



KLAGANDE

Post- och telestyrelsen

MOTPART

Huawei Technologies Sweden AB, 556595-6827

Ombud: Advokaterna Henrik Bengtsson, Elisabeth Eklund och Simon Lanemo

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms beslut den 9 november 2020
i mål nr 24231-20

SAKEN

Inhibition i mål enligt lagen om elektronisk kommunikation.

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet delvis och upphäver
förvaltningsrättens beslut att beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och
beslutspunkt 3 i Post- och telestyrelsens beslut den 20 oktober 2020 tills
vidare inte ska gälla såvitt avser Huawei.

BAKGRUND

1. Post- och telestyrelsen

Post- och telestyrelsen (PTS) beslutade den 20 oktober 2020 att godkänna Hi3G Access AB, Net4Mobility HB, Telia Sverige AB och Teracom AB som deltagare i auktionsförfarandet rörande tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz. Vidare beslutades att tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden ska förenas med ytterligare villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

I beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3 i PTS beslut anges bl.a. följande. Nyinstallation och ny implementering av centrala funktioner för radioanvändning i frekvensbanden får inte genomföras med produkter från bl.a. leverantören Huawei. I fall befintlig infrastruktur för centrala funktioner kommer att användas för tillhandahållande av tjänster i de aktuella frekvensbanden ska en avveckling av produkter från bl.a. Huawei vara genomförd senast den 1 januari 2025. I den utsträckning centrala funktioner är beroende av personal eller funktioner som är placerade i utlandet ska sådana beroenden avvecklas och, om nödvändigt ersättas med funktioner eller personal placerade i Sverige. Detta ska vara genomfört senast den 1 januari 2025.

2. Förvaltningsrätten

Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) överklagade PTS beslut till förvaltningsrätten och yrkade bl.a. att beslutet tills vidare inte skulle gälla alternativt att det inte skulle få verkställas samt i andra hand att förbudet mot Huaweiprodukter och förbudet mot funktioner och personal placerade i utlandet tills vidare inte skulle gälla alternativt att det inte får verkställas. Huawei förde fram att beslutet är överklagbart i och med att det har en allvarlig påverkan på bolagets verksamhet i kraft av förbudet mot

Huaweiprodukter och förbudet mot funktioner och personal placerade i utlandet. Huawei förde även fram att bolaget, som är leverantör av utrustning, är direkt påverkat av konkurrensvillkoren för uppförandet av infrastrukturen för elektronisk kommunikation och de specifika villkor som uppställs för elektroniska kommunikationstjänster.

Förvaltningsrätten ansåg att PTS beslut var ett överklagbart beslut och att Huawei hade talerätt samt biföll yrkandet om inhibition. Förvaltningsrätten angav bl.a. följande.

Tillståndsvillkoren klargör förutsättningarna för auktionsförfarandet och kan ha stor betydelse för deltagarnas budgivningsstrategier under auktionsförfarandet. Villkoren har därför faktiska verkningar i förhållande till auktionsdeltagarna. Beslutet har även faktiska verkningar i förhållande till Huawei, eftersom kännedomen om de aktuella villkoren redan i nuläget kan inverka menligt på viljan att införskaffa sådana produkter och därmed på Huaweis försäljning. Beslutet i den del det avser tillståndsvillkor har således sådana faktiska verkningar som medför att det är ett överklagbart beslut.

Huawei är inte part i ärendet rörande tilldelning av tillstånd och bolaget har därmed inte talerätt på den grunden. För talerätt krävs då att bolagets rättigheter påverkas negativt av beslutet. Även om beslutet i nuläget inte innebär något förbud mot att köpa in utrustning från Huawei – och därmed inte heller något förbud för Huawei att sälja utrustning – är det klart att beslutet ändå kan få en sådan effekt. Även villkoret avseende centrala funktioner i utlandet får, mot bakgrund av vad som framkommit, anses ha en negativ effekt för Huawei. Beslutet om att tillstånden ska förenas med de aktuella villkoren påverkar därför Huaweis rättigheter negativt. Huawei har därmed rätt att – i enlighet med 8 kap. 19 a § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, LEK, – föra talan mot PTS beslut i fråga om beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3.

PTS beslut gäller omedelbart (se 8 kap. 22 § LEK) och kan därmed bli föremål för inhibition även om beslutet i den del det avser tillståndsvillkoren inte verkställs förrän tillståndsbesluten meddelas. Det överklagade beslutet påverkar Huaweis rättigheter negativt och beslutet har sådana verkningar för Huawei att det får antas inte vara möjligt för bolaget att, vid ett eventuellt senare upphävande av villkoren, få full kompensation för den förlust som åsamkats. De motstående intressena av att villkoren i nuläget kvarstår medför inte att det ska krävas mer för inhibition än att utgången bedöms vara oviss. Mot bakgrund av sakfrågorna och vad som hittills kommit fram i målet gör förvaltningsrätten bedömningen att utgången är oviss. Det finns därför förutsättningar för att besluta om inhibition vad gäller beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3 i det överklagade beslutet.

YRKANDEN M.M.

PTS yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens förordnande om att beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3 i det överklagade beslutet tills vidare inte ska gälla såvitt avser Huawei. Om förvaltningsrättens beslut ska anses utgöra ett slutligt avgörande från domstolens sida i fråga om möjligheterna att överklaga PTS beslut yrkas att Huaweis överklagande till förvaltningsrätten ska avvisas. PTS hänvisar till vad myndighet fört fram i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

PTS beslut är av förberedande karaktär och kan inte överklagas särskilt. Överklagbarheten måste i första hand bedömas utifrån reglerna och systematiken i LEK. Lagstiftarens intentioner och systematiken kring reglerna för urvalsförfaranden (auktion) enligt 3 kap. LEK samt starka lämplighetsskäl och processekonomiska skäl talar för att överklaganden av tillståndsvillkor bör bli aktuella först vid det tillfälle när tilldelningsbeslut fattats och de slutliga villkoren fastställts (dvs. efter genomförd auktion). Systematiken i LEK visar att avsikten inte är att beslut inför en auktion ska

kunna överklagas särskilt bl.a. eftersom detta skulle kunna leda till att olika förfaranden enligt lagen fördröjs. Av förarbetena framgår att tanken i lagstiftningsarbetet var att de förberedande besluten som fattas inför urvalsförfarandet inte ska kunna överklagas (prop. 2002/03:110 s. 307 f.). Regelverket bygger således på att när myndigheten har fattat ett beslut att begränsa antalet tillstånd som kan utfärdas i ett frekvensområde så bör myndigheten ha ett mandat att ta fram för förfarandet generella bindande regler och villkor av förberedande karaktär. Att ett beslut att begränsa antalet tillstånd inte är överklagbart enligt LEK talar för att det endast är de slutliga besluten om tilldelning av tillstånd som har ansetts överklagbara. Det är först genom tillståndsbesluten auktionsärendet avgörs och effekterna av beslutet realiserar.

Genomför PTS en auktion utan att avvakta domstolsprövning av det förberedande beslutet och beslutar att tilldela slutliga tillstånd kan följden av förvaltningsrättens beslut bli att sökandens tillståndsvillkor kommer att prövas i olika processer. Ett tillståndsvillkor kan i så fall överklagas dels före tilldelningsbeslutet, dels genom att tilldelningsbeslutet överklagas. Detta kan inte ses som vare sig processekonomiskt försvarbart eller förenligt med tankarna med regelverket.

Det finns skäl att ändra förvaltningsrättens beslut om att meddela inhibition. Enligt 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) måste ett beslut vara direkt verkställbart för att kunna inhiberas. PTS beslut är i dagsläget inte verkställbart mot någon enskild part. Det är först när vinnande budgivare i auktionen tilldelas tillstånd att använda radiosändare med åtföljande villkor för användningen som tillståndsvillkoren blir gällande gentemot enskilda. Förvaltningsrätten anser att de motstående intressena av att villkoren i nuläget kvarstår inte medför att det ska krävas mer för inhibition än att utgången är oviss. PTS delar inte denna uppfattning. Det finns en EU-rättslig skyldighet för Sverige att inom kort tillgängliggöra det nu aktuella frekvensutrymmet. Det finns ett starkt allmänintresse av att utbyggnaden av

5G inleds så snart som möjligt för att komma slutanvändarna tillgodo. Den nya 5G-tekniken möjliggör sammankoppling av användare, saker och tillämpningar vilket väntas leda till stora vinster för hela samhället inte minst genom att företagens konkurrenskraft kan stärkas och den offentliga servicen effektiviseras. En försenad 5G-utbyggnad riskerar därmed att få negativa konsekvenser för det svenska näringslivet genom att det tappar i konkurrenskraft gentemot omvärlden.

Det är av yttersta vikt att Sveriges säkerhet skyddas. Säkerhetspolisens och Försvarmaktens samrådsyttranden utgör starka indikationer på att det finns anledning att anta att tillstånd utan de nu aktuella tillståndsvillkoren skulle kunna hota Sveriges säkerhet. I en sådan situation måste det krävas hög grad av sannolikhet för att tillståndsvillkoren slutligen upphävs för att beslutet ska kunna inhiberas. PTS har inhämtat nya yttranden från samrådsmyndigheterna som ytterligare belyser att det finns ett starkt allmänintresse av att villkoren avseende Huawei tillsvidare måste gälla. Det starka allmänintressen bör väga tyngre än ett enskilt bolags kommersiella intressen. Förvaltningsrättens avvägning är inte rimlig och tar inte hänsyn till konsekvenserna av inhibition.

Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. PTS beslut har faktiska verkningar för Huawei. Av författningskommentaren till 8 kap. 19 § LEK följer att det är tydligt att lagstiftarens avsikt har varit att tillståndsvillkoren ska vara överklagbara. Någon kvalifikation avseende förberedande beslut eller beredningsbeslut finns inte i författningskommentaren. Vid tidpunkten för de förarbetsuttalanden som PTS hänvisar till fanns inte bestämmelsen i 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Äldre förarbetsuttalanden kan inte användas för tolkningen av denna ingripande bestämmelse.

De faktiska verkningarna av PTS beslut har för Huawei uppstått redan den dagen beslutet meddelades genom att operatörer avbeställt ordrar till Huawei och genom att bolaget i praktiken drabbats av ett försäljningsförbud. Den synnerligen omfattande och irreparabla finansiella skada och goodwillskada som PTS beslut orsakar Huawei och det faktum att utgången i målet i vart fall är oviss, innebär att förutsättningarna för inhibition är uppfyllda.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Vad målet gäller

Kammarrätten ska först pröva om PTS beslut är ett överklagbart beslut och, om så är fallet, ta ställning till om Huawei har talerätt. Om båda dessa förutsättningar är uppfyllda ska kammarrätten pröva om det finns skäl att besluta att beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3 i PTS beslut tills vidare inte ska gälla såvitt avser Huawei.

2. Kammarrättens bedömning

2.1. Är beslutet överklagbart?

I 8 kap. 19 § LEK anges att en myndighets beslut enligt lagen eller enligt föreskrifter som meddelats med stöd av lagen får överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Det nu aktuella beslutet omfattas inte av de begränsningar i överklagbarheten som anges i 8 kap. 20 § och 21 § LEK. Eftersom överklagandebestämmelsen i LEK inte innehåller någon uttömmande uppräkningslista av överklagbara beslut får frågan om överklagbarhet, som förvaltningsrätten har konstaterat, avgöras med ledning av bestämmelserna i förvaltningslagen (2017:900).

Av 41 § förvaltningslagen framgår att ett beslut får överklagas om beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt. I förarbetena till bestämmelsen anges bl.a. följande. Det är ett besluts faktiska verkningar som i grunden är avgörande för bedömningen av beslutets överklagbarhet. Det är viktigt att det inte ställs för höga krav i fråga om graden av den påverkan som bör krävas för att ett beslut ska få överklagas. Det måste vara fråga om påverkan av någorlunda kvalificerat slag. Prövningen av om ett beslut är överklagbart utgår från en objektiv bedömning. Nuvarande praxis från Högsta förvaltningsdomstolen bör därför kunna användas som vägledning vid tillämpningen av bestämmelsen. Tillämpningsområdet för den allmänna bestämmelsen om ett besluts överklagbarhet kommer i princip att omfatta de beslut av förfarandekaraktär som bör vara överklagbara, eftersom det i huvudsak handlar om beslut som typiskt sett kan påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt. (Prop. 2016/17:180 s. 252-253 och 255.)

Utöver godkännande av sökande som deltagare i auktionsförfarandet för tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden anges i PTS beslut vissa ytterligare villkor med krav för tillståndet som bedömts vara av betydelse för Sveriges säkerhet. I villkoren anges bl.a. att vissa åtgärder i centrala funktioner för radioanvändning i frekvensbanden inte får genomföras med produkter från bl.a. Huawei och att om befintlig infrastruktur för centrala funktioner kommer att användas för tillhandahållande av tjänster i de aktuella frekvensbanden ska en avveckling av produkter från bl.a. Huawei ske.

Mot bakgrund av villkorens utformning instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att beslutet har faktiska verkningar för Huawei eftersom kännedom om de aktuella villkoren redan i nuläget kan inverka menligt på viljan att införskaffa Huaweis produkter och därmed på Huaweis försäljning. Eftersom beslutet har faktiska verkningar är det inte av betydelse om beslutet är av förberedande slag eller inte. Kammarrätten

anser därför att PTS beslut kan antas påverka Huaweis situation på ett inte obetydligt sätt och alltså är ett överklagbart beslut. PTS överklagande ska därför avslås i denna del.

2.2. Har Huawei talerätt?

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

Av förarbetena till bestämmelsen framgår bl.a. följande. Bestämmelsen genomför artikel 4.1 i ramdirektivet (direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster) i enlighet med vad EU-domstolen har uttalat om dess innebörd i dom den 21 februari 2008 (Tele2 Telecommunication GmbH, mål C-426/05, ECLI:EU:C:2008:103). Klagorätt bör ges till de operatörer som bedriver verksamhet på en fastställd marknad där PTS har beslutat om särskilda skyldigheter för en operatör med betydande inflytande. Ett beslut avseende en viss marknad kan ha effekter för operatörer även på närliggande marknader i såväl samma handelsled som i föregående eller efterföljande handelsled. Skyldighetsbeslut kan också påverka rättigheter för andra operatörer. EU-domstolens uttalanden får anses omfatta även dessa operatörer. Även i övrigt kan beslut enligt LEK i vissa fall påverka rättigheter för andra än den som beslutet riktar sig till. EU-domstolens uttalanden är sådana att den som påverkas av sådana beslut ska kunna överklaga dem. Mot denna bakgrund bör det i LEK införas en särbestämmelse om rätt att överklaga beslut enligt lagen. Denna bestämmelse bör innebära att den vars rättigheter påverkas av ett beslut enligt lagen har rätt att överklaga beslutet. Varje beslut kan dock inte anses ha sådana effekter att påverkansrequisitet är uppfyllt för den som vill överklaga. Det måste göras en bedömning från fall till fall om så är fallet. (Prop. 2008/09:159 s. 13 och 21-22.)

Som förvaltningsrätten angett är inte Huawei part i ärendet rörande tilldelning av tillstånd och bolaget har alltså inte talerätt på den grunden. För talerätt krävs att Huaweis rättigheter påverkas negativt av beslutet.

Enligt vad som framgår av förarbetena till 8 kap. 19 a § LEK kan beslut enligt LEK i vissa fall påverka rättigheter för andra än den som beslutet riktar sig till. Avsikten med bestämmelsen är att den som påverkas av sådana beslut ska kunna överklaga dem. Det är alltså inte beslutet som sådant som är avgörande för rätten att överklaga utan avgörande är vilken effekt beslutet har för den som vill överklaga. Den bedömningen måste, som anges i förarbetena, avgöras från fall till fall.

PTS har i yttrande till förvaltningsrätten fört fram att Huawei inte är ett företag som är anmält till PTS som tillhandahållare av allmänna kommunikationsnät eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster och att några rättigheter enligt LEK därmed inte tillkommer 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 enligt PTS inte att Huawei har rättigheter enligt LEK som skulle påverkas negativt av det överklagade beslutet.

Bestämmelsen i 8 kap. 19 a § LEK är enligt kammarrätten inte avgränsad till att avse endast företag som är anmälda som tillhandahållare av allmänna kommunikationsnät eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster. Huawei är som PTS anger aktivt på marknaden för utrustning för trådlös och trådbunden elektronisk kommunikation. Som bestämmelsen i 8 kap. 19 a § LEK är utformad omfattas enligt kammarrätten ett sådant företag av rätten att överklaga ett beslut enligt lagen under förutsättning att påverkansrekvisitet är uppfyllt.

De aktuella villkoren föreskriver att produkter från utpekade leverantörer inte får användas i de aktuella frekvensbanden. Ett sådant förbud innebär enligt kammarrätten en sådan begränsning i en utpekad leverantörs möjlighet att tillhandahålla produkter att det måste antas att förbudet påverkar dennes rättigheter. PTS beslut innebär att kommande tillståndsbeslut ska innehålla villkor om ett sådant förbud. Även om själva tillståndsbeslutet kommer att fattas först efter att en auktion har genomförts anser kammarrätten att det nu aktuella beslutet har sådana effekter att Huawei har talerätt och PTS överklagande ska alltså avslås även i denna del.

2.3 Frågan om inhibition

Av 28 § förvaltningsprocesslagen framgår att den domstol som ska pröva ett överklagande får besluta att det överklagade beslutet, om det annars skulle gälla omedelbart, tills vidare inte ska gälla och även i övrigt besluta rörande saken. När en domstol enligt 28 § förvaltningsprocesslagen tar ställning till om ett beslut som fattats med stöd av LEK tills vidare inte ska gälla ska domstolen, enligt 8 kap. 28 § LEK, särskilt beakta det som i 1 kap. 1 § anges om lagens syfte, nämligen att enskilda och myndigheter bl.a. ska få tillgång till säkra och effektiva elektroniska kommunikationer.

I förarbetena till 8 kap. 28 § LEK anges bl.a. följande. Syftet med bestämmelsen är att lyfta fram betydelsen av att en domstol som prövar en fråga om inhibition av ett beslut enligt LEK särskilt beaktar de allmänna intressen som ligger bakom lagen. De allmänna målen med lagstiftningen uttrycks i 1 kap. 1 § som att enskilda och myndigheter ska få tillgång till säkra och effektiva elektroniska kommunikationer och största möjliga utbyte vad gäller elektroniska kommunikationstjänster samt deras pris och kvalitet. Målet ska främst uppnås genom att konkurrensen och den internationella harmoniseringen på området främjas. Utgångspunkten för prövningen av inhibitionsfrågor är givetvis fortfarande den praxis som utbildats kring den allmänna inhibitionsbestämmelsen i 28 §

förvaltningsprocesslagen. Bestämmelsen innebär dock att utrymmet för att meddela inhibitionsbeslut inom området blir mindre än tidigare. Frågan var gränsen lämpligen ska gå måste dock bli en fråga för den allmänna rättstillämpningen att avgöra. (Prop. 2006/07:119 s. 50.)

För att inhibition ska meddelas har i praxis ställts krav på en tämligen hög grad av sannolikhet för att beslutet ska komma att ändras i sak (se bl.a. RÅ 1990 ref. 82 och RÅ 2005 not. 161). Kravet har dock satts lägre om beslutet är av sådan karaktär att det är av stor betydelse för den enskilde att verkställigheten av beslutet skjuts upp i avvaktan på den slutliga prövningen och det inte finns något motstående intresse som starkt talar för att beslutet ändå ska gälla. Inhibition kan då meddelas redan när utgången i målet framstår som oviss (se t.ex. RÅ 2009 ref. 51).

PTS beslut gäller omedelbart och kan, som förvaltningsrätten konstaterat, därmed bli föremål för inhibition även om beslutet i den del det avser tillståndsvillkoren inte verkställs förrän tillståndsbesluten meddelas.

Huawei har till stöd för sitt yrkande om inhibition bl.a. fört fram att bolaget drabbas av en omfattande irreparabel finansiell skada och goodwillskada samt nedgång i marknadsandelar genom PTS beslut. PTS har å sin sida anfört att det finns starka motstående intressen som talar emot att deras beslut tills vidare inte ska gälla och har bl.a. framhållit att det finns ett starkt allmänintresse och att det är av yttersta vikt att Sveriges säkerhet skyddas.

Med hänsyn till vad Huawei har fört fram kan PTS beslut innebära olägenheter för bolaget som kan komma att bli betydande. Mot detta ska ställas de intressen som ligger till grund för de uppställda villkoren samt betydelsen av utbyggnaden av 5G, som starkt talar för att de överklagade villkoren ska gälla omedelbart. Inhibition kan därför inte beslutas redan på den grunden att utgången i målet framstår som oviss. Vid en sammanvägd bedömning anser kammarrätten att det inte finns skäl att förordna att

besluts punkt 2 (punkt 28 och 30) och besluts punkt 3 i PTS beslut tills vidare inte ska gälla. Överklagandet ska alltså bifallas i denna del och förvaltningsrättens beslut om inhibition ska upphävas.

Beslutet får enligt 8 kap. 19 § LEK inte överklagas.

Anita Linder
lagman
ordförande

Ann-Jeanette Eriksson
kammarrättsråd
referent

Erika Odung
kammarrättsråd

Ricarda Lerjeborn Oudejans
kammarrättssekreterare
föredragande