



Justitiedepartementet
Enbart via e-post:
JU.SSK@regeringskansliet.se

Stockholm 2017-09-29

**Departementspromemorian Remiss av promemorian
Kommunikation för vår gemensamma säkerhet – ansvarsfrågor
och samordning, Ju2017/04517/SSK**

Telenor Sverige AB ("Telenor") yttrar sig över remiss avseende *departementspromemorian Kommunikation för vår gemensamma säkerhet – ansvarsfrågor och samordning* (härefter "utredningen") enligt följande.

Sammanfattning

- Utredningen berör inte ett antal grundläggande frågeställningar som är nära kopplade till dess förslag; vidareförsäljning av överkapacitet, utökad användarkrets samt tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörer. Eftersom dessa frågor förblir ohanterade kommer förslaget att strida mot EU:s statsstödsregler och Konkurrenslagens förbud mot konkurrensnedvridande offentlig säljverksamhet – slutsatser i en rapport från advokatfirman Vinge. Mot bakgrund av detta avstyrker Telenor utredningens förslag.

Bilagor

- Bilaga 1: *Utredning avseende en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar – överkapacitet, utvidgad användarkrets samt ej verksamhetskritisk kommunikation, Advokatfirman Vinge 5 maj 2017*
- Bilaga 2: *Telenors remissvar på Departementspromemorian Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (Ds. 2017:7)*

Utredningens förslag kommer att störa en väl fungerande marknad

Den svenska telekommarknaden präglas av en öppen och god konkurrens. Telenor anser det vara mycket viktigt att denna inte på något sätt störs av det nu liggande utredningsförslaget. Varken i utredningen *Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (Ds. 2017: 7)* eller i den nu aktuella utredningen görs några särskilda analyser av förslagets marknadseffekter. Detta är en stor brist. Bland andra har Post- och telestyrelsen lyft fram de skadliga effekter som blir konsekvensen av ett genomförande av förslagen från den tidigare utredningen: *”Det finns en risk att etablerandet av ett statligt nät har en viss marknadspåverkan. Statlig inblandning i en kommersiell marknad skulle, i förlängningen, kunna påverka användarnas möjligheter till ett brett utbud av tjänster om det skapas en snedvridning på marknaden.”*

Denna risk är fortfarande högst påtaglig. Telenor anser fortfarande att det finns tre områden som måste adresseras:

1. *Försäljning av överkapacitet i 700 MHz-bandet ska ej vara tillåtet*
2. *Användarkretsen ska inte utökas av de som nyttjar den föreslagna kommunikationslösningen*
3. *Tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörer ska ej tillåtas*

Dessa tre områden behandlas utförligt i vårt remissvar till:

Departementspromemorian Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (Ds. 2017: 7) samt i dess tillhörande bilaga: Utredning avseende en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar – överkapacitet, utvidgad användarkrets samt ej verksamhetskritisk kommunikation, Advokatfirman Vinge 5 maj 2017

Som vi anført i vårt tidigare remissvar riskerar den föreslagna kommunikationslösningen att inom några år underkännas av EU-domstolen vilket kommer att skada marknaden allvarligt men även leda till att de så kallade blåljusmyndigheterna riskerar att inte ha en fungerande kommunikationslösning inom några år. Dessa problem kvarstår även med den nu aktuella utredningen och mot denna bakgrund avstyrker vi förslagen i densamma.

Teracoms uppdrag

Telenor anser att en förutsättning för att Teracom på ett trovärdigt sätt ska kunna ansvara för det nya nätet är att dess verksamhet renodlas för att minimera störningar på telekommarknaden och koncentrera sina resurser på att etablera och driva det nya nätet.

Utredningen avseende en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar

– överkapacitet, utvidgad användarkrets samt ej verksamhetskritisk kommunikation

1. Enligt regeringens uppfattning kan dagens samhällsnät med Rakelsystemet inte möta användarkretsens behov eftersom nätet i huvudsak hanterar talad kommunikation och har begränsad kapacitet för mobil dataöverföring. Regeringen vill därför komplettera och på några års sikt ersätta Rakel med modernare system som kan hantera realtidöverföring av data och rörliga bilder. Av denna anledning beslutade regeringskansliet den 28 juli 2016 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att föreslå en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar (härefter ”utredningen”). Utredningen lämnade sin slutrapport, Ds 2017:7 Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (”Ds 2017:7”), den 8 mars 2017.
2. Utredningens förslag innefattar en utveckling av statliga kärn- och stamnät med fiber- och radiolänkinfrastruktur och en successiv uppbyggnad/förtätning i prioriterade områden av ett statligt radioaccessnät med tilldelat dedikerat frekvensutrymme om 2x10 MHz i 700 MHz-bandet för verksamhetskritisk kommunikation.
3. Utredningen framhåller att delar av detta tilldelade frekvensutrymme tidvis och i vissa delar av landet kan komma att utnyttjas endast i begränsad utsträckning och föreslår därför att överkapacitet ska kunna upplåtas till annan operatör.¹
4. Vidare finns det enligt utredningen skäl att pröva en vidgning av användningen av den framtida lösningen, där ytterligare samhällsviktiga verksamheter kan komma att inkluderas, utöver dagens användarkrets av Rakelsystemet. Utredningen framhåller att man inte har sökt fastställa de yttre gränserna för användarkretsen, men diskuterar frågan.²
5. Utredningen föreslår också att staten ska samverka med en eller flera kommersiella operatörer genom överenskommelser om nationell roaming som tillsammans med den föreslagna statliga infrastrukturlösningen ska ge god täckning, kapacitet och redundans för samhällsaktörernas mobila tal- och datakommunikation. Roaming, som skulle möjliggöra kommunikation för samhällsaktörerna i de kommersiella näten, anses främst få betydelse beträffande ej verksamhetskritisk kommunikation.³
6. Mot bakgrund av utredningens förslag har vi blivit ombedda att utreda tre specifika frågor:
 - 1) Vore den föreslagna försäljningen av överskottskapaciteten i 700 MHz-bandet till kommersiella operatörer förenlig med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?

¹ Ds 2017:7, s. 182.

² Ibid., s. 177.

³ Ibid., ss. 174-176.

- 2) Vore den föreslagna utvidgningen av användarkretsen förenlig med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?
- 3) Vore det föreslagna tillhandahållandet av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörerna förenligt med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?

Executive summary

Försäljning av överkapacitet i 700 MHz-bandet

EU:s statsstödsregler

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme inom vilket denne upplåter överkapacitet till andra operatörer skulle med största säkerhet i denna del anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.
- En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.
- EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.
- Processen inför EU-kommissionen torde ta minst upp mot ett år från det att de första kontakterna tagits av regeringen. Eftersom EU-kommissionen skulle behöva ta ställning till ett antal komplexa frågor, är emellertid risken stor att det tar väsentligt längre tid.

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme inom vilket denne upplåter överkapacitet till andra operatörer skulle påverka konkurrenssituationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Utvidgning av den användarkrets som kan nyttja den föreslagna kommunikationslösningen

EU:s statsstödsregler

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme skulle med största säkerhet anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, om, efter en utvidgning av användarkretsen, den verksamhet som bedrivs av aktörerna i denna krets inte utgör uppgifter som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, eller i den del den inte utgör sådana uppgifter.
- En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.

- EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- Om den berörda verksamheten efter en utvidgning av användarkretsen är att anse som ekonomisk verksamhet, eller till viss del är att anse som sådan verksamhet, skulle den falla inom ramen för reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.
- Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet innebär att en utvidgning av användarkretsen i denna del skulle påverka situationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörer

EU:s statsstödsregler

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme skulle med största säkerhet anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, om operatören skulle tillhandahålla användarkretsen ej verksamhetskritisk kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, eller i den del den inte skulle användas för en sådan verksamhet. Eftersom avsikten förefaller vara att operatören ska tillhandahålla användarkretsen all typ av kommunikation, såväl verksamhetskritisk som ej verksamhetskritisk, förefaller det rimligt att utgå från att även kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ omfattas och att det i denna del således rör sig om ekonomisk verksamhet.
- En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.
- EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- Om den ej verksamhetskritiska kommunikation som avses tillhandahållas användarkretsen inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, skulle den berörda verksamheten i denna del anses utgöra ekonomisk verksamhet och därmed även falla inom ramen för reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Som angivits ovan avseende EU:s statsstödsregler, förefaller det rimligt att utgå från att så är fallet.
- Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet innebär att ett sådant tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation skulle påverka situationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle i denna del sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Ytterligare lagstiftning att beakta

- I enlighet med vårt uppdrag avser denna rapport endast en bedömning av EU:s statsstödsregler samt reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Utöver dessa regler finns det annan lagstiftning som är av central betydelse för utredningens förslag och som i högsta grad kan påverka de rekommendationer som utredaren lämnat. Denna reglering innefattar olika aspekter av staten som aktör inom ramen för tillhandahållandet av telekomtjänster och därmed också olika regelverk.
- Den lagstiftning som kan behöva beaktas för en mer fullständig bedömning av om utredningens rekommendationer är förenliga med gällande rätt innefattar bl.a.:
 - Direktiv 2002/21 angående ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/20 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, och direktiv 2002/19 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter samt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.
 - Direktiv 2002/77 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.
 - Direktiv 2014/24 om offentlig upphandling och lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, alternativt direktiv 2009/81 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.
 - Annan konkurrensrättslig lagstiftning, ytterst artikel 101 och 102 i EUF-fördraget samt 2 kap. 1 och 7 §§ i Konkurrenslagen.

1 EU:s statsstödsregler

7. I artikel 107 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("EUF-fördraget") återfinns de grundläggande regler avseende medlemsstaternas möjligheter att ge ekonomiskt stöd till olika typer av verksamhet. För att en åtgärd ska utgöra statligt stöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget måste följande fyra kumulativa villkor uppfyllas:
 - 1) stödet ska beviljas med statliga medel oavsett slag;
 - 2) det ska snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen;
 - 3) det ska gynna vissa företag eller viss produktion; och
 - 4) åtgärden måste påverka handeln mellan medlemsstaterna.
8. Allt statligt stöd är dock inte förbjudet utan anses tillåtet om det är förenligt med den inre marknaden på de grunder som anges i artikel 107.2 och 107.3 i EUF-fördraget. Exempelvis kan enligt artikel 107.3 c i EUF-fördraget statligt stöd vara förenligt med den inre marknaden om det ges för att underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, förutsatt att det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset.
9. Statliga åtgärder som uppfyller kriterierna i artikel 107.1 i EUF-fördraget måste förhandsanmälas till EU-kommissionen ("Kommissionen"). Enligt artikel 108.3 i EUF-fördraget får den berörda medlemsstaten inte genomföra åtgärderna innan de har godkänts av Kommissionen (det s.k. "genomförandeförbudet"). Stöd som genomförs i strid med EU:s statsstödsregler måste återkrävas, tillsammans med sammansatt ränta. Skulle en medlemsstat inte anmäla en stödåtgärd, har alla berörda parter rätt att inge ett klagomål för att underrätta Kommissionen om påstått olagligt stöd.⁴
10. Genom den så kallade Allmänna gruppundantagsförordningen⁵ har vissa kategorier av stöd, däribland stöd till bredbandsinfrastruktur⁶ och regionalstöd för utveckling av bredbandsnät,⁷ undantagits från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 i EUF-fördraget. En rad kriterier måste uppfyllas för att en statlig stödåtgärd avseende bredband ska falla inom ramen för gruppundantaget. Åtgärden måste exempelvis avse investeringar i områden där det inte finns någon infrastruktur/något nätverk inom samma kategori (grundläggande bredband eller NGA-nät), och där sådan infrastruktur/sådant nätverk sannolikt inte kommer att utvecklas på kommersiella villkor inom de närmsta tre åren, och stödet måste dessutom tilldelas på grundval av en konkurrensutsatt urvalsprocess.⁸

⁴ Rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, artikel 24.2.

⁵ Kommissionens förordning (EG) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget ("Allmänna gruppundantagsförordningen").

⁶ Ibid., artikel 1.1 och 52.

⁷ Ibid., artikel 14.10.

⁸ Ibid., artikel 52.3 och 4, samt artikel 14.10 a och c.

11. Kommissionen har publicerat riktlinjer för hur statliga stödåtgärder som berör utbyggnad av bredbandsnät ska bedömas utifrån statsstödsreglerna (dessa riktlinjer berörs vidare i avsnitt 3.2.2).⁹

2 Konkurrenslagens förbud mot offentlig säljverksamhet

2.1 Konfliktlösningsregelns utformning

12. Den 1 januari 2010 infördes regler i Konkurrenslagen ("KL") om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.¹⁰ Den grundläggande bestämmelsen återfinns i 3 kap. 27 § KL ("konfliktlösningsregeln") och tar sikte på de konflikter som kan uppstå i samband med att offentliga aktörer bedriver verksamhet i konkurrens med den privata sektorn.
13. Under konfliktlösningsreglerna kan staten, en kommun eller ett landsting förbjudas att *tillämpa* ett visst förfarande (det s.k. förfarandeförbudet):
- 1) om det rör sig om en säljverksamhet;
 - 2) som är av kommersiell eller ekonomisk natur; och
 - 3) som snedvrider, eller är ägnad att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden; *eller*
 - 4) hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av sådan konkurrens.
14. En *kommun* eller ett *landsting*, men inte staten, kan även förbjudas att *bedriva* en viss säljverksamhet som har en konkurrenssnedvridande eller konkurrenshämmande effekt (det s.k. verksamhetsförbudet), förutsatt att verksamheten inte är förenlig med lag, se 3 kap. 27 § tredje stycket KL. Konfliktlösningsregeln skiljer således mellan ett förfarandeförbud som omfattar *hur* en försäljning sker och ett verksamhetsförbud, som omfattar *vad* som säljs. Då det av utredningen framgår att det endast är staten som är relevant i sammanhanget, diskuteras inte verksamhetsförbudet vidare nedan.
15. Ett förfarandeförbud omfattar både det fallet att den berörda aktören ensam tillämpar ett visst beteende och det fallet att aktören gör det i avtalsförhållande med ett eller flera andra företag.¹¹
16. Konfliktlösningsregeln är neutral i förhållande till i vilken form säljverksamheten bedrivs och omfattar även säljverksamhet i bolagsform där staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över företaget genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.¹²
17. Regeln blir endast tillämplig om det rör sig om verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dvs. en verksamhet som utgör "företag" enligt definitionen i 1 kap. 5 §

⁹ EU:s riktlinjer för tillämpning av reglerna för statligt stöd på snabb utbyggnad av bredbandsnät (2013/C 25/01) ("Bredbandsriktlinjer").

¹⁰ Dessa regler återfinns i 3 kap. 27-32 §§ KL.

¹¹ Prop. 2008/09:231, s. 36.

¹² 3 kap. 28 § KL. Se även prop. 2008/09:231, s. 42.

första stycket KL.¹³ Det är inte avgörande om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är att någon form av ekonomisk verksamhet bedrivs.¹⁴ Detta innebär att konfliktlösningsregeln inte omfattar exempelvis myndighetsutövning. Det är bara den del av verksamheten som utgör icke-kommersiell verksamhet som faller utanför begreppet företag. Det innebär att ett organ kan vara företag i den del det bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet och ”icke-företag” i den del verksamheten består i icke-kommersiell verksamhet.

18. EU-domstolen har i sin rättpraxis tolkat begreppet ”ekonomisk verksamhet” och denna tolkning styr även begreppets tillämpning enligt svensk rätt. Domstolen har funnit att ”en uppgift som utförs för att tillgodose allmänintresset och som hör till statens grundläggande uppgifter” inte utgör ekonomisk verksamhet.¹⁵ Det faktum att avgifter tas ut för utnyttjandet av en viss tjänst innebär inte nödvändigtvis att verksamheten ska ses som kommersiell.¹⁶ Vad gäller EU-domstolens tolkning av begreppet ekonomisk verksamhet, hänvisas vidare till avsnitt 3.2.1. nedan.

19. Som framgår av kriterierna för konfliktlösningsregelns tillämpning utgör förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen på den aktuella marknaden en grundförutsättning för regelns användning.¹⁷ Regeln tar således sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen, och innefattar både konkurrensnedridande och konkurrenshämmande förfaranden. *Konkurrensnedridande* förfaranden tar enligt förarbetena sikte på situationen då det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan exempelvis vara så att den offentlige aktören behandlar andra företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten. *Konkurrenshämmande* förfaranden å andra sidan tar istället sikte på de fall där det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer överhuvudtaget inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande. Det kan även vara så att de privata företagets tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka. Ett exempel kan vara att privata företag på marknaden inte kan eller har svårt att arbeta inom ramen för vad som är ekonomiskt rimligt när den offentlige aktören sätter sina priser under självkostnadsnivå eller betar sig på något annat sätt som hämmar konkurrensen.¹⁸

20. Gemensamt för konkurrensnedridande och konkurrenshämmande förfaranden är att de har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens.¹⁹ För att avgöra om ett förfarande faller inom ramen för konfliktlösningsregeln ska det enligt förarbetena i det enskilda fallet bedömas om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen.²⁰ Typfall som nämns i förarbetena är förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering och vägran att ge tillträde till viss infrastruktur. Även en offentlig aktörs blotta närvaro på marknaden sägs kunna leda till att privata

¹³ I förarbetena till 1 kap. 5 § (prop. 1992/93:56, s. 66) anges att begreppet företag ska ha samma innebörd som i EU-rätten.

¹⁴ Prop. 2008/09:231, s. 34.

¹⁵ Mål C-343/95 *Calì & Figli mot Servizi Ecologici Porto di Genova*, punkt 22.

¹⁶ Mål C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mot Eurocontrol*, punkt 28.

¹⁷ Marknadsbegreppet motsvaras av vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden. Den aktuella marknaden innefattar således dels produktmarknaden och dels den geografiska marknaden och bägge måste definieras för att kunna bedömas om ett visst förfarande ska förbjudas (Prop. 2008/09:231, s. 58).

¹⁸ Prop. 2008/09:231, s. 57.

¹⁹ *Ibid.*, ss. 57-58.

²⁰ *Ibid.*, s. 36.

aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter.²¹ Därtill kan det konstateras att Konkurrensrådet identifierat exempelvis försäljning av överskottskapacitet som ett typfall av offentlig säljverksamhet som vållar konkurrensproblem för privata företag.²²

21. Det är i första hand Konkurrensverket som ska föra talan om att förbud enligt konfliktlösningsregeln ska meddelas och ett enskilt företag kan därför inte direkt vända sig till domstol. I det fall Konkurrensverket skulle besluta att inte väcka en förbudstalan får istället talan väckas av ett företag som berörs av verksamheten eller förfarandet i denna.²³

2.2 Undantag för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt

22. Konfliktlösningsregeln innehåller ett undantag från förbudet mot offentlig säljverksamhet för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.²⁴ Detta innebär att man vid prövningen i varje enskilt fall även ska ta hänsyn till andra allmänintressen än konkurrensintresset, dvs. intressen som kan uppväga de negativa effekterna på konkurrensen.²⁵
23. Ett förfarande som är en direkt och avsedd effekt av en offentlig reglering eller en ofrånkomlig följd av denna omfattas inte av förbudsregeln utan anses försvarbar från allmän synpunkt. Det kan enligt förarbetena vara fråga om en specialreglering som har till syfte att värna om särskilda intressen vilket i sin tur kan innebära att fri konkurrens inte ska gälla fullt ut på ett visst område, eller att speciella förutsättningar ska råda för konkurrensen på den aktuella marknaden.²⁶
24. Det ska understrykas att även ett konkurrensbegränsande förfarande som inte strider mot lag kan sakna försvarbarhet. Det är då huvudsakligen fråga om situationer där förfarandet inte tillgodoser andra samhällsliga intressen som väger tyngre än konkurrensintresset. Skadas konkurrensen, måste enligt förarbetena de skäl som åberopas för att låta förfarandet fortgå ha en verklig tyngd och vara av klart angelägen karaktär. Ju större skadorna är, desto större styrka ska krävas i fråga om de uppvägande konsekvenserna. För det fall det finns andra möjligheter att tillgodose det berörda allmänintresset kan det aktuella förfarandet inte anses försvarbart från allmän synpunkt.²⁷

3 Försäljning av överkapacitet i 700 MHz-bandet

3.1 Bakgrund

25. Utredningen har föreslagit en utveckling av statliga kärn- och stamnät med betydande fiber- och radiolänkinfrastruktur och en successiv uppbyggnad/förtätning i prioriterade områden av radioaccessnät under statlig kontroll och rådighet med förfogande över ett

²¹ Prop. 2008/09:231, s. 36.

²² Ibid., s. 24.

²³ 3 kap. 32 § KL.

²⁴ 3 kap. 27 § andra stycket KL.

²⁵ Prop. 2008/09:231, s. 37.

²⁶ Ibid., ss. 37 och 38.

²⁷ Ibid., s. 38.

dedikerat frekvensutrymme om 2x10 MHz i 700 MHz-bandet för verksamhetskritisk datakommunikation.²⁸

26. Utredningen anger inte helt tydligt vilken eller vilka aktörer som skulle bli tilldelade det angivna frekvensutrymmet, men mot bakgrund av att man upprepat understryker behovet av statlig kontroll och rådgighet med förfogande över det dedikerade frekvensutrymmet förefaller man förespråka en statlig operatör.²⁹ Bedömningen nedan utgår från detta antagande.³⁰ Staten skulle under sådana omständigheter därmed bli den sjätte mobiloperatören med eget nät i Sverige utöver redan existerande Telia, Telenor, Tele2, Tre samt Net1 (MNO:er – Mobile Network Operators). Utöver dessa aktörer finns det en rad mobiloperatörer som inte äger ett nät och som istället köper kapacitet från operatörerna med eget nät. Dessa operatörer utan mobilnät utgörs av MVNO:er (mobile virtual network operator) och service providers, där den senare tillhandahåller en enklare form av MVNO-tjänst.³¹
27. Förslaget verkar vidare innebära att Operatören inte ska betala något för tilldelningen av det dedikerade frekvensutrymmet.³²
28. Utredningen framhåller att, även om tillgången till det dedikerade spektrumet i vissa fall kan visa sig otillräcklig, kan delar av utrymmet tidvis och i vissa delar av landet komma att utnyttjas endast i begränsad utsträckning. Utredningen föreslår därför att överkapacitet ska kunna upplåtas till annan operatör:

”För att åstadkomma en effektiv användning av spektrum bör därför övervägas om ledig kapacitet ska kunna upplåtas till annan aktör. Eftersom frekvensutrymmet föreslås tilldelas för verksamhet som bedrivs i syfte att tillgodose allmän ordning, säkerhet och hälsa är sådana möjligheter ännu oklara. Det kan dock konstateras att lagstiftningen inte uttryckligen utgör hinder för detta. Tillståndsvillkor för exklusiv användning får meddelas endast om det krävs för att säkerställa verksamhet som bedrivs i syfte att skydda människors liv eller hälsa eller om det finns synnerliga skäl. Förutsatt att det går att säkerställa att den föreslagna kommunikationslösningen kan skyddas, bör upplåtelse av ledig kapacitet till ytterligare ändamål vara möjlig, även om förutsättningarna för detta behöver utredas ytterligare. En sådan upplåtelse skulle kunna innebära mer effektiv frekvensanvändning och kunna ske i de delar av landet där full kapacitet normalt inte behövs i aktörernas vardagliga arbete, t.ex. i glesbygd. Det skulle vara ekonomiskt fördelaktigt för samhället och anknyter till förfaringssätt i andra länder (bl.a. USA).”³³

29. Upplåtelse av överkapacitet i outnyttjade delar av det frekvensband som tilldelas Operatören skulle kunna ske till både MVNO:er och till service providers.

²⁸ Ds 2017:7, s. 173.

²⁹ Se också bl.a. DS 2017:7, s. 180, ”staten utvecklar (genom lämpligt statligt bolag eller myndighet) egen operatörsroll [...]”, och s. 191 ”utredningens förslag [...] bygger på en statlig kommunikationslösning i myndighets- eller bolagsregi.”

³⁰ Föresättningsvis avses med ”Operatören” en statlig operatör som tilldelats frekvensutrymmet 2x10 MHz i 700 MHz-bandet.

³¹ Ds 2017:7, s. 14.

³² Se exempelvis Ds 2017:7, s. 154: ”Lagen om elektronisk kommunikation anger särskilda skäl för undantag från tillståndsprövning genom allmän inbjudan. Det innebär bland annat att radioanvändning som behövs för verksamhet som bedrivs i syfte att tillgodose allmän ordning, säkerhet eller hälsa kan undantas. PTS ska då inte konkurrensutsätta sådant frekvensutrymme.”

³³ Ds 2017:7, ss. 182-183.

30. Det kan i detta sammanhang noteras att utredningen förordar en kommunikationslösning med finansiering, ägarskap och förvaltning som tillvaratar befintliga finansiella och andra resurser inom Myndigheten för samhällsskydd och beredskap ”(MSB”) och det statligt ägda bolaget Teracom AB, som f.n. ansvarar för drift av Rakelsystemet. Kostnader för drift och underhåll av systemet är tänkt att avgiftsfinansieras med abonnemangsavgifter och de intäkter som kommersiella operatörers inplaceringar innebär. Kostnader för statliga myndigheters abonnemang är tänkt att, som för Rakel, täckas genom disponerade anslag, vilket fastställs i respektive myndighets regleringsbrev.³⁴
31. Sammanfattningsvis tycks utredningens förslag innebära att Operatören kommer att konkurrera med de idag existerande privata mobiloperatörer med eget mobilnät som för närvarande har möjlighet att upplåta kapacitet i sina nät. De privata alternativen skulle således tvingas att konkurrera med en statlig aktör som enligt utrednings förslag tycks få tilldelat sig frekvensutrymme utan kostnad.

3.2 Tillämpning av statsstödsreglerna

32. Nedan görs först en bedömning av om det rör sig om en statlig stödåtgärd enligt artikel 107.1 i EUF-fördraget. Därefter görs en bedömning av åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

3.2.1 Artikel 107.1 i EUF-fördraget

33. Enligt EU-domstolens rättspraxis är artikel 107 i EUF-fördraget inte tillämplig när medlemsstaterna utövar offentligrättsliga maktbefogenheter eller när de agerar i sin egenskap av offentliga myndigheter. Det rör sig då inte om en verksamhet som är av en sådan ekonomisk karaktär att den omfattas av EUF-fördragets konkurrensregler.³⁵ Enligt Kommissionen anses en enhet utöva offentligrättsliga maktbefogenheter när den berörda verksamheten är en uppgift som omfattas av statens grundläggande funktioner eller är sammanbunden med dessa funktioner genom sin karaktär, sitt syfte och de regler som styr den. Kommissionen har bedömt att räddningstjänster, såsom de som utförs av polis, brandkår och ambulans, liksom när dessa tjänster utförs av andra aktörer, utgör uppgifter som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ och utgör därför inte ekonomisk verksamhet.³⁶
34. Till den del det tilldelade frekvensutrymmet används till sådan verksamhet, lär tilldelningen följaktligen inte omfattas av artikel 107 i EUF-fördraget och EU:s statsstödsregler.
35. Däremot utgör en upplåtelse av överkapaciteten inom det tilldelade frekvensutrymmet till andra operatörer en ekonomisk verksamhet i den del den utgör en kommersiell exploatering av det subventionerade frekvensutrymmet. Att upplåta överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet i konkurrens med andra mobiloperatörer utgör en ekonomisk verksamhet och omfattas således av EU:s statsstödsregler. I denna del ska det därför bedömas om kriterierna i artikel 107 i EUF-fördraget är uppfyllda.

³⁴ Ds 2017:7, ss. 192-193.

³⁵ Se mål 118/85 Kommissionen mot Italien, punkterna 7 och 8 och mål C-30/87 Bodson, punkt 18 och mål C-364/92 SAG, punkt 30.

³⁶ SA.38863 (2015/N) United Kingdom Emergency Services Mobile Communications Programme (”United Kingdom Emergency Services”), punkterna 22 och 23.

Stöd beviljat med statliga medel

36. Normalt sker tilldelning av frekvensutrymme genom en s.k. ”beauty contest” eller genom auktion (eller genom en kombination av dessa).³⁷ Utredningen förefaller dock föreslå att använda det undantag som föreskrivs i lag (2003:389) om elektronisk kommunikation (”LEK”) för verksamhet som bedrivs i syfte att tillgodose allmän ordning, säkerhet eller hälsa.³⁸ Avsikten tycks således vara att Operatören inte ska behöva betala någon ersättning för frekvensutrymme. Genom en sådan tilldelning avstår staten en intäkt som man annars skulle haft. Det är därför fråga om en överföring av statliga medel.

En selektiv ekonomisk fördel

37. Operatören får en selektiv ekonomisk fördel genom att tilldelas frekvensutrymme utan kostnad. Denna fördel möjliggör bland annat för Operatören att upplåta överkapaciteten på sitt nät till lägre pris än om den hade behövt köpa frekvensutrymme (och till lägre pris än konkurrenterna).³⁹ Även andra operatörer, till vilka överkapacitet i det subventionerade frekvensutrymme upplåts, får en selektiv ekonomisk fördel⁴⁰ och blir därigenom indirekta stödmottagare. Det kan i detta sammanhang noteras att det i den så kallade Rakelutredningen särskilt beaktades att Rakel inte var avsett att utgöra ytterligare ett kommersiellt kommunikationssystem som konkurrerar med teleoperatörer i publika nät.⁴¹

En åtgärd som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen

38. Operatören får genom tilldelningen av frekvensutrymme ett statligt stöd som möjliggör erbjudandet av en tjänst på villkor som inte annars hade varit tillgängliga på marknaden. Tilldelningen av frekvensutrymme utan kostnad möjliggör således för Operatören, och de andra operatörer till vilka överkapacitet upplåts, att erbjuda lägre priser än konkurrenterna, och därigenom attrahera fler kunder, än vad som hade varit fallet under normala marknadsvillkor.⁴² Åtgärden kan således snedvrیدا konkurrensen.

En åtgärd som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna

39. Eftersom stödmottagarna är aktiva på telekommunikationsmarknader, vilket är marknader som är föremål för handel mellan medlemsstaterna, riskerar stödet att påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁴³

3.2.2 Stödets förenlighet med artikel 107 i EUF-fördraget

40. Eftersom samtliga kriterier i artikel 107.1 i EUF-fördraget således är uppfyllda, skulle åtgärden som utredningen förefaller föreslå, att utan kostnad tilldela Operatören det berörda frekvensutrymme, utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikeln.

³⁷ 3 kap. 8 § LEK.

³⁸ 3 kap. 8 § andra stycket LEK, samt Ds 2017:7, s. 154.

³⁹ Jfr. Kommissionens beslut i ärende N 407/2009 Spain Optical fibre Catalonia, punkterna 78-81.

⁴⁰ Jfr. United Kingdom Emergency Services, punkt 24 b.

⁴¹ SOU 2003:10, s. 62.

⁴² Jfr. Kommissionens beslut i ärende N 407/2009 Spain Optical fibre Catalonia, punkterna 78-81.

⁴³ Jfr. United Kingdom Emergency Services, punkt 24 c.

41. Den Allmänna gruppundantagsförordningen torde inte vara tillämplig. Det kan bland annat konstateras att det inte rör sig om stöd till bredbandsinfrastruktur.⁴⁴ Dessutom avses stödet inte tilldelas på grundval av en konkurrensutsatt urvalsprocess.⁴⁵ Avsikten tycks inte heller vara att stödet ska beviljas endast i områden där det inte finns något nätverk/infrastruktur inom samma kategori (grundläggande bredband eller NGA-nät) och där ett sådant nätverk/infrastruktur sannolikt inte kommer att utvecklas på kommersiella villkor inom tre år.⁴⁶ Av utredningen framgår att någon sådan bedömning inte ska göras utan att upplåtelsen av överkapacitet avses kunna ske i de delar av landet där full kapacitet normalt inte behövs i blåljusaktörernas vardagliga arbete, exempelvis i glesbygd.⁴⁷
42. Eftersom det då skulle röra sig om en stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget och den Allmänna gruppundantagsförordningen inte är tillämplig, innebär genomförandeförbudet att åtgärden måste förhandsanmälas till Kommissionen och inte får genomföras innan den godkänts som förenlig med den inre marknaden.
43. Såsom framgår av Kommissionens Bredbandsriktlinjer, gör Kommissionen sin bedömning av om stödåtgärden är förenlig med den inre marknaden i två steg.⁴⁸ För det första måste åtgärden uppfylla sju villkor – det räcker att *ett av dessa* inte är uppfyllt för att stödet ska förklaras oförenligt med den inre marknaden:⁴⁹
- 1) Stödet bidrar till att uppnå mål av gemensamt intresse,
 - 2) tjänsterna kan inte levereras på marknaden på grund av marknadsmisslyckanden eller betydande ojämlikheter,
 - 3) det statliga stödet är ett lämpligt politiskt instrument,
 - 4) stödet ger en stimulans effekt,
 - 5) stödet är begränsat till vad som är absolut nödvändigt,
 - 6) de negativa effekterna är begränsade,
 - 7) stödet medger öppenhet och insyn.
44. Om alla sju villkor är uppfyllda gör Kommissionen därefter en avvägning mellan stödåtgärdens positiva effekter när det gäller att nå ett mål av gemensamt intresse och de eventuella negativa effekterna.⁵⁰
45. Det bör i detta sammanhang räcka att konstatera följande:
- Att tillse att befolkningen inom Europeiska unionen har tillgång till en välfungerande bredbandsinfrastruktur utgör ett prioriterat intresse inom den

⁴⁴ Se bl.a. Allmänna gruppundantagsförordningen, punkterna 133-139 och artikel 52.

⁴⁵ Allmänna gruppundantagsförordningen, artikel 52.4, och 14.10 c.

⁴⁶ Ibid., artikel 52.3 och artikel 14.10 a.

⁴⁷ Ds 2017:7, ss. 182-183.

⁴⁸ Bredbandsriktlinjerna, punkterna 32-34.

⁴⁹ Ibid., punkt 33.

⁵⁰ Ibid., punkt 34.

Europeiska unionen.⁵¹ Stöd för att öka bredbandstäckningen i glesbygd kan därför vara förenligt med den inre marknaden, under förutsättning att ovan angivna villkor är uppfyllda. Upplåtelse av överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet är dock enligt utredningen tänkt att ske i områden där sådan överkapacitet finns, och hänsyn tas inte till marknadsförhållandena eller om det rör sig om vita, grå eller svarta områden.⁵² Överkapacitet i frekvensutrymmet ska således kunna upplåtas även i områden där det redan finns bredbandstäckning. Sådan upplåtelse bidrar inte till att uppnå ett mål av gemensamt intresse.

- Upplåtelsen av överkapacitet är inte heller på något vis begränsad till geografiska områden där det föreligger ett marknadsmisslyckande.
 - Stödet är på inget vis begränsat till vad som är absolut nödvändigt. Upplåtelse avses kunna ske inom *alla* geografiska områden där överkapacitet finns, utan begränsning till områden där bredbandstäckning saknas eller är begränsad.
 - Vad gäller begränsningen av de negativa effekterna, kan det bl.a. konstateras att någon konkurrensutsatt urvalsprocess inte avses genomföras (och således kommer inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas)⁵³ och någon detaljerad kartläggning och analys av täckningen och något offentligt samråd nämns inte av utredningen.
46. Slutsatsen blir därför att, även om regeringen skulle lämna in en förhandsanmälan av stödåtgärden till Kommissionen, förefaller det ytterst osannolikt att Kommissionen skulle komma till slutsatsen att stödet är förenligt med den inre marknaden.
47. Det bör i detta sammanhang noteras att i det statsstödsärende inför Kommissionen som ligger närmast den av utredningen behandlade lösningen, United Kingdom Emergency Services, tog processen inför Kommissionen drygt sju månader från det att den brittiska regeringen lämnade in sin anmälan (anmälan den 27 april 2015 och beslut den 2 december 2015).⁵⁴ Denna hade föregåtts av en (informell) föransmälan i början på året. Det brittiska ärendet var dock förhållandevis okomplicerat i förhållande till den av utredningen diskuterade lösningen. Den senare väcker ett antal komplexa frågor, bl.a. avseende de frågeställningar som behandlas i föreliggande PM, vilka Kommissionen kommer att behöva ta ställning till, såsom tillämpningen av begreppet ekonomisk verksamhet, liksom tillämpningen av Bredbandsriktlinjerna. Risken är därför stor att processen inför Kommissionen tar väsentligt längre tid.

⁵¹ Se, exempelvis, Bredbandsriktlinjerna, punkt 1.

⁵² Ibid., punkterna 61-72:

Vita områden: områden där det inte finns och sannolikt inte kommer att byggas ut någon bredbandsstruktur inom den närmaste framtiden.

Grå områden: områden där en nätoperatör är verksam och det är osannolikt att ett annat nät kommer att byggas ut inom den närmaste framtiden.

Svarta områden: områden där det finns eller inom en nära framtid kommer att finnas minst två grundläggande bredbandsnät som tillhandahålls av olika operatörer.

⁵³ Se bl.a. Ds 2017:7, ss. 22-23, där utredningens förslag till lösning presenteras.

⁵⁴ United Kingdom Emergency Services, punkt 2.

3.3 Tillämpning av konfliktlösningsregeln

48. Utredningen föreslår att överkapaciteten i det tilldelade frekvensutrymmet ska kunna upplåtas till annan operatör. I enlighet med bedömningen ovan under EU:s statsstödsregler, utgör detta ekonomisk verksamhet.⁵⁵ Avsikten är att Operatören ska kunna agera på en grossistmarknad där MVNO:er eller service providers köper mobilkapacitet.
49. Frågan är således om en statlig försäljning av överkapacitet inom den tilldelade frekvensen om 2x10 MHz inom 700 MHz-bandet genererar, eller skulle kunna generera, negativa effekter för konkurrensen på den aktuella marknaden. Även om den aktuella marknaden måste beaktas vidare för en mer ingående bedömning, torde man kunna utgå från att Operatörens agerande kommer att få både konkurrensnedvidande och konkurrenshämmande effekter. Operatören skulle direkt eller indirekt dra fördel av att få det berörda frekvensutrymmet tilldelat utan kostnad. Förutsättningarna för näringsverksamheten för Operatören respektive övriga kommersiella aktörer skulle skilja sig åt i grunden eftersom Operatören, till skillnad från de privata operatörerna, inte behöver beakta kostnaden för tilldelningen av frekvensutrymmet. Underprissättning och/eller etableringshinder där Operatörens blotta närvaro på den berörda marknaden skulle hindra de privata mobiloperatörernas expansion är exempel på hur drivkrafterna till konkurrens skulle kunna skadas om Operatören skulle tillåtas upplåta överkapacitet. Såsom noterats ovan, har Konkurrensrådet specifikt identifierat försäljning av överkapacitet som ett typfall av offentlig säljverksamhet som vållar konkurrensproblem för privata företag.
50. Problematiken blir extra tydlig om man, på grundval av vad tidigare auktionerat spektrum under 1 GHz har kostat, utgår från att Operatörens konkurrenter skulle behövt betala runt 700 MSEK för att förvärva motsvarande spektrum. Operatörens kostnader skulle då i utgångsläget vara 700 MSEK lägre än konkurrenternas, vilket skulle möjliggöra för Operatören att sätta mycket lägre priser än de övriga operatörerna. Härutöver tillkommer att Operatören generellt redan skulle ha andra och bättre förutsättningar än övriga aktörer på marknaden, exempelvis genom att kunna erhålla bättre finansieringsvillkor till följd av den lägre risk som det innebär för långivare att ha affärsförbindelser med en statlig aktör.
51. Det förefaller inte troligt att undantaget från förbudet mot offentlig säljverksamhet för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt skulle vara tillämpligt. Såsom förklarats ovan skulle en tilldelning av det berörda frekvensutrymmet utan kostnad sannolikt strida mot EU:s statsstödsregler. En upplåtelse av överkapaciteten i konkurrens med privata operatörer skulle av denna anledning sakna försvarbarhet från allmän synpunkt. Därutöver kan det inte anses att *finansieringen* av ett statligt mobilnät för att tillgodose verksamhetskritisk kommunikation för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar skulle utgöra ett samhällligt intresse som överväger konkurrensintresset avseende en upplåtelse av överkapacitet. Om så vore fallet skulle all form av statlig verksamhet med förfaranden som har till syfte att inbringa inkomster till staten för att bekosta en statlig aktivitet kunna anses försvarbar i förhållande till ett konkurrensintresse. Så kan det givetvis inte förhålla sig.
52. Sammanfattningsvis skulle ett genomförande av utredningens förslag att överkapacitet ska kunna upplåtas till annan operatör påverka konkurrenssituationen på marknaden starkt

⁵⁵ Se ovan avsnitt 3.2.1.

negativt. Ett genomförande av förslaget skulle sannolikt anses stå i strid med konfliktlösningsregeln.

4 Utvidgning av användarkretsen

4.1 Bakgrund

53. Gemensamt för de aktörer som sägs ha behov av ett eget kommunikationssystem är att de har uppgifter inom området skydd mot olyckor eller är operativa vid hantering av extraordinära händelser samt att dessa samhällsviktiga uppgifter är författningsreglerade och därmed tydligt går att urskilja från annan verksamhet. I den så kallade Rakelutredningen diskuterades användarkretsen och utgångspunkten var att det var ekonomiskt mest fördelaktigt om så många som möjligt släpptes in i radiokommunikationssystemet. Med hänsyn till bland annat konkurrensaspekter, dvs. att inte konkurrera med kommersiella aktörer, bedömdes emellertid att användarkretsen borde begränsas till skydds- och säkerhetsmyndigheterna och att övriga aktörer inom skydds- och säkerhetssektorn kunde ges tillträde endast vid särskilda händelser. Även privata aktörer, såsom eldistributörers linjearbetare, ansågs möjliga att inkludera i användarkretsen i krislägen då räddningstjänstlagen kunde återopas.⁵⁶ Användarkretsens slutliga omfattning är idag angiven i 20a § förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation.
54. Enligt utredningen finns skäl att pröva en utvidgning av användningen av den framtida lösningen, där ytterligare samhällsviktiga verksamheter kan komma att inkluderas, utöver dagens användarkrets av Rakelsystemet. Utredningen framhåller att man inte har sökt fastställa de yttre gränserna för användarkretsen, men diskuterar frågan.⁵⁷
55. Utredningen anför att en rad användare kan vara viktiga vid en given kris eller händelse, kommunikationsbehoven kan se olika ut och vad som bedöms som verksamhetskritiskt kan variera. Man anger att med verksamhetskritisk kommunikation avses kommunikation som krävs för att aktörerna ska kunna utföra sina respektive verksamhetsuppdrag samt för att i samverkan kunna förebygga och hantera olyckor och kriser.⁵⁸ Det nämns särskilt att en utvidgning av användarkretsen kan komma att ske mot bakgrund av det s.k. NIS-direktivets⁵⁹ genomförande i svensk rätt och MSB:s definition av samhällsviktig verksamhet.⁶⁰ Enligt utredningen kan NIS-direktivet komma att vidga den krets som berörs av höga krav på säkerhet och kontinuitet i nätverk och informationssystem till områden som bl.a. rör bank- och finansverksamhet, transporter, dricksvatten och energiproduktion.⁶¹ Utredningen konstaterar vidare att behovet av en utvidgad användarkrets sammanhänger

⁵⁶ SOU 2003:10 - Trygga medborgare - säker kommunikation, ss. 62-63. Se hänvisning till denna rapport i Ds 2017:7, s. 67. Se vidare Ds 2017:7, s. 70.

⁵⁷ Ds 2017:7, s. 177.

⁵⁸ Ibid., s. 72. I utredningens lista över förkortningar och definitioner, definieras ”verksamhetskritisk information” som information som ”[b]edöms som kritisk i utförandet av de uppdrag som ålagts samhällsaktörerna.”

⁵⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2016/1148 av den 6 juli 2016 om åtgärder för en hög gemensam nivå på säkerhet i nätverks- och informationssystem i hela unionen (OJ L 194/1) (”NIS-direktivet”). NIS-direktivet är ämnat att fastställa åtgärder för att uppnå en hög gemensam nivå på säkerhet i nätverks- och informationssystem inom unionen, i syfte att förbättra den inre marknadens funktion, se artikel 1 NIS-direktivet.

⁶⁰ Ds 2017:7, s. 71. MSB definierar samhällsviktig verksamhet som en verksamhet som uppfyller minst ett av följande villkor: i) Ett bortfall av, eller en svår störning i verksamheten som ensamt eller tillsammans med motsvarande händelser i andra verksamheter på kort tid kan leda till att en allvarlig kris inträffar i samhället eller, ii) verksamheten är nödvändig eller mycket väsentlig för att en redan inträffad kris i samhället ska kunna hanteras så att skadeverkningarna blir så små som möjligt, se MSB, Handlingsplan för skydd av samhällsviktig verksamhet 2013, s. 13.

⁶¹ Ds 2017:7, s. 67.

med mer komplexa samhällsbehov som krisberedskap, säkerhetspolitisk utveckling och det civila försvarets framtida karaktär.⁶²

56. Exempel på vilka samhällstjänster som skulle kunna ingå i utvidgningen av användarkretsen är enligt utredningen sådana som förutsätter hög robusthet och tillgänglighet, så som möjligheter att larva 112 där allmänna nät ej är tillgängliga, trygghetslarm och olika typer av övervakningssystem. En utvidgning kan enligt utredningen också bli aktuell om framtida tågradio bedöms kunna ersättas med tjänster inom den nya kommunikationslösningen.⁶³

4.2 Tillämpning av statsstödsreglerna

57. Såsom angivits ovan i avsnitt 3.2.1, är artikel 107 i EUF-fördraget enligt EU-domstolens rättspraxis inte tillämplig när medlemsstaterna utövar offentligt rättsliga maktbefogenheter eller när de agerar i sin egenskap av offentliga myndigheter. Det rör sig då inte om en verksamhet som är av en sådan ekonomisk karaktär att den omfattas av EUF-fördragets konkurrensregler.⁶⁴ Enligt Kommissionen anses en enhet utöva offentligt rättsliga maktbefogenheter när den berörda verksamheten är en uppgift som omfattas av statens grundläggande funktioner eller är sammanbunden med dessa funktioner genom sin karaktär, sitt syfte och de regler som styr den. Kommissionen har bedömt att räddningstjänster, såsom de som utförs av polis, brandkår och ambulans, liksom när dessa tjänster utförs av andra aktörer, utgör uppgifter som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ och utgör därför inte ekonomisk verksamhet.
58. Såsom framgår av 20a § förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation omfattar dagens användarkrets av Rakelsystemet ”sådan radioanvändning som behövs för att tillgodose allmän ordning, säkerhet eller hälsa och som bedrivs av Försvarsmakten, Myndigheten för samhällsskydd och beredskap, Kustbevakningen, Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Kriminalvården och Tullverket”. Den omfattar även radioanvändning om den behövs för att tillgodose sådan verksamhet som avser allmän ordning, säkerhet eller hälsa som bedrivs av:
- ”1. regeringen med Regeringskansliet samt de myndigheter som anges i bilagan till förordningen (2015:1052) om krisberedskap och bevakningsansvariga myndigheters åtgärder vid höjd beredskap när det gäller fredstida krishantering,
 2. kommun eller landsting enligt lagen (2006:544) om kommuners och landstings åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap,
 3. kommun, Transportstyrelsen, Sjöfartsverket eller länsstyrelse när det gäller räddningstjänst enligt lagen (2003:778) om skydd mot olyckor,
 4. den som äger eller utövar farlig verksamhet på en anläggning och som enligt beslut av länsstyrelsen enligt 2 kap. 3 § förordningen (2003:789) om skydd mot olyckor är skyldig att i skälig omfattning hålla eller bekosta beredskap med personal och egendom och i

⁶² Ds 2017:7, ss. 68-72.

⁶³ Ibid., s. 72.

⁶⁴ Se mål 118/85 Kommissionen mot Italien, punkterna 7 och 8, mål C-30/87 Bodson, punkt 18 och mål C-364/92 SAG, punkt 30.

övrigt vidta nödvändiga åtgärder för att hindra eller begränsa allvarliga skador på människor eller miljön,

5. Strålsäkerhetsmyndigheten när det gäller rådgivning enligt förordningen (2003:789) om skydd mot olyckor,

6. kommun eller landsting när det gäller akutsjukvård och katastrofmedicinsk beredskap enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763),

7. alarmeringsföretag i verksamhet där myndigheter bistås med stöd av lagen (1981:1104) om verksamheten hos vissa regionala alarmeringscentraler,

8. koncessionshavare och elleverantörer enligt ellagen (1997:857) när det gäller verksamhet som är av omedelbar betydelse för att upprätthålla elöverföringen, och

9. den som enligt radio- och tv-lagen (2010:696) eller tillståndsvillkor som meddelats med stöd av den lagen är skyldig att kostnadsfritt sända varningsmeddelande eller meddelanden som är av vikt för allmänheten, om en myndighet begär det.”

59. De angivna verksamheterna förefaller, åtminstone vid en första bedömning, utgöra uppgifter som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ och således inte omfattas av de EU:s statsstödsregler.

60. Om användarkretsen utvidgas, blir det nödvändigt att avgöra om den verksamhet som bedrivs av aktörerna i den vidgade användarkretsen är att anse som ekonomisk verksamhet. Om verksamheten anses omfattas av statens utövande av offentlighetsrättsliga maktbefogenheter eller den berörda enhetens verksamhet anses utgöra agerande i egenskap av offentlig myndighet, utgör den inte ekonomisk verksamhet och EU:s statsstödsregler är inte tillämpliga. Det kan här bli nödvändigt att tydligt begränsa användningen av de kommunikationstjänster som tillhandahålls användarkretsen till kommunikation vars syfte är att tillgodose allmän ordning, säkerhet eller hälsa.⁶⁵

61. Om verksamheten däremot är att anse som ekonomisk verksamhet blir EU:s statsstödsregler tillämpliga och den bedömning som behöver göras torde i princip bli densamma som den som gjorts ovan i avsnitt 3.2 vad avser upplåtande av överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet, dvs. att tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet utan kostnad utgör en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget som regeringen kommer att behöva lämna in en förhandsanmälan om till Kommissionen. Även om så skulle ske, förefaller det ytterst osannolikt att Kommissionen skulle komma till slutsatsen att stödet är förenligt med den inre marknaden.

4.3 Tillämpning av konfliktlösningsregeln

62. Om användarkretsen skulle utvidgas, blir det avseende tillämpningen av konfliktlösningsregeln också nödvändigt avgöra om den berörda verksamheten är att anse som ekonomisk verksamhet och bedömningen torde i detta avseende bli densamma.

⁶⁵ Jfr. United Kingdom Emergency Services, punkt 22.

63. Om verksamheten är att anse som ekonomisk verksamhet, eller i den del den är att anse som en ekonomisk verksamhet, torde den bedömning som behöver göras i princip bli densamma som den som gjorts ovan i avsnitt 3.3 avseende upplåtande av överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet. Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet innebär att en utökning av användarkretsen i denna del skulle påverka konkurrenssituationen på marknaden starkt negativt. Ett genomförande av förslaget skulle sannolikt anses stå i strid med konfliktlösningsregeln.

5 Tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till användarkretsen

5.1 Bakgrund

64. För att hantera kapacitetsbehov för ej verksamhetskritisk kommunikation, skulle enligt utredningen ett eget statligt radioaccessnät kunna kompletteras med en roaminglösning som möjliggör kommunikation för samhällsaktörerna i de kommersiella näten.⁶⁶ Utredningen bedömer att överenskommelser om roaming kan träffas med privata operatörer till väsentligt lägre kostnader för staten än dagens allmänna kommersiella företagsabonnemang.⁶⁷ Dvs. istället för att köpa in en tjänst på slutkundsmarknaden till ett högre pris föreslår utredningen att staten utnyttjar sitt framtida mobilnät och träffar avtal med mobiloperatörerna om roaming till en lägre kostnad. Vidare framgår det av utredningen att roaming är tänkt att ske till allmänt nät då täckning eller kapacitet blir otillräcklig i det statliga radioaccessnätet. Utredningen framhåller att roaming får betydelse främst beträffande ej verksamhetskritisk kommunikation. Vad denna typ av kommunikation anses kunna utgöra är oklart, men som exempel nämner utredningen databassökningar eller videoflöden vid exempelvis större bränder eller andra händelser.⁶⁸
65. Denna lösning innebär således att staten köper roaming och erbjuder egna telekomtjänster på en slutkundsmarknad i förhållande till de abonnenter som omfattas av den kompletterande roaminglösning som utredningen föreslår. Dvs. staten kommer att konkurrera på slutkundsmarknaden för mobila nätverkstjänster.

5.2 Tillämpning av statsstödsreglerna

66. Avgörande för om EU:s statsstödsregler är tillämpliga är återigen om det rör sig om en ekonomisk verksamhet. Om den verksamhet som drar nytta av den berörda åtgärden typisk tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ rör det sig inte om ekonomisk verksamhet och statsstödsreglerna är då inte tillämpliga (se ovan avsnitt 3.2.1).
67. Verksamhetskritisk kommunikation definieras i utredningens lista över förkortningar och definitioner, som information som ”[b]edöms som kritisk i utförandet av de uppdrag som ålagts samhällsaktörerna.” Man anger i utredningen att med verksamhetskritisk kommunikation avses kommunikation som krävs för att aktörerna ska kunna utföra sina respektive verksamhetsuppdrag samt för att i samverkan kunna förebygga och hantera olyckor och kriser.⁶⁹ Ej verksamhetskritisk kommunikation definieras inte av utredningen,

⁶⁶ Ds 2017:7, ss. 176 och 182.

⁶⁷ Ibid., ss. 202-203.

⁶⁸ Ibid., s. 176.

⁶⁹ Ibid., ss. 17 och 72.

men som exempel anges databassökningar eller videoflöden vid exempelvis större bränder eller andra händelser.⁷⁰

68. Om den ej verksamhetskritiska kommunikation som avses tillhandahållas till användarkretsen inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, torde den anses utgöra ekonomisk verksamhet och då omfattas av EU:s statsstödsregler. Det är svårt att uttala sig närmare om hurvida detta kommer att vara fallet då utredningen innehåller alldeles för bristfällig information om vad ej verksamhetskritisk information omfattar.
69. Emellertid, eftersom avsikten förefaller vara att Operatören ska tillhandahålla användarkretsen *all typ av kommunikation*, såväl verksamhetskritisk som ej verksamhetskritisk, förefaller det rimligt att utgå från att även kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ omfattas och att det i denna del således rör sig om ekonomisk verksamhet.
70. I den del det inte rör sig om kommunikation som används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, och det följaktligen är fråga om ekonomisk verksamhet, torde återigen den bedömning som behöver göras i princip bli densamma som den som gjorts ovan i avsnitt 3.2 avseende upplåtande av överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet, dvs. att tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet utan kostnad (som skulle göra det möjligt för Operatören att tillhandahålla ej verksamhetskritisk information till lägre pris än övriga operatörer), utgör en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget som regeringen kommer att behöva lämna in en förhandsanmälan om till Kommissionen. Även om så skulle ske, förefaller det som ytterst osannolikt att Kommissionen skulle komma till slutsatsen att stödet är förenligt med den inre marknaden.
71. Det bör noteras att själva ingåendet av eventuella roamingavtal i detta avseende inte omfattas av EU:s statsstödsregler.

5.3 Tillämpning av konfliktlösningsregeln

72. Såsom angivits ovan i avsnitt 5.2 vad gäller tillämpningen av EU:s statsstödsregler, så förefaller det rimligt att utgå från att den kommunikation som enligt utredningens förslag avses tillhandahållas till användarkretsen även omfattar kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ och att det i denna del därför rör sig om ekonomisk verksamhet. Konfliktlösningsregeln är då tillämplig.
73. I den del det rör sig om ekonomisk verksamhet, skulle utredningens förslag innebära att staten går in som aktör på slutkundsmarknaden för att erbjuda mobila nätverkstjänster som inte är ”kritiska i utförandet av de uppdrag som ålagts samhällsaktörerna”. Beträffande ej verksamhetskritisk kommunikation förefaller det särskilt tydligt att det knappast kan finnas något avgörande samhällsintresse som väger tyngre än konkurrensintresset.

⁷⁰ Ds 2017:7, s. 176.

74. För att illustrera effekten av att i enlighet med utredningens förslag tillåta Operatören att även tillhandahålla ej verksamhetskritisk kommunikation till användarkretsen, kan man ta som utgångspunkt att kostnaden per mobilabonnemang per månad är SEK 250. Enligt utredningen skulle den nya kommunikationslösningen beröra ungefär 200 000 mobilabonnemang. Detta innebär att det är en marknad med ett årligt värde om ca 600 MSEK som skulle beröras av utredningens förslag.
75. Den bedömning som behöver göras torde i princip återigen bli densamma som den som gjorts ovan i avsnitt 3.3 avseende upplåtande av överkapacitet i det tilldelade frekvensutrymmet. Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet (som skulle göra det möjligt för Operatören att tillhandahålla ej verksamhetskritisk information till lägre pris än övriga operatörer) innebär att tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till användarkretsen skulle påverka konkurrenssituationen på marknaden starkt negativt. Ett genomförande av förslaget skulle sannolikt anses stå i strid med konfliktlösningsregeln.

6 Avslutande kommentarer

76. I enlighet med vårt uppdrag avser analysen ovan endast en bedömning av EU:s statsstödsregler samt reglerna i KL om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Utöver dessa regler finns det annan lagstiftning som är av central betydelse för utredningens förslag och som i högsta grad kan påverka de rekommendationer som utredaren lämnat. Denna reglering innefattar olika aspekter av staten som aktör inom ramen för tillhandahållandet av telekomtjänster och återfinns därför också i olika regelverk. Den lagstiftning som kan behöva beaktas för en mer fullständig bedömning av om utredningens rekommendationer är förenliga med gällande rätt innefattar bl.a.:

- Direktiv 2002/21 angående ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster,⁷¹ direktiv 2002/20 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster,⁷² och direktiv 2002/19 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter⁷³ samt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.
- Direktiv 2002/77 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.⁷⁴
- Direktiv 2014/24⁷⁵ om offentlig upphandling och lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, alternativt direktiv 2009/81⁷⁶ om samordning av förfarandena vid

⁷¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (OJ L 108/33).

⁷² Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (OJ L 108/21).

⁷³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (OJ L 108/7).

⁷⁴ Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (OJ L 249/21).

⁷⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (OJ L 94/65).

⁷⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (OJ L 216/76).

tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

- Annan konkurrensrättslig lagstiftning, ytterst artikel 101 och 102 i EUF-fördraget samt 2 kap. 1 och 7 §§ i KL.

77. Avslutningsvis bör det understrykas att det i utredarens uppdrag också innefattats att ta hänsyn till krav från allmänhet, företag och organisationer på bättre mobiltäckning och bredbandstillgång i alla delar av Sverige.⁷⁷ Trots att detta perspektiv varit en del av uppdraget och att den föreslagna lösningen innefattar en rad åtgärder som berör företag och organisationer på marknaden så har utredningen uttryckligen *inte* närmare utrett de marknadseffekter som kan bli följden av förslagen. Utredningen konstaterar utan närmare analys endast att marknadseffekterna är små och nödvändiga.⁷⁸

ADVOKATFIRMAN VINGE KB

Stockholm och Bryssel

Den 5 maj 2017

⁷⁷ Ds 2017:7, ss. 27 och 78.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 245.



Justitiedepartementet
Enbart via e-post:
JU.SSK@regeringskansliet.se

Stockholm 2017-05-12

Departementspromemorian Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (Ds. 2017:7)

Telenor Sverige AB ("Telenor") yttrar sig över remiss avseende departementspromemorian Kommunikation för vår gemensamma säkerhet (Ds. 2017:7) (härefter "utredningen") enligt följande.

Sammanfattning

- Utredningens förslag strider mot EU:s statsstödsregler och Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet – slutsatser i en rapport från advokatfirman Vinge
- Utöver dessa regler finns det annan lagstiftning som är av central betydelse för utredningens förslag och som i högsta grad kan påverka de rekommendationer som utredaren lämnat och därför behöver utredas
- En förnyad tilldelningsprocess av 700 MHz-bandet bör inte startas innan förutsägbarhet kan uppnås, d v s då det är helt klarlagt vilken mängd spektrum som totalt kommer auktioneras ut till mobilmarknadens aktörer
- Kostnadseffektiva alternativa lösningar finns, men jämförelsen med ett helt statligt alternativ är inkonsekvent och måste utredas vidare
- Hur den föreslagna lösningen tar hänsyn till konkurrensneutralitet beaktas knapphändigt i utredningen och måste utredas vidare
- Konsekvenser i form av marknadseffekter beaktas knapphändigt i utredningen och måste utredas vidare

Bilagor

- Bilaga 1: *Utredning avseende en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar – överkapacitet, utvidgad användarkrets samt ej verksamhetskritisk kommunikation, Advokatfirman Vinge 5 maj 2017*

Utredningens förslag strider mot EU:s statsstödsregler och konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

Utredningens förslag innefattar en utveckling av statliga kärn- och stamnät med fiber- och radiolänkinfrastruktur och en successiv uppbyggnad/förtätning i prioriterade områden av ett statligt radioaccessnät med tilldelat dedikerat frekvensutrymme om 2x10 MHz i 700 MHz-bandet för verksamhetskritisk kommunikation.¹

Utredningen framhåller att delar av detta tilldelade frekvensutrymme tidvis och i vissa delar av landet kan komma att utnyttjas endast i begränsad utsträckning och föreslår därför att överkapacitet ska kunna upplåtas till annan operatör.²

Vidare finns det enligt utredningen skäl att pröva en vidgning av användningen av den framtida lösningen, där ytterligare samhällsviktiga verksamheter kan komma att inkluderas, utöver dagens användarkrets av Rakelsystemet. Utredningen framhåller att man inte har sökt fastställa de yttre gränserna för användarkretsen, men diskuterar frågan.³

För att hantera kapacitetsbehov för ej verksamhetskritisk kommunikation, skulle enligt utredningen ett eget statligt radioaccessnät kunna kompletteras med en roaminglösning som möjliggör kommunikation för samhällsaktörerna i de kommersiella näten. Utredningen bedömer att överenskommelser om roaming kan träffas med allmänna operatörer till väsentligt lägre kostnader för staten än dagens allmänna kommersiella företagsabonnemang.⁴ Dvs. istället för att köpa in en tjänst på slutkundsmarknaden till ett högre pris föreslår utredningen att staten utnyttjar sitt framtida mobilnät och träffar avtal med mobiloperatörerna om roaming till en lägre kostnad. Denna lösning innebär således att staten köper roaming och erbjuder egna telekomtjänster på en slutkundsmarknad i förhållande till de abonnenter som omfattas av den kompletterande roaminglösning som utredningen föreslår. Dvs. staten kommer att konkurrera på slutkundsmarknaden för mobila nätverkstjänster med spektrum som erhållits utan kostnad och för andra syften.

Telenor förstår vikten av att aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar har behov av ett tillförlitligt och säkert system för mobil kommunikation och att samhällsutvecklingen och förändrade säkerhetspolitiska förutsättningar ökar kraven på ett sådant system.

Icke desto mindre är det viktigt att en framtida kommunikationslösning utformas så att hänsyn tas till rådande lagar och regler för att undvika konkurrenssnedvridande effekter. Telenor har tillsammans med Tele2 uppdragit åt advokatfirman Vinge ("Vinge") att utreda tre specifika frågor enligt nedan.

¹ Ds 2017:17, s. 173.

² Ds 2017:17, s. 182.

³ Ds 2017:17, s. 177.

⁴ Ds 2017:17, ss. 202-203.

1. Vore den föreslagna försäljningen av överskottskapaciteten i 700 MHz-bandet till kommersiella operatörer förenlig med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?
2. Vore den föreslagna utvidgningen av användarkretsen förenlig med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?
3. Vore det föreslagna tillhandahållandet av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörerna förenligt med statsstödsreglerna och/eller med Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet?

Vinge har i sin rapport kommit fram till följande (text från Executive summary).

"Executive summary

1. Försäljning av överkapacitet i 700 MHz-bandet

EU:s statsstödsregler

- *Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme inom vilket denne upplåter överkapacitet till andra operatörer skulle med största säkerhet i denna del anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.*
- *En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.*
- *EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.*
- *Processen inför EU-kommissionen torde ta minst upp mot ett år från det att de första kontakterna tagits av regeringen. Eftersom EU-kommissionen skulle behöva ta ställning till ett antal komplexa frågor, är emellertid risken stor att det tar väsentligt längre tid.*

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- *Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme inom vilket denne upplåter överkapacitet till andra operatörer skulle påverka konkurrenssituationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.*

2. Utvidgning av den användarkrets som kan nyttja den föreslagna kommunikationslösningen

EU:s statsstödsregler

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme skulle med största säkerhet anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, om, efter en utvidgning av användarkretsen, den verksamhet som bedrivs av aktörerna i denna krets inte utgör uppgifter som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, eller i den del den inte utgör sådana uppgifter.
- En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.
- EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- Om den berörda verksamheten efter en utvidgning av användarkretsen är att anse som ekonomisk verksamhet, eller till viss del är att anse som sådan verksamhet, skulle den falla inom ramen för reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.
- Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet innebär att en utvidgning av användarkretsen i denna del skulle påverka situationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

3. Tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation till blåljusaktörer

EU:s statsstödsregler

- Att utan kostnad tilldela en operatör ett frekvensutrymme skulle med största säkerhet anses utgöra en statlig stödåtgärd i den betydelse som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, om operatören skulle tillhandahålla användarkretsen ej verksamhetskritisk kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, eller i den del den inte skulle användas för en sådan verksamhet. Eftersom avsikten förefaller vara att operatören ska tillhandahålla användarkretsen all typ av kommunikation, såväl verksamhetskritisk som ej verksamhetskritisk, förefaller det rimligt att utgå från att även kommunikation som inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga

myndigheternas prerogativ omfattas och att det i denna del således rör sig om ekonomisk verksamhet.

- *En sådan åtgärd måste förhandsanmälas till EU-kommissionen och får inte genomföras innan den godkänts av EU-kommissionen.*
- *EU-kommissionen skulle sannolikt inte bedöma åtgärden som förenlig med den inre marknaden.*

Konkurrenslagens förbud mot konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet

- *Om den ej verksamhetskritiska kommunikation som avses tillhandahållas användarkretsen inte används för en verksamhet som typiskt tillhör de offentliga myndigheternas prerogativ, skulle den berörda verksamheten i denna del anses utgöra ekonomisk verksamhet och därmed även falla inom ramen för reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Som angivits ovan avseende EU:s statsstödsregler, förefaller det rimligt att utgå från att så är fallet.*
- *Den subventionerade tilldelningen av det berörda frekvensutrymmet innebär att ett sådant tillhandahållande av ej verksamhetskritisk kommunikation skulle påverka situationen på den berörda marknaden starkt negativt och skulle i denna del sannolikt anses strida mot Konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.*

4. Ytterligare lagstiftning att beakta

I enlighet med vårt uppdrag avser analysen ovan endast en bedömning av EU:s statsstödsregler samt reglerna i Konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Utöver dessa regler finns det annan lagstiftning som är av central betydelse för utredningens förslag och som i högsta grad kan påverka de rekommendationer som utredaren lämnat. Denna reglering innefattar olika aspekter av staten som aktör inom ramen för tillhandahållandet av telekomtjänster och återfinns därför också i olika regelverk. Den lagstiftning som kan behöva beaktas för en mer fullständig bedömning av om utredningens rekommendationer är förenliga med gällande rätt innefattar bl.a.:

- *Direktiv 2002/21 angående ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/20 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, och direktiv 2002/19 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter samt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.*
- *Direktiv 2002/77 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.*

- *Direktiv 2014/2474 om offentlig upphandling och lagen (2016: 1145) om offentlig upphandling, alternativt direktiv 2009/8175 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet samt lagen (2011: 1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.*
- *Annan konkurrensrättslig lagstiftning, ytterst artikel 101 och 102 i EUF-fördraget samt 2 kap. 1 och 7 §§ i Konkurrenslagen.”*

En fullständig analys av dessa frågeställningar återfinns i bilaga 1 *Utredning avseende en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar – överkapacitet, utvidgad användarkrets samt ej verksamhetskritisk kommunikation, Advokatfirman Vinge 5 maj 2017.*

I övrigt vill Telenor framföra följande.

En förnyad tilldelningsprocess av 700 MHz-bandet bör inte startas innan förutsägbarhet kan uppnås, d v s då det är helt klarlagt vilken mängd spektrum som totalt kommer auktioneras ut till mobilmarknadens aktörer

Förutsägbarhet i spektrumauktioner är kritiskt för mobilmarknadens aktörer för att kunna genomföra nödvändiga förberedelser som t ex strategiska avvägningar och värdering av spektrum.

Telenor har tidigare framhållit Sverige som ett föregångsland när det gäller transparens och förutsägbarhet i samband med tilldelning av spektrum. För att den svenska mobilmarknaden fortsatt ska utvecklas på ett positivt sätt, är det enligt Telenor en förutsättning att så också kommer vara fallet framöver.

Telenor vill därför framföra vikten av att den fortsatta tilldelningsprocessen avseende 700 MHz-bandet präglas av transparens och förutsägbarhet.

Allra viktigast är det att det inte råder något som helst tvivel kring hur mycket spektrum i 700 MHz-bandet som totalt sett kommer auktioneras ut. En förnyad tilldelningsprocess bör därför inte startas innan förutsägbarhet kan uppnås, d v s då det är helt klarlagt vilken mängd spektrum som totalt kommer auktioneras ut till mobilmarknadens aktörer. Att reservera delar av 700 MHz-bandet, d v s delar av de 2x30 MHz som tidigare utlysts för tilldelning, för eventuell senare tilldelning genom auktion, skapar en ur ett förutsägbarhetsperspektiv ohållbar situation för mobilmarknadens aktörer.

Telenor förutsätter att kommande beslut om tilldelning av 700 MHz-bandet hanteras på ett sätt som upprätthåller mobilmarknadens förtroende för hur

spektrum tilldelas marknaden, något som i sin tur är nödvändigt för fortsatta investeringar på den svenska mobilmarknaden.

Kostnadseffektiva alternativa lösningar finns, men jämförelsen med ett helt statligt alternativ är inkonsekvent och måste utredas vidare

Telenor vill också påpeka att, precis som utredaren nämner i rapporten, *"kostnaderna för alternativa lösningar kan bli avsevärt lägre än för ett utökat statligt samhällsnät"*⁵, d v s det finns alternativa lösningar baserade på redan existerande kommersiella radionät som kan implementeras till väsentligt lägre kostnader. Det framgår dock inte tydligt i utredningen varför utredaren föreslår en betydligt mer kostsam lösning baserad på ett nytt statligt radionät.

I Norge har Nexia Management Consulting AS (Nexia) och Menon Economics (Menon), på uppdrag av Nkom (norsk tillsynsmyndighet inom post- och telekommunikation), gjort en samhällsekonomisk analys⁶ av användandet av 700 MHz-bandet. Den samhällsekonomiska analysen visar att ett nytt blåljusnät bör realiseras i mobiloperatörernas infrastruktur och att hela 700 MHz-bandet (2x30 MHz) bör tilldelas de kommersiella mobiloperatörerna.

Detta stöds även av Kungliga Ingenjörsvetenskapsakademien (IVA)⁷ som i februari 2017 uttalat att *"Vi tror inte att vägen framåt är att tilldela ett visst givet frekvensband till ett dedikerat nät för PPDR utan att den bästa lösningen nås genom att kunna använda alla tillgängliga media och frekvensband samtidigt. Då får blåljusmyndigheterna den lösning de behöver."*

Det finns ett alternativ till ett dedikerat blåljusnät i 700 MHz-bandet som är beprövat, standardiserat och som används i både Sverige och internationellt. Alternativet innebär att blåljusmyndigheter köper tillträde till kommersiella radionät och har direkt kontroll (d.v.s. rådighet) över ett eget corenät. Lösningen används sedan 2010 av Telenor och Tele2 för kommersiellt tillhandahållande av mobiltjänster i det gemensamägda nätbolaget Net4Mobility, samt i nätbolagen SUNAB (Tele2 och Telia) och 3GIS (Telenor och Tre) och är en beprövad internationell standard för delning av radionät. Den tekniska benämningen är MOCN (Multi-Operator Core Network). Lösningen innebär att blåljusmyndigheterna har ett dedikerat corenät för data, tal och meddelanden och att ingen trafik passerar eller hanteras i någon annans corenät.

Telenor bedömer att en sådan lösning skulle uppfylla de säkerhetskrav som blåljusmyndigheterna och utredaren har satt upp på ett bättre sätt än vad ett dedikerat blåljusnät i 700 MHz-bandet skulle göra. Ett sådant nät skulle, jämfört med ett helt statligt blåljusnät, ge samma tjänster och funktioner (även om användarna befinner sig i olika kommersiella nät), bättre redundans, täckning,

⁵ Ds 2017:17, s. 25.

⁶ Anvendelse av 700 MHz-båndet, Samfunnsøkonomisk analyse, Utarbeidet for Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, Nexia och Menon Februar 2017.

⁷ Ang. utredningen "Uppdrag om en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar", Ju2016/0000/LP, Kungliga Ingenjörsvetenskapsakademien Stockholm 2017-02-12.

kapacitet och informationssäkerhet då flera frekvensband används i flera kommersiella nät, mer framtidssäkert då konkurrens sporrar operatörerna att ständigt framtidssäkra näten med mer kapacitet (nytt spektrum), ny täckning, ny teknik (5G) etc som slås ut på mycket stor kundbas.

I utredningen utgör bristande statlig kontroll och rådighet ett huvudargument för att förorda ett statligt ägt blåljusnät där ett eget radionät utgör en central del av lösningen.⁸

Krav på statlig kontroll och rådighet måste antas vara desamma oberoende av tid och geografi. Om nödvändig säkerhet endast bedöms vara möjlig att uppnå i ett eget radionät, måste det gälla i alla delar, vid var tid och i all geografi. Att säkerhetskraven t ex skulle reduceras, och utnyttjande av kommersiella radionät därmed skulle accepteras, vid vissa tillfällen och på vissa platser – t ex vid hög nätbelastning i tätorter, vid brist på täckning eller inledningsvis för att snabbt komma igång med ett nytt blåljusnät⁹ – är uppenbart inkonsekvent. På motsvarande sätt vore det irrationellt att å ena sidan kräva viss fysisk säkerhet vid vissa egenkontrollerade radionätsiter, och sedan acceptera annan fysisk säkerhet vid icke-egenkontrollerade radionätsiter. Antingen anses ett eget radionät vara nödvändigt – i alla delar, vid var tid och i all geografi – eller anses ett eget radionät inte vara nödvändigt; något mellanting finns inte.

Det är därför förvånande att utredaren samtidigt föreslår att samverkan skall ske med kommersiella operatörer, genom inplaceringar på ca 5 000 kommersiella siter och överenskommelser om nationell roaming, där kravet på statlig kontroll och rådighet rimligtvis inte är uppfyllt. Rätteligen borde en tydlig och stringent kravbild ligga till grund för val av lämplig lösning. Telenor får därför intrycket att argumentet statlig kontroll och rådighet har använts utifrån vad som passat utredarens syften.

Telenor anser därför att möjligheten att använda alternativa lösningar bör utredas vidare för att åstadkomma riktig jämförbarhet med ett helt statligt alternativ där olika lösningar jämförs mot en tydlig och stringent kravbild.

Hur den föreslagna lösningen tar hänsyn till konkurrensneutralitet beaktas knapphändigt i utredningen och måste utredas vidare

I utredningen framgår till viss del att hänsyn till konkurrensneutralitet skall tas vid samhällsstöd till allmänna operatörers infrastruktur.¹⁰ Telenor vill påpeka att hänsyn till konkurrensneutralitet måste tas för alla lösningens delar, t ex när det gäller robusthetsåtgärder som bekostas av staten, trafikvolymerna vid utnyttjande av kommersiella nät, vid val av inplacering i kommersiella siter och vid införande av ny "blåljusfunktionalitet" i kommersiella nät som bekostas av staten. Detta behöver enligt Telenor utredas vidare.

⁸ Ds 2017:17, s. 25.

⁹ Ds 2017:17, s. 176.

¹⁰ Ds 2017:17, s. 25 och 242.

Konsekvenser i form av marknadseffekter beaktas knapphändigt i utredningen och måste utredas vidare

Avslutningsvis bör det understrykas att det i utredarens uppdrag också innefattats att ta hänsyn till krav från allmänhet, företag och organisationer på bättre mobiltäckning och bredbandstillgång i alla delar av Sverige. Trots att detta perspektiv varit en del av uppdraget och att den föreslagna lösningen innefattar en rad åtgärder som berör företag och organisationer på marknaden så har utredningen uttryckligen inte närmare utrett de marknadseffekter som kan bli följderna av förslagen. Utredningen konstaterar utan närmare analys endast att marknadseffekterna är små och nödvändiga.¹¹ Dessa effekter måste enligt Telenor utredas vidare.

Som ovan

Stefan Wahlstedt
Telenor Sverige AB

¹¹ Ds 2017:17, s. 245.