



KLAGANDE

Huawei Technologies Sweden AB, 556595-6827

Ombud: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

MOTPART

Post- och Telestyrelsen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 22 juni 2021 i mål nr 24231-20 och 2378-21

SAKEN

Tillämpning av lagen om elektronisk kommunikation

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår begäran om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.
 2. Kammarrätten avslår överklagandet.
-

BAKGRUND

1. PTS beslut och tillståndsvillkoren

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.

PTS beslutade den 20 januari 2021 att bevilja tillstånd till ovanstående operatörer. Tillstånden förenades med de villkor som nämnts ovan.

Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) överklagade PTS beslut till förvaltningsrätten och yrkade bl.a. att de villkor om förbud att använda produkter från bl.a. Huawei som anges i punkten 28 under beslutspunkt 2 respektive under beslutspunkt 3 (med hänvisning till punkten 28) och villkoret om förbud mot funktioner eller personal placerade i utlandet som anges i punkten 30 under beslutspunkt 2 i beslutet den 20 oktober 2020

(mål nr 24231-20) samt motsvarande villkor i beslutet den 20 januari 2021 (mål nr 2378-21) skulle upphävas. Huawei yrkade i andra hand att de överklagade besluten skulle undanröjas avseende ovan nämnda villkor och att målen skulle visas åter till PTS för ny handläggning av villkoren. Huawei yrkade också att domstolen skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

2. Förvaltningsrättens dom

Förvaltningsrätten avslag yrkandet om att inhämta förhandsavgörande och överklagandena i övrigt med bl.a. följande motivering.

PTS har genom samråd inhämtat relevant utredning i fråga om de säkerhetsmässiga krav som föreskrivs i 3 kap. 6 § första stycket 7 och 11 § första stycket 10 lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, LEK. Den omständigheten att PTS och Säkerhetspolisen inte har vänt sig direkt till Huawei medför inte i sig att myndigheternas utredning ska underkännas. PTS handläggning har tillgodosett de krav som ställs enligt såväl den förvaltningsrättsliga officialprincipen som den EU-rättsliga omsorgsprincipen och PTS har därför uppfyllt sin utredningsskyldighet.

PTS har inte heller kommunicerat med Huawei. Regeln om undantag från kommunikation ska tolkas snävt. Det har inte varit uppenbart obehövt att kommunicera med Huawei och PTS har därför brutit i sin kommunikationsskyldighet. De överklagade besluten har dock inte blivit materiellt felaktiga och det saknas därför skäl att upphäva dessa och återförvisa ärendet till PTS för ny handläggning. Bristerna i fråga om kommunikering föranleder därför inte någon åtgärd.

Det har inte framkommit att vare sig PTS eller samrådsmyndigheterna har låtit sig vägledas av ovidkommande hänsyn eller andra intressen än de som de är satta att tillgodose. PTS handläggning uppfyller kraven på saklighet

och objektivitet. PTS, Säkerhetspolisen och Försvarmakten är förvaltningsmyndigheter som är underordnade regeringen och likställda i förhållande till varandra. Bestämmelsen i 12 kap. 2 § regeringsformen tar inte sikte på den omständigheten att en förvaltningsmyndighet begär in yttranden från andra förvaltningsmyndigheter. Samrådsmyndigheterna har inte någon möjlighet att bestämma hur PTS ska besluta i ett enskilt ärende.

De överklagade villkoren riktar sig mot operatörer som beviljats tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden. Huawei kan inte bli föremål för tillsynsåtgärder rörande efterlevnaden av villkoren. Det Huawei för fram om att definitionen av centrala funktioner är otydlig utgör inte skäl att upphäva dessa.

Det har inte funnits någon skyldighet för PTS att anmäla villkoren i besluten i enlighet med anmälningdirektivet (direktiv EU 2015/1535 om ett informationsförfarande beträffande tekniska föreskrifter och beträffande föreskrifter för informationssamhällets tjänster). Inte heller har det förelegat någon skyldighet att anmäla bakomliggande lagstiftning i LEK eller FEK (förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation).

Det aktuella beviskravet i LEK – att det kan antas att radioanvändningen kommer att orsaka skada – innebär att det ska finnas objektiva grunder för antagandet. Beviskravet är därför förenligt med EU-rätten. Det saknas skäl att ifrågasätta bedömningen att Folkrepubliken Kina (i fortsättningen Kina) bedriver säkerhetshotande verksamhet mot Sverige och att det kan antas att verksamheten kan komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Även med beaktande av den bevisning som Huawei fört fram, ger PTS bevisning stöd för slutsatsen att det kan antas att det finns sådana kopplingar mellan den kinesiska staten och Huawei att den kinesiska staten kan utöva påtryckningar mot Huawei genom den kinesiska underrättelselagen och genom fackföreningars koppling till den kinesiska staten. Vidare ger utredningen stöd för att påtryckningar mot Huawei skulle kunna innebära att radioanvändning hos operatörer som använder produkter från Huawei i

centrala funktioner kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Samrådsmyndigheternas analys och bedömning ger också stöd för att det kan antas att amerikanska handelsrestriktioner kan påverka Huawei's förmåga att leverera nödvändiga produkter för svenska 5G-nät på ett sätt som kan orsaka skada för säkerheten. Om centrala funktioner är beroende av funktioner eller personal placerade i utlandet kan situationer uppstå där förbindelserna mellan Sverige och utlandet bryts. Detta kan medföra att nätens funktionalitet skadas allvarligt, vilket kan antas orsaka skada för Sveriges säkerhet. Det finns därför skäl för att förena tillstånden med de aktuella villkoren om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Utredningen i målet ger stöd för att säkerheten i svenska 5G-nät kan påverkas även om det enbart finns sårbarheter i form av teknisk utrustning i delar av nätet som inte avser radioanvändning. Sådan utrustning får dock anses vara relaterad till radioanvändningen. Även förarbetsuttalandet om att det bör vara möjligt att utesluta bl.a. servicepersonal talar för att ändamålet med bestämmelsen i 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK inte enbart är begränsat till de delar av nätet som avser radioanvändning. Villkor för tillstånd att använda radiosändare får därför avse samtliga delar av nätet som kan ha betydelse för Sveriges säkerhet. PTS har därför inte gått utanför sin behörighet genom att besluta om de överklagade villkoren som avser förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner och villkoret om funktioner eller personal placerad i utlandet.

De direktiv som reglerar den inre marknaden för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster är tillämpliga på de överklagade besluten. Därmed är också EU-rätten, vilket innefattar EU:s rättighetsstadga, (Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) tillämplig – även om auktorisationsdirektivet (direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster) inte anger att tillstånd till radioanvändning kan förenas med villkor till skydd för bl.a. nationell säkerhet eller försvar. Villkoren i de delar som förbjuder användningen av produkter från Huawei och villkoret angående funktioner eller personal placerade i utlandet

inverkar menligt på den fria rörligheten för varor och arbetstagare samt etableringsfriheten. Besluten innebär också en begränsning av Huaweis rätt att bedriva sin näringsverksamhet. De inskränkningar av fri- och rättigheter som besluten innebär uppfyller dock kravet på proportionalitet genom att de är ägnade att skydda Sveriges säkerhet vid radioanvändning och mindre omfattande åtgärder skulle inte vara tillräckliga. Villkoren är inte heller mer långtgående än vad som behövs för att skydda Sveriges säkerhet och förbudet mot produkter från Huawei i centrala funktioner står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för Huawei och andra intressenter. Slutligen bryter villkoren inte heller mot artikel 18 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget.

YRKANDEN M.M.

1. Huawei

Huawei yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom ska upphäva de villkor om förbud mot att använda produkter från Huawei och ZTE som anges i punkten 28 under beslutspunkt 2 och 3 samt villkoret om förbud mot funktioner eller personal placerade i utlandet i punkten 30 under beslutspunkt 2 i PTS beslut. I andra hand yrkas att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens dom och de överklagade besluten och återförvisa ärendena till PTS för förnyad handläggning. Det yrkas vidare att kammarrätten ska inhämta förhandsbesked från EU-domstolen.

Huawei anför bl.a. följande. PTS beslut har tillkommit på ett sätt som strider mot EU-rätten och den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR, m.m. Det föreligger ett stort antal handläggningsfel hos PTS. Kina kan inte påverka anställda inom Huawei att spionera eller vidta sabotage mot Sverige. Varken den kinesiska underrättelselagen eller Huaweis ägarstruktur möjliggör något sådant.

Huawei åberopar vittnesutsagorna från förvaltningsrätten, ingivna sakkunnigutlåtanden och en hel del ytterligare skriftlig bevisning.

2. PTS

PTS bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. att förvaltningsrättens domslut är riktigt och det saknas därför skäl att ändra detta.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om PTS beslut att förena beviljade tillstånd med vissa villkor av betydelse för Sveriges säkerhet är förenligt med svensk och/eller internationell rätt.

Vid handläggningen hos PTS och i förvaltningsrätten var det LEK som var tillämplig lag. Den lagen upphörde att gälla den 3 juni 2022 och i stället infördes lagen (2022:482) om elektronisk kommunikation, i fortsättningen NLEK. Genom denna lag genomförs också kodexen (direktiv 2018/1972 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation). Några övergångsbestämmelser av betydelse för de här målen finns inte. Vid den nu aktuella prövningen är därmed NLEK tillämplig. I materiellt hänseende innebär den nya lagen inte någon förändring avseende nu aktuella frågor.

I det följande behandlar kammarrätten först ett antal formella invändningar mot besluten och processen. Därefter görs en bedömning av besluten i sak och dessas rättsverkningar gentemot Huawei.

2. Processuella frågor

2.1. Borde PTS ha kommunicerat med Huawei?

2.1.1. Vad parterna anfört

Huawei anser att PTS brutit mot kommunikationsskyldigheten i 25 § förvaltningsprocesslagen (2017:900) och för fram bl.a. följande. Myndigheters kommunikationsskyldighet är ett utflöde av artikel 6 i EKMR och följer också av artikel 41.2 i EU:s rättighetsstadga. Det är tillräckligt att en myndighets beslut har en viss effekt i förhållande till en enskild för att myndighetens kommunikationsskyldighet enligt EU:s rättighetsstadga ska inträda. Förvaltningsrätten har rätteligen kommit fram till att PTS felaktigt inte har beaktat Huawei som part och därmed har brutit mot kommunikationsskyldigheten i förvaltningslagen. Förvaltningsrätten har dock inte gjort en korrekt bedömning av vilken rättsföljd detta får. Förvaltningsrätten har genom att bedöma några av de processuella felaktigheterna isolerat och utan att ta hänsyn till att Huawei ska anses som part hos PTS, inte beaktat vilka konsekvenser detta får för övriga processuella felaktigheter. På grund av att PTS inte har kommunicerat något material med Huawei innan besluten fattades har besluten tillkommit på ett sätt som strider mot EU-rätten, EKMR och förvaltningslagen. Detta handläggningsfel strider mot grundläggande rättssäkerhetsgarantier och innebär att PTS beslut ska undanröjas.

PTS för fram bl.a. följande. Kammarrätten har i avgörandet den 16 december 2020 (mål nr 7432-20) uttalat att Huawei inte är part i ärendet rörande tilldelning av tillstånd men att företaget är en sådan aktör vars rättigheter påverkas negativt av PTS beslut. Därför har kammarrätten funnit att Huawei enligt 8 kap. 19 a § LEK har rätt att överklaga PTS beslut i nu aktuella delar. Det är svårt att se några skäl för att begreppet part i 8 kap.

19 a § LEK skulle ha en annan betydelse än vad det har i 10 och 25 §§ förvaltningslagen.

2.1.2. Lagstiftning m.m.

Enligt 25 § förvaltningslagen ska en myndighet innan den fattar ett beslut i ett ärende, om det inte är uppenbart obehövt, underrätta den som är part om allt material av betydelse för beslutet och ge parten tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över materialet.

I artikel 41.1 i EU:s rättighetsstadga anges att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner, organ och byråer.

I artikel 41.2 a i EU:s rättighetsstadga anges att denna rättighet innebär en rätt att bli hörd innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne.

I förarbetena till förvaltningslagen anges bl.a. följande avseende begreppet part. Med sökande avses den som hos en myndighet ansöker om en åtgärd som är reglerad i den offentlighetsrättsliga lagstiftningen. En klagande är den som överklagar ett förvaltningsbeslut. Det kan vara en sökande som fått avslag på sin framställning eller någon som drabbats av ett ingripande och vill att beslutet ska upphävas eller ändras. Uttrycket annan part inbegriper bl.a. den som är föremål för ett tillsynsärende och därmed intar ställning som s.k. förklarande part. Den som i någon annan egenskap har ett intresse i saken anses normalt inte som part i första instans. Skulle dennes intresse i saken vara av sådan art att han eller hon tillerkänns klagorätt kan personen i fråga bli part i högre instans. Intressenten uppträder då som klagande i det ärende som inleds genom överklagandet (prop. 2016/17:180 s. 79).

2.1.3. Kammarrättens bedömning

Inledningsvis vill kammarrätten klargöra att frågan om vem som är part i ett ärende och vem som har talerätt är två skilda saker. Talerätt innebär att någon har rätt att klaga på ett beslut. Grundläggande för talerätt är att det aktuella beslutet har faktiska verkningar för den enskilde. Det avgörande är alltså vilken effekt beslutet har för den som vill överklaga. Att någon har rätt att föra talan medför inte med nödvändighet att denne är part under handläggningen hos den beslutsfattande myndigheten. Det sistnämnda avgörs framför allt av mot vem ärendet/beslutet riktar sig till. Detta innebär att det förhållande att Huawei har rätt att föra talan mot PTS beslut inte är avgörande för om företaget var part i ärendet hos PTS.

Av 25 § förvaltningslagen följer att en myndighet som huvudregel är skyldig att kommunicera underlaget med den som är part i ärendet. Bestämmelsen ger uttryck för principen att ingen ska dömas ohörd (jfr artikel 41.2 a i EU:s rättighetsstadga), som utgör ett av rättsstatens fundament. Innebörden av denna princip är att en myndighet som utgångspunkt inte får fatta ett beslut utan att den som beslutet riktas till fått tillfälle att framföra sina synpunkter i ärendet. Kravet på kommunikation gäller bara i förhållande till den som är part i ärendet.

PTS beslut den 20 oktober 2020 avser dels vilka av de operatörer som ansökt om att få delta i den kommande auktionen som godkänns för att delta i denna, dels ytterligare villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Beslutet riktar sig alltså till de operatörer som godkänts för deltagande i auktionen. PTS beslut den 20 januari 2021 är beslut om tillstånd för de operatörer som efter auktionen beviljas tillstånd att använda radiosändare inom det aktuella frekvensutrymmet samt om vilka villkor tillstånden är förenade med. Beslutet riktar sig till de operatörer som tilldelas tillstånd att använda radiosändare.

Huawei har inte ansökt om att få delta i auktionen eller tilldelats tillstånd att använda radiosändare inom det aktuella frekvensutrymmet. Enligt kammarrätten är Huawei därför varken part i ärendet som behandlar vilka operatörer som ska godkännas för deltagande i auktionen eller i ärendet rörande tilldelning av tillstånd. I de aktuella villkoren föreskrivs att produkter från Huawei inte får användas i centrala funktioner i de aktuella frekvensbanden. Att Huawei därigenom har ett intresse i saken medför dock enligt kammarrätten inte att företaget är part i ärendena hos PTS. Eftersom kommunikationsskyldigheten endast omfattar den som är part i ett ärende har PTS inte varit skyldig att enligt 25 § förvaltningslagen kommunicera material med Huawei.

2.2. Har PTS fullgjort sin utredningsskyldighet?

2.2.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. Den EU-rättsliga omsorgsprincipen innebär en skyldighet att beakta enskildas intressen vid handläggningen av ärenden och genomföra utredningsåtgärder som kan bidra till att omständigheter som talar för den enskilda parten tillförs ärendet. Myndigheten ska alltså ta ett ansvar för att de utredningsåtgärder som genomförs är väl avvägda. Flera av de påståenden som samrådsmyndigheterna har fört fram rörande Huawei avser ägande, fackföreningar, säkerhetsfrågor avseende Huawei's produkter etc. I dessa frågor har Huawei lagt fram omfattande bevisning i förvaltningsrätten och det är uppenbart att utredningsskyldigheten har åsidosatts genom att varken PTS, Säkerhetspolisen eller Försvarsmakten har varit i kontakt med Huawei och berett företaget tillfälle att yttra sig.

PTS för fram bl.a. följande. Beslutet från den 20 oktober 2020 har föregåtts av ett omfattande och omsorgsfullt utredningsarbete. PTS och samrådsmyndigheterna har med god marginal uppfyllt de krav på förvaltningsmyndigheternas utredningsansvar som följer av 23 §

förvaltningslagen. Att Huawei har olika invändningar i sak mot de bedömningar som PTS har gjort bör inte kunna leda till slutsatsen att utredningen varit bristfällig i förhållande till kraven i detta lagrum.

2.2.2. Lagstiftning m.m.

Enligt 23 § första stycket förvaltningslagen ska en myndighet se till att ett ärende blir utrett i den omfattning som dess beskaffenhet kräver.

I förarbetena uttalas bl.a. följande. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. officialprincipen och den EU-rättsliga s.k. omsorgsprincipen. Bestämmelsen innebär att det är myndigheten som har det yttersta ansvaret för att underlaget i ett ärende är sådant att det leder till ett materiellt riktigt beslut. Kraven på omfattningen av myndighetens utredningsåtgärder kan variera med hänsyn till ärendets karaktär. Exempelvis behöver en myndighet i praktiken inte vara lika aktiv om ärendet avser en enskilds begäran om att få en förmån av det allmänna, som i ett ärende som avser myndighetens ingripande mot någon enskild. (Se prop. 2016/17:180 s. 308.)

2.2.3. Kammarrättens bedömning

PTS har i enlighet med 12 a § FEK inhämtat underlag från samrådsmyndigheterna. Det förhållande att PTS inte har kontaktat Huawei innan beslutet meddelades innebär enligt kammarrätten inte att beslutsunderlaget är bristfälligt. Kammarrätten anser därför att PTS genom dess handläggning har uppfyllt sin utredningsskyldighet enligt 23 § förvaltningslagen som bl.a. ger uttryck för den s.k. omsorgsprincipen.

2.3. Har PTS efterlevt principerna om saklighet och objektivitet samt kravet på förvaltningens självständighet?

2.3.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. Huawei har inte vänt sig mot att PTS har inhämtat yttrande från Säkerhetspolisen och Försvarsmakten eftersom detta är ett krav som följer av lag. PTS har dock genom att helt okritiskt tillmötesgå samrådsmyndigheternas krav på att utesluta Huawei på grund av dess nationalitet inte agerat sakligt och objektivt. PTS har därför inte iakttagit principerna om objektivitet och saklighet som följer av artikel 41 i EU:s rättighetsstadga, 1 kap. 9 § regeringsformen, 5 § förvaltningslagen och artikel 3 ramdirektivet (direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster). Av praxis följer att även felaktiga bedömningar av utredningen i målet kan utgöra brott mot objektivitetsprincipen. Även det förhållande att en myndighet ignorerar fakta som är till förmån för en part utgör brott mot saklighetskravet. Vad Huawei anfört om felaktiga bedömningar av fakta och avsaknad av faktiska och konkreta säkerhetsbedömningar visar att PTS agerat i strid med kraven på saklighet och objektivitet. PTS har genom sin osjälvständighet i förhållande till samrådsmyndigheternas bedömningar inte fullgjort sin skyldighet att göra en egen bedömning och utnyttja myndighetens egna specialkunskaper inom det aktuella området. Samrådsmyndigheterna saknar, eller i vart fall har det inte påvisats att de har, kompetens i frågor om vilka åtgärder som är lämpligast att upprätthålla tillräcklig säkerhet i den svenska 5G-infrastrukturen. PTS har högre kompetens än dessa myndigheter för att bedöma sårbarheten i ett 5G-nät. Att PTS accepterar samrådsmyndigheters åsikter som sådana innebär inte att PTS har gjort en egen bedömning av frågorna avseende vad som behövs för att säkerställa Sveriges säkerhet. PTS har överhuvudtaget inte ifrågasatt samrådsmyndigheternas bristande bedömningar utan betraktat dessa som objektiva sanningar. Det förhållande att samrådsmyndigheterna hastigt och

kort innan PTS beslut i oktober 2020 ändrade uppfattning, från att inte se anledning att utesluta någon leverantör till att inta motsatt ståndpunkt, talar ytterligare för att dessa myndigheters bedömningar är otillförlitliga. Den 1 oktober 2019 noterades i en tjänsteanteckning att PTS och Säkerhetspolisen har olika syn på villkoren i tilldelningen. Det framgår att politisk vägledning har sökts för att 5G-spektrumtilldelningsarbetet ska kunna fortsätta. Det framgår bl.a. av tjänsteanteckningen att det som varit föremål för politisk styrning är vilka villkor som bör ställas i tilldelningen. Det är därmed klart att det förekommit politisk styrning avseende en fråga i ett särskilt fall dvs. frågan om vilka villkor PTS ska meddela i ett enskilt ärende. Varje form av politisk styrning av en myndighets beslut i ett enskilt ärende eller tillämpning av lag är otillåten. PTS har likväl sökt politisk styrning som dessutom varit handlingsdirigerande. Detta är inte förenligt med 12 kap. 2 § regeringsformen vars syfte är att garantera rättssäkerhet.

PTS tillbakavisar påståendet om att myndighetens handläggning och beslutsfattande inte skulle ha varit opartisk och objektiv och för fram bl.a. följande. Det framgår tydligt av såväl det återgivna förarbetsuttalandet som lydelsen av 12 a § FEK att bestämmelsen inte innebär att Säkerhetspolisen och Försvarmakten ges ett bestämmande inflytande över PTS beslut i enskilda fall om vilka villkor som tillstånd att använda radiosändare ska förenas med. Myndigheternas yttranden utgör underlag (bevisning) hos PTS inför myndighetens beslut, på samma sätt som allt annat relevant material i ärendet. Det ligger i sakens natur att yttranden från dessa myndigheter måste väga mycket tungt när PTS bedömer behovet av att förena ett tillstånd att använda radiosändare med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Den omständigheten kan dock inte leda till slutsatsen att PTS beslut i tillståndsärendet inte skulle ha fattats självständigt, utan är endast en naturlig följd av att statliga myndigheter har olika kompetensområden. Ibland måste de kompetenserna användas samlat. Vad gäller tjänsteanteckningen så fördes inför ikraftträdandet av de nya bestämmelserna omfattande och delvis komplexa diskussioner med

Säkerhetspolisen och Försvarsmakten om hur dessa bestämmelser skulle kunna tillämpas i praktiken. Tilldelningsprojektet för 3,5 GHz- och 2,3 GHz-bandet påverkades av dessa diskussioner på så sätt att det blev tydligt att tidigare antagna tidplaner inte skulle gå att hålla. I det sammanhanget ansågs det som önskvärt att orientera även personal på Regeringskansliet om dessa förhållanden. Personal på Regeringskansliet har dock aldrig uttryckt åsikter om vilka materiella tillståndsvillkor som borde ställas upp i framtida tillstånd att använda radiosändare. Någon politisk styrning har över huvud taget inte förekommit.

2.3.2. Lagstiftning m.m.

I 1 kap. 9 § regeringsformen anges att domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet.

I 12 kap. 2 § regeringsformen anges att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag.

I 5 § andra stycket förvaltningslagen anges att en myndighet ska vara saklig och opartisk i sin verksamhet. I förarbetena till denna bestämmelse anges bl.a. följande. Bestämmelsen ger uttryck för objektivitetsprincipen som innebär ett förbud för myndigheterna att låta sig vägledas av andra intressen än dem som de är satta att tillgodose eller att grunda sina avgöranden på hänsyn till andra omständigheter än sådana som enligt tillämpliga författningar får beaktas vid prövningen av ett ärende (prop. 2016/17:180 s. 59-60).

2.3.3. Kammarrättens bedömning

PTS har en skyldighet att samråda med Säkerhetspolisen och Försvarsmakten i ärenden om tillstånd att använda radiosändare när det gäller frågor som rör Sveriges säkerhet. Som anges i förarbetena är det Säkerhetspolisen och Försvarsmakten som tillsammans har en helhetsbild när det gäller säkerhetsläget och hotbilden mot Sverige och har tillgång till de uppgifter som behövs för att bedöma om radioanvändning kan antas orsaka skada för Sveriges säkerhet (prop. 2019/20:15 s. 35). Myndigheterna saknar således inte kompetens inom det aktuella området och har yttrat sig utifrån sina respektive ansvarsområden. PTS, Säkerhetspolisen och Försvarsmakten är förvaltningsmyndigheter som är underordnade regeringen och alltså likställda i förhållande till varandra. Samrådsmyndigheter har inte någon möjlighet att bestämma hur PTS ska besluta i ett enskilt ärende. Det förhållande att PTS i sina beslut har beaktat vad samrådsmyndigheterna har fört fram innebär därför enligt kammarrätten varken att PTS agerat i strid med kravet på saklighet och objektivitet eller att PTS inte kan anses ha gjort en självständig bedömning av underlaget i ärendet i fråga om villkor som rör Sveriges säkerhet. Enligt kammarrätten visar inte tjänsteanteckningen från oktober 2019 som Huawei har åberopat att PTS när de aktuella besluten fattades ett år senare, i oktober 2020 respektive januari 2021, inte skulle ha agerat självständigt. Inte heller vad Huawei har fört fram i övrigt innebär att så är fallet. Kammarrätten instämmer därför i förvaltningsrättens bedömning att PTS handläggning inte strider mot regeringsformen.

2.4. Finns det brister i utformningen av PTS beslut och har PTS fattat beslut som går utöver myndighetens behörighet?

2.4.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. PTS beslut är för oklara för att uppfylla de krav på precision som ställs vid inskränkande beslut. Detta på grund av att myndigheten inte preciserat vad som avses med centrala funktioner, uttryckt olika uppfattningar vad som avses med centrala funktioner i beslut och efterföljande pressmeddelanden samt vägrat svara på operatörers begäran om förtydligande av begreppet. Det är oklart vad PTS avser med begreppet centrala funktioner. Rimligen har PTS avsett att enbart förbjuda Huawei-produkter i känsliga delar av näten, t.ex. delar som styr en stor del av nätets funktion. Besluten kan emellertid tolkas som att alla produkter som kan påverka nätets funktionalitet omfattas. Det skulle innebära att en passiv antenn inte får användas trots att denna inte innehåller halvledare eller mjukvara och därmed i praktiken inte är möjlig att avlyssna eller sabotera av en leverantör av 5G-produkter. Begreppet centrala funktioner finns varken i svensk lag, EU-lagstiftning eller i EU:s 5G Toolbox. Det är även oklart vad som utgör ett transmissionsnät. Otydliga beslut som inskränker enskildas rättigheter tillåts inte enligt svensk rätt. Oklarheten i villkoren avseende bl.a. begreppet centrala funktioner strider mot svensk rätt och mot EU-rättsliga rättssäkerhetskrav. Detta utgör en självständig grund för att villkoren ska upphävas eller i andra hand undanröjas och återförvisas till PTS för erforderlig handläggning. Besluten får dessutom till följd av deras bristande precisering och konkretion en avhållande effekt i förhållande till operatörerna som, endast för att undvika straffsanktioner eller återkallelse av tillstånd, kan avstå från att köpa utrustning eller tjänster från Huawei. Oklarheten i begreppet centrala funktioner får därmed direkt effekt mot Huawei.

Huawei anför vidare bl.a. följande. Av ordalydelsen i LEK framgår tydligt att 3 kap. 11 § punkten 10 LEK reglerar radiosändare och radiosändning och inget annat. Bestämmelsen avser att reglera delar av nätet som utnyttjar radiofrekvenser och inte andra delar. Villkoren i PTS beslut omfattar i strid med LEK även delar av näten som inte avser radioanvändning och inte använder frekvenser. Eftersom PTS saknar kompetens att meddela tillstånd för annat än användning av radiosändare kan PTS inte heller ha kompetens att förena tillstånd med villkor för annat än användning av radiosändare. Exempelvis transmissionsnätet, som inte alls använder radiosändare och är avskilt från radioaccessnätverket, kan således inte vara föremål för tillstånd förenade med villkor. Det följer av legalitetsprincipen att PTS kompetens enligt bestämmelsen i 3 kap. 11 § punkten 10 LEK inte kan utsträckas till att omfatta en vidare kompetens än att meddela tillstånd förenade med villkor för användning av radiosändare eftersom bestämmelsen gör det möjligt att meddela beslut som är betungande för den enskilde. Enligt förarbetena krävs att det som ska omfattas av villkoren åtminstone är relaterat till eller har koppling till radioanvändning. Hur nära relation eller koppling som krävs mellan produkten och radioanvändning, för att produkten ska få omfattas av tillstånd och med dem förenade villkor, anges inte. Det är dock uppenbart att både legalitetsprincipen och det faktum att den rättsliga utgångspunkten för att enbart användning av radiosändare är tillståndspliktig utgörs av yttrandefrihet och informationsfrihet, i förening med att frekvenser är en begränsad naturresurs, gör att relationen och kopplingen mellan produkten och radioanvändning måste vara närliggande. Det övergripande syftet med kravet på tillstånd för användning av radiosändare är att myndigheterna ska kunna tillse att radiofrekvenser används på ett samhällseffektivt sätt. I LEK anges också att det vid lagens tillämpning särskilt ska beaktas elektroniska kommunikationers betydelse för yttrandefrihet och informationsfrihet. En rättslig utgångspunkt för att LEK enbart ger PTS en möjlighet att meddela tillstånd avseende användning av radiosändare, men inte avseende fasta förbindelser, är därmed yttrandefrihetsgrundlagen, YGL. YGL innehåller också en

etableringsfrihet som innebär att var och en har rätt att sända program genom tråd. Någon motsvarande etableringsfrihet finns inte för rätten att sända program genom radio. Att ålägga inskränkande villkor för ett tillstånd att använda radiosändare som meddelats med stöd av lag även för exempelvis ett transmissionsnät innebär ett uppenbart kringgående av principen att alla inskränkningar av yttrandefrihet kräver stöd i lag. PTS har därmed agerat utanför sin kompetens när myndigheten förbjöd Huawei-produkter i exempelvis transmissionsnätet. Detta innebär att villkoren i PTS beslut i första hand ska upphävas och i andra hand ska undanröjas och återförvisas till PTS för erforderlig handläggning.

PTS för fram bl.a. följande. Radiobasstationerna i radioaccessnätet är inte isolerade öar, utan måste ses i sitt sammanhang som delar av ett kommunikationsnät – en digital infrastruktur. Det är funktioner i kärnnätet och i drift- och underhållsnätet som styr användningen av radiofrekvenser i radioaccessnätet. Sårbarheter och säkerhetsbrister i kärnnät, transmissionsnät eller drift- och underhållsnät påverkar därmed direkt säkerheten i radioaccessnät. Som framgår av förarbetena är syftet med bestämmelsen i 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK att skydda den digitala infrastruktur som 5G-näten utgör, och inte enbart delar av denna. Inställningen att begreppet radioanvändning skulle vara begränsat till att enbart kunna avse radioaccessnätet står därmed i strid med lagstiftarens uttryckliga intentioner. En sådan tolkning skulle riskera att undergräva Sveriges säkerhet. Att installera knutpunkter och routrar och att bygga ut exempelvis fiberförbindelser mellan dem innebär inte i sig användning av radiofrekvenser. En utbyggnad av kärnnät för 5G kräver därmed inte tillstånd enligt LEK. Det är dock givetvis i praktiken uteslutet att en operatör skulle bygga ut ett kärnnät med 5G-teknik utan att också etablera ett radioaccessnät för att kunna tillhandahålla 5G-tjänster till slutkunder. Även mot den bakgrunden anser PTS att de centrala funktionerna i ett 5G-nät måste ses i ett sammanhang, och att villkor i tillstånd att använda radiosändare därför kan avse även krav som är av betydelse för Sveriges

säkerhet på utformning av kärnnät, transmissionsnät samt drift- och underhållsnät, vilka förbinds med radioaccessnätet. Beslutet att införa villkorspunkterna 27 har stöd i lag och myndigheten har inte överskridit sin kompetens. Vad Huawei anför bör inte föranleda någon annan bedömning.

2.4.2. Lagstiftning m.m.

I 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK anges att tillstånd att använda radiosändare får förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 12 § första stycket 9 NLEK.

När bestämmelsen infördes angavs bl.a. följande i förarbetena. Utvecklingen av frekvensberoende digital teknik måste ske under kontrollerbara former och med tillräckligt hög säkerhetsnivå. Den framtida digitala infrastrukturen, som 5G-nät, måste vara säkrad mot tekniska, organisatoriska och rättsliga förhållanden som kan hota säkerhet, integritet och tillgänglighet, och därigenom skada Sveriges säkerhet. Det är mycket viktigt för digitaliseringens utveckling att hitta en säkerhetsnivå som kan möta dagens och framtidens behov. Genom att införa ett anpassat skydd av t.ex. 5G-nät skyddas den infrastruktur som ligger bakom viktiga samhällsliga och ekonomiska funktioner bättre mot manipulering och andra it-angrepp som kan innebära skada för Sveriges säkerhet. Ett anpassat skydd behöver beakta hur behörig åtkomst till och kontroll över komponenter, system och infrastruktur som uppkommer genom ägande eller utkontraktering och liknande påverkar säkerhet och tillgänglighet i infrastruktur tjänster och den påverkan detta har på Sveriges säkerhet och suveränitet. Radioanvändning kan vara säkerhetshotande på grund av den tekniska utrustning som används. Det bör därför vara möjligt att i tillståndsvillkor ställa säkerhetskrav på den tekniska utrustning, den organisation eller de avtal som är relaterade till radiosändningen. Det bör också vara möjligt att t.ex. utesluta komponenter, leverantörer eller

servicepersonal som inte håller en tillräckligt hög säkerhetsnivå. (Prop. 2019/20:15 s. 25-26 och 31.)

2.4.3. Kammarrättens bedömning

Kammarrätten anser att de aktuella villkoren är tillräckligt preciserade för att uppfylla de krav som kan ställas på en myndighets beslut. Vad Huawei uppgett om oklarheter avseende begreppet centrala funktioner och dessas effekter för företaget innebär enligt kammarrätten inte att besluten i sig brister i sin utformning. Etableringsfriheten i YGL avser rätten att sända program. De aktuella besluten rör dock inte rätten att sända program utan tillstånd att använda radiosändare inom ett visst frekvensutrymme för system för mobila kommunikationsnät. Villkor om förbud mot produkter från Huawei innebär därmed inte någon inskränkning av yttrandefriheten. Syftet med att införa ett anpassat skydd av den digitala infrastrukturen är att bättre skydda den infrastruktur som ligger bakom viktiga samhällsliga och ekonomiska funktioner mot manipulering och andra it-angrepp som kan innebära skada för Sveriges säkerhet. Det innebär, som PTS anført, att skyddet inte endast avser delar av denna infrastruktur. Det går inte heller varken av 3 kap. 11 § LEK eller 3 kap. 12 § NLEK att utläsa att bestämmelsen endast tar sikte på villkor som avser radioanvändning. Snarare är det så utifrån vad som anges i förarbetena att lagstiftarens avsikt är att villkoren även kan omfatta teknisk utrustning, leverantörer och serviceavtal som är relaterade till radiosändningen dvs. den digitala infrastrukturen. Enligt kammarrätten måste därför ett tillstånd att använda radiosändare kunna förenas med villkor som inte endast tar sikte på själva radiosändningen. Med hänsyn härtill anser kammarrätten i likhet med förvaltningsrätten att PTS inte har gått utanför sin behörighet genom att besluta om de villkor som avser förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner.

3. Anmälningsskyldighet

3.1. Föreligger det en anmälningsskyldighet enligt EU-rätten?

3.1.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. PTS tolkning är mycket snäv och oförenlig med anmälningsskyldighetens syfte. Syftet med direktivet är att införa krav på föransmälning av en särskild kategori av handelsrestriktioner som innebär s.k. teknisk reglering. Det är från EUF-fördragets perspektiv fråga om åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importbegränsningar, vilka omfattas av förbudet i artikel 34 samt vissa tjänster som omfattas av artikel 56 om fri rörlighet för tjänster. Det innebär att anmälningsskyldigheten ska tolkas vidsträckt och att hänsyn måste tas till vilken effekt ett visst krav eller villkor har. Om tekniska föreskrifter införs som påverkar den fria rörligheten för varor, tjänster eller etableringsfriheten ska en anmälan ske. Detta syfte har tydligt bekräftats av EU-domstolen när den uttalat att avsikten med informationsförfarandet för tekniska föreskrifter är att, genom en förebyggande kontroll, skydda den fria rörligheten för varor, vilken är en av unionens grundvalar. Efter att direktivet har utsträckts till att också omfatta tjänster har EU-domstolen framhållit att anmälningsskyldigheten utgör ett väsentligt medel för att genomföra EU:s kontroll även i syfte att skydda den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten. Skälet till att harmoniserad lagstiftning inte behöver anmälas är att det handlar om EU-gemensamma regler som har beslutats av EU och som anmäls till och kontrolleras av kommissionen. I detta fall är det emellertid oomstritt att det är fråga om föreskrifter som ligger utanför det harmoniserade området. Det handlar tveklöst om krav som inte följer av ramdirektivet, dvs. det rör sig om frågor som inte regleras på gemenskapsnivå. EU-lagstiftarens intention med det aktuella undantaget i artikel 1.3 i direktivet var inte att det skulle sträcka sig utanför EU-harmoniseringen

och undantaget kan inte åberopas eftersom EU:s regelverk för telekommunikationer inte innebär fullständig harmonisering. Om ett sådant undantag hade gällt uppstår frågan varför kommissionen så sent som den 1 december 2020 har skickat en formell skrivelse till Sverige om det bristande iakttagandet av anmälningsskyldigheten avseende såväl LEK som oktoberbeslutet. Underlåtenhet att anmäla står inte heller i överensstämmelse med de många anmälningar som Sverige tidigare har gjort avseende PTS åtgärder på telekommunikationsområdet. De anmälningarna av utkast till tekniska föreskrifter avseende 5G-nätverk som har gjorts av bl.a. Finland, Rumänien och Tyskland visar att anmälan ska göras. Villkoren i PTS beslut, särskilt förbudet mot användning av Huaweiprodukter, utgör en teknisk föreskrift i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet på grund av de produktkrav som ställs i villkoren. PTS beslut omfattas således av anmälningsförfarandet eftersom villkoren förbjuder användning av Huaweis nätverksutrustning för 5G. I enlighet med EU-domstolens dom i mål C-390/99 är en svensk nationell regel i LEK, vilken har utmynnat i beslut som förbjuder operatörer att använda viss nätverksutrustning i de svenska mobilnäten att betrakta som en teknisk föreskrift. De tjänster som tillhandahålls av operatörerna utgör informationssamhällets tjänster enligt definitionen i artikel 1.1 b) i direktivet. En utestängning av Huawei från att bedriva verksamhet inom ramen för den svenska 5G-marknaden, genom att tillhandahålla sina produkter och tjänster, avser uppenbarligen informationssamhällets tjänster. Det framgår också av artikel 1.1 e) punkterna i) och ii) i direktivet att en föreskrift särskilt avser informationssamhällets tjänster såvida inte denna endast indirekt eller accessoriskt gäller sådana tjänster. Mot bakgrund av direktivets syfte måste anmälningsskyldigheten rimligen inte bara omfatta krav som specifikt reglerar informationssamhällets tjänster, utan också krav som har betydelse för informationssamhällets tjänster. Frågan om villkor att förbjuda en operatör att installera viss utrustning från en namngiven leverantör respektive krav på att avveckla viss utrustning från samma leverantör är

sådana tekniska föreskrifter som enligt artikel 1.1 f) i anmälningdirektivet är anmälningspliktiga, bör hänskjutas till EU-domstolen.

PTS vidhåller sin uppfattning att någon anmälningskyldighet enligt anmälningdirektivet inte har förelegat och för fram följande. De åtgärder som är i fråga i målen kan förvisso i olika avseenden påverka tillståndshavarnas (operatörernas) utbyggnad av mobila kommunikationsnät. Däremot påverkar åtgärderna inte tillhandahållare av informationssamhällets tjänster, som exempel kan nämnas filmströmning eller onlinespel, eftersom sådana tjänster tillhandahålls över mobila kommunikationsnät på samma sätt oberoende av vilka leverantörer av utrustning som har anlåtats vid nätutbyggnaden. Redan av det skälet utgör åtgärderna inte ”krav [...] rörande tillträde till och utövande av verksamhet med” informationssamhällets tjänster. PTS ställer sig frågande till Huaweis formulering att de aktuella åtgärderna borde ha anmälts som också kommissionen menat. Såvitt är känt för PTS har kommissionen inte uttryckt någon uppfattning i den frågan.

3.1.2. Lagstiftning m.m.

Anmälningdirektivet och förordning om tekniska regler

Anmälningdirektivet innehåller bestämmelser om ett informationsförfarande rörande tekniska föreskrifter och föreskrifter för informationssamhällets tjänster.

Enligt artikel 1.1 f) i direktivet avses med en teknisk föreskrift tekniska specifikationer och andra krav eller föreskrifter för tjänster, inbegripet tillämpliga administrativa bestämmelser, som är rättsligt eller faktiskt tvingande vid saluföring, tillhandahållande av tjänster, etablering av en aktör som tillhandahåller tjänster eller användning i en medlemsstat eller en större del därav, samt, med undantag av dem som anges i artikel 7,

medlemsstaternas lagar och andra författningar som förbjuder tillverkning, import, saluföring eller användning av en produkt eller som förbjuder tillhandahållande eller utnyttjande av en tjänst eller etablering som tillhandahållare av tjänster.

I artikel 1.3 i direktivet anges att direktivet inte ska tillämpas på föreskrifter om frågor som omfattas av unionsbestämmelser för teletjänster som avses i ramdirektivet.

I artikel 7 anges därutöver att artikel 5 och 6 inte ska tillämpas på de lagar och författningar eller frivilliga överenskommelser genom vilka medlemsstaterna uppfyller de bindande unionsrättsakter som leder till att tekniska specifikationer eller föreskrifter för tjänster antas.

Förordningen (1994:2029) om tekniska regler genomför bl.a. anmälningsdirektivet i svensk rätt.

Ramdirektivet

Genom ramdirektivet inrättas ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationstjänster, elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster (artikel 1). Elektroniskt kommunikationsnät definieras i direktivet som system för överföring och i tillämpliga fall utrustning för koppling eller dirigering samt andra resurser som medger överföring av signaler via tråd, via radio, på optisk väg eller via andra elektromagnetiska överföringsmedier, däribland satellitnät, fasta nät och markbundna mobilnät, elnätsystem i den utsträckning dessa används för signalöverföring, rundradionät samt kabel-TV nät, oberoende av vilken typ av information som överförs. Tillhandahållande av elektroniskt kommunikationsnät definieras som etablering, drift, kontroll eller tillgängliggörande av ett sådant nät. Direktivet har genomförts i svensk rätt genom LEK.

3.1.3. Kammarrättens bedömning

Frågan är om villkoren i PTS två beslut och bestämmelserna i 3 kap. 6 § första stycket 7 och 11 § första stycket 10 LEK borde ha anmälts till EU-kommissionen enligt anmälningsdirektivet och, om så är fallet, om villkoren eller bestämmelserna utgör tekniska föreskrifter enligt direktivet.

PTS två beslut avser dels vilka sökanden som godkänns för att delta i auktionsförfarande rörande tillstånd att använda radiosändare i vissa frekvensband samt ytterligare villkor om bl.a. krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet, dels det efterföljande beslutet om tillstånd och vilka villkor som är förenade med tillstånden. Villkoren är ställda med stöd av bestämmelserna i LEK och innebär bl.a. att produkter från Huawei inte får användas för nyinstallation eller ny implementering av centrala funktioner för radioanvändning i det aktuella frekvensbandet och att sådana produkter i befintlig infrastruktur i frekvensbandet ska avvecklas senast den 1 januari 2025. Bestämmelserna i LEK rör dels att en förutsättning för att beviljas tillstånd att använda radiosändare är att det kan antas att radioanvändningen inte kommer att orsaka skada för Sveriges säkerhet, dels möjligheten att förena sådana tillstånd med krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

Av anmälningsdirektivet följer att det inte ska tillämpas på föreskrifter om frågor om teletjänster som omfattas av ramdirektivet. Det innebär enligt kammarrätten, som förvaltningsrätten konstaterat, att regleringsfrågor inom ramen för EU:s telekomlagstiftning inte ingår i anmälningsdirektivets tillämpningsområde. Ramdirektivet syftar till att skapa ett harmoniserat regelverk kring bl.a. elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster. De aktuella besluten rör tillstånd att använda radiosändare inom ett visst frekvensutrymme för system för mobila kommunikationsnät som

möjliggör tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster och de villkor som gäller för tillstånden. Besluten rör alltså frågor som omfattas av ramdirektivet. Detta innebär enligt kammarrätten att både villkoren och de aktuella bestämmelserna är undantagna från anmälningsdirektivets tillämpningsområde. Undantaget i direktivet är inte villkorat och förutsätter inte heller på annat sätt att sektorn är fullharmoniserad. Det framgår inte heller av direktivet i övrigt att undantaget inte är tillämpligt på grund av att ramdirektivet inte innebär fullständig harmonisering.

Eftersom frågor som omfattas av ramdirektivet är undantagna från anmälningsdirektivets tillämpningsområde aktualiseras inte frågan om en anmälningsskyldighet har förelegat enligt artikel 7 i direktivet till följd av att de aktuella föreskrifterna och villkoren inte följer av bindande unionsrättsakter. Inte heller det förhållandet att andra medlemsstater anmält tekniska föreskrifter gör att de aktuella föreskrifterna och villkoren omfattas av anmälningsskyldigheten.

Varken villkoren eller de bestämmelser som dessa grundar sig på omfattas av anmälningsdirektivets tillämpningsområde. Därmed aktualiseras inte frågan om villkoren i PTS beslut utgör en teknisk föreskrift i den mening som avses i artikel 1.1 f) i anmälningsdirektivet. Det finns därför inte skäl att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen i denna fråga. Huawei's begäran om förhandsbesked beträffande detta ska därför avslås.

3.2. Föreligger det en anmälningsskyldighet enligt WTO?

3.2.1. Vad parterna anfört

Huawei anför bl.a. följande. PTS har brutit mot den WTO-relaterade anmälningsskyldigheten enligt förordningen om tekniska regler. PTS hade

att underrätta Kommerskollegium och säkerställa att godkännande från regeringen inhämtades innan PTS-besluten fattades, men underlät att göra detta, vilket innebär att PTS-besluten inte får tillämpas. WTO Agreement on Technical Barriers to Trade ("TBT-avtalet) reglerar särskilt tekniska handelshinder som kan påverka handeln mellan WTO:s medlemmar. TBT-avtalet syftar till att säkerställa att tekniska föreskrifter är icke-diskriminerande och inte skapar onödiga hinder för den internationella handeln. Förbudet mot Huawei 5G-produkter strider därför mot Sveriges skyldigheter enligt WTO-lagstiftningen. Denna överträdelse utgör också en kränkning av Sveriges skyldighet till lojalt samarbete enligt artikel 4.3 i EU-fördraget (fördraget om Europeiska unionen) och PTS skyldigheter att effektivt genomföra och skydda EU-lagstiftningen i enlighet med artiklarna 197.1 och 291.1 i EUF-fördraget, eftersom WTO-lagstiftningen betraktas som en integrerad del av unionens rättsordning. Detta innebär att Sverige kan komma att bli föremål för talan om fördragsbrott från kommissionen.

PTS anför bl.a. följande. TBT-avtalet har inte inkorporerats i svensk lagstiftning och en eventuell överträdelse av det avtalet bör därför inte kunna leda till att giltigheten av ett svenskt myndighetsbeslut ifrågasätts. Inte heller enligt EU-rätten anses WTO:s avtal ha direkt effekt i förhållande till medlemsstaternas rättsordningar.

3.2.2. Kammarrättens bedömning

Av EU-domstolens praxis följer att ett internationellt avtal som unionen ingått, från och med avtalets ikraftträdande, utgör en integrerad del av unionens rättsordning (dom den 6 oktober 2020, Kommissionen mot Ungern, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, punkt 69-71). Avtalet om upprättande av WTO, i vilket TBT-avtalet ingår, har godkänts av unionen och trädde i kraft den 1 januari 1995. TBT-avtalet är alltså en del av unionens rättsordning. Det följer dock även av EU-domstolens praxis att reglerna i avtal som ingåtts inom ramen för WTO inte har direkt effekt och

att enskilda inte kan åberopa dem vid domstolar (dom den 23 november 1999, Kommissionen mot Portugal, C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574, punkt 27). Detta är endast möjligt när gemenskapen har vidtagit åtgärder i syfte att uppfylla förpliktelser som man har iklätt sig inom ramen för WTO eller om gemenskapsrättsakten uttryckligen hänvisar till vissa bestämmelser i något av avtalen. Detta innebär att TBT-avtalet inte har direkt effekt och eftersom de bestämmelser kammarrätten har att pröva i målet inte är en följd av förpliktelser av det avtalet så medför vad Huawei har anfört inte att de aktuella villkoren blir ogiltiga. Att kommissionen kan väcka talan mot Sverige för eventuellt fördragsbrott har inte heller någon betydelse för frågan om villkoren är giltiga eller inte.

4. Beviskrav och bevisvärdering

4.1. Vad parterna anfört

Huawei anser att det beviskrav som har använts, att det ”kan antas” orsaka skada för Sveriges säkerhet om Huaweis produkter tillåts, är för lågt och strider mot EU-rätten. Frågan om det, när en medlemsstat med hänsyn till nationell säkerhet gör undantag från principen om icke-diskriminering i EUF-fördraget, är tillräckligt att åberopa presumtioner, hypoteser eller abstrakta antaganden eller om ett sådant undantag ska motiveras på grundval av ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse bör därför hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande.

Huawei menar vidare att PTS inte har kunnat påvisa några omständigheter som på ett konkret och detaljerat sätt styrker ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot Sveriges säkerhet. Varje omständighet måste prövas för sig och sannolikheten för denna bedömas liksom den samlade effekten av samtliga prövade omständigheter i en s.k. beviskedja. Huawei anför vidare bl.a. följande. PTS måste styrka förekomsten av en eller flera

omständigheter som kan innebära en sådan risk. Förbudet mot Huawei's produkter m.m. är enligt EU-domstolens praxis den mest långtgående inskränkningen en myndighet kan vidta mot en näringsverksamhet. Det är synnerligen betungande för företaget och motsvarar närmast ett partiellt näringsförbud. Då ställs höga krav på utredningen. Säkerhetspolisen och Försvarsmakten har inte bäst kompetens att bedöma säkerheten i nätet – den kompetensen har PTS och PTS samt domstolen måste göra en egen bedömning av eventuella säkerhetsrisker. PTS har inte presenterat tillräcklig utredning för att det kan antas att den kinesiska staten skulle kunna utöva påtryckningar mot Huawei att vidta säkerhetshotande åtgärder i Sverige.

PTS har angående detta anfört bl.a. följande. Förvaltningsrätten har gjort en riktig bedömning av det beviskrav som ska tillämpas i ett mål som detta. De svenska bestämmelserna förutsätter att åtgärder endast får vidtas i det enskilda fallet när det finns konkreta skäl. PTS har beslutat om de aktuella villkoren efter noggranna överväganden och med beaktande av underlag från bl.a. Säkerhetspolisen och Försvarsmakten. Risken för cyberangrepp utgör en verklighet idag och hotet från cyberangrepp mot samhällskritisk infrastruktur är ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot. Ett tillstånd gäller dessutom i 25 år, varför bedömningen av vilka villkor som ska införas måste ses i ett längre tidsperspektiv. Det ingår i myndighetens uppgifter att arbeta med IT-säkerhet i elektroniska kommunikationstjänster och nät. PTS har egen kompetens att bedöma vilken roll en leverantör av utrustning har i 5G-nät och vilka säkerhetshotande åtgärder en sådan aktör skulle kunna vidta. Myndigheten kan vidare bedöma hur ändamålsenliga föreslagna motåtgärder skulle kunna vara. Den bevisning som presenterats uppfyller högt ställda krav på tillförlitlighet och robusthet.

4.2. Lagstiftning m.m.

Enligt 3 kap. 6 § första stycket 7 LEK och NLEK ska tillstånd att använda radiosändare beviljas om det kan antas att radioanvändningen inte kommer

att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Vidare följer det av 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK respektive 3 kap. 12 § första stycket 9 NLEK att tillstånd till att använda radiosändare får förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

Bestämmelserna infördes för att kunna skydda Sveriges säkerhet vid användningen av radiosändare. Av förarbetena till bestämmelserna framgår bl.a. följande. Regeringen vill att Sverige ska vara rustat inför säkerhetsutmaningar som följer med utbyggnad av trådlös digital infrastruktur, som t.ex. 5G-nät. Viktiga delar av den infrastrukturen måste hålla tillräckligt hög säkerhet. Det måste därför finnas förutsättningar att ta hänsyn till Sveriges säkerhet när denna samhällsviktiga infrastruktur byggs ut. Det bör finnas möjlighet att utesluta komponenter, leverantörer, operatörer och radioanvändare som inte håller en tillräckligt hög säkerhetsnivå. Den EU-rättsliga regleringen hindrar inte att åtgärder vidtas för att skydda nationell säkerhet. Såväl ramdirektivet som kodexen innehåller bestämmelser om att dessa direktiv inte påverkar staternas möjligheter att vidta nödvändiga åtgärder för att bl.a. skydda sina väsentliga säkerhetsintressen. (Prop. 2019/20:15 s. 17 och 28-29.)

I kommentaren till förvaltningsprocesslagen av Ulrik von Essen anges bl.a. följande. Bevisningen ska avse de omständigheter som enligt den materiella regelns rekvisit är relevanta. Olika omständigheter utgör därmed olika bevisteman. I princip är det endast omständigheter, eller skilda moment av nedbrutna omständigheter, som bör tillåtas utgöra slutliga bevisteman. Detta är centralt eftersom det är endast beträffande slutliga bevisteman som det kan ställas upp bevisbördor och beviskrav. Bevisfakta kan väl vara bevisteman men aldrig slutliga bevisteman. Således kan ett bevisfaktum utgöra bevisteman i seriebevisfall eller alltså där ett bevisfaktum används för att påvisa ett annat bevisfaktum som i sin tur tar sikte på det slutliga bevistemat, det vill säga den relevanta omständigheten. Viktigt att observera i det sammanhanget är att osäkerhet i fråga om skilda bevisfaktas existens

eller icke-existens ska hänga med fram till bedömningen av det slutliga bevisemat. Vidare behöver ett bevisfaktum inte föreligga med någon särskilt stor sannolikhet för att kunna vägas in vid bevisvärderingen. (Se Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar, 7:e upplagan s. 339.)

4.3. Kammarrättens bedömning

I förarbetena till de nu aktuella bestämmelserna fördes inget resonemang om vilket beviskrav som borde gälla för att konstatera att en viss komponent, leverantör etc. utgör en säkerhetsrisk. Däremot konstaterades att den EU-rättsliga regleringen inte hindrar åtgärder för att skydda nationell säkerhet. Inte heller ramdirektivet eller kodexen innehåller några bestämmelser om vad som ska gälla när sådana åtgärder vidtas. En utgångspunkt för bedömningen måste därför, enligt kammarrätten, vara att ett tillstånd kan vägras om det kan antas att användningen kan orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Av EU-domstolens praxis följer sedan att ett sådant antagande måste grunda sig på ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot (se t.ex. EU-domstolens domar i målen C-66/18 och C-78/18, Europeiska kommissionen mot Ungern, ECLI:EU:C:2020:792 resp. 2020:476, punkterna 181 resp. 91). Det ovan redovisade synsättet på bevisvärdering inom förvaltningsprocessen är enligt kammarrätten den metod som normalt tillämpas i förvaltningsdomstol. En samlad bedömning av samtliga omständigheter i målet ska därför göras vid prövningen av om PTS uppfyllt det i målet aktuella beviskravet.

I detta fall har Säkerhetspolisen respektive Försvarsmakten, oberoende av varandra, gjort bedömningen att Huawei's produkter i 5G-infrastrukturen skulle medföra betydande och uppenbara risker för skada för Sveriges säkerhet. Försvarsmakten har bl.a. fört fram följande. Kina bedriver en aktiv underrättelseverksamhet mot Sverige. Verksamheten är omfattande och

bedrivs genom såväl teknisk som personbaserad inhämtning, t.ex. elektroniska angrepp. Landets medborgare, företag och organisationer är enligt bl.a. Kinas underrättelselagstiftning skyldig att bistå, stödja och samarbeta med underrättelse- och säkerhetstjänsten. Enligt Säkerhetspolisen bedriver ett antal länder olika former av spionage och annan säkerhetshotande verksamhet mot Sverige varav Kina utgör ett av de största hoten. Det är bl.a. mot bakgrund av dessa bedömningar som PTS har fattat beslutet att installation av centrala funktioner för radioanvändningen i nätet inte får genomföras med produkter från bl.a. Huawei.

Enligt kammarrätten grundar sig beslutet på ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot Sveriges säkerhet. Utredningen visar både att Kina redan idag ägnar sig åt spioneri och annan säkerhetshotande verksamhet mot bl.a. Sverige och att den kinesiska staten skulle kunna använda Huawei för att bedriva sådan säkerhetshotande verksamhet. Cyberattacker förekommer också redan nu och ett hot mot centrala delar av Sveriges infrastruktur måste anses vara ett sådant allvarligt hot att inskränkningar av aktuellt slag är tillåtna. Det kan därför antas att produkter från Huawei i 5G-nätet kan orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Den unionsrättsliga fråga som enligt Huawei bör hänskjutas till EU-domstolen har som framgår ovan redan tolkats av EU-domstolen, varför det saknas anledning att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen beträffande denna.

5. Begränsas säkerhetsriskerna av tekniska lösningar eller genom andra åtgärder?

5.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. Huawei's produkter genomgår en omfattande granskning både internt och externt samt uppfyller ett flertal internationella

standarder. Kunden får också tillgång till företagets källkod för granskning. Det finns som framgår av vittnesbevisningen inga avsiktligt tillfogade sårbarheter i företagets produkter och att sådana skulle introduceras är mycket osannolikt. De kinesiska underrättelsetjänsterna saknar behörighet och lagstöd för att beordra Huawei att spionera eller utföra sabotage på Kinas vägnar. Kinesiska myndigheter kan inte beordra utrustningstillverkare att installera bakdörrar, spionprogram eller liknande. De åberopade rättsutlåtandena visar att underrättelsetjänsterna inte har de effekter som påstås. Att ta fram produkter och mjukvara är en mycket komplicerad procedur och det är därför inte möjligt att gömma dold funktionalitet i en produkt eller en uppdatering utan att många skulle få kännedom om det. Ett eventuellt försök att påverka personer inom Huawei att utnyttja produkter för att spionera eller liknande skulle uppmärksammas av anställda med ansvar för säkerhetsfrågor som skulle omintetgöra detta. Dessutom har operatörerna själva förmåga att upptäcka om Huawei skulle installera sårbarheter i sina produkter. Till detta kommer att ett eventuellt säkerhetsshot i 5G-nätet i vart fall elimineras genom att nätet enbart transiterar och inte lagrar information samt genom att nästan all information som transfereras i näten kommer att vara dubbelkrypterad, både genom s.k. end-to-end kryptering och mobilnätets egna krypteringssystem. 5G-näten är därför ett mycket olämpligt och riskabelt ställe för en antagonist att försöka komma åt hemlig information. Det effektivaste sättet att eliminera en risk för sabotage är vidare att tillåta så många produktleverantörer som möjligt. När man minskar diversiteten i 5G-nätet, genom att utesluta Huawei, så ökar risken för Sveriges säkerhet. Slutligen är det inte möjligt att orsaka några säkerhetsrisker genom att vägra eller försena leveranser av reservdelar och företaget kommer att kunna fullgöra sina leveransåtaganden trots amerikanska handelsrestriktioner. Det är även möjligt att skydda den kritiska svenska 5G-infrastrukturen genom att bygga upp alternativa nät som inte innehåller produkter från vissa leverantörer vilket är ett mindre ingripande sätt att säkerställa säkerheten än att utesluta Huawei. De frekvenser som statligt ägda Teracom tilldelades i 5G-auktionen är sådana

som avses användas för Rakel. Det kommer därför i framtiden finnas ett statligt ägt nät, som kan innehålla vilka säkerhetskrav som helst, som kan användas för samhällsviktiga aktörer eller som backup för dessa om andra nätverk slutar fungera.

PTS framför bl.a. följande. Myndigheten påstår inte att det för närvarande föreligger tekniska sårbarheter i form av t.ex. programmeringsfel eller svagheter i krypteringsalgoritmer i utrustningen från Huawei. Däremot kan den stora betydelse som 5G-näten kommer att få, skapa drivkrafter för en angripare som vill hota Sveriges säkerhet att vidta åtgärder för att olovligen inhämta information från eller störa funktionen i näten. Att anställda inom Huawei självmant skulle avslöja säkerhetshotande åtgärder för utomstående är inte troligt med tanke på de skyldigheter som följer av Kinas lagstiftning angående säkerhets- och underrättelsetjänstens befogenheter. Möjligheten för operatörerna att granska programkoden kan inte tillfredsställande omhänderta de risker som består i dold funktionalitet och skadlig kod som härrör från tillverkaren av nätverksutrustningen. Signalspaning i elektroniska kommunikationsnät pågår redan idag och innebär att även i mycket stora informationsmängder kan uppgifter sällas fram, identifieras och dekrypteras. I vissa kommunikationsapplikationer används kryptering men när det gäller vanliga röstsamtal och sms-meddelanden förmedlas innehållet genom nätet och den kryptering som sker hanteras av nätverksutrustningen. En angripare som kan stödja sig på dold funktionalitet eller skadlig kod i utrustningen kan då få tillgång till innehållet i samtalet eller meddelandet. I nätet genereras dessutom stora mängder trafikuppgifter som t.ex. vilka terminaler som är anslutna till nätet, hur de kommunicerar och var de fysiskt finns vid varje tidpunkt. Även sådana uppgifter kan vara mycket känsliga trots att innehållet i kommunikationen är krypterad. Ett angrepp skulle även kunna avse riktigheten och tillgängligheten hos trafikuppgifterna, t.ex. så att trafikloggar förvanskas i efterhand. PTS delar uppfattningen att ett cyberangrepp mot 5G-nätet kräver kvalificerade metoder och förmågor – detta gäller dock inte för en angripare som kan

stödja sig på skadlig kod eller dold funktionalitet som ligger latent i nätverksutrustningen. Även om det allmänt sett är önskvärt med flera olika leverantörer av nätverksutrustning skulle det inte vara förenligt med bestämmelsen i LEK att låta det intresset gå före kravet på att användningen av radiosändare inte får orsaka skada för Sveriges säkerhet. Något beroende av en enda leverantör i samtliga centrala funktioner uppstår inte heller till följd av det aktuella beslutet. De företag som tilldelats tillstånd att använda radiosändare i 3,5 GHz-bandet bygger ut 5G-nät på kommersiella grunder. Även i en tänkbar framtid där ett RAKEL G2-system har byggts ut bedömer PTS att de kommersiella mobilnäten fortsatt kommer att ha mycket stor betydelse som samhällsviktig infrastruktur. Vad Huawei anför om kommande utveckling av statligt kontrollerade kommunikationssystem föranleder därför inte någon annan inställning vad avser behovet av de överklagade villkorspunkterna. Slutligen kan de amerikanska handelsrestriktionerna innebära en långsiktig risk för att Huaweis förmåga att konstruera, tillverka och leverera nätverksutrustning för 5G påverkas negativt.

5.2. Kammarrättens bedömning

Enligt kammarrätten visar utredningen att det finns ett säkerhetshot från Kina som bl.a. skulle kunna riktas mot sådan samhällskritisk infrastruktur som det svenska 5G-nätet. Utredningen visar också att Kina bedriver en aktiv underrättelseverksamhet mot Sverige och ägnar sig åt spioneri och annan säkerhetshotande verksamhet, som t.ex. cyberangrepp. Huawei menar att det inte är möjligt för Kina att påverka Huawei eller personer inom företaget att vidta sådana åtgärder i produkterna som skulle krävas för att dessa skulle kunna användas för att utföra säkerhotande verksamhet i 5G-nätet. PTS och Säkerhetspolisen har i denna del bl.a. hänvisat till regeringens skrivelse om arbetet i frågor som rör Kina. Av denna framgår bl.a. att rättsväsendet i Kina inte är oberoende och att kommunistpartiet utökar sin kontroll över alla delar av samhället. Det förekommer att det

kinesiska rättssystemet utnyttjas i konflikter med andra länder och att utländska medborgare utsätts för hot och olika former av påtryckningar. Det finns också fall där kinesiska agenter har gripit såväl kinesiska medborgare som icke-medborgare utomlands och olagligt för dem till Kina. (Skr 2019/20:18 s. 4.) Mot denna bakgrund anser kammarrätten att vad som framförts från Huawei om den kinesiska lagstiftningen saknar betydelse. Att riskerna för dolda funktionaliteter eller dold kod i utrustningen skulle kunna elimineras genom att anställda i Huawei skulle avslöja detta går därför inte att förlita sig på. Med tanke på den omfattande skada som ett angrepp mot 5G-nätet skulle få är inte heller en tilltro till operatörernas förmåga att upptäcka sådana säkerhetshot en tillräcklig garanti mot de risker som finns. Vad gäller Huaweis invändningar om att 5G-nätet inte lagrar uppgifter och att information som överförs är kodad konstaterar kammarrätten, liksom PTS har påpekat, att signalspaning i elektroniska kommunikationsnät pågår redan idag, att end-to-end kryptering inte förekommer i alla former av meddelanden och att nätet även innehåller andra trafikuppgifter som kan vara mycket känsliga.

Även om färre leverantörer och därmed minskad diversitet innebär säkerhetsrisker för Sverige så kan det inte motivera att produkter används som i sig innebär en säkerhetsrisk. Dessutom finns det i dagsläget i vart fall två leverantörer av nätverksutrustning.

Slutligen, vad gäller frågan om vilken risk de amerikanska handelsrestriktionerna innebär, så anser kammarrätten att oavsett om Huawei har möjlighet att kunna fullgöra sina leveransåtaganden eller ej så föreligger det ett flertal andra skäl för att anse att produkter från Huawei kan antas orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Säkerhetsriskerna med produkter från Huawei i det svenska 5G-nätet kan därför inte begränsas genom tekniska lösningar eller på annat sätt. Vad

Huawei anfört om ett framtida statligt ägt nät medför enligt kammarrätten ingen annan bedömning.

6. Är förbudet för omfattande eller annars oproportionerligt?

6.1. Vad parterna anfört

Huawei menar att både PTS och förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av om beslutet är ändamålsenligt samt om det hade funnits mindre ingripande åtgärder som skulle kunna säkerställa Sveriges säkerhet. Det har inte gjorts någon proportionalitetsbedömning eller prövats om den fördel som uppstår för Sveriges säkerhet står i rimlig proportion till den skada det svenska samhället och Huawei drabbas av på grund av beslutet.

Huawei anför vidare bl.a. följande. PTS har inte alls gjort någon proportionalitetsbedömning. En sådan hade förutsatt att PTS hade kommunicerat med Huawei inför beslutet. PTS har inte gjort någon egen bedömning av vilken åtgärd som är minst ingripande utan endast godtagit samrådsmyndigheternas bedömningar. Beslutet är inte ändamålsenligt eftersom PTS inte identifierat några konkreta risker, de risker som påstås finnas finns även beträffande andra leverantörer, syftet med LEK uppnås inte då konkurrensen minskar när en leverantör faller bort och säkerheten påverkas negativt med färre leverantörer. Beslutet är inte heller nödvändigt eftersom ändamålet kan tillgodoses på mindre ingripande sätt. Ett beslut av detta slag kan bara vara proportionerligt om det reglerar en överskådlig tidshorisont om högst tre – sju år och inte 25 år som PTS beslutat om. Villkoren beaktar inte en lämplig övergripande strategi för riskhantering som tar hänsyn till alla möjliga cybersäkerhetsrisker relaterade till 5G-näten. EU har antagit ett brett spektrum av åtgärder och riktlinjer för att hjälpa medlemsstaterna med att bedöma säkerheten, bl.a. en s.k. Toolbox. Denna innebär att olika delar av näten och olika risker bedöms på ett strukturerat sätt för att möjliggöra välavvägda beslut om vad som krävs för

att näten ska vara säkra. PTS har inte tagit hänsyn till detta på ett rimligt sätt. Enligt rättspraxis ska EU-medlemsstaterna välja det minst ingripande åtgärderna som finns tillgängliga för att uppnå målet om allmän säkerhet när åtgärderna inskränker de grundläggande friheterna. PTS har inte visat varför ett exkluderande av produkter från Huawei skulle minska hoten mot Sveriges säkerhet och varför detta ändamål inte kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder. Underlåtenheten att tillämpa Toolboxen innebär en presumtion för att beslutet inte är proportionerligt. Säkerheten i 5G-näten kan skyddas genom mindre ingripande åtgärder. Begreppet centrala funktioner i villkoren är onödigt brett, eftersom det inte görs någon åtskillnad mellan olika nätdelar med hänsyn till deras känslighetsnivå. Eftersom innebörden av begreppet inte är precist är det överhuvudtaget inte möjligt att avgöra om villkoren i besluten är ändamålsenliga. När omfattningen av den begränsande åtgärden är oklar är det inte möjligt att bedöma huruvida en åtgärd är proportionerlig. Oklarheten i begreppet centrala funktioner strider därför mot proportionalitetskravet. Det finns också mindre restriktiva åtgärder som är lika effektiva för att skydda säkerheten, det framgår bl.a. av olika EU-initiativ och andra länders agerande som t.ex. Finland. Åtgärderna är också oproportionerliga i strikt mening. Den skada som orsakas andra allmänna intressen har inte beaktats såsom vikten av konkurrensen på marknaden och att konsumenter och operatörer drabbas av högre kostnader. Slutligen drabbas också Huawei av mycket stor skada.

PTS anför beträffande detta bl.a. följande. Innan de överklagade besluten fattades övervägde PTS noga bl.a. åtgärdernas proportionalitet. Tänkbara åtgärder för att undanröja eller minska de risker för Sveriges säkerhet som följer av användningen av Huaweis utrustning i centrala funktioner i 5G-nät ägnades avsevärd uppmärksamhet vid förvaltningsrättens handläggning av målen. Förvaltningsrätten har i sin dom beaktat detta men ändå gjort bedömningen att Huaweis produkter kan orsaka skada för Sveriges säkerhet. PTS anser att förvaltningsrätten gjort en riktig bedömning av

proportionaliteten i de överklagade villkorspunkterna. Vad gäller licenstiden om 25 år framgår det av artikel 49.2 i kodexen att tillstånd som avser tillhandahållande av trådlösa bredbandstjänster ska beviljas för minst 15 år och om tiden är kortare än 20 år bör det vara möjligt med förlängning så att den totala giltighetstiden inte blir kortare än 20 år. Säkerhetspolisens prövning ligger i linje med rekommendationerna i EU:s Toolbox. De olägenheter som villkorspunkt 28 orsakar för Huawei är motiverade av det tungt vägande allmänna intresset att skydda Sveriges säkerhet. Villkorspunkten 30 i sig orsakar inte Huawei några olägenheter som är relevanta vid en proportionalitetsprövning.

6.2. Kamrarrättens bedömning

Enligt 1 kap. 2 § LEK gäller 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 de övriga intressen som anges i 1 §. Motsvarande bestämmelse saknas i NLEK men det följer av 5 § förvaltningslagen att en myndighets åtgärd aldrig får vara mer långtgående än vad som behövs och får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot. Av 1 kap. 1 § andra stycket LEK framgår bl.a. att syftet med lagen är 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. Vidare framgår att vid lagens tillämpning ska särskilt beaktas elektroniska kommunikationers betydelse för yttrandefrihet och informationsfrihet. Av motsvarande bestämmelse i 1 kap. 1 § NLEK framgår också att vid tillämpningen av lagen ska även Sveriges säkerhet beaktas.

Som framgår av avsnitten ovan anser kammarrätten att de beslutade villkoren är tillåtna och att säkerhetsriskerna med produkter från Huawei i

det svenska 5G-nätet inte kan begränsas genom tekniska lösningar eller på annat sätt. Beslutet är därför både ändamålsenligt och nödvändigt. Sveriges säkerhet är ett synnerligen starkt intresse. Att beslutet medför skada för Huawei är inte tillräckligt för att anse att beslutet är oproportionerligt och bör upphävas. Vad gäller tillståndets längd så måste denna vara tillräckligt lång för att främja innovationer och investeringar och när det gäller infrastruktur av det slag som är aktuellt här är 25 år inte en orimligt lång tid enligt kammarrätten. Att andra länder har valt andra lösningar medför inte heller att beslutet bör upphävas. Vad gäller det som Huawei har anfört om ”EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5 G networks” och den s.k. Toolboxen så är dessa en rapport respektive en rekommendation från EU och att inte följa sådana innebär inte i sig att ett beslut blir oproportionerligt. Inte heller vad Huawei anfört om begreppet centrala funktioner innebär att de beslutade villkoren är oproportionerliga.

7. Är förbudet diskriminerande?

7.1. Vad parterna anfört

Huawei anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har underlåtit att korrekt beakta principen om icke-diskriminering – bl.a. genom att inte beakta Ericssons och Nokias starka kopplingar till Kina. Nokia, Ericsson och Huawei befinner sig i en jämförbar situation – det enda som skiljer dem åt är var huvudkontoren är belägna. Enligt EU-fördraget är det förbjudet med nationella åtgärder som behandlar företag olika på grundval av var deras huvudkontor är belägna. På telekommunikationsområdet är principen om icke-diskriminering ett allmänt mål för EU:s regelverk som gäller för de nationella tillsynsmyndigheterna, i synnerhet när de begränsar licensvillkor. I detta fall är den diskriminerande behandlingen inte objektivt motiverad av kriterier som är tydliga och tillräckligt exakta. Allmänna påståenden om att Huawei är mer knutet till den kinesiska staten än Nokia och Eriksson, att dess huvudkontor är beläget i Kina eller antagandet att ett företag med

huvudkontor i Kina kan vara under inflytande av den kinesiska staten utgör inte tillräckligt exakta och tydliga kriterier som objektivt motiverar en diskriminerande behandling.

PTS anser att förvaltningsrätten har gjort en riktig bedömning och det finns inte något skäl att göra några andra bedömningar. PTS anför vidare bl.a. följande. PTS har objektiva skäl för att behandla Huawei, som en del av en koncern vars moderbolag är hemmahörande i Kina, på ett annat sätt än koncerner som är hemmahörande i andra stater. Dessa skäl grundar sig på samrådsmyndigheternas bedömning av de risker som Huaweis kopplingar till den kinesiska staten och exponeringar för denna skulle medföra för Sveriges säkerhet om företagets utrustning skulle tillåtas i svenska 5G-nät.

7.2. Kammarrättens bedömning

Enligt artikel 8.3 c) i ramdirektivet ska de nationella regleringsmyndigheterna bidra till utvecklingen av den inre marknaden bl.a. genom att säkerställa att företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster inte behandlas olika under lika omständigheter. Motsvarande bestämmelse finns också i artikel 3.4 b i kodexen. Vidare följer det av artikel 21 i EU:s rättighetsstadga att all diskriminering på grund av bl.a. ras, etniskt eller socialt ursprung, språk m.m. ska vara förbjuden och inom tillämpningsområdet för fördragen ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Av artikel 52.1 i EU:s rättighetsstadga framgår dock att det är tillåtet att begränsa utövandet av rättigheterna i stadgan under förutsättning att begränsningen föreskrivs i lag, att de är förenliga med det väsentliga innehållet i rättigheterna och att de, med beaktande av proportionalitetsprincipen, är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller mot behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter. Beträffande denna

artikel har EU-domstolen uttalat bl.a. följande: Betydelsen av målet att skydda nationell säkerhet är mer omfattande än betydelsen av bl.a. målen att bekämpa brottlighet i allmänhet och att skydda allmän säkerhet. Målet att skydda nationell säkerhet kan därför motivera åtgärder som innebär mer långtgående ingrepp i de grundläggande rättigheterna än dem som övriga mål skulle kunna motivera. (Se EU-domstolens dom den 6 oktober 2020, La Quadrature du Net m.fl., C-511/18 m.fl., ECLI:EU:C:2020:791, punkt 136.)

Enligt kammarrätten har de beslutade villkoren sin grund i de bedömningar som samrådsmyndigheterna har gjort beträffande riskerna för skada för Sveriges säkerhet. Det har gjorts olika bedömningar av olika företag beroende på de säkerhetsrisker som är förknippade med respektive företag. Företagen har däremot inte behandlats olika under lika omständigheter. Villkoren strider därför inte mot vare sig kraven i ramdirektivet eller EU:s rättighetsstadga. I vart fall är åtgärden berättigad med hänsyn till målet att skydda nationell säkerhet.

8. Förbudet mot anställda i utlandet m.m.

8.1. Vad parterna anfört

Huawei för fram bl.a. följande. Varken PTS eller Samrådsmyndigheterna har konkretiserat på vilket sätt och under vilka omständigheter förbindelserna mellan Sverige och utlandet skulle brytas och på vilket sätt detta skulle skada nätens funktionalitet. Det har inte heller förklarats av myndigheterna varför någon annan särskild risk för Sverige skulle föreligga eller om en nätleverantörs arbetstagare med hemvist i en annan medlemsstat skulle kunna äventyra Sveriges allmänna säkerhet. Ingen sannolik eller plausibel säkerhetsrisk som skulle kunna uppstå genom närvaron av nätverksutrustningsoperatörer utomlands har presenterats. Förbudet mot funktioner eller personal i utlandet begränsar även den fria rörligheten för arbetstagare.

PTS har bl.a. fört fram följande. Villkoret avseende avveckling av utlandsberoenden tar fasta på att centrala funktioner inte får förläggas utanför Sveriges gränser. Syftet är bl.a. att säkerställa att näten fungerar även om anslutningar till utlandet bryts, att näten utformas så att styrning eller manipulering från utlandet förhindras och att utrustning där det finns risk för otillåten insyn, kontroll eller manipulation genom fysisk åtkomst ska förläggas på svenskt territorium. Villkoret riktar sig främst till tillståndshavarna och begränsar inte Huawei's möjligheter att etablera tillverkning eller tjänsteproduktion i Sverige eller utomlands. Något krav på att Huawei måste ha viss personal etablerad i Sverige finns inte och villkoret hindrar inte att en operatör vid behov får stöd, exempelvis felavhjälpning, från personal från andra länder.

8.2. Kammarrättens bedömning

När det gäller villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet, som endast avser centrala funktioner, är detta villkor riktat till de operatörer som har fått tillstånd. Eftersom kammarrätten har kommit fram till att Huawei inte får leverera utrustning i centrala funktioner till operatörerna som har fått tillstånd påverkas Huawei inte av detta villkor. Kammarrätten anser därför att villkoret inte påverkar Huawei på ett sådant sätt att det finns anledning för domstolen att pröva detta.

9. Sammanfattning

Kammarrätten anser alltså sammanfattningsvis att de aktuella villkoren har tillkommit på ett lagligt sätt och att de inte strider mot vare sig svensk eller internationell rätt. Det finns inte heller någon anledning att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen rörande frågorna i målet. Huawei's yrkande om detta liksom överklagandet i övrigt ska därför avslås.

Domen får enligt 15 kap. 1 § NLEK inte överklagas.

Anita Linder
lagman
ordförande

Ann-Jeanette Eriksson
kammarrättsråd
referent

Robert Johansson
kammarrättsråd

Ricarda Lerjeborn Oudejans
kammarrättssekreterare
föredragande