande om inhibition.

Omfattningen av Huaweis överklagande och yrkande om inhibition

PTS beslut av den 20 oktober 2020 omfattar tre punkter. Enligt beslutspunkt 1 godkänns Hi3G Access AB, Net4Mobility HB, Telia Sverige AB och Teracom AB (vilka nedan gemensamt benämns ”de sökande”) som deltagare i

¹ Aktbilaga 16, 19 och 21 i förvaltningsrättens mål.

auktionsförfarandet. Beslutspunkterna 2 och 3 innebär att de tillstånd att använda radiosändare som kommer att tilldelas genom ett slutligt beslut i ärendet efter auktion, ska förenas med särskilda villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Dessa villkor har inte angivits i beslutet att begränsa antalet tillstånd och utfärda allmän inbjudan till ansökan.

Att auktionen ska inledas den 10 november 2020 anges i den allmänna inbjudan som beslutades den 17 april 2020.² Huawei har inte överklagat det beslutet. PTS vill här upplysa om att myndigheten redan har vidtagit åtgärder för verkställighet av beslutspunkt 1, på så sätt att de sökande har givits möjlighet att logga in i auktionssystemet och att lägga bud när auktionen inleds.

Så som Huawei formulerat sina yrkanden³ råder det viss oklarhet om Huawei begär att hela det beslut som fattades den 20 oktober 2020 (med Huaweis terminologi ”Beslutet”) ska upphävas respektive inhiberas. Av överklagandeskriften och övriga handlingar i ärendet går det inte att utläsa att Huawei har några invändningar i sak mot beslutspunkt 1, dvs. godkännandet av deltagare i auktionen. Även om Huaweis yrkande om inhibition skulle vara att uppfatta så att Huawei begär att även beslutspunkt 1 inhiberas anser PTS att Huawei inte anfört några som helst grunder för en sådan åtgärd.

PTS menar därför att Huaweis yrkande om inhibition enbart bör anses avse de delar av beslutspunkt 2 och 3 som Huawei särskilt tagit upp under avsnitt B.1. I vilket fall bör det vara uteslutet att – utifrån tillgängliga handlingar i målet – bifalla yrkandet om inhibition i den del det eventuellt skulle avse även beslutspunkt 1.

I den komplettering som Huawei givit in⁴ kan det möjligen utläsas att den effekt som Huawei vill uppnå med yrkandet om inhibition är att PTS ska skjuta upp auktionsstarten. Det är dock fortfarande oklart om Huaweis yrkande innefattar en begäran om att förvaltningsrätten ska interimistiskt förordna om att auktionen inte får inledas den 10 november 2020.

I fråga om beslutspunkt 2 och 3 anser PTS att de punkterna inte är sådana att de kan verkställas. Detta utvecklas vidare nedan.

Det kan anmärkas att beslutspunkterna 2 och 3 även nämner ett företag förutom Huawei, nämligen ZTE. Även om Huawei skulle anses ha talerätt mot PTS beslut (vilket PTS i och för sig bestrider, se vidare nedan) är det svårt att se

² Se s. 26 i den allmänna inbjudan

³ Avsnitt B.1 och B.2, s. 11 f. i överklagandet

⁴ Aktbilaga 16 i förvaltningsrättens mål, se p. 62 ff.

att Huawei's överklagande skulle kunna beröra de delar av tillståndsvillkoren som avser ZTE.

Mot den angivna bakgrunden anser PTS att förvaltningsrätten, om den överväger att bifalla Huawei's yrkande om inhibition, bör ange vad beslutet om inhibition omfattar och vilka rättsverkningar det har. I synnerhet bör tydliggöras huruvida ett beslut om inhibition medför att PTS inte kan inleda auktionsförfarandet den 10 november 2020.

Grunder för PTS inställning

Detta yttrande berör främst de delar av Huawei's överklagande som har bäring på inhibitionsfrågan. Om förvaltningsrätten avser pröva Huawei's överklagande i sak begär PTS att i senare yttrande fullständigt få bemöta Huawei's överklagande i huvudsaken.

PTS tilldelning av tillstånd i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz

PTS vill inledningsvis ge en bakgrund till det aktuella ärendet och redogöra för i vilket sammanhang det nu överklagade beslutet har fattats.

EU-kommissionen har pekat ut frekvensbandet 3400–3800 MHz som pionjärband för 5G.⁵ Frekvensbandet är på kort till medellång sikt det viktigaste bandet som tilldelas för att möjliggöra 5G, dvs. femte generationens mobila datakommunikationstjänster. Av artikel 54 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation (omarbetning) följer bl.a. att medlemsstaterna ska senast den 31 december 2020, med avseende på markbundna system som kan tillhandahålla trådlösa bredbandstjänster, om så krävs för att underlätta utbyggnaden av 5G vidta alla lämpliga åtgärder för att omorganisera och tillåta användning av tillräckligt stora block av bandet 3,4–3,8 GHz.

Mot den angivna bakgrunden inledde PTS redan 2018 förberedelserna för tilldelning av tillstånd att använda radiosändare i bl.a. frekvensbandet 3400–3800 MHz. PTS har berett ärendet omsorgsfullt. I beredningen har bl.a. ingått remissförfaranden där alla intressenter har fått yttra sig över PTS förslag i olika skeden. I dessa remissförfaranden har även Huawei inkommit med synpunkter.⁶

⁵ EU-kommissionens genomförandebeslut den 24 januari 2019 (2019/234/EU) vad gäller uppdatering av de tekniska villkor som är tillämpliga på frekvensbandet 3400–3800 MHz; jfr Radio Spectrum Policy Group, ”Strategic spectrum roadmap towards 5G for Europe”, Brussels 9 November 2018, RSPG116-032 Final

⁶ Se t.ex. aktbilagorna 15, 59, 137, 176 och 223 i dnr 18-8496.

Regeringen beslutade den 19 september 2019 proposition 2019/20:15, ”Skydd för Sveriges säkerhet vid radioanvändning”. Riksdagen har antagit propositionens förslag⁷ och därmed ändrat bl.a. 3 kap. 6 och 11 §§ LEK. Lagändringarna innebär att tillstånd att använda radiosändare ska beviljas bl.a. om det kan antas att radioanvändningen inte kommer att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Vidare kan tillstånd att använda radiosändare förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

Regeringen har i 12 a § förordningen (2003:389) om elektronisk kommunikation föreskrivit följande. Post- och telestyrelsen ska samråda med Säkerhetspolisen och Försvarsmakten i ärenden om tillstånd att använda radiosändare enligt 3 kap. LEK. Samrådet ska syfta till att klarlägga om radioanvändning enligt en tillståndsansökan eller en ansökan om medgivande att överlåta eller hyra ut ett tillstånd kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet, och behovet av att förena ett sådant tillstånd med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet och, om det finns sådant behov, vilka villkor som tillståndet bör förenas med.

PTS har ändrat 6 § i myndighetens föreskrifter (PTSFS 2008:1) om spektrumauktioner så att det anges att tillstånd att använda radiosändare kan med stöd av 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK komma att förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet även om sådana villkor inte har angivits i beslutet att begränsa antalet tillstånd och utfärda allmän inbjudan till ansökan.⁸

PTS har den 17 april 2020 med stöd av 3 kap. 7 och 8 §§ LEK beslutat att begränsa antalet tillstånd i frekvensbanden 3400–3720 MHz (3,5 GHz-bandet) och 2300–2380 MHz (2,3 GHz-bandet). Genom samma beslut har PTS, med stöd av myndighetens föreskrifter (PTSFS 2008:1) om spektrumauktioner, utfärdat en allmän inbjudan till ansökan varav framgår bl.a. att tillståndsprövningen ska ske i förfaranden där det pris sökanden är villig att betala för tillståndet ska vara utslagsgivande (auktion). PTS beslut föregicks av ett remissförfarande där alla intresserade har fått tillfälle att lämna synpunkter.⁹

I bilagor till den allmänna inbjudan till ansökan anges de villkor som tillstånd att använda radiosändare kommer att förenas med. Enligt punkt 26 i bilagorna A och B ska tillståndshavaren vidta de tekniska och organisatoriska åtgärder som krävs för att säkerställa att radioanvändningen enligt tillståndet inte orsakar skada för Sveriges säkerhet. Vidare anges att tillstånd, med stöd av 3 kap. 11 §

⁷ Prop. 2019/20:15, bet. 2019/20:TU4, rskr. 2019/20:74

⁸ Föreskrifter (PTSFS 2020:2) om ändring i PTS föreskrifter (PTSFS 2008:1) om spektrumauktioner

⁹ Se aktbilaga 209–217 i dnr 18-8496

första stycket 10 LEK och 6 § andra stycket PTS föreskrifter om spektrumauktioner, kan komma att förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet även om sådana villkor inte har angivits i beslutet att begränsa antalet tillstånd och utfärda allmän inbjudan till ansökan.

De sökande har hos PTS ansökt om att få delta som budgivare i auktionsförfarandet. De sökande har givit in ett underlag för bedömningen av huruvida den radioanvändning som ansökan avser kan skada Sveriges säkerhet. PTS har enligt 12 a § förordningen om elektronisk kommunikation samrått underlaget med Försvarsmakten och Säkerhetspolisen. PTS har, med beaktande av dessa myndigheters yttranden, funnit att behov föreligger att förena tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz med ytterligare särskilda villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

PTS har därför den 20 oktober 2020 fattat ett särskilt beslut under förfarandet med innebörden att samtliga de sökande godkänns som deltagare i auktionsförfarandet. PTS har vidare beslutat att de tillstånd att använda radiosändare som kommer att tilldelas genom ett slutligt beslut i ärendet efter auktion, ska förenas med särskilda villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Dessa villkor har inte angivits i beslutet att begränsa antalet tillstånd och utfärda allmän inbjudan till ansökan.

Förvaltningsrätten bör avvisa Huawei's överklagande och yrkande om inhibition

PTS beslut av den 20 oktober 2020 kan inte överklagas särskilt

Av 8 kap. 19 § LEK följer att en myndighets beslut enligt LEK eller föreskrifter som meddelats med stöd av lagen får överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

Regeringen har i förarbetena till förvaltningslagen (2017:900) uttalat bl.a. följande.¹⁰

Ibland innehåller överklagandebestämmelsen inte någon uttömmande uppräkningslista av överklagbara beslut. I stället anges allmänt t.ex. att ”beslut enligt denna lag” får överklagas. Detta innebär dock inte att alla tänkbara beslut enligt den lagen därmed görs överklagbara. Frågan om överklagbarhet i dessa fall avgörs i stället med ledning av allmänna förvaltningsrättsliga principer. Högsta förvaltningsdomstolens praxis är alltså för närvarande vägledande (jfr t.ex. RÅ 2007 ref. 7). Ett införande av en allmän reglering i förvaltningslagen om överklagbarhet är inte avsett att innebära någon ändring av detta förhållande.

¹⁰ Prop. 2016/17:180 s. 255

I fråga om s.k. förfarandebeslut kan överklagas särskilt har regeringen vidare uttalat bl.a. följande.¹¹

Ett tydligare sätt att kategorisera förvaltningsbeslut när man diskuterar frågor om överklagbarhet är att betrakta besluten med utgångspunkt från den myndighet som handlägger huvudärendet (beslutsmyndigheten) och dela in besluten med hänsyn till det handläggningsstadium på vilket de förekommer – inlednings-, berednings-, avgörande- eller verkställighetsstadiet. Det innebär att hänsyn inte tas till beslutens karaktär av slutliga eller inte, utan att deras funktion blir avgörande. Beslut på inledningsstadiet kan alltså vara beslutsmyndighetens egna icke-slutliga åtgärder, t.ex. att ledigförklara en befattning, men också t.ex. en framställning från en annan myndighet, som är den andra myndighetens slutliga beslut. Båda beslutstyperna hänger samman med inledande av ärenden. [...]

Det är vanligen främst det slutliga avgörandet, där myndigheten tar slutlig ställning eller i vart fall skiljer sig från ärendet, som medför några faktiska verkningar och därmed blir överklagbart. Antalet avvísningar som sker med hänvisning till att ett beslut inte anses överklagbart är i praxis därför högre när det gäller beslut under inlednings-, berednings eller verkställighetsstadierna.

Syftet med det beslut som myndigheten fattat den 20 oktober 2020 rörande tillkommande tillståndsvillkor är att de sökande ska ha fullständig kännedom om vilka tillståndsvillkor som deras tillstånd att använda radiosändare kan förenas med, om de tilldelas tillstånd som ett resultat av auktionsförfarandet. Uppfyllelsen av tillståndsvillkor under tillståndets giltighetstid kan medföra betydande kostnader för tillståndshavare. För de sökande kan de tillståndsvillkor som tillämpas ha stor betydelse för exempelvis deras budgivningsstrategier under auktionsförfarandet. Det är därför PTS den 20 oktober 2020, före auktionsstart, har offentliggjort ett beslut om vilka tillkommande villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet som tillstånden att använda radiosändare kommer att förenas med.

Det är först det slutliga beslutet om tillstånd att använda radiosändare, vilket fattas efter auktionen, som kommer att innehålla de gällande tillståndsvillkor som tillståndshavarna ska följa. Ett hypotetiskt utfall av auktionen är att ingen sökande tilldelas något tillstånd. I det fallet skulle inga tillståndsvillkor över huvud taget ställas upp och få rättslig verkan. De slutliga rättsliga och faktiska verkningarna av de offentliggjorda tillståndsvillkoren går därför inte att bedöma i det skede där ärendet nu befinner sig. Beslutet om tillståndsvillkor av den 20 oktober 2020 medför inte att någon, vare sig de sökande eller utomstående aktörer, just nu måste följa de villkor som anges i beslutet.

PTS vill här även framhålla att myndighetens befogenhet att förena tillstånd med villkor som är av betydelse för Sveriges säkerhet enligt 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK kvarstår, oavsett om sådana villkor offentliggjorts tidigare

¹¹ A. prop. s. 250 f.

under förfarandet eller inte. Rättsligt sett finns det därmed möjlighet för PTS att utan begränsningar ställa upp andra sådana villkor i de slutliga besluten om tillstånd än vad som meddelats i den allmänna inbjudan och det överklagade beslutet. En annan sak är att PTS så långt möjligt vill undvika en situation där de tillståndsvillkor som kommer att ställas upp i det slutliga beslutet inte är kända för de sökande redan när de inleder budgivningen i auktionen.

I Förvaltningsrättens i Stockholm mål nr 16818-18 hade ett företag överklagat PTS beslut om att begränsa antalet tillstånd och att utfärda en allmän inbjudan till ansökan om tillstånd att använda radiosändare i 700 MHz-bandet. Företaget gjorde gällande att PTS borde ha utformat förfarandet på ett annat sätt i fråga om tillämpning av ett s.k. spektrumtak. Förvaltningsrätten beslutade den 23 oktober 2018 att avvisa överklagandet. Förvaltningsrätten uttalade i beslutsskälerna bl.a. följande.

Såsom förvaltningsrätten uppfattar förarbetsuttalandena var avsikten, vad beträffar beslut som fattas enligt LEK, inte att frånga principen om att beslut av förberedande karaktär inte är överklagbara. Som skäl för att förberedande beslut inte bör kunna överklagas har det i förarbetena till LEK hänvisats till att en sådan möjlighet skulle kunna leda till att olika förfaranden enligt lagen fördröjs i onödan.

Det i målet aktuella beslutet om spektrumtak finns i en allmän inbjudan där PTS har fastställt ramarna för hur auktionen ska genomföras så att varje enskild aktör som är intresserad ska kunna få tillräcklig information om förfarandet och förutsättningarna för att delta. Spektrumtaket är således en del av de generella regler som ska tillämpas i tilldelningsförfarandet. Enligt förvaltningsrättens mening är det aktuella beslutet avseende spektrumtak att betrakta som ett förberedande beslut till det beslut som senare kommer att fattas om att tilldela tillstånd.

Det överklagade beslutet är en del av de generella förutsättningar som ska gälla för tilldelningsförfarandet. På samma sätt som i förvaltningsrättens ovan åberopade beslut bör det då anses att det överklagade beslutet är ett förberedande beslut till det slutliga beslut som senare kommer att fattas om att tilldela tillstånd.

Sammanfattningsvis anser PTS att det beslut om tillståndsvillkor som fattats den 20 oktober 2020 är ett beslut under handläggningen av ärendet. Beslutet medför inte sådana faktiska verkningar vilka enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer och rättspraxis är en förutsättning för att beslutet ska anses möjligt att överklaga särskilt. PTS anser därför att Huawei's överklagande bör avvisas i dess helhet. Yrkandet om inhibition bör då också avvisas utan någon prövning i sak.

Huawei har inte rätt att överklaga PTS beslut

Enligt 8 kap. 19 a § LEK får beslut enligt lagen överklagas av den som är part i ärendet, om beslutet har gått parten emot, och även av annan vars rättigheter påverkas negativt av beslutet.

Det kan konstateras att Huawei inte är part i det pågående ärendet hos PTS. Parter är enbart de sökande. Som PTS förstår det åberopar Huawei därmed det andra ledet i bestämmelsen om talerätt i LEK, dvs. att Huaweis rättigheter påverkas negativt av beslutet.

Bestämmelsen i 8 kap. 19 a § genomför artikel 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv).¹² I rättspraxis har uppkommit frågor om artikel 4 ska tolkas så att bestämmelsen kan ge företag rätt att överklaga beslut även om företaget inte varit part i beslutsärendet. EU-domstolen har uttalat bl.a. följande.¹³

37. Såsom generaladvokaten har anfört i punkt 74 i sitt förslag till avgörande avser artikel 4.1 i ramdirektivet bland annat alla företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster. Denna bestämmelse ska således anses avse såväl det eller de företag som beslutet i fråga riktar sig till som de andra företag vilka tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster, och som kan vara konkurrenter till detta/dessa företag, i den mån som beslutet i fråga kan påverka deras ställning på marknaden.

[...]

39. Ett företag som T-Mobile Austria ska således anses vara berört, i den mening som avses i artikel 4.1 i ramdirektivet, av ett beslut som en nationell regleringsmyndighet antagit inom ramen för ett förfarande som föreskrivs i direktiven om elektronisk kommunikation när företaget, vilket tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster, konkurrerar med det eller de företag till vilket/vilka den nationella regleringsmyndighetens beslut riktar sig, för det fall myndigheten antar beslutet inom ramen för ett förfarande som syftar till att säkerställa konkurrensen och om beslutet i fråga kan påverka det förstnämnda företags ställning på marknaden.

Det framgår således att EU-domstolen har knutit rätten att överklaga beslut till de rättigheter som konkurrerande företag har enligt regelverket för tillhandhållande av elektroniska kommunikationsnät och

¹² Se prop. 2008/09:159

¹³ EU-domstolens avgörande den 22 januari 2015, *T-Mobile Austria GmbH mot Telekom-Control-Kommission* (mål C-282/13)

kommunikationstjänster. Motsvarande bedömningar har gjorts även i svensk rättspraxis.¹⁴

Förvaltningsrätten i Stockholm har i ett beslut som meddelades den 13 juni 2016 (mål nr 8242-16) avvisat en privatpersons överklagande av ett föreläggande som PTS meddelat mot ett företag att vid vite att följa reglerna om utlämnande av uppgifter om abonnemang i 6 kap. 22 § LEK till Polismyndigheten. I förvaltningsrättens beslutsskäl anges sammanfattningsvis följande. Talerätt för en privatperson kan föreligga enligt 8 kap. 19 a § LEK om dennes rättigheter påverkas negativt av PTS beslut. Förvaltningsrätten finner att de rättigheter som avses i 8 kap. 19 a § LEK är faktiska eller potentiella rättigheter enligt LEK, men inte andra rättigheter. Det har inte framkommit att privatpersonen har några enligt LEK tillerkända rättigheter som påverkas negativt av det överklagade beslutet.

Huawei är inte ett företag som är anmält till PTS som tillhandahållare av allmänna kommunikationsnät eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster.¹⁵ Några rättigheter enligt LEK tillkommer därmed inte Huawei som konkurrent till de sökande. PTS ifrågasätter inte att Huawei är aktivt på marknaderna för utrustning för trådlös och trådbunden elektronisk kommunikation. Den omständigheten medför dock inte att Huawei har rättigheter enligt LEK som skulle påverkas negativt av det överklagade beslutet.

PTS menar därför att Huawei, med tillämpning av 8 kap. 19 a § LEK, inte har rätt att överklaga PTS beslut av den 20 oktober 2020. Förvaltningsrätten bör därför avvisa såväl yrkandet om inhibition som överklagandet i dess helhet.

Förvaltningsrätten bör lämna Huaweis yrkande om inhibition utan bifall

Även om förvaltningsrätten skulle finna att Huawei har rätt att överklaga PTS beslut av den 20 oktober 2020, anser PTS att yrkandet om inhibition bör lämnas utan bifall. Skälen för det är följande.

PTS beslut är inte sådant att det kan verkställas

Enligt 28 § förvaltningsprocesslagen får den domstol som ska pröva ett överklagande besluta att det överklagade beslutet, om det annars skulle gälla omedelbart, tills vidare inte ska gälla och även i övrigt besluta rörande saken.

¹⁴ Se rättsfallen RK 2010:2 och 2013:1.

¹⁵ <https://www.pts.se/sv/bransch/internet/anmalningsplikt/operatorer/>

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2007 ref. 22 uttalat bl.a. följande.

Inhibition syftar till att förhindra en verkställighet i fall då det är av stor betydelse för klaganden att ett överklagat beslut inte verkställs innan saken slutligt prövats. Inhibition skall därför meddelas endast i sådana fall då åtgärden fyller ett praktiskt behov och inte framstå som överflödigt eller meningslös. (Se Lavin i Förvaltningsrättslig tidskrift 1993 s. 40 f.).

Som närmare utvecklats ovan är syftet med beslutspunkterna 2 och 3 i PTS beslut av den 20 oktober 2020 att se till att de sökande ska ha fullständig kännedom om vilka tillståndsvillkor som deras tillstånd att använda radiosändare kan förenas med, om de tilldelas tillstånd som ett resultat av auktionsförfarandet. Beslutet är förvisso avsett att ligga till grund för utformningen av de tillståndsvillkor som ska gälla för de företag som slutligen blir tillståndshavare efter auktionens avslutande. Verkställighet kan dock bli aktuellt först när de slutliga tillstånden har meddelats och PTS kan utöva tillsyn över att tillståndshavarna faktiskt följer tillståndsvillkoren. Beslutet av den 20 oktober 2020 är därmed inte av sådan karaktär att det i egentlig mening kan verkställas mot någon, vare sig de sökande eller Huawei.

Som ovan sagts gäller dessutom att varken 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK eller 6 § auktionsföreskrifterna förhindrar PTS att förena tillstånden att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet, även om sådana villkor inte offentliggjorts före tillståndens meddelande. Ett beslut om inhibition i fråga om beslutspunkterna 2 och 3 i PTS beslut av den 20 oktober 2020 skulle därmed ändå inte förhindra myndigheten att förena de slutliga tillstånden med ytterligare villkor rörande Sveriges säkerhet, dvs. sådana som har ansett behövliga. I praktiken skulle PTS vid utformningen av sådana villkor behöva lägga mycket stor vikt vid att Försvarsmakten och Säkerhetspolisen har ansett att sådana villkor är nödvändiga, liksom vid de uttalanden som myndigheterna gjort om hur villkoren bör utformas. Ett beslut om inhibition skulle därmed enbart leda till minskad transparens och tydlighet för de sökande.

I sin komplettering till överklagandet har Huawei angivit bl.a. följande.¹⁶

Om förvaltningsrätten däremot skulle anse att det för inhibition krävs att PTS beslut har verkställighetskaraktär har beslutet det eftersom det är handlingsdirigerande för operatörerna. Om operatörerna som deltar i auktionen ger in anbud som inte uppfyller villkoren i besluten kommer dessa bud ogiltigförklaras eller uteslutas från auktionen till följd av att villkoren i PTS Beslut inte är uppfyllda.

¹⁶ Aktilaga 16 i förvaltningsrättens mål, stycke 60.

PTS vill här påpeka följande. De sökande har givit in handlingar med underlag för bedömningen av huruvida den radioanvändning som ansökningarna avser kan skada Sveriges säkerhet. Som närmare beskrivits ovan har de sökandes ansökningar godkänts, vilket innebär att de får delta i auktionen. Prövningen av de sökandes ansökningar är därmed slutförd. I auktionsförfarandet kommer de sökande att få lägga bud (i pengar) enligt de regler som gäller i auktionen. Någon prövning av själva buden utifrån andra kriterier sker däremot inte. Giltiga bud från godkända sökande kan inte ”ogiltigförklaras eller uteslutas från auktionen” med hänsyn till en bedömning utifrån de tillståndsvillkor som angivits i beslutet av den 20 oktober 2020. Det som Huawei har anfört i denna del ger därför en felaktig bild av hur handläggningen av ansökningarna har gått till och hur budgivningen i auktionen kommer att ske. Resonemanget kan således inte åberopas som grund för att det överklagade beslutet skulle vara verkställbart.

Sammantaget menar PTS att en åtgärd i form av inhibition i detta skede inte skulle fylla något praktiskt behov. Åtgärden framstår snarare som meningslös och riskerar att skada öppenheten i förfarandet. Huaweis yrkande om inhibition bör därför lämnas utan bifall.

Det kan inte antas medföra betydande olägenheter att PTS beslut gäller omedelbart

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 51 uttalat bl.a. följande.

För att ett beslut om inhibition ska meddelas har i praxis i allmänhet ställts upp ett krav på en tämligen hög grad av sannolikhet för att avgörandet kommer att ändras i sak. Kravet har dock satts lägre, om målet varit av sådan karaktär att det för en enskild kan antas medföra betydande olägenheter om beslutet ska gälla omedelbart och det inte finns något motstående intresse som starkt talar för att beslutet ska gälla omedelbart. Inhibition har då ansetts kunna meddelas redan när utgången i målet framstår som ovisst (se t.ex. RÅ 1990 ref. 82 och RÅ 1998 not. 93).

Huawei gör gällande att det överklagade beslutet redan från den 20 oktober 2020 ”utesluter [...] Huawei från den svenska marknaden genom att förhindra företaget att tillhandahålla sina nätverksprodukter inom 5G”.¹⁷ De tillståndsvillkor som ska gälla i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz är emellertid utformade så att tillståndshavare inte förhindras att inköpa utrustning för uppgradering och utbyte samt reservdelar för användning i befintligt bestånd av exempelvis basstationer i radioaccessnät.¹⁸ Det är först efter den 1 januari 2025 som ett fullständigt förbud gäller mot att använda produkter från

¹⁷ Överklagandet s. 5

¹⁸ Se s. 8 i PTS beslut av den 20 oktober 2020

Huawei i centrala funktioner i de nät vars radioanvändning omfattas av tillstånden. Villkoren innebär därför att de tillståndshavare som så önskar kan fortsätta att upprätthålla affärsrelationer med och motta leveranser från Huawei till utgången av 2024. Någon omedelbar och fullständig uteslutning av Huawei från den svenska marknaden för nätverksutrustning blir däremot inte följden av beslutet.

Mot den angivna bakgrunden anser PTS att de olägenheter som beslutet innebär för Huawei före den 1 januari 2025 inte kan anses vara så väsentliga att det motiverar att inhibition meddelas redan om utgången i målet i sak anses som oviss.

Det finns starka motstående intressen som talar för att PTS beslut bör gälla omedelbart

I förarbetena till lagändringarna i LEK rörande Sveriges säkerhet vid radioanvändning har regeringen redogjort för hoten mot Sveriges säkerhet i samband med digitalisering och it.¹⁹ Regeringen har uttalat bl.a. att angrepp mot samhällsviktiga system och kommunikationsinfrastruktur från statliga eller statsstödda aktörer utgör allvarliga hot mot samhällets funktioner och hävdandet av vår suveränitet och territoriella integritet. Regeringen framhåller vikten av att Sveriges säkerhet skyddas i nät för elektronisk kommunikation.²⁰

Säkerhetspolisen och Försvarsmakten har i de yttranden som givits in till PTS inom ramen för samrådsförfarandet redogjort för dessa myndigheters bedömningar av behoven av tillkommande tillståndsvillkor för att skydda Sveriges säkerhet.²¹ De villkor som PTS har offentliggjort i beslutspunkt 2 och 3 i beslutet av den 20 oktober 2020 syftar alltså till att skydda Sveriges säkerhet.

Mot den angivna bakgrunden anser PTS att det finns ett mycket starkt allmänt intresse, nämligen Sveriges säkerhet, att beslutet av den 20 oktober 2020 gäller omedelbart och inte blir föremål för inhibition. Även på den grunden bör förvaltningsrätten inte inhibera PTS beslut enbart på den grunden att utgången i ärendet framstår som oviss.

Om förvaltningsrätten skulle utforma ett inhibitionsbeslut så att PTS inte får inleda auktionen den 10 november 2020 vill PTS framhålla att det av artikel 54 i

¹⁹ Prop. 2019/20:15 s. 24 ff

²⁰ A. prop. s. 27 ff.

²¹ Yttrandena från Säkerhetspolisen är i stora delar offentliga. De offentliga delarna har gjorts tillgängliga för Huawei, se bilaga 11 till Huaweis överklagande. Försvarsmaktens motsvarande yttranden till PTS är i sin helhet sekretessbelagda och säkerhetsskyddsklassificerade enligt 5 kap. 2 § säkerhetsskyddslagen (2018:585).

EU:s direktiv 2018/1972 följer att medlemsstaterna ska tilldela tillstånd i 3,5 GHz-bandet före utgången av 2020. Om ett inhibitionsbeslut får följden att Sverige inte kan uppfylla den EU-rättsliga skyldigheten finns det risk för att EU-kommission inleder ett överträdelseärende mot Sverige. Ytterst kan Sverige fällas för fördragsbrott i EU-domstolen. Betydande skadeståndsbelopp kan komma att utkrävas. Även det förhållandet utgör ett starkt allmänt intresse som talar mot att beslut om inhibition meddelas.

Det finns inte en hög grad av sannolikhet för att Huawei's överklagande bifalls i huvudsaken och utgången i målet är inte heller oviss

PTS har inom ramen för detta yttrande inte praktisk möjlighet att bemöta alla de invändningar som Huawei riktar mot myndighetens beslut i sak. PTS hänvisar till motiveringen till beslutet av den 20 oktober 2020. Av motiveringen framgår att PTS gjort en noggrann bedömning av omständigheterna i ärendet och även beaktat grundläggande rättsstatliga principer, bl.a. proportionalitetsprincipen. PTS tillbakavisar Huawei's olika påståenden om att det skulle ha förekommit grova fel i myndighetens handläggning av ärendet.

PTS anser att Huawei inte visat eller gjort sannolikt att det föreligger en hög grad av sannolikhet för att Huawei's överklagande kommer att bifallas i huvudsaken. Utgången i målet är inte heller enligt PTS mening att betrakta som oviss.

Per Andersson
verksjurist