

**Målnummer:** 6372-13**Avdelning:** 1**Avgörandedatum:** 2015-04-29

**Rubrik:** Överlåtelse av tillstånd att använda radiosändare i vissa frekvensband från flera bolag till ett av bolagen samägt bolag har inte ansetts inverka menligt på konkurrensen. Vid beslut om överlåtelse av sådana tillstånd har Post- och telestyrelsen en skyldighet att utreda ärendet i den utsträckning som dess beskaffenhet kräver. Post- och telestyrelsens användning av en konkurrensrättslig analysram har gjort det möjligt för myndigheten att dra slutsatser om hur konkurrensen påverkas av överlåtelsen.

**Lagrum:**

- 3 kap. 23 § lagen om elektronisk kommunikation (2003:389)

**Rättsfall:**

- RÅ 2006 ref. 16

---

**REFERAT**

De fem bolagen Net4Mobility HB (N4M), Spring Mobil AB, Swefour GSM AB, Tele2 Sverige AB och Telenor Sverige AB (Telenor) ansökte hos Post- och telestyrelsen (PTS) om att få myndighetens medgivande till att överlåta tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz- och 2,6 GHz-bandet. Båda dessa frekvensband är harmoniserade inom EU för markbundna kommunikationssystem genom beslut av EU-kommissionen. Syftet med överlåtelseerna var att bolagen Spring Mobil AB, Swefour GSM AB, Tele2 Sverige AB (i fortsättningen benämnt Tele2) och Telenor därigenom kunde lägga samman sina befintliga frekvenstillstånd i det samägda bolaget N4M. N4M är ett joint venture mellan Tele2 och Telenor där parterna via helägda dotterbolag äger femtio procent vardera. Bolaget har till syfte att bygga, hålla i drift och äga nationella GSM- och LTE-nät med tillhörande transmissionsnät och att sälja nätkapacitet till bolagets ägare. N4M ska också bygga anläggningar med tekniken GSM900 och LTE900 varpå ägarnas befintliga GSM-nät ska ersättas.

PTS beslutade den 7 februari 2012 att i enlighet med 3 kap. 23 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, LEK, bifalla ansökan och medge överlåtelseerna av frekvenstillstånden i enlighet med de fem bolagens ansökan. PTS ansåg i sitt beslut att det inte förelåg omständigheter som förhindrade ett medgivande med hänsyn till kravet på att förvärvaren ska uppfylla de krav som ställdes på de i ärendet överlåtande bolagen i samband med att tillståndet meddelades, att det saknades skäl att anta att överlåtelseerna inverkar menligt på konkurrensen, att det inte framkommit annat än att förvärvaren avsåg att använda frekvenserna i enlighet med föreskrivna tillståndsvillkor och harmoniserade ändamål och att det inte heller i övrigt fanns särskilda skäl att avslå ansökan.

Beslutet överklagades till förvaltningsrätten av Hi3G Access AB (Hi3G) och TeliaSonera Mobile Networks AB (TeliaSonera). PTS, Telenor, Tele2 och N4M bestred bifall till överklagandena. Förvaltningsrätten i Stockholm (2013-09-25, ordförande Groth och Odung samt nämndemän), avslog överklagandena och anförde bl.a. följande.

PTS har inte någon skyldighet enligt LEK att samråda med övriga aktörer på marknaden vid överlåtelse av i målet aktuella tillstånd och PTS har därför inte handlagt ärendet felaktigt.

En konkurrensprövning enligt 3 kap. 23 § första stycket 2 LEK bör innefatta en prövning dels av hur överlåtelseerna påverkar konkurrensen mellan de samarbetande parterna (Telenor och Tele2), dels av hur överlåtelseerna påverkar konkurrenssituationen för övriga faktiska och potentiella aktörer på marknaden. För att en sådan prövning ska kunna göras måste en avgränsning av den relevanta marknaden först göras. PTS har vid sin bedömning av överlåtelseernas inverkan på konkurrensen beaktat situationen på hela mobilmarknaden i Sverige, såväl grossistledet som slutkundsledet och funnit att det, med avseende på risken för menlig inverkan på konkurrensen, saknats skäl att avslå ansökan.

PTS har gjort en bedömning av om det fördjupade samarbetet mellan Telenor och Tele2 minskar incitamenten för konkurrens mellan dem. PTS har vidare redogjort för hur de aktuella överlåtelseerna påverkar marknadsandelarna och frekvensinnehavet för de berörda bolagen. Även om det i beslutet inte närmare angetts vilka effekter PTS anser att överlåtelseerna kan komma att få på konkurrensen för andra aktörer på marknaden än Telenor och Tele2, framgår detta av promemorian som PTS upprättat inför det överklagade beslutet. PTS har på ett utförligt sätt analyserat de effekter som de aktuella överlåtelseerna skulle kunna få på konkurrensen i sin helhet. Den utredning som PTS gjort uppfyller därmed de krav som uppställs i detta avseende innan ett medgivande enligt 3 kap. 23 § LEK ges.

I målet har framkommit att Telenor och Tele2 genom överlåtelseerna kommer att få bättre kapacitet i sina nät och kommer att kunna erbjuda tjänster med högre hastigheter än tidigare. Samarbetet kan vidare antas leda till kostnadsbesparingar. Överlåtelseerna kan således förväntas innebära konkurrensfördelar för Telenor och Tele2. Att två aktörer på en marknad på detta sätt tillåts få konkurrensfördelar behöver dock inte innebära att konkurrensen påverkas menligt. För att så ska vara fallet måste effekterna vara av sådan art att det innebär en snedvridning eller begränsning av konkurrensen på marknaden. I målet har framkommit att det i Sverige finns olika former av nätsamarbeten mellan mobiloperatörer och att inget tyder på att dessa samarbeten har påverkat konkurrensen mellan de samarbetande operatörerna på slutkundsmarknaden på ett negativt sätt. Det finns heller inget som talar för att den inbördes konkurrensen mellan Telenor och Tele2 kommer att förändras genom det utökade samarbetet i N4M som blir följden av de i målet aktuella överlåtelseerna. Det finns därför inte skäl att anta att överlåtelseerna kommer att inverka menligt på den inbördes konkurrensen mellan Tele2 och Telenor.

Fråga är då om överlåtelseerna kan antas få sådana effekter för övriga aktörer på marknaden att det inverkar menligt på konkurrensen. Konkurrensverket har bedömt att frekvenssamordningen inte ger upphov till några märkbara negativa effekter för konkurrensen på marknaden inom en överskådlig framtid. Förvaltningsrätten har vid sin prövning att beakta hur de i målet ifrågasatta överlåtelseerna kan komma att påverka konkurrensen under hela den tidsperiod som tillstånden gäller, dvs. fram till och med utgången av år 2023 respektive 2025. Genom överlåtelseerna kommer Telenor och Tele2 att uppnå konkurrensfördelar, vilka på sikt kan väntas bli större då uppgraderingar görs av 4G-näten till LTE-A. Övriga aktörer på marknaden bör dock, bl.a. genom utveckling av sina nät och genom utnyttjande av nya tillkommande tekniska standarder och produkter, kunna klara den hårdare konkurrens som överlåtelseerna kan komma att innebära. Det finns inte heller skäl att anta att överlåtelseerna ytterligare försvårar för potentiella nya aktörer som vill träda in på marknaden. Något annat skäl till varför överlåtelseerna inte borde ha medgetts enligt 3 kap. 23 § LEK har inte framkommit.

Hi3G överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade i första hand att kammarrätten skulle ändra förvaltningsrättens dom och avslå ansökan om medgivande till överlåtelse av tillstånd. I andra hand yrkades att målet skulle återförvisas till PTS för fortsatt handläggning och nytt beslut.

TeliaSonera överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att PTS:s beslut och förvaltningsrättens dom skulle upphävas och att ansökningarna som prövats i målet skulle avslås.

PTS, Tele 2, Telenor och N4M bestred bifall till överklagandena och yrkade att kammarrätten skulle fastställa förvaltningsrättens dom.

Hi3G åberopade samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten samt la till bl.a. följande.

Det saknas helt utredning från PTS, Telenor, Tele2 eller förvaltningsrätten som stödjer påståendena om att bl.a. Hi3G bör kunna klara den hårdare konkurrens som överlåtelseerna kan komma att innebära. Påståendena grundar sig helt på gissningar och tyckanden. I fråga om Hi3G:s möjligheter att utveckla sitt nät är s.k. förtätning inte en framkomlig väg, eftersom detta kräver nya basstationer i bostadsområden och tätbebyggda områden där bygglov som regel inte beviljas utöver befintlig radioinfrastruktur. Som jämförelse kan Telenor och Tele2 tack vare överlåtelseerna fortsätta att använda sin befintliga infrastruktur.

Det ingår i en sedvanlig konkurrensrättslig prövning att pröva inverkan för "potentiella aktörer". Förvaltningsrätten har inte vidtagit någon egen utredning, men finner trots detta att det inte finns skäl att anta att överlåtelseerna ytterligare försvårar för "potentiella nya aktörer som vill träda in på marknaden". Det saknas helt utredning som stödjer denna slutsats. Möjligen har domstolen lagt hela bevisbördan i fråga om påverkan på potentiella aktörer på Hi3G. Detta är fel. Utrednings- och bevisbördan ligger på sökanden och PTS. Hi3G kan inte dela förvaltningsrättens bedömning att PTS:s utredning är utförlig och än mindre att PTS utförligt analyserat effekterna för konkurrensen. För att en sådan analys ska kunna göras fordras en utredning om hur den ökande konkurrensen kan mötas och om detta räcker för en balansering. Någon sådan utredning har inte gjorts.

När förvaltningsrätten konstaterat att viktiga konkurrensfördelar uppkommer för Telenor och Tele2 måste det också ha åvilat dessa parter att visa att konkurrensen inte påverkas menligt. Detta ligger också i linje med den skyldighet som åvilar förvaltningsrätten (och PTS) enligt förarbetena att säkerställa att konkurrensen inte påverkas menligt. En sådan ordning hade medfört att Hi3G hade fått bifall till sin talan. En alternativ förklaring är att domstolen har tagit intryck av PTS:s egen spektrumpolicy, som anger att myndigheten ska ha en positiv inställning till spektrumhandel. Att reglerna i 3 kap. 23 § LEK inte har en lika positiv inställning följer av såväl lagtext som motiv. Det är uppenbart att det är 3 kap. 23 § LEK som ska ligga till grund för prövningen.

TeliaSonera åberopade samma grunder och omständigheter som vid förvaltningsrätten och la till i huvudsak följande. Det kan konstateras att förvaltningsrätten delar bolagets uppfattning i två centrala frågor, dels att prövningen ska omfatta hela tillståndspanor, dvs. fram till 2023 respektive 2025, dels att överlåtelseerna medför konkurrensfördelar för Telenor och Tele2 i form av möjligheter att erbjuda bättre kapacitet och högre hastigheter. Förvaltningsrätten konstaterar bara att "det är inget som talar för" att den inbördes konkurrensen mellan Telenor och Tele2 kommer att förändras genom överlåtelseerna och att det därför inte finns anledning att anta att överlåtelseerna kommer att inverka menligt på den inbördes konkurrensen mellan bolagen. Flera omständigheter som TeliaSonera har fört fram, som tyder på att konkurrensen mellan Telenor och Tele2 kommer att minska, har inte behandlats av förvaltningsrätten och domskälen är alltför knapphändiga för att kunna bemötas.

Förvaltningsrätten har funnit att överlåtelseerna innebär konkurrensfördelar och att fördelarna kan förväntas bli större framöver då uppgradering i näten görs i 4G-näten till LTE-A. Härigenom har förvaltningsrätten alltså funnit att

överlåtelseerna i princip innebär en snedvridning av konkurrensen. Förvaltningsrätten anser emellertid att effekterna av denna snedvridning inte är av den "art" att den inverkar menligt på konkurrensen eftersom övriga aktörer på marknaden genom "utveckling av sina nät" och genom att utnyttja "nya tillkommande tekniska standarder och produkter" "bör" kunna klara den hårdare konkurrens som överlåtelseerna kan komma att innebära. För att övriga aktörer ska kunna utjäma eller åtminstone begränsa de konkurrensfördelar som överlåtelseerna medger för Telenor och Tele2 måste övriga aktörer bygga ut kapaciteten i sina nät i en betydligt högre utsträckning än Telenor och Tele2 behöver göra i sina nät. Kostnaden för en sådan mer omfattande utbyggnad är snarare måttet eller beviset på den konkurrensnackdel som överlåtelseerna medför för övriga aktörer. Eftersom det saknas utredning i målet som säkerställer att övriga aktörer har möjligheter att vidta åtgärder som utjämnar konkurrensfördelarna för Telenor och Tele2 borde förvaltningsrätten ha upphävt PTS:s medgivande till överlåtelseerna.

Till skillnad från när spektrum förvärvas i en auktion får Telenor och Tele2 genom överlåtelseerna tillgång till spektrum genom ett myndighetsbeslut, utan att behöva betala något alls. Härmed uppstår snedvridningar i konkurrensen.

PTS anförde i huvudsak följande. Myndigheten har ett ansvar för att ett ärende blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och ska alltid beakta möjligheten att själv inhämta upplysningar och yttranden från andra myndigheter om det behövs. PTS:s inställning är att ärendet är tillräckligt utrett. Myndigheten har genomfört en omfattande utredning och förvaltningsrätten har också i domen kommit fram till slutsatsen att utredningen uppfyller kraven. PTS vill poängtera att det inte följer av lagstiftningen att det är sökanden, i detta fall Telenor och Tele2, som ska visa att konkurrensen inte påverkas menligt. Konkurrensbedömningen görs inte utifrån frågeställningen om det över huvud taget uppstår några fördelar för de sökande operatörerna, utan är en bedömning av om överlåtelseerna inverkar menligt på konkurrensen. Konkurrensreglerna är inte till för att utjäma alla eventuella konkurrensfördelar som kan finnas på en marknad, utan är instrument för att säkerställa en sund konkurrens som i slutändan kommer konsumenterna till godo. Konkurrensbedömningen ska alltså inte göras utifrån vad som är mest rättvist för de sökande operatörernas konkurrenter. På en konkurrensutsatt marknad är det som huvudregel bra att konkurrenstrycket ökar. Överlåtelseerna innebär en omfördelning av befintligt spektrum innehav mellan parterna och därmed en minskning av Telenors och Tele2:s egna innehav. Den sammanlagda spektrumpoolen är exakt densamma efter överlåtelseerna som före.

Telenor vidhöll vad bolaget anförde i förvaltningsrätten och la till i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning när domstolen kommit fram till att Telenor och Tele2 får konkurrensfördelar av överlåtelseerna men för övrigt instämmer bolaget i alla delar med förvaltningsrättens bedömning. Domstolen ska beakta hela tillståndstiden men utgå från vad som var kända fakta vid tidpunkten för PTS:s beslut. PTS:s konkurrensanalys av den 19 januari 2012 uppfyller med råge de krav på utredning som följer av lagen och myndigheten har därmed beaktat konkurrensintresset utifrån de principer som gäller enligt LEK. Konkurrensverket har inte haft några synpunkter på Tele2:s och Telenors nätsamarbete eller spektrumkoncentrationen i N4M, vare sig 2010 eller 2013. Konkurrensverket har angett att nätsamarbetet inte påverkar konsumenterna eller nätkapacitetsmarknaden. GSMA, en branschorganisation för telekomoperatörer, publicerade i november 2011 rapporten "Public Policy position on spectrum and infrastructure sharing" där det framgår att infrastrukturdelning leder till en stärkt konkurrens samt lägre slutkundspriser. GSMA:s ståndpunkt är att begränsningar och hinder borde tas bort så att operatörer kan nå överenskommelser om att dela spektrum och infrastruktur. Hi3G har tidigare förespråkat att PTS ska medge överlåtelser av frekvenser i de nu aktuella frekvensbanden. Hi3G har tidigare tillförts nya frekvenser där bolaget fått ett ökat spektrum innehav vilket de facto ger upphov till en

konkurrensförändring. Detta att jämföra med frekvensöverlåtelseerna till N4M där konkurrensen inte förändras och i vart fall inte snedvrids eftersom parterna inte ökar sitt frekvensinnehav. Skulle det ha funnits en risk för att konkurrensen skulle snedvridas borde PTS ha infört striktare begränsningar vid auktionen av frekvenser i 2,6 GHz-bandet. Det samlade frekvensinnehavet i det band som N4M har efter överlåtelseerna ryms gott och väl under det spektrumtak som PTS tillämpade vid auktionen. N4M hade således kunnat delta i auktionen och ropat in fler frekvenser än vad som faktiskt nu överlåtits till N4M.

Hi3G:s jämförelser av spektrum innehav leder till ett felaktigt underlag, felaktiga slutsatser och är direkt vilseledande. Hi3G:s TDD-spektrum ska naturligtvis räknas med i eventuella spekulativa jämförelser. Vidare har Hi3G inte beaktat antalet slutkunder som ska hanteras i Hi3G:s spektrum respektive N4M:s spektrum. Antalet abonnenter har en direkt avgörande påverkan på vilken faktisk datahastighet som kan erbjudas användarna. Om man exempelvis väljer att jämföra tillgängligt spektrum per slutkund framgår det att det är Hi3G som har mest spektrum per slutkund och därmed bäst förutsättningar för snabbmobil data av alla operatörer. Konkurrenterna har vid en jämförelse 26 - 55 procent av Hi3G:s spektrum per slutkund. Rapporten från Analysys Mason som Hi3G gett in utgår från en beskrivning av framtida förhållanden som ingen kan ha en klar uppfattning om i dag vilket gör att värdet av rapporten måste vara högst begränsat. Hi3G:s och TeliaSoneras påståenden om att Telenor och Tele2 kommer att kunna erbjuda högre hastigheter till sina slutkunder är helt fel, såväl i praktiken som i teorin. Eftersom det är verkliga hastigheter som kan ge konkurrensfördelar, inte teoretiska, måste förvaltningsrättens domskäl i denna del vara felaktiga. Det fanns vid tiden för PTS:s beslut inte något beslut taget inom 3GPP för när aggregering av fler än två band ska kunna införlivas i standarden.

Tele2 hänvisade till vad Tele2 samt Telenor anfört hos förvaltningsrätten och la till i huvudsak följande. De överlåtelse som är aktuella i målet ger inte upphov till någon konkurrensfördel för Tele2. Snarare innebär överlåtelseerna en sund konkurrensutjämning mellan aktörerna på den svenska marknaden. Vad gäller spektrumaggregering vid användning av tekniken LTE-A är det viktigt att skilja på vad som kan åstadkommas i teorin i framtiden och vad som är praktiskt möjligt. De maxhastigheter som anges är teoretiska och baseras på en ensam användare i en störningsfri labbmiljö. Faktisk hastighet är beroende av hur många samtidiga användare det finns i en cell. I dagsläget saknas det standarder för att genomföra sådan aggregering som Hi3G och TeliaSonera hänvisar till. Endast en aggregering av upp till två band är i dagsläget möjlig. TeliaSonera har samma teoretiska möjlighet att uppnå samma resultat som Tele2 och Telenor genom aggregering av sina frekvenser. Att Hi3G inte har samma möjlighet beror på att de själva valt att avstå från att köpa spektrum när övriga operatörer valt att investera.

N4M anslöt sig till vad Telenor, Tele2 och PTS anfört.

Kammarrätten i Stockholm (2015-04-29, Linder, Axelsson och Edwardsson, referent) yttrade:

#### 1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om det kan antas att överlåtelseerna av tillstånden att använda radiosändare i 900 MHz- och 2,6 GHz-bandet från Telenor och Tele2 till det gemensamma bolaget N4M inverkar menligt på konkurrensen. Enligt 3 kap. 23 § LEK ska överlåtelseerna i sådana fall inte tillåtas. De invändningar som riktats mot beslutet att tillåta överlåtelseerna är dels att PTS inte har utrett ärendet ordentligt, dels att överlåtelseerna inverkar menligt på konkurrensen. Kammarrätten prövar först frågan om utredningen.

## 2. PTS:s utredningsskyldighet

### 2.1. Skyldigheten att låta övriga aktörer på marknaden yttra sig innan beslutet fattades

De klagande har bl.a. anfört att konkurrenter till företagen som har ansökt om medgivande till överlåtelse av frekvenstillstånden måste tillfrågas om hur överlåtelseerna påverkar konkurrenssituationen på marknaden. Förvaltningsrätten har funnit att PTS inte har någon skyldighet enligt LEK att samråda med övriga aktörer på marknaden vid överlåtelser av tillstånd. Frågan är emellertid om det finns andra regler som kan medföra en skyldighet för PTS att låta övriga aktörer yttra sig innan beslutet fattas.

Förvaltningslagen (1986:223) innehåller inte någon uttrycklig bestämmelse om ärendens beredning. Däremot framgår av rättspraxis att den s.k. officialprincipen även gäller för förvaltningsmyndigheter (se SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, s. 405 f. med hänvisning till bl.a. RÅ 2006 ref. 15). Enligt förvaltningslagen åligger det alltså PTS en skyldighet att se till att ärendet blir utrett så som dess beskaffenhet kräver.

Enligt artikel 9b i ramdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, ändrat genom direktiv 2009/140/EG, ändringsdirektivet) ska medlemsstaterna säkerställa att företag får överlåta individuella nyttjanderätter till radiofrekvenser i enlighet med de villkor som är knutna till nyttjanderätterna och i enlighet med nationella förfaranden. PTS har dock inte har antagit några särskilda förfaranderegler för ärenden om överlåtelser av tillstånd.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Några särskilda förfaranderegler för överlåtelseärenden finns alltså inte. Däremot anger PTS på sid. 4 i sitt beslut att analysramen bör vara den konkurrensbedömning som görs inom konkurrensrätten, särskilt vad avser effekterna på konkurrensen. När myndigheten väljer att hänvisa till den konkurrensbedömning som görs inom konkurrensrätten, är frågan om myndigheten därigenom påtar sig ett ansvar för att höra andra aktörer på marknaden innan den fattar sitt beslut. På den svenska mobila telekommarkanden finns för närvarande fyra aktörer, Tele2, Telenor, TeliaSonera och Hi3G, som tillsammans har en marknadsandel på drygt 95 procent av slutkundsmarknaden. Samtliga fyra företag är parter i nu aktuellt mål, varav de två senare grundar sin talerätt på 8 kap. 19 a § LEK, som föreskriver att annan än part vars rättigheter påverkas negativt av beslutet får överklaga PTS:s beslut. I konkurrensrättsligt hänseende ska överlåtelserna bedömas enligt reglerna om konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Både 2 kap. 1 - 2 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF är tillämpliga. Påståendet att övriga aktörer som kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken regelmässigt har rätt att bli hörda i ett konkurrensrättsligt förfarande har stöd i konkurrensrätten. Det framgår t.ex. av EU-kommissionens tillämpningsförfordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 [101 och 102] i EG-fördraget att fysiska eller juridiska personer som begär att bli hörda och kan påvisa ett tillräckligt intresse i ett ärende angående överträdelse av t.ex. artikel 101 EUF, har rätt att få en tidsfrist fastställd inom vilken de får framföra synpunkter skriftligen. Motsvarande regler gäller om avtalet mellan Telenor och Tele2 hade varit att bedöma enligt EU:s koncentrationsförfordning. (Se artikel 18.4 Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.)

I ett ärende om medgivande till överlåtelse av tillstånd att använda radiofrekvenser utgör synpunkter från marknadsens övriga aktörer ett led i beredningsprocessen som bidrar till att de konkurrensrättsliga aspekterna i ärendet blir väl belysta. Mot bakgrund av det låga antalet aktörer på marknaden och att de fyra största operatörernas sammanlagda

marknadsandelar utgör mer än 95 procent av den relevanta marknaden, ligger det nära till hands att anse att TeliaSonera och Hi3G borde ha erbjudits att komma in med synpunkter innan beslutet fattades. Som förvaltningsrätten har konstaterat saknas det uttryckliga bestämmelser om samråd med marknadens övriga aktörer i dessa ärenden. Ansvaret för att utforma bestämmelser om förfarandet i olika typer av ärenden ligger dock i första hand hos PTS. Enligt kammarrättens mening måste det emellertid beaktas att TeliaSonera och Hi3G har haft möjlighet att under överklagandeprocessen föra fram sina argument och synpunkter och dessa har nu beaktats i två domstolsinstanser. Beslutet bör därför inte upphävas på grund av att de klagande bolagen inte fick tillfälle att yttra sig till PTS innan beslutet fattades.

## 2.2. PTS:s utredning och underlaget för beslutet i övrigt

Ansvaret för att ett ärende om medgivande av överlåtelse av tillstånd att utnyttja radiofrekvenser blir tillräckligt utrett vilar på PTS. De klagande har anfört att det är Telenor och Tele2 som har bevisbördan för att konkurrensen inte påverkas menligt. I och med att det är PTS som förfogar över möjligheten att medge tillstånd till överlåtelse eller att avslå en sådan ansökan, är det också myndigheten som har ansvaret för beslutet och utredningen i dess helhet. De sökande kan därför inte sägas ha en egen bevisbörda i fråga om påverkan på konkurrensen, utöver att det står dem fritt att bistå PTS med argument, liksom att de står risken att en dåligt underbyggd ansökan riskerar att inte få myndighetens medgivande.

I nu aktuellt mål är den huvudsakliga frågeställningen om PTS har gjort en korrekt bedömning när myndigheten funnit att konkurrensen på marknaden inte påverkas menligt om överlåtelse av tillstånd medges. Tidshorisonten för bedömningen är tillståndstidens längd, vilken i detta fall sträcker sig mer än tio år in i framtiden. PTS har baserat sin bedömning grundat på den samlade expertkunskap som myndigheten har att tillgå.

PTS har i förvaltningsrätten redogjort för hur ansökan har behandlats. En arbetsgrupp har genomfört ett analysarbete som har redovisats i en rapport. I rapporten redovisar PTS sin analys av marknadsandelar, spektrum innehav och andra faktorer som är nödvändiga att undersöka för att en bedömning av om konkurrensen påverkas menligt ska kunna göras. Kammarrätten, som nedan kommer att pröva PTS:s bedömningar och de invändningar som finns mot dessa, instämmer i förvaltningsrättens bedömning att PTS har uppfyllt sin utredningsskyldighet.

## 3. PTS:s konkurrensrättsliga bedömning

### 3.1. Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 1 § LEK framgår att bestämmelserna i lagen syftar till att enskilda och myndigheter ska få tillgång till säkra och effektiva elektroniska kommunikationer och största möjliga utbyte vad gäller urvalet av elektroniska kommunikationstjänster samt deras pris och kvalitet. Syftet ska uppnås främst genom att konkurrensen och den internationella harmoniseringen på området främjas. Samhällsomfattande tjänster ska dock alltid finnas tillgängliga på för alla likvärdiga villkor i hela landet till överkomliga priser.

Enligt 3 kap. 23 § LEK får tillstånd eller del av tillstånd att använda radiosändare eller nummer överlåtas efter medgivande från den myndighet som meddelat tillståndet. Sådant medgivande ska lämnas, om

1. förvärvaren uppfyller de krav som ställts på sökanden i samband med att tillståndet meddelades,
2. det inte finns skäl att anta att överlåtelsen inverkar menligt på konkurrensen,
3. överlåtelsen inte leder till ändrad användning av radiofrekvenserna, om denna är harmoniserad enligt bestämmelser antagna med stöd av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, och
4. det inte finns något annat särskilt

skäl mot det.

Regler för förvaltning och överlåtelser av radiofrekvenser för elektroniska kommunikationstjänster är harmoniserade inom EU genom bl.a. ramdirektivet. Enligt direktivet ska medlemsstaterna säkerställa en effektiv förvaltning av radiofrekvenser samt säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning inom sektorn för elektronisk kommunikation. I förarbetena till den svenska bestämmelsen om överlåtelse anges att de nationella regleringsmyndigheterna ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids som ett resultat av överlåtelser av tillstånd. En överlåtelse ska inte medges om det finns skäl att anta att överlåtelserna inverkar menligt på konkurrensen, dvs. om konkurrensen snedvrids eller överlåtelserna leder till en ändrad användning av radiofrekvenserna. Det bör även vara möjligt att inte medge en överlåtelse om det föreligger särskilda skäl mot det. Detta måste utredas av myndigheten innan medgivande kan ges. (Se prop. 2002/03:110 s. 163 f.)

### 3.2. Faktorer som ska bedömas

Kammarrätten har ovan konstaterat att PTS uppfyllt sin utredningsskyldighet. När klagandena nu gör gällande att överlåtelserna kan antas inverka menligt på konkurrensen måste det ankomma på dem att åtminstone göra sannolikt att PTS:s beslut är felaktigt. Kammarrätten går nu över till att pröva om klagandenas invändningar mot PTS:s beslut medför att beslutet bör upphävas. PTS har grundat sitt beslut på en bedömning av ägarbolagens marknadsandelar, effekterna av den ökade spektrumkoncentrationen, andelen av respektive ägarbolags totala kostnads massa och risken för minskad konkurrens mellan dem, konsumentfördelar samt tillståndstiden. Även kammarrättens prövning utgår därför från dessa faktorer.

### 3.3. Ägarbolagens marknadsandelar

I sitt beslut redovisar PTS ägarbolagens marknadsandelar och sin bedömning av vilken påverkan på konkurrensen dessa har. Uppgifterna som ligger till grund för analysen uppges ha hämtats från operatörernas kvartalsrapporter. Marknadsandelarna på slutkundsmarknaden anges för TeliaSonera, Telenor och Tele2 respektive Hi3G med avseende på bolagens andel av den totala mängden mobilabonnemang samt av intäkterna. Tele2 och Telenor uppges bl.a. tillsammans stå för ca 45 procent av den totala mängden mobilabonnemang på marknaden. TeliaSonera uppges ha ungefär samma mängd på marknaden och Hi3G ca 10 procent. Bolagens andel av intäkterna anges också. Vidare redovisas innehavet av spektrum före och efter medgivande av överlåtelserna. PTS hänvisar i sin rapport till konkurrensrättslig praxis som säger att en marknadsandel på mer än 50 procent är en stark indikation på dominans. Vid lägre marknadsandelar anser PTS att en djupare analys måste göras och en sådan genomförs också i rapporten. På grundval av sin fördjupade analys i fråga om marknadsandelar och spektrum innehav är PTS:s slutsats att samarbetet mellan Telenor och Tele2 inte är märkbart skadligt för konkurrensen.

Klagandena har inte haft några synpunkter på myndighetens redovisning av bolagens olika procentuella andelar av marknaden, abonnemang eller intäkter eller i fråga om frekvensinnehavet. Hi3G har i och för sig invänt att PTS:s utredning inte är tillräckligt utförlig samt att PTS inte tillräckligt analyserat effekterna för konkurrensen. Kammarrätten anser emellertid inte att Hi3G gjort sannolikt att PTS:s bedömning, att samarbetet mellan Telenor och Tele2 inte är märkbart skadligt för konkurrensen, är felaktig.

### 3.4. Effekterna av den ökade spektrumkoncentrationen i N4M

PTS har i sitt beslut funnit att överlåtelserna leder till att Telenor och Tele2 var för sig får bättre möjligheter att möta utmaningarna på telekommunikationsmarknaden genom samordnad nätplanering och besparingar i fråga om utbyggnads- och andra infrastrukturkostnader. PTS noterar att ägarbolagen får förstärkta



positioner genom överlåtelse. Samordningsvinsterna sägs öka genom N4M:s tillståndsförvärv och öka Telenors och Tele2:s konkurrenskraft. PTS anför att den pågående konvergensen av olika nät gör det svårt att avgöra vilka spektrum som över tid har störst värde, men konstaterar att tillgång till frekvenser i olika band ger innehavarna goda förutsättningar. Myndigheten gör bedömningen att samlade resurser och kostnadsbesparingar kan förbättra möjligheterna att tillhandahålla prisvärda telefoni- och bredbandstjänster m.m. Det finns enligt PTS inga indikationer på att överlåtelse skulle vara till nackdel för konsumenterna.

I rapporten berör PTS också frågan om inträdes hinder på marknaden och anger att mobila accesstjänster är ett område med mycket kraftiga stordriftsfördelar. Marknaden kännetecknas av en stark vertikal integration, vilket försvårar för utomstående att etablera sig enbart i grossistledet.

Klagandena har å sin sida invänt att den koncentration av spektrum hos Telenor och Tele2 som överlåtelse medför, skapar en obalans på marknaden och att konkurrensen kommer att påverkas negativt genom överlåtelse. Klagandena har emellertid inte gjort sannolikt att PTS kommit till en felaktig slutsats i fråga om betydelsen av den ökade spektrumkoncentrationen.

3.5. Respektive ägarbolags kostnadsmassa hänförlig till samarbetet respektive riskerna för minskade incitament och utrymme för parterna att agera självständigt på slutkundsmarknaden

PTS behandlar i beslutet frågan om risken att Telenor och Tele2 får minskade incitament och utrymme för att konkurrera med varandra. Myndigheten anför att den fäster stor vikt vid bolagens förklaringar att de avser att agera som konkurrenser på slutkundsmarknaden. Myndigheten anför vidare att det inte har framkommit några uppgifter som vederlägger dessa uttalanden eller som tyder på att det skulle finnas förutsättningar för att samordna priser och tjänster till men för konkurrenterna. Vidare anför PTS omständigheten att N4M-samarbetet svarar för en förhållandevis begränsad andel av Tele2:s respektive Telenors kostnadsmassa. I en fotnot hänvisar PTS till Konkurrensverkets motsvarande bedömning i ett ärende från den 8 september 2010. PTS:s slutsats är att ägarbolagen bör kunna behålla förmågan att fatta självständiga beslut och fortsätta att agera som konkurrenser på slutkundsmarknaden.

Klagandena har anført att det finns fler omständigheter som tyder på att konkurrensen mellan Telenor och Tele2 kommer att minska.

Kammarrätten gör här följande bedömning.

Vad Telenor respektive Tele2 har uppgett till PTS i fråga om sina framtida avsikter att konkurrera med varandra har ett lågt bevisvärde. Däremot måste PTS:s värdering av betydelsen av N4M-samarbetets kostnadsmassa relativt Tele2:s respektive Telenors totala kostnadsmassa på grossistmarknaden anses vara sakligt grundad och korrekt. Som Konkurrensverket anför i sitt beslut från den 8 september 2010, är risken för att ett samarbete mellan två konkurrerande operatörer ska leda till ett koordinerat beteende nedströms större ju större andel av respektive operatörs kostnader som uppstår i det produktionsled i vilket operatörerna samverkar. PTS har i sitt beslut konstaterat att N4M-samarbetet svarar för en förhållandevis begränsad andel av Telenors och Tele2:s kostnadsmassa i grossistledet. Konkurrensverkets beslut är visserligen från 2010, men detta sakförhållande gällde fortfarande vid PTS:s prövning liksom vid tiden för kammarrättens avgörande.

Hi3G har emellertid också invänt att det ingår i en sedvanlig konkurrensrättslig prövning att pröva inverkan för "potentiella aktörer". Bolaget invänder mot att förvaltningsrätten har funnit att det inte finns skäl att anta att överlåtelse ytterligare försvårar för potentiella nya aktörer som vill träda in på marknaden trots avsaknad av sådan utredning.

I rapportens metodavsnitt på sid 14 - 15 hänvisar PTS i en fotnot till EU-

kommissionens Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal (2011/C 11/01). Det framgår av rapporten att PTS har funnit att det faktiskt föreligger betydande inträdeshinder på grossistmarknaden. PTS har därefter gjort bedömningen att detta inte med nödvändighet leder till att konkurrensen på slutkundsmarknaden kommer att påverkas menligt. Mot bakgrund av den utredning PTS har genomfört och med användande av bl.a. EU-kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal får PTS anses ha analyserat frågan om inträdeshinder på ett godtagbart sätt och myndighetens bedömning får godtas.

Hi3G har vidare invänt att PTS:s utredning inte är utförlig och än mindre att PTS utförligt analyserat effekterna för konkurrensen. Hi3G anser också att det saknas utredning till stöd förvaltningsrättens uttalande om att övriga aktörer på marknaden, genom utveckling av sina nät och genom utnyttjande av nya tillkommande tekniska standarder och produkter, bör kunna klara den hårdare konkurrens som överlåtelseerna kan komma att innebära. För att en sådan analys ska kunna göras fordras enligt bolaget en utredning om hur den ökande konkurrensen kan mötas och om detta räcker för en balansering. Även TeliaSonera har anfört att det saknas utredning i målet som säkerställer att övriga aktörer har möjligheter att vidta åtgärder som utjämnar konkurrensfördelarna för Telenor och Tele2.

Här vill kammarrätten anföra att reglerna i LEK precis som andra konkurrensfrämjande regler syftar till att skydda konkurrensen, inte konkurrenterna. PTS:s utredning och beslut är också inriktad på betydelsen för konkurrensen. De enskilda uttalanden som görs i PTS:s rapport angående de enskilda konkurrenternas framtida förmåga att klara en hårdare konkurrens synes inte ha varit avgörande för myndighetens ställningstagande, och inte heller för förvaltningsrättens dom, och kan därför lämnas utan avseende. Kammarrätten delar PTS:s inställning att konkurrensbedömningen i detta mål inte görs utifrån frågeställningen om det över huvud taget uppstår några fördelar för de sökande operatörerna utan är en bedömning av om överlåtelseerna inverkar menligt på konkurrensen. Inte heller åvilar det myndigheten eller förvaltningsdomstolarna att säkerställa att de konkurrensfördelar som uppstår för Telenor och Tele2 utjämnas innan tillstånd till överlåtelseerna kan medges. Kammarrätten instämmer också i förvaltningsrättens uppfattning att två aktörer på en marknad tillåts få konkurrensfördelar inte behöver innebära att konkurrensen i sig påverkas menligt.

### 3.6. Möjligheter till förbättrad produktion och tekniskt framåtskridande, i förlängningen konsumentfördelar

PTS anför att samlade resurser och kostnadsbesparingar kan förbättra möjligheter att tillhandahålla prisvärda telefoni- och bredbandstjänster. Vidare kan samarbetet ge incitament för en förbättrad beredskap mot störningar och avbrott. Det sägs inte finnas några indikationer på att tillståndsoverlåtelseerna skulle vara till nackdel för konsumenterna. I rapporten anges att de positiva effekterna för konsumenterna inte är säkerställda, men inte heller motsatsen. Rapportens slutsats är dock att konsumenterna på sikt gynnas av ett samarbete.

Hi3G har i fråga om konsumentfördelar i förvaltningsrätten invänt att konsumenter inte skulle gynnas av om något företag slogs ut från marknaden. Bolaget har emellertid inte genom detta allmänt hållna påstående gjort sannolikt att PTS har dragit en felaktig slutsats i fråga de fördelar som kan uppstå för konsumenterna.

Kammarrätten har inget att invända mot PTS:s slutsatser.

### 3.7. Tillståndstiden

PTS:s tidshorisont i beslutet har varit de aktuella tillståndens slutpunkt, dvs.

fram till år 2020 - 2025. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det är denna tidsperiod som är relevant att beakta för PTS. TeliaSonera har anfört att tidsperspektivet i konkurrensrätten är relativt kort, vilket ska beaktas när man bedömer Konkurrensverkets beslut att inte ingripa mot överlåtelseerna. TeliaSonera påpekar att vid prövningen enligt LEK är tidsperspektivet betydligt längre.

Enligt kammarrättens mening får det naturligtvis antas vara svårare att göra en framåtsyftande bedömning av hur konkurrensen på en marknad påverkas ju längre tidsperspektivet är. Tidsperspektivet är emellertid inte ensamt avgörande för bedömningen om hur konkurrensen påverkas och ett långt tidsperspektiv behöver inte i sig medföra att en begäran om medgivande till överlåtelse ska avslås. Enligt kammarrättens bedömning framgår det av beslutet att PTS har lagt vikt vid omständigheter som utgör tillräcklig grund för myndighetens ställningstagande, trots det långa tidsperspektivet.

### 3.8. Övrigt

På sid. 4 i beslutet anför PTS att: "Även om förändringar i parternas marknadsställning skulle kunna vara till men för konkurrensen, kan de positiva effekterna på samhällsekonomin uppväga." Uttalandet är oprecist och motsägelsefullt med tanke på att PTS inte får medge överlåtelse av tillstånd om det finns skäl att anta överlåtelseerna inverkar menligt på konkurrensen. Mot bakgrund av att PTS trots allt utrett frågan om påverkan på konkurrensen och gjort ställningstagandet att det inte finns skäl att avslå ansökan, anser kammarrätten att uttalandet saknar betydelse för bedömningen. Det förhållandet att överlåtelseerna medför fördelar för avtalsparterna, medför inte med nödvändighet att konkurrens på marknaden snedvrids. Däremot kan det antas att konkurrenstrycket ökar.

TeliaSonera har invänt att Telenor och Tele2 till skillnad från när spektrum förvärfvas i en auktion får tillgång till spektrum genom ett myndighetsbeslut, utan att behöva betala något alls. Kammarrätten har svårt att se den rättsliga relevansen av invändningen. Telenor och Tele2 har en gång förvärvat frekvenstillstånden. På vilka villkor överlåtelsen sker, om tillstånd till överlåtelsen medges av PTS, är en fråga för avtalsparterna. De berörda bolagen får alltså tillgång till spektrum genom själva överlåtelsen.

### 3.9. Ändrad frekvensanvändning eller andra särskilda skäl att inte medge överlåtelseerna

Av förarbetena till 3 kap. 23 § LEK framgår att vid övervägande om överlåtelse av tillstånd att använda radiofrekvenser får ske måste faktorer som anges i artikel 9.4 i ramdirektivet om påverkan på konkurrensen av en överlåtelse vägas in. Det måste säkerställas att överlåtelse inte medges om överlåtelsen leder till ändrad användning av radiofrekvenserna. Överlåtelser ska inte heller ske om det föreligger särskilda skäl mot det. Särskilda skäl mot att lämna medgivande till överlåtelse kan vara att myndigheten vid sin prövning finner att störning på tjänster i angränsande frekvensband öka jämfört med den ursprungliga användningen (prop. 2002/03:110 s 163 f.).

I målet har det inte framkommit annat än att N4M avser att använda frekvenserna i enlighet med föreskrivna villkor och ändamål vilket innebär att de aktuella överlåtelseerna inte leder till en ändrad radioanvändning. I övrigt har det inte framkommit något annat särskilt skäl mot att avslå ansökningarna.

### 3.10. Kammarrättens sammanfattande slutsats

Det förhållandet att PTS har använt sig av en konkurrensrättslig analysram har gjort det möjligt för myndigheten att dra slutsatser om hur konkurrensen påverkas av dess medgivande till de aktuella överlåtelseerna. Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att den utredning som PTS gjort uppfyller de krav som uppställs i detta avseende innan ett medgivande enligt 3 kap. 23 § LEK kan ges. PTS konkurrensrättsliga bedömning framstår som tillförlitlig.

Utredningen innehåller en analys av de relevanta förhållandena på de relevanta marknaderna som måste beaktas för att kunna ligga till grund för en bedömning om det finns skäl att anta att konkurrensen påverkas menligt. Det finns därför inte skäl för kammarrätten att ifrågasätta slutsatsen att konkurrensen inte påverkas menligt av överlåtelseerna.

Överklagandena ska därför avslås.

Kammarrättens avgörande. Kammarrätten avslår överklagandena.

---

**Sökord:**

**Litteratur:** Prop. 2002/03:110 s. 163 f.; SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, s 405 f.; Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer; Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget; Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, ändrat genom direktiv 2009/140/EG

---