

Målnummer:	2597-17	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2018-04-04		
Rubrik:	Tillämpning av 4 kap. 13 a § LEK angående gemensamt utnyttjande av ledningar		
Lagrum:	<ul style="list-style-type: none">• 1 kap. 1 § och 2 §, 4 kap. 13 a § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation• Artikel 12.3 och 12.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG		
Rättsfall:	RK 2011:2		

REFERAT

Bakgrund

1. Kommunikationstjänster och fiberledningar

Borderlight AB levererar kommunikationstjänster (dataförbindelser) till bl.a. olika vård- och omsorgsverksamheter inom Uppsala kommun och landsting. De i målet aktuella verksamheterna finns i lokaler som ägs av Uppsalahem AB, ett allmännyttigt bostadsföretag som äger ett stort antal fastigheter i Uppsala kommun. Borderlight har haft leveransavtal om rätt till ledningsutnyttjande med Uppsalahem för bredbandstjänster i Uppsalahems egna fastigheter. Fiberledningarna i byggnaderna ägs i dag av Uppsalahem och är s.k. svartfiber, dvs. en fysisk fiberledning utan elektronisk utrustning.

För att kunna tillhandahålla bredbandstjänster till slutkund behöver en operatör försäkra sig om förbindelser mellan sitt eget nät och accessnätet som leder fram till slutkunden. Om operatören inte har tillgång till egen infrastruktur kan denne t.ex. köpa en elektronisk kommunikationstjänst i form av en grossistprodukt av en annan operatör. Infrastrukturbaserade grossistprodukter för elektronisk kommunikation har olika förädlingsgrad, där den lägsta förädlingsnivån är fysiskt tillträde till passiva ledningar, s.k. nätinfrastukturtillträde (NIT) och den mest förädlade nivån är en tjänst som i princip är färdig för försäljning till slutkund, s.k. återförsäljartjänster. Förädlade tillträdestjänster benämns bitströmstillträde (BIT). (Prop. 2010/11:115 s. 80.)

Efter öppen annonsering av en tjänstekoncession har Uppsalahem genom kontrakt ingånget 2012 exklusivt anlitat Telenor Sverige AB:s affärsområde Open Universe som kommunikationsoperatör (KO) för hela sitt fastighetsbestånd. Med KO avses i detta sammanhang att Telenor installerar, drift-sätter och övervakar den aktiva utrustning som krävs för att elektroniska kommunikationstjänster ska kunna tillhandahållas i Uppsalahems fysiska nät. Telenor erbjuder i allmänhet inte tjänster direkt till slutanvändare. I stället får operatörer (tjänstetillhandahållare) ingå avtal med Telenor om att tillhandahålla tjänster - t.ex. internetaccess, telefoni eller ip-tv - till slutanvändare genom Telenors aktiva utrustning. Telenor ger tjänstetillhandahållarna tillträde på bitströmsnivå till det aktiva nät som Telenor etablerat. Denna KO-modell innebär att slutanvändarna i Uppsalahems fastighetsnät kan välja mellan olika tjänstetillhandahållare ("öppet nät").

Giltighetstiden för det kontrakt om tjänstekoncession som Uppsalahem och Telenor ingick 2012 är åtta år, med option till förlängning om två gånger två år. Efter att kontraktet ingicks har Uppsalahem sagt upp det tidigare ingångna avtalet med Borderlight om rätt till ledningsutnyttjande. Detta avtal upphörde formellt den 30 juni 2014. Parterna ingick därefter nya avtal om nyttjande av ledningsrätter i angivna fastigheter som också har löpt ut, men Uppsalahem har accepterat att Borderlight har fortsatt nyttjanderätt till fastighetsnäten till dess frågan i nu aktuellt mål har avgjorts.

2. Borderlights ansökan

Borderlight ansökte den 6 oktober 2014 och den 25 mars 2015 om att Post- och telestyrelsen (PTS) med stöd av 4 kap. 13 a § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) ska förplikta Uppsalahem och/eller Telenor att mot marknadsmässig ersättning tillhandahålla gemensamt utnyttjande av ledningar i de allmänna kommunikationsnäten i Uppsalahems fastigheter: Fyrisvallsgatan 14 och 16 i Uppsala, med fastighetsbeteckning Libroäck 12:10 - vårdverksamheter i Uppsala landstings regi, och Ringgatan 6 i Uppsala, med fastighetsbeteckning Uppsala Luthagen 82:3 - en förskola i Uppsala kommuns regi.

3. PTS beslut

PTS beslutade den 9 mars 2016 att avslå Borderlights ansökningar med i huvudsak följande motivering. Den situation som råder i ärendet är särpräglad på så sätt att Borderlight de facto har kvar kontrollen över ett antal ledningar i Uppsalahems nät samtidigt som Telenor enligt det ingångna tjänstekoncessionsavtalet ska ha rollen som KO i hela Uppsalahems nät. Såvitt PTS kan bedöma har Uppsalahem i och för sig rätt att begära att Borderlight ska lämna ledningarna och att Telenor ska få använda dem enligt sitt KO-avtal. Uppsalahem har i förhandlingar med Borderlight påpekat möjligheten att fortsatt leverera tjänster i nätet men som tjänsteleverantör inom ramen för Telenors KO-avtal. PTS bedömer att Telenor har sådana rättigheter till de aktuella ledningarna att Telenor kan anses ha rådighet över dem i den mening som avses i 4 kap. 13 a § LEK. Rådighetsrekvisitet är därmed uppfyllt.

I ärendet har ingen part uttryckligen diskuterat alternativet att Borderlight skulle anlägga ett eget ledningsnät i de aktuella byggnaderna. Det är emellertid tydligt att kostnaderna för att anlägga ett parallellt fibernät inte rimligen kan motsvara den nytta för slutanvändarna som åtgärden skulle kunna ge och den är därmed inte lönsam i bemärkelsen ekonomiskt effektiv. Lönsamhetsrekvisitet är därmed uppfyllt.

Enligt 4 kap. 13 a § LEK gäller att PTS får ålägga förpliktelser om gemensamt utnyttjande av ledningar. Även när de angivna rekvisiten är uppfyllda finns det således inte någon rätt för en sökande av utverka ett beslut om förpliktelse. Utifrån såväl unionsrättsakterna som de svenska lagmotiven drar PTS slutsatsen att det är avsikten att myndigheten ska besluta om förpliktelse enligt bestämmelsen enbart i de fall gemensamt utnyttjande av ledningar kan bedömas medföra en så påtaglig fördel för slutanvändarna att det ingrepp i äganderätten som förpliktelsen innebär framstår som motiverat. Med andra ord ska åtgärden vara proportionell. KO-avtalet med Telenor har ingåtts efter ett öppet förfarande och därigenom i konkurrens. Det har i ärendet inte kommit fram att prisbildningen för slutanvändarna i Uppsalahems nät, med Telenors KO-avtal, skulle vara onormalt hög. Det finns inte heller några uppgifter som tyder på annat än att de tjänster som erbjuds slutanvändarna håller tillfredsställande kvalitet utifrån vad som normalt är fallet i ett svenskt fastighetsnät i flerfamiljshus. Vid en sammantagen bedömning är det inte visat att slutanvändarnas intressen skulle främjas i så hög grad av att PTS bifaller Borderlights ansökningar att det uppväger de betungande följderna för Telenor och Uppsalahem av en förpliktelse om gemensamt utnyttjande av ledningarna.

Sammanfattningsvis har det inte framkommit skäl att bifalla Borderlights ansökningar om gemensamt utnyttjande av ledningar i fastighetsnät enligt 4 kap. 13 a § LEK.

4. Förvaltningsrättens dom

Borderlight överklagade PTS beslut. Förvaltningsrätten i Stockholm (2017-03-20, ordförande Hedberg samt tre nämndemän) avslog överklagandet med i huvudsak följande motivering. Av uttalanden i förarbetena framgår att bestämmelsen i 4 kap. 13 a § LEK enbart ska tillämpas om konkurrenssituationen motiverar detta. För att det ska bli aktuellt att tillämpa bestämmelsen måste det därför föreligga konkurrensproblem hänförliga till nätets utnyttjande som inte kan lösas på frivillig väg. Med hänsyn till att de aktuella fastigheterna ägs av Uppsalahem, som till hundra procent ägs av Uppsala kommun, bör kommunen själv kunna påverka situationen för de omsorgsverksamheter som bedrivs på de aktuella fastigheterna om detta bedöms vara nödvändigt. Det är tveksamt om syftet med bestämmelsen är att PTS ska ingripa för att tillvarata intressen för sådana aktörer som själva bör ha möjlighet att fatta erforderliga beslut gällande fastighetsnätets tillgänglighet. Även om bestämmelsen skulle kunna vara tillämplig i den aktuella situationen har det inte framkommit att konkurrenssituationen är sådan att det är befogat med ett ingripande. Det är inte visat att det inte är möjligt att tillgodose de behov som omsorgs-verksamheterna på de aktuella fastigheterna har med andra kommunikationslösningar än de som Borderlight tillhandahåller. Det saknas därför skäl att ändra det överklagade beslutet.

Yrkanden m.m. i kammarrätten

1. Borderlight

Borderlight överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten skulle bifalla bolagets ansökningar om tillträde enligt 4 kap. 13 a § LEK samt fastställa villkoren för tillträde, alternativt återförvisa ärendena till PTS för fastställelse av tillträdesvillkor. Borderlight förde fram bl.a. följande.

PTS beslut och förvaltningsrättens dom leder till ett orimligt resultat och saknar insikt om hur de relevanta slutkundernas efterfrågan och behov av kommunikationstjänster har tillgodosetts samt att dessa i framtiden endast kan tillgodoses genom offentlig upphandling. Slutkundernas behov kan inte tillgodoses genom tillträde på den s.k. bitströmsnivå som Telenor erbjuder såsom Uppsalahems KO. Så länge fastighetsägaren/operatören vägrar svartfibertillträde på marknadsmässiga villkor kan de relevanta slutkundernas efterfrågan och krav på kvalitet inte säkerställas med mindre än den sökta åtgärden enligt 4 kap. 13 a § LEK.

Förvaltningsrätten har i sin dom inte berört eller analyserat någon av de flertal oklara och oprövade frågeställningar som den faktiska tillämpningen av bestämmelsen ger upphov till, t.ex. hur proportionalitetsprincipen i 1 kap. 2 § LEK ska tillämpas i förhållande till 4 kap. 13 a § LEK, vilka omständigheter som är relevanta att beakta i förhållande till konkurrenssituationen i varje enskilt fall, betydelsen av att slutkunderna upphandlat och kommer behöva upphandla datakommunikationstjänster via offentlig upphandling, vilken utredningsskyldighet som PTS respektive förvaltningsrätten har i ärenden som rör tillämpning av 4 kap. 13 a § LEK och vem som har bevisbördan för om åtgärder ska vidtas enligt bestämmelsen.

PTS och förvaltningsrättens bedömningar av konkurrenssituationen förbiser helt det faktum att de kundavtal som är ifråga utgör avtal som upphandlats genom offentlig upphandling och att detta påverkar den konkurrensbedömning som ska göras enligt 4 kap. 13 a § LEK. Denna brist på analys har medfört att förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av de rekvisit som finns i

bestämmelsen.

1.1. Utgångspunkter för att tillämpa 4 kap. 13 a § LEK

Det är svårt att se att PTS uppfattning att 4 kap. 13 a § LEK har fakultativ karaktär skulle ha stöd i förarbetena eller det bakomliggande ramdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG). Om bestämmelsen inte skulle innebära en rätt för sökanden att få en åtgärd i enlighet med bestämmelsen även om rekvisiten är uppfyllda skulle PTS godtyckligt kunna bevilja åtgärder för vissa fastigheter och avslå åtgärder i förhållande till en grannfastighet. En sådan ordning rimmar illa med de principer som anges i artikel 12.5 i ramdirektivet, dvs. att bestämmelserna ska tillämpas objektivt. Även PTS utgångspunkt att bestämmelsen enligt förarbetena ska tillämpas först efter noggrant övervägande kan ifrågasättas eftersom detta inte framgår av ramdirektivet. Vad regeringen synes avse är att PTS vid sin bedömning om 4 kap. 13 a § LEK är tillämplig noggrant ska utreda och väga det åtgärden kan medföra i form av bättre tjänster och lägre pris till slutkunden mot intrånget i egendomsskyddet för operatören/ fastighetsägaren. Inte heller anges det i förarbetena att det skulle krävas en påtaglig fördel för slutanvändarna för att åtgärder ska vidtas med stöd av 4 kap. 13 a § LEK.

1.2. Bevisbörda och utredningsskyldighet

Såväl PTS som förvaltningsrätten har lagt hela bevisbördan på Borderlight. Denna ensidiga placering av bevisbördan kan ifrågasättas. Borderlight har sökt åtgärden för att överhuvudtaget kunna leverera redan avtalade tjänster på slutkundernas redan krävda nivå och den som gynnas av ett tillträdesbeslut är i första hand slutkunden. PTS har i egenskap av tillsynsmyndighet ett ansvar för att konkurrensen upprätthålls och ansvar att tillse att ett ärende blir tillräckligt utrett. PTS bör ha bevisbördan för sådana omständigheter som ligger inom myndighetens tillsynsansvar, dvs. om en åtgärd enligt 4 kap. 13 a § LEK krävs och om en åtgärd är proportionerlig eller inte. PTS är den som har bäst möjligheter genom samrådsförfarandet och sina generella utredningsbefogenheter att erhålla bevisning för om det förekommer ett konkurrensproblem eller inte och i vilken utsträckning som det är proportionerligt att vidta åtgärder i förhållande till konkurrensproblemet. Inte heller förvaltningsrätten, som enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) har ett särskilt utredningsansvar och ska tillse att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver, har agerat för att målet skulle kunna avgöras på ett fullgott och korrekt faktaunderlag.

Den omständigheten att Uppsalahem har upphandlat Telenor som KO i ett offentligt förfarande innebär inte någon garanti för att de villkor som tillämpas i förhållande till nedströmsmarknaden och tjänsteleverantörerna är sådana att slutkunderna erhåller kvalitativa och prisvärda tjänster. Varken Uppsalahem eller Telenor har valt att ge in KO-avtalet till PTS, som inte heller har begärt in detta. PTS kan därför knappast ha analyserat vilka åtaganden Telenor gjort i förhållande till Uppsalahem samt vilka tjänster och priser som ska erbjudas respektive tas ut av tjänsteleverantörerna och som påverkar situationen för slutkunderna. PTS har inte heller utrett vilka tjänster som t.ex. kommunala och landstingsdrivna verksamheter faktiskt efterfrågar och om denna efterfrågan kan tillgodoses enbart med bitströmstjänsterna inom KO-avtalet eller om denna efterfrågan kan tillgodoses på annat sätt.

PTS slutsats att det inte finns något som tyder på att prisbilden för slutanvändarna med Telenors KO-avtal skulle vara onormalt hög eller att tjänsterna i det håller en tillfredsställande kvalitet är anmärkningsvärd eftersom PTS inte har begärt in och granskat varken Komnät 2009 steg

3-avtalet eller KO-avtalet för att kunna avgöra i vilken utsträckning

slutkunderna kan tillgodoses och vilka alternativ som finns. Villkoren i det avtal genom vilket Uppsalahem erbjöd Borderlight tillträde på svartfibernivå när ärendet hos PTS pågick var inte acceptabla, men visar tydligt att även Uppsalahem genom att erbjuda sådant tillträde insett att leverans enligt Komnät-avtalet kräver just svartfibertillträde. Trots detta anser både PTS och förvaltningsrätten att det inte finns något konkurrensproblem som föranleder ingripande med stöd av 4 kap. 13 a § LEK. PTS utredning i detta avseende är minst sagt bristfällig och förvaltningsrättens egen utredning i det närmaste obefintlig. Bedömningarna grundas på ett ofullständigt faktaunderlag.

Såsom förvaltningsrätten anfört äger Uppsala kommun visserligen Uppsalahem till hundra procent, men Uppsala läns landsting äger inte någon andel i Uppsalahem. Landstinget har inte någon möjlighet att via ägarband påverka Uppsalahem. Hyresgäster som är upphandlande myndigheter kan inte utan offentlig upphandling köpa datakommunikationstjänster av sin hyresvärd, dennes KO eller de tjänsteleverantörer som finns i nätet. Förvaltningsrätten har lagt felaktiga och ofullständiga omständigheter till grund för sin dom.

1.3. Marknadsmässiga villkor

Innan ansökningarna gavs in till PTS har Borderlight försökt att på frivillig väg få till stånd svartfibertillträde, vilket dock nekades av Uppsalahem genom att de villkor som erbjöds var orimliga. De kommunala och landstingsdrivna verksamheterna har bevisligen inte haft någon möjlighet att påverka Uppsalahem att ge tillträde på marknadsmässiga villkor. Avtalsdiskussionen om tillträdesvillkor mellan Borderlight och Uppsalahem, som PTS har tillgång till, torde dock utgöra ett gott underlag för PTS att, efter återförvisning, pröva och besluta om marknadsmässiga villkor för tillträde till ledningarna enligt 4 kap. 13 a § LEK.

1.4. Upphandlingsrättsliga aspekter

Eftersom hyresvärden Uppsalahem och operatören Telenor inte medger Borderlight tillträde på svartfibernivå kan slutkunderna inte fortsätta att erhålla tjänsterna med den kvalitet och på den kravnivå som upphandlats enligt lag. Med PTS och förvaltningsrättens resonemang tvingas därmed slutkunderna att antingen direktupphandla sitt behov på ett otillåtet sätt från Telenor eller genomföra ett nytt annonserat upphandlingsförfarande för att söka nödvändig konkurrens om sin tjänsteanskaffning. Båda dessa alternativ är negativa från konkurrenssynpunkt.

Slutkunderna har genom offentlig upphandling utsett Borderlight som den mest konkurrenskraftiga leverantören. En sänkning av kravbild eller ett påtvingat leverantörsbyte under avtalstiden snedvrider konkurrensen. Uppsala läns landsting har framfört att relevant efterfrågan av data-kommunikationstjänster förutsätter svartfibertillträde - inte bitströmstillträde. De nu aktuella slutkunderna kan därför inte via KO-avtalet erhålla leverans med den tjänstekvalitet som gäller enligt det upphandlade Komnät-avtalet.

1.5. Egendomsskydd och proportionalitet

Telenor lider inte någon skada av intrånget i Telenors förfoganderätt ur ett kapacitetsperspektiv eftersom ett svartfibertillträde inte på något sätt skulle hindra eller försvåra Telenors, eller deras tjänsteleverantörs, leveranser av datakommunikation till slutkunderna i Uppsalahems fastigheter. De affärsmässiga konsekvenser som Telenor skulle drabbas av på kort sikt om Borderlight ges tillträde är obefintliga. Borderlight har avtal med de nu aktuella slutkunderna och dessa kunder kan civilrättslig inte vända sig till Telenor eller Telenors tjänsteleverantör för att köpa datakommunikationstjänster, i vart fall inte så länge Komnät 2009 steg 3-avtalet fortfarande är gällande. Eftersom de kunder som aktualiseras i Borderlights ansökan har ett behov som inte kan tillgodoses genom bitströmstillträde av Telenor eller dess tjänsteleverantörer är det svårt att se att Telenor på lång sikt skulle lida någon affärskonsekvens av

ekonomisk natur om Borderlight medgavs svartfibertillträde, såvida inte Telenor själv börjar tillhandahålla svartfibertillträde. Enligt förarbetena till bestämmelsen är intrånget i äganderätten normalt försumbar för fastighetsägaren.

2. PTS

PTS ansåg att överklagandet skulle avslås. För det fall kammarrätten skulle bifalla överklagandet och medge det sökta tillträdet ansåg PTS att kammarrätten borde återförvisa ärendet till PTS för att myndigheten, som första instans, skulle kunna fastställa villkor för tillträdet. PTS anförde bl.a. följande.

2.1. Utgångspunkter för att tillämpa 4 kap. 13 a § LEK

PTS har ett övergripande uppdrag att verka för en effektiv konkurrens på marknaden för elektronisk kommunikation. För det fall samtliga rekvisit som framgår av 4 kap. 13 a § LEK är uppfyllda och ett ingripande enligt bestämmelsen anses proportionerligt ska PTS ingripa om det bedöms lämpligt mot bakgrund av myndighetens övergripande uppdrag. En sådan bedömning ska göras utifrån en objektiv prövning där lika fall behandlas lika. Den omständigheten att den aktuella bestämmelsen är fakultativ medför alltså inte att PTS kan tillämpa möjligheten att ålägga en förpliktelse om gemensamt nyttjande på ett godtyckligt sätt.

2.2. Bevisbörda och utredningsskyldighet

Som Borderlight berör i sitt överklagande innehåller inte LEK några anvisningar om bevisbördans placering vid tillämpning av den aktuella bestämmelsen. Det saknas också sådan anvisning i förarbetena till bestämmelsen.

I beredningen av ärendet har PTS bl.a. genomfört ett sådant offentligt samråd som enligt 8 kap. 8 § LEK ska föregå ett beslut om förpliktigande i enlighet med 4 kap. 13 a § LEK samt haft möten med berörda parter. Mot bakgrund av det som framkommit under det offentliga samrådet och det som framförts av parterna i övrigt har myndigheten haft tillräckligt underlag för att kunna fatta ett välgrundat beslut i ärendet. PTS anser därför att myndigheten har uppfyllt det utredningsansvar som följer av officialprincipen. Om Borderlight anser att det har saknats underlag i ärendet som bolaget velat åberopa till stöd för sin ansökan har det varit upp till bolaget att tillföra det till ärendet.

2.3. Marknadsmässiga villkor

Det har inte framkommit att slutanvändarna nekas tillgång till erforderliga och prisvärda nättjänster. 4 kap. 13 a § LEK kan inte anses medföra att en slutkund ska ha en ovillkorlig rätt att välja vilken operatör som ska leverera en efterfrågad kommunikationstjänst till sina lokaler. PTS ifrågasätter inte Borderlights uppgifter om att de verksamheter som Landstinget i Uppsala län och Uppsala kommun bedriver i de aktuella lokalerna medför att de behöver tillgång till kommunikationstjänster av viss kvalitet. Det har dock inte framkommit något i målet som visar att landstinget eller kommunen skulle nekas tillgång till sådana kommunikationstjänster som de efterfrågar till rimliga villkor om de vänder sig till sin hyresvärd och/eller Telenor. Borderlight anger själv i överklagandet att Uppsalahem har erbjudit bolaget tillträde på svartfibernivå efter det att Borderlight ansökt om ett förpliktigande till gemensamt utnyttjande hos PTS. Det tyder enligt PTS på att KO-avtalet mellan Uppsalahem och Telenor inte medför hinder för Uppsalahems hyresgäster att åstadkomma anpassade kommunikationslösningar i det aktuella fastighetsnätet. Det kan inte uteslutas att de erbjudna villkoren motsvarar vad PTS skulle bedöma som marknadsmässiga villkor vid förpliktigande om gemensamt nyttjande enligt den aktuella bestämmelsen.

2.4. Upphandlingsrättsliga aspekter

Borderlight har efter ett upphandlingsförfarande tilldelats uppdraget att leverera kommunikationslösningar till landstinget och kommunen. Det får anses ankomma på Borderlight att se till att bolaget har de resurser som krävs för att bolaget ska kunna fullgöra sina åtaganden enligt den aktuella upphandlingen. Det finns inget som tyder på att bestämmelsen är avsedd att möjliggöra gemensamt nyttjande av ledningar för en viss leverantör av kommunikationstjänster enbart mot den bakgrunden att leverantören har tilldelats ett sådant uppdrag genom upphandling.

Såvitt PTS förstår finns det inget i det upphandlingsrättsliga regelverket som medför att landstinget och kommunen inte skulle ha möjlighet att upphandla en annan leverantör om Borderlight inte kan leverera de kommunikationslösningar som upphandlats. Vidare innehåller det inköpsavtal som ingåtts mellan Borderlight och kommunen med anledning av aktuell upphandling såväl hävningsgrunder som befrielsegrunder, vilket tyder på att parterna inte är låsta till genomförd upphandling under alla förutsättningar.

Det är inte visat att landstinget och kommunen saknar möjlighet att få tillgång till erforderliga och prisvärda nättjänster om dessa inte levereras av Borderlight i enlighet med genomförd upphandling. Det kan inte heller anses visat att KO-avtalet mellan Uppsalahem och Telenor har sådana effekter för slutanvändare som är upphandlande myndigheter att det är motiverat med ett ingripande enligt 4 kap. 13 a § LEK.

2.5. Egendomsskydd och proportionalitet

PTS har gjort bedömningen att ett förpliktigande att tillhandahålla Borderlight gemensamt nyttjande inte är proportionerligt i förhållande till vad ett sådant förpliktigande skulle innebära för Uppsalahem.

Mot bakgrund av förarbetsuttalandena till 4 kap. 13 a § LEK och de utgångspunkter för tillämpningen av LEK som anges i 1 kap. 1 § gör PTS bedömningen att det måste göras en avvägning mellan äganderätten, som får anses omfatta möjligheten för en fastighetsägare att fritt välja avtalsmodell, och slutanvändarnas behov av säkra samt effektiva tjänster. Ett avsteg från äganderätten, genom en tillämpning av den aktuella bestämmelsen, kan då vara motiverad om det medför bättre och mer prisvärda tjänster till slutanvändarna.

Kammarrätten i Stockholm, (2018-04-04, Linder, Briheim Fällman, referent, och Odung), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om Uppsalahem och/eller Telenor ska förpliktas att tillhandahålla Borderlight gemensamt utnyttjande av vissa ledningar i de fibernät som finns i byggnader på fastigheter ägda av Uppsalahem och där Telenor har anlitats som kommunikationsoperatör.

2. Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 1 § LEK syftar bestämmelserna i lagen 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.

Av 1 kap. 2 § LEK framgår att åtgärder som vidtas med stöd av lagen inte får vara mer ingripande än som framstår som rimligt och ska vara proportionella med hänsyn till lagens syfte och övriga intressen som anges i 1 §.

I 4 kap. 13 a § LEK anges att en operatör, eller någon som äger ledningar i ett

allmänt kommunikationsnät som operatören råder över, får efter ansökan av annan förpliktas att mot marknadsmässig ersättning tillhandahålla gemensamt utnyttjande av ledningarna i en byggnad eller fram till första utlopps- eller förgreningsstället. En sådan skyldighet får åläggas endast om anläggning av ytterligare infrastruktur bedöms olönsam eller fysiskt ogenomförbar.

Bestämmelsen i 4 kap. 13 a § LEK infördes i lagen den 1 juli 2011 och föranleddes av ändringar i artikel 12 i ramdirektivet. I skäl 43 till ändringsdirektivet anges bl.a. att det är nödvändigt att stärka medlemsstaternas befogenheter gentemot innehavare av ledningsrätter för att säkerställa tillträde eller idrifttagande av nya nätinfrastukturer på ett rättvist, effektivt och miljöansvarigt sätt och att ett förbättrat gemensamt utnyttjande av faciliteter kan förbättra konkurrensen markant. Av artikel 12.3 i ramdirektivet framgår att medlemsstaterna ska säkerställa att de nationella myndigheterna, efter en skälig tid av offentligt samråd under vilken samtliga berörda parter ges tillfälle att yttra sig, också har befogenhet att införa skyldigheter angående gemensamt utnyttjande av bl.a. kablar inuti byggnader för innehavarna av nyttjanderätter och/eller för ägaren till kablarna, om detta är motiverat på grund av att duplicering av sådan infrastruktur skulle bli olönsamt eller fysiskt ogenomförbart. Enligt artikel 12.5 samma direktiv ska de åtgärder som vidtas av en nationell regleringsmyndighet vara objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella.

I förarbetena till 4 kap. 13 a § LEK (prop. 2010/11:115) uttalas bl.a. följande. Artikel 12.3 i ramdirektivet innebär att möjligheten att förplikta om gemensamt utnyttjande, oberoende av eventuell SMP-status, utökas till att också omfatta kablar inuti byggnader i de fall där det såväl av praktiska som ekonomiska skäl saknas förutsättningar för nyanläggningar och medför att kretsen som kan komma att träffas av en skyldighet utvidgas till att inte endast omfatta operatörer utan också andra ägare till sådana ledningar. Bestämmelsen har beslutats i syfte att stärka konkurrensen och tar sikte på de kundniska anslutningarna till enskilda hushåll och företag i accessnätet som utgör en s.k. flaskhalsresurs för att leverera bredbandstjänster. Den operatör som är först med att etablera sig som tjänsteleverantör till slutkunder kan utnyttja hela nätinfrastrukturens kapacitet och därmed stänga ute konkurrenter. Det förekommer att fastighetsägare ingår långa avtal med operatörer där operatörerna ges en exklusiv rätt att etablera och nyttja nätinfrastuktur och att andra tjänsteleverantörers möjligheter att etablera ett nät eller tillhandahålla tjänster till slutanvändarna i huset därmed förhindras. När sådana upplåtelse skett bör operatören som råder över ledningarna kunna åläggas skyldighet att lämna tillträde enligt bestämmelsen. I de fall operatören inte själv innehar ledningarna utan endast använder sig av dem för att tillhandahålla tjänster får motsvarande förpliktelse åläggas också den som äger ledningarna, t.ex. byggnads- eller fastighetsägaren. Förpliktelsen kan då aldrig gå längre än vad som svarar mot den förpliktade operatörens rätt att utnyttja ledningarna för att tillhandahålla tjänster. Bestämmelsen kan inte grunda rätt till annat än gemensamt nyttjande av befintliga ledningar (s. 79 f. och s. 165).

Eftersom ledningar inuti byggnader normalt utgör fast egendom om de ägs av fastighetsägaren innebär den nu föreslagna bestämmelsen att fastighetsägares grundlagsfästa egendomsskydd enligt 2 kap. 15 § regeringsformen och egendomsskyddet enligt artikel 17 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna påverkas i de fall bestämmelsen medför att fastighetsägarens möjlighet att fritt disponera ledningarna begränsas. I enlighet med artikel 8.5 c i ramdirektivet och femte punkten i artikel 12 i ramdirektivet ska de nationella regleringsmyndigheterna tillämpa objektiva, öppna, icke-diskriminerande och proportionella regleringsprinciper bl.a. genom att skydda konkurrensen till förmån för konsumenterna och, när så är möjligt, främja infrastrukturbaserad konkurrens. Det sagda innebär att bestämmelsen bör tillämpas först efter noggrant övervägande. Att den föreslagna bestämmelsen i begränsad omfattning inkräktar på egendomsskyddet är då motiverat med hänsyn till den förväntade samhällsnyttan i form av bättre och mer prisvärda tjänster till slutanvändare som förbättrad konkurrens medför. Av proportionalitetsprincipen

i LEK får vidare anses följa att förpliktelser bör åläggas först om möjligheten till frivilliga överenskommelser är uttömd. Utgångspunkten bör, liksom beträffande bestämmelserna om samlokalisering och gemensamt utnyttjande i 4 kap. 14 § LEK, vara att gemensamt utnyttjande av egendom eller annat i första hand ska främjas på grundval av frivilliga överenskommelser (s. 83).

Frågan om en operatörs ansökan om gemensamt utnyttjande bör bifallas får avgöras med hänsyn till konkurrenssituationen i varje enskilt fall med beaktande av att en förpliktelse enligt paragrafen enligt 1 kap. 2 § inte får vara mer ingripande än vad som framstår som rimligt och ska vara proportionell med hänsyn till lagens syften. Bedömningen bör också innefatta hänsyn till parternas möjligheter att nå frivilliga uppgörelser (s. 166).

Kammarrätten har bl.a. i avgörandet RK 2011:2 uttalat sig om proportionalitetsprincipen. Övergripande innebär proportionalitetsprincipen att de medel som används vid offentlig maktutövning mot enskilda måste stå i rimligt förhållande till det som eftersträvas med åtgärderna. Det går knappast att ge någon i alla sammanhang tillämplig närmare definition av proportionalitets-principen. I EU-rättsliga sammanhang har ofta angetts tre kriterier. För det första prövas om åtgärden är ägnad att tillgodose ändamålet. För det andra prövas om det finns mindre ingripande alternativ för att uppnå ändamålet. Slutligen prövas om den fördel åtgärden medför står i rimlig proportion till den skada åtgärden kan orsaka för de berörda.

3. Kammarrättens bedömning

3.1. Tillämpningen av 4 kap. 13 a § LEK

Genom att det i 4 kap. 13 a § LEK anges att en operatör m.fl. efter ansökan av annan får förpliktas att tillhandahålla gemensamt utnyttjande av ledningar i en byggnad framgår att bestämmelsen har fakultativ karaktär. Detta betyder att det inte finns någon skyldighet för PTS att besluta om förpliktelse utan myndigheten ska göra en bedömning i det enskilda fallet utifrån vad som förts fram till stöd för ansökan och vad som i övrigt kommit fram i ärendet. Sökanden har alltså inte någon rätt att utverka ett beslut om förpliktelse även om rådighets- och lönsamhetsrekvisitet i bestämmelsen bedöms vara uppfyllda. Även om bestämmelsen är fakultativ ska bedömningen av om rekvisiten i bestämmelsen är uppfyllda och om ett ingripande är proportionerligt i det enskilda fallet göras utifrån en objektiv prövning. Detta innebär inte att PTS godtyckligt kan bestämma i vilka situationer som en ansökan ska beviljas eller avslås.

PTS kan besluta om förpliktelse enligt 4 kap. 13 a § LEK endast under förutsättning att någon har ansökt om att en operatör eller ägare av ledningar ska förpliktas att tillhandahålla gemensamt utnyttjande av ledningarna. PTS kan inte i sin egenskap av tillsynsmyndighet på eget initiativ pröva frågan om ett sådant ingripande mot t.ex. en operatör. I ett sådant ansökningsärende är det sökanden som ska visa att förutsättningarna för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda.

PTS har med anledning av Borderlights ansökan genom ett samrådsförfarande berett berörda parter och andra som kan ha intresse i saken tillfälle att yttra sig över ansökan. PTS har också inhämtat viss information om det avtal genom vilket Uppsalahem anlitat Telenor som KO för hela sitt fastighetsbestånd. Enligt kammarrättens uppfattning får denna utredning anses vara tillräcklig mot bakgrund av vad som framkommit i målet och kammarrätten bedömer därför att varken PTS eller förvaltningsrätten har brustit i sin utredningsskyldighet.

Bestämmelserna i LEK syftar till att tillgodose konkurrensen på marknaden till förmån för slutanvändarna, inte en enskild operatör. Den omständigheten att Borderlight behöver tillträde till svartfiber för att kunna uppfylla civilrättsliga avtal som träffats till följd av en offentlig upphandling kan inte i sig utgöra skäl för att med stöd av 4 kap. 13 a § LEK förplikta om gemensamt utnyttjande av

ledningarna. Inte heller kan den omständigheten att en slutkund, till följd av genomförd eller framtida upphandling, uppställt krav som förutsätter tillträde till svartfiber i sig utgöra skäl för sådan förpliktelse.

3.2. Proportionalitetsbedömningen

Ledningar inuti byggnader utgör normalt fast egendom om de ägs av fastighetsägaren. En förpliktelse enligt 4 kap. 13 a § LEK att tillhandahålla gemensamt utnyttjande av ledningar innebär därmed att fastighetsägarens grundlagsfästa egendomsskydd påverkas på så sätt att fastighetsägarens möjlighet att fritt disponera ledningarna begränsas. Som framgått ovan betonas i förarbetena att bestämmelsen bör tillämpas först efter noggrant övervägande och att det faktum att bestämmelsen i begränsad omfattning inkräktar på egendomsskyddet då är motiverat med hänsyn till den förväntade samhällsnyttan i form av bättre och mer prisvärda tjänster till slutanvändare som förbättrad konkurrens medför.

Uppsalahems anlitan av Telenor som KO för sitt fastighetsbestånd har föregåtts av ett offentligt förfarande och därmed i sig varit utsatt för konkurrens. I målet har inte framkommit annat än att den KO-modell som avtalats innebär att slutanvändarna i Uppsalahems fastighetsnät kan välja mellan olika tjänstetillhandahållare genom att det är ett s.k. öppet nät. Borderlight har samma möjligheter som andra tjänstetillhandahållare att teckna avtal med Telenor och härigenom få möjlighet att tillhandahålla sina slutanvändare kommunikationstjänster. Ett myndighetsingripande är alltså inte nödvändigt för att skapa effektiv konkurrens genom att ge fler operatörer möjlighet att tillhandahålla tjänster till slutanvändarna i fastighetsnätet. Det har inte heller framkommit att KO-avtalet medför att priset för slutanvändarna blir onormalt högt. Däremot medför avtalet med Telenor som KO att endast förädlade bredbandstjänster (bitström) kan levereras till slutkunderna. Enligt kammarrättens mening kan emellertid inte enbart det förhållandet att en slutanvändare ställer vissa särskilda krav på förbindelserna vara tillräckligt för att vidta en så ingripande åtgärd som ett förpliktande enligt 4 kap. 13 a § LEK innebär.

Den sökta åtgärden står därför inte i rimlig proportion till den skada som åtgärden kan orsaka för de berörda vid ett ingrepp i Uppsalahems egendomsskydd och det avtal som träffats med Telenor.

3.3. Slutsats

Kammarrätten anser sammanfattningsvis att PTS har haft fog för sitt beslut att inte förplikta Uppsalahem och/eller Telenor att tillhandahålla Borderlight gemensamt utnyttjande av de i målet aktuella ledningarna. Överklagandet ska därför avslås.

Kammarrättens avgörande. Kammarrätten avslår överklagandet.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2010/11:115 s. 79 f. och 165 f.
