

**KLAGANDE**

Huawei Technologies Sweden AB, 556595-6827

Ombud: [REDACTED]

MOTPART

Post- och telestyrelsen

ÖVERKLAGAT BESLUT

Post- och telestyrelsens beslut 2021-01-20

SAKEN

Tillämpning av lagen om elektronisk kommunikation; nu fråga om inhibition m.m.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhibition.

BAKGRUND

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 3,5 GHz- och 2,3 GHz-banden. Vidare beslutade PTS att tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden ska förenas med ytterligare villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Relevanta villkor finns i beslutspunkt 2, punkt 28 och 30, och i beslutspunkt 3.

Sedan auktionsförfarandet om tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz genomförts beslutade PTS den 20 januari 2021 att meddela tillstånd i enlighet med utfallet i auktionen. Tillstånden förenades, såvitt nu är av intresse, med villkor av samma innebörd som villkoren i beslutspunkt 2 (punkterna 28 och 30) och beslutspunkt 3 i beslutet den 20 oktober 2020. Villkoren finns i tillståndsbeslutets bilaga A1 (punkterna 28 och 30), A2 (punkterna 25 och 27) och B (punkterna 28 och 30).

YRKANDEN M.M.

Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) yrkar, såvitt nu är i fråga, att förvaltningsrätten förordnar att villkoren i bilaga A1 (punkterna 28 och 30), A2 (punkterna 25 och 27) och B (punkterna 28 och 30) till det överklagade beslutet tills vidare inte ska gälla såvitt avser Huawei alternativt att villkoren inte får verkställas.

Huawei för fram bl.a. följande. Både förvaltningsrätten och Kammarrätten i Stockholm har funnit att utgången i frågan om de överklagade villkoren ska upprätthållas åtminstone är oviss. Det är sannolikt att villkoren ska undanröjas enbart av det skälet att PTS underlåtit att kommunicera med Huawei

innan PTS beslutade att utesluta Huawei från att kunna leverera produkter till utbyggnaden av det svenska 5G-nätet. Det är givet att villkoren får synnerligen negativa effekter för Huawei om de inte upphävs eftersom de utesluter Huawei från att leverera produkter till 5G-utbyggnaden av det svenska nätet för en period om 25 år. Om villkoren inte inhiberas kommer Huawei att uteslutas från utbyggnaden av 5G-nätet. Det är för operatörerna av konkurrensskäl tidskritiskt att genomföra 5G-utbyggnaden så fort som möjligt. Detta medför att även om Huawei-produkter senare tillåts, kommer det inte att vara tekniskt och ekonomiskt möjligt för operatörerna att använda Huawei-produkter. Huawei hamnar i denna situation så långt efter sina konkurrenter att bolaget de facto utesluts från att kunna delta i 5G-utbyggnaden.

Det föreligger inte heller något motstående intresse som starkt talar för att villkoren ska gälla omedelbart. Den försening som en inhibition av villkoren tidigare hade kunnat medföra var, om PTS ansett att spektrumauktionen inte kunde hållas när villkoren var inhiberade, att auktionen skulle försenas. Spektrumauktionen har nu hållits varför denna inte längre kan försenas. En inhibition av villkoren kommer därmed inte att försena 5G-utbyggnaden i Sverige. Det ska noteras att flera av Huaweis kunder har meddelat marknaden att de har träffat avtal med andra leverantörer av 5G-produkter för att säkerställa en snabb utbyggnad av 5G-nätet trots de utmaningar de drabbats av på grund av villkoren och att de därmed inte kan genomföra utbyggnaden som planerat. En inhibition av villkoren skulle underlätta för dessa operatörer eftersom de då skulle ha kvar möjligheten att använda Huawei-produkter.

Det föreligger inte någon säkerhetsrisk att använda Huawei-produkter och tjänster. Om inhibition meddelas kommer operatörerna att använda produkter från Huawei i begränsad omfattning. En begränsad användning av Huawei-produkter under en kortare tid kan inte äventyra Sveriges säkerhet.

PTS tillåter operatörerna att använda Huawei's redan installerade produkter i sina nätverk för de aktuella frekvensbanden fram till år 2025. Dessutom får operatörerna fram till år 2023 använda Huawei's 5G-produkter för 5G-utbyggnad avseende de frekvenser som Net4Mobility HB fått tillstånd att förvärva (avseende Stockholm) enligt PTS beslut den 4 november 2020. Detta visar att inhibition av villkoren inte kan innebära att Sveriges säkerhet äventyras. Det finns därmed inget motstående intresse som balanserar den skada som Huawei lider om inhibition inte meddelas.

PTS anser att Huawei's yrkande om inhibition ska avvisas i den del det avser villkoret om personal eller funktioner som är placerade i utlandet och bestrider bifall till yrkandet om inhibition i övriga delar. *PTS* för bl.a. fram följande. Villkoret om personal eller funktioner som är placerade i utlandet påverkar inte Huawei's rättigheter negativt. Det föreligger inte en hög grad av sannolikhet för att *PTS* beslut kommer att ändras i sak och utgången bör inte heller vara att se som oviss. Huawei är inte part i auktionsärendet. Att bolaget har givits rätt att överklaga beslutet den 20 oktober 2020 innebär inte att företaget är eller har blivit part i tilldelningsärendet. Någon skyldighet för *PTS* att kommunicera material med Huawei enligt 25 § förvaltningslagen (2017:900) har därför inte förelegat. Huawei har haft alla möjligheter som kan krävas att framföra sina synpunkter till *PTS* innan myndigheten fattade tilldelningsbeslutet.

PTS beslut om tillståndsvillkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet har grundats på det som framkommit i Säkerhetspolisens och Försvarsmaktens utlåtanden. I den bedömningen ingår även överväganden om icke-tekniska sårbarheter. Myndigheten har haft grund för att införa tillståndsvillkoren.

Det finns vidare motstående intressen som starkt talar för att inhibition inte ska meddelas. Huawei har inte anfört något nytt som bör ge anledning att

avvika från den bedömning som kammarrätten redan gjort i den tidigare inhibitionsfrågan. Om tillståndshavarna ges rätt att utan begränsning installera ny utrustning från Huawei i centrala funktioner skulle det riskera att skada Sveriges säkerhet. Det går inte att hävda att enbart den omständigheten att de begränsade tillstånd som blev föremål för uthyrning respektive överlåtelse i beslutet den 4 november 2020 vid den tidpunkten inte förenades med specifika villkor om uteslutning av vissa leverantörer skulle utgöra ett skäl att inhibera sådana villkor i de betydligt mer omfattande tillstånd som meddelades den 20 januari 2021. Det har inte inträtt något omedelbart förbud för tillståndshavarna att använda befintlig utrustning från Huawei i sina nät inom ramen för de tilldelade tillstånden. Före den 1 januari 2025 förhindras inte tillståndshavare att köpa in utrustning för uppgradering och utbyte samt reservdelar för användning i befintligt bestånd av exempelvis basstationer i radioaccessnät. Villkorets utformning bygger på en proportionalitetsprövning där betydelsen av att befintliga mobilnätets funktion kan vidmakthållas – vilket är ett säkerhetsintresse – har vägts mot de säkerhetsrisker som en fortsatt användning av utrustning från Huawei medför. Villkorets utformning kan därför inte åberopas som ett skäl för att obegränsad användning av utrustning från Huawei, under den tid som detta mål prövas, skulle vara oproblematisk från säkerhetssynpunkt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten anser att PTS beslut den 20 januari 2021 är överklagbart och att Huawei har talerätt avseende samtliga överklagade villkor (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 16 december 2020, mål nr 7432-20).

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till Huaweis yrkande om inhibition.

Enligt 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) 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. I 8 kap. 28 § lagen (2003:389) elektronisk kommunikation, LEK, anges att 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 särskilt beakta det som i 1 kap. 1 § anges om lagens syfte.

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 oviss (se t.ex. RÅ 1990 ref. 82 och RÅ 2009 ref. 51).

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS beslut gäller omedelbart (se 8 kap. 22 § LEK) och anser att det därmed kan bli föremål för inhibition.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att det överklagade beslutet kan medföra betydande olägenheter för Huawei.

Kammarrätten har i ovannämnd dom uttalat att de intressen som ligger till grund för de uppställda villkoren samt betydelsen av utbyggnaden av 5G, talar starkt för att de överklagade villkoren ska gälla omedelbart. Huawei gör gällande att förutsättningarna har ändrats och att ett beslut om inhibition varken försenar utbyggnaden av 5G eller påverkar Sveriges säkerhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS nu har genomfört auktionen och beviljat de sökande aktörerna tillstånd att använda radiosändare för 5G.

Därigenom kan utbyggnaden av 5G i Sverige inledas. Som Huawei har fört

fram står det tillståndshavarna fritt att inleda utbyggnaden med andra leverantörer än Huawei även om de aktuella villkoren skulle inhiberas. Förvaltningsrätten bedömer att det i målet inte har kommit fram att en inhibition av de aktuella villkoren i dagsläget skulle försena utbyggnaden av 5G i sådan omfattning att det starkt talar emot inhibition. Däremot anser förvaltningsrätten att de intressen som ligger till grund för de aktuella villkoren – nämligen Sveriges säkerhet – starkt talar för att villkoren ska gälla omedelbart. Genom att utbyggnaden av 5G nu inleds skulle påstådda säkerhetsrisker kunna komma att realiseras. Vad Huawei fört fram om att Huawei-produkter tillåts i viss utsträckning till och med utgången av 2024 och att PTS inte förbjudit användningen av Huawei-produkter i sitt beslut den 4 november 2020 föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten finner således att det saknas skäl att besluta att det överklagade beslutet såvitt avser de aktuella villkoren inte ska gälla omedelbart. Huaweis yrkande om inhibition ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-03).

Ulrika Melin
Chefsrådman

Anneli Berglund Creutz
Tf chefsrådman

I avgörandet har även nämndemännen Jamshid Ghassemi (skiljaktig), Eija Rätty och Mohammad Sayady Takhtehkar deltagit.

Förvaltningsrättsfiskalen Mårten Garnau har föredragit målet.

Skiljaktig mening

Nämndemannen Jamshid Ghassemi är av skiljaktig mening och anför följande.

Jag instämmer med majoriteten att PTS beslut den 20 januari 2021 är överklagbart och att Huawei har talerätt. Jag anser däremot inte att säkerhetsintresset är så starkt att det talar emot inhibition då tillståndshavarna får använda produkter från Huawei till och med utgången av 2024. Huaweis yrkande om inhibition ska därför enligt min mening bifallas.