

Infrastrukturdepartementet

i.remissvar@regeringskansliet.se

Remiss: Genomförande av direktivet om inrättande
av en kodex för elektronisk kommunikation

Dnr: I2019/02319/D

Stockholm 2019-12-02

IP-ONLYS SYNPUNKTER PÅ GENOMFÖRANDE AV DIREKTIVET OM INRÄTTANDE AV EN KODEX FÖR ELEKTRONISK KOMMUNIKATION

SAMMANFATTNING

Regeringen har presenterat ett omfattande förslag som i stora delar har utrett de frågeställningar som uppstår vid införandet av det nya EU-direktivet i svensk lag. Det är av största vikt för regeringen att undvika otydligheter och skapa förutsägbarhet för att åstadkomma en positiv marknadsutveckling och bra investeringsklimat. Utöver att införa direktivets nya regler måste regeringen även ta hänsyn till praxis från den tidigare tillämpningen av LEK. Ett område som kräver förtydliganden är de olika prisregleringsbegrepp som förekommer i lagförslaget där det även tidigare finns svensk praxis att ta hänsyn till.

Direktivets artikel om ledningsrätt kräver en fördjupad utredning och förändring av svensk lag för att möta direktivets krav och undanröja hinder för bredbandsutbyggnaden i syfte att uppnå regeringens bredbandsmål.

IP-Only ifrågasätter behovet av att införa sanktionsavgifter. Om regeringen väljer att gå vidare med förslaget behöver det förtydligas.

KORT OM IP-ONLYS VERKSAMHET

IP-Only bygger och driver fibernät för anslutning av hushåll och företag i Sverige. Andra operatörer hyr accesser i IP-Onlys nät för att leverera tjänster till slutkunder. IP-Only erbjuder ett öppet nät med lika villkor för alla tjänste- och innehållsleverantörer vilket gör att konsumenterna kan välja mellan konkurrerande erbjudanden. Öppenhet stimulerar utöver högre kvalitet och lägre priser också utvecklingen av nya tjänster. I tillägg till att bygga och driva fibernät erbjuder även IP-Only egna tjänster till vissa företagskunder. IP-Only har under de senaste åren genomfört stora investeringar och planerar att under kommande år genomföra stora investeringar i fiberutbyggnad.

IP-Only förvärvades sommaren 2013 av EQT Mid Market Fond och såldes 2019 till EQT Infrastructure, som leds av ett av norra Europas ledande riskkapitalbolag för alternativa investeringar EQT.

FÖRUTSÄGBARHET OCH TYDLIGHET ÄR VIKTIGT

Vid införandet av direktiven i den kommande svenska lagstiftningen är det viktigt att otydligheter undviks. Otydligheter riskerar att skapa osäkerheter som kan påverka investeringsviljan negativt hos marknadsaktörerna. Framförallt drabbar osäkerheter mindre företag som inte har förutsättningar att driva rättsprocesser eller ekonomisk uthållighet att vänta flera år på domstolsavgöranden och praxis. Vid införandet av de tidigare direktiven i lagen om elektronisk kommunikation (LEK) år 2003 uppstod otydligheter på ett flertal områden. Konsekvenserna innebar tvister och ett stort antal rättsprocesser. Regeringen tillsatte en utredning Effektivare LEK (SOU 2006:88) som medförde ett antal ändringar för att öka tydligheten och korta tiden för domstolsprövning av PTS beslut. Det är viktigt att en liknande marknadssituation undviks och att regeringen i sitt lagförslag är så tydlig som möjligt. Ett exempel där en ökad tydlighet skulle minska osäkerheten är de olika begrepp som används för att reglera priser och hur dessa olika begrepp förhåller sig till varandra. I lagen används exempelvis överkomligt pris, marknadsmässig ersättning, rättvist och rimligt pris, skälig ersättning, kostnadsorienterat pris och ersättning för bokfört värde efter ackumulerade avskrivningar indexerat med lämpligt prisindex.

Vid implementeringen av det nya direktivet i svensk lag måste regeringen utöver direktivtexten även ta hänsyn till tidigare praxis vid tillämpningen av LEK för att undvika att otydligheter uppstår. Ett sådant exempel är att rättvis och skälig prissättning har tillämpats av PTS vid regleringen av terminering i Hi3G mobilnät. För att undvika otydligheter behöver regeringen tydliggöra om begreppet "rättvis och skälig" prissättning har någon relation till det nya begreppet "rättvis och rimlig" prissättning.

LEDNINGSRÄTT OCH VÄGLAGEN

Tillstånd för förläggning av fiber är avgörande för utbygganden av NGA och för att uppnå de politiska målen om bredbandsutbyggnad. I direktivet (beaktandesats 104) konstateras att:

"Tillstånd som utfärdats för tillhandahållare av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och som ger dem tillträde till offentlig eller privat egendom är grundläggande faktorer för etablerande av elektroniska kommunikationsnät eller nya nätelement. Onödigt krångel och förseningar i förfarandet för att tilldela ledningsrätter kan därför utgöra ett betydande hinder för konkurrensutvecklingen. Följaktligen bör förvärvet av ledningsrätter förenklas för auktoriserade företag."

Att korsa vägar och att framförallt på landsbygd kunna förlägga fiber längs Trafikverkets vägnät är en förutsättning för utbyggnaden av fiber och för att Sverige ska kunna nå regeringens bredbandsmål. Att den statliga väginfrastrukturen bör ses som en resurs för den bredbandsinfrastruktur som nu behöver anläggas i Sveriges landsbygder konstaterade regeringen i

det uppdrag Trafikverket fick 2018. Redan i nuvarande lagstiftning saknas en fullständig implementering av gällande direktivsregler om ledningsrätt. För att uppfylla artikel 31 och 43 i det nya direktivet krävs ändring av Väglagen eller Ledningsrättslagen. Trafikverkets bemyndigande behöver tydliggöras och utvecklas för att bättre avspegla de villkor som Trafikverket behöver sätta upp för att ge ledningsägare tillgång till vägområde. Enligt praxis kan inte ledningsrätt upplåtas inom ett område som omfattas av vägrätt. Problemet uppmärksammades redan i samband med utredningen av ledningsrättslagen (SOU 2004:7) men regeringen valde att inte vidta några åtgärder för att komma tillrätta med problemet.

Redan 2003 konstaterades att väghållningsmyndigheten Trafikverket saknade bemyndigande för att meddela de villkor som föreskrevs i tillståndsbeslut enligt väglagen. Trafikverkets möjlighet att meddela föreskrifter är begränsad till vad som följer av 44 § andra stycket väglagen. I stället för att vända sig till regeringen och begära en utvidgad föreskriftsrätt genom lagändring tog Trafikverket fram det civilrättsliga avtalet ABSF 09. Avtalet innehåller villkor som bland annat ger Trafikverket rätt att kräva att ledningsägaren flyttar ledningar samt villkor om en kostnadsfördelning för olika drift – och underhållsåtgärder som är fördelaktig för Trafikverket. För att Trafikverket – i egenskap av väghållningsmyndighet – ska handlägga och fatta förvaltningsrättsliga beslut enligt 44 § väglagen begär myndigheten – i egenskap av vägrättsinnehavare – att ledningsägare ska ingå avtalet. Konsekvenserna av att Trafikverket hanterar villkor för ledningsrätt genom ett civilrättsligt avtal är att Trafikverket ensidigt kan diktera och ändra villkoren, att Trafikverket ställer villkor utöver vad som är möjligt genom föreskriftsrätten enligt 44 § andra stycket väglagen samt att villkoren inte kan överklagas. Ledningsägare kan inte avstå från att teckna avtalet eftersom det skulle innebära att ledningsägaren inte gavs rätt att tillträda vägområdet, vilket skulle förhindra all ny förläggning längs statliga vägnätet och förhindra underhåll av redan existerande ledningar. Det skulle även förhindra att korsa vägar med ledningar även om Trafikverket för den typen av tillstånd inte tar ut någon avgift. Villkoren kan inte överklagas i samband med ett enskilt tillståndsbeslut eftersom de i praxis inte ansetts omfattas av det förvaltningsrättsliga beslutet som Trafikverket fattar enligt väglagen. Redan 2009 försökte Telia komma tillrätta med situationen genom att överklaga ett antal beslut, som förvisso beviljats, men villkorats av att avtalet ABSF 09 skulle accepteras. Överklagan avvisades dock eftersom beslutet inte gått Telia emot. Telia menade dock att avtalsvillkoren var så pass oskäligen att beslutet inte kunde anses utgöra ett gynnande beslut. I processen beslutade tyvärr dåvarande infrastrukturminister att inte agera för att komma tillrätta med rättsosäkerheten. Att villkoren inte kan överklagas står i strid med artikel 31 i direktivet om rätten att kunna överklaga. Med tanke på de stora investeringar som nätägarna gör för att bygga ut fibernät är denna rättsosäkerhet helt oacceptabel.

Trafikverket ska naturligtvis ha möjligheter att ställa krav på exempelvis hur förläggning ska ske, säkerhetsåtgärder och villkor för flytt av ledningar. Dessa måste dock tas fram under ordnade former och inom de ramar Sveriges riksdag beslutat om. Exempel på ramar som måste beslutas av riksdagen är processen för att ta fram villkoren, hänsyn som måste tas när villkoren utformas (t.ex. att villkor inte får stå i strid mot krav enligt LEK) samt grunden för eventuella avgifter. Det måste också finnas möjlighet till rättslig prövning om Trafikverket inte följer reglerna. Allt för att skapa förutsägbarhet och rättsäkerhet. Fiber är en samhällskritisk infrastruktur där kunder ställer krav på tillgänglighet. Alla fiberägare måste även leva upp till robusthetskrav enligt LEK. Längs vägnätet har

inte bara accessnät för anslutning av bredbandskunder förlagts utan även stomnät. Avbrott på stomnätsförbindelser kan äventyra stora delar av den digitala infrastrukturen. Hanteringen av fiber i vägområdet kan därför inte ske efter Trafikverkets godtycke utan måste vara förutsägbar och rättssäker. Detta är en angelägenhet inte bara för fiberägarna utan för den fortsatta digitaliseringen av Sverige.

LEDNINGSRÄTT TAR ORIMLIGT LÅNG TID

För att reglerna i LEK ska kunna få effektivt genomslag krävs att företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät ges tillträde till offentlig och privat egendom utan onödigt krångel och förseningar i förfarandet (jfr beaktandesats 104 i direktiv 2018/1972). En effektiv reglering av ledningsrätten är således en nödvändig förutsättning för ett effektivt tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät.

Vid bredbandsutbyggnad tillämpas ledningsrättslagen i liten utsträckning. I möjligaste mån försöker parterna komma överens om ett civilrättsligt avtal vilket i de alla flesta fall fungerar bra. Det finns två huvudorsaker att ledningsägare i möjligaste mån försöker undvika att söka ledningsrätt. Kostnaden är hög och tiden för att få ett lagakraftvunnet beslut är lång. Eftersom ett fibernät bara fungerar om det är sammanhängande kan en enskild markägare genom att vägra markavtal förhindra utbygganden i ett helt område. Att förlägga fiber är ofta ett litet ingrepp i den enskilda markägarens möjlighet att fritt nyttja sin mark. Det begränsade ingreppet måste ställas i relation till den stora samhällsnytta som utbyggnaden av bredband ger förutsättningar för.

Ledningsägare betalar idag Lantmäteriets kostnader för handläggning av ledningsrätter vilket innebär att en enskild ledningsrättsförrättning kan kosta 100 000 – 250 000 kronor. Vid utbyggnad av bredband på landsbygd kan det i många fall krävas lika många markavtal som det finns kunder i ett område. Innebörden är att om markägare i ett projekt motsätter sig markavtal och ledningsrätt krävs innebär det att kostanden kan bli så stor att utbyggnaden omöjliggörs.

I de fall markägare motsätter sig att bredbandsnät anläggs och det saknas alternativa framföringsvägar återstår ledningsrätt. Lantmäteriet handlägger oftast ärenden inom de fyra månader som är angivet i 23 a § ledningsrättslagen (1973:1144). Eftersom parterna vanligtvis redan försökt komma överens innan bredbandsbyggaren ansöker om ledningsrätt är IP-Onlys erfarenhet att Lantmäteriets beslut i de alla flesta fall överklagas. Det saknas idag tidsramar för domstolarnas handläggning av överklagade beslut vilket innebär att tiden från ansökan om ledningsrätt till ett laga kraft vunnet beslut ofta blir upp till 18 mån. Därför får 4-månaderskravet på Lantmäteriets handläggningstid liten effekt. Här följer tidsramarna för ett ledningsrättsärende som sammanlagt tog 17,5 månader:

- 2018-05-25 IP-Only ansöker om ledningsrätt
- 2018-09-11 Lantmäteriet beslutar om ledningsrätt
- 2018-09-27 Markägaren överklagar beslutet
- 2019-07-12 Dom Miljödomstolen (Nacka Tingsrätt)
- 2019-08-02 Miljödomstolens dom överklagas av markägaren och anstånd att komplettera överklagandet beviljas i 49 dagar till 2019-09-18

- 2019-09-18 Markägaren kompletterar sitt överklagande till Mark- och miljööverdomstolen (Mål nr F 8713-19)
- 2019-11-04 Mark- och miljööverdomstolen beviljar inte prövningstillstånd

Mot bakgrund att en enskild markägare i vissa fall kan stoppa bredbandsutbyggnaden i ett helt område får en försening på 18 månader stora konsekvenser. Utöver nuvarande krav på handläggningstid för Lantmäteriet bör även domstolarnas handläggningstid tidsbegränsas. Det förekommer att markägare som är medvetna om ineffektiviteten i tillämpningen av ledningsrättslagen försöker utnyttja situationen för att kräva orimlig intrångsersättning för att teckna markavtal. Det bör tydliggöras att det inte bara är privata markägare som motsätter sig markavtal utan även större skogsbolag och institutionella ägare.

Mark- och miljödomstolens handläggningstid när ledningsbeslut överklagas strider mot vad som i direktivet föreskrivs om handläggningstiden vid överklaganden. Av beaktandesats 77 följer att för att säkerställa rättssäkerhet för marknadsaktörerna bör överklagandestanserna utföra sina uppgifter effektivt och att framför allt bör inte överklagandeförfaranden ta otillbörligt lång tid i anspråk.

Mot denna bakgrund finns det anledning att se över om artikel 31 i direktivet, som avser rätten att överklaga, har implementerats på ett effektivt sätt i svensk lagstiftning avseende ledningsrätt. I promemorian berörs inte ens frågan. På s. 248 i promemorian anges att ledningsrättslagen innehåller bestämmelser som motsvarar direktivets bestämmelser om ansökan om att installera faciliteter på, över eller under offentlig eller privat egendom (jfr artikel 43, vår anmärkning) och att några ytterligare genomförandeåtgärder inte krävs.

IP-Only är av en annan uppfattning. Reglerna i fastighetsbildningslagen (1970:988) (FBL) och lag (1996:242) om domstolsärenden (ärendelagen), som tillämpas vid handläggningen av överklagade beslut enligt ledningsrättslagen, innehåller inte tillräckliga påtryckningsmedel för att driva på processföringen i målet till ett tillräckligt snabbt avgörande.

Även om överklagade beslut enligt ledningsrättslagen handläggs enligt ovan nämnda lagar, finns det anledning att jämförelsevis undersöka vad som påverkar handläggningen av mål i förvaltningsdomstol och i vilka förvaltningsprocesslagen är tillämplig. Enligt förarbetena till ärendelagen kan lagen sägas utgöra en variant av förvaltningsprocesslagen, anpassad till processen i allmän domstol (prop. 2009/10:215 s. 161).

Huvuddelen av den tid som mål handläggs i förvaltningsrätten är så kallad liggtid, dvs. tid som målen inte handläggs effektivt vilket även framgår av exemplet ovan. Den aktiva delen av handläggningstiden för mål som handläggs i förvaltningsrätt består till största del av kommunikering (Riksrevisionens rapport RiR 2014:6, Att överklaga till förvaltningsrätten – handläggningstider och information till enskilda, avsnitt 4). Lång liggtid kan stävjas med skyndsamhetskrav. Lång kommunikeringstid kan stävjas genom införande av en frist efter vilken ny utredning inte får tillföras målet, dvs. en preklusionsfrist.

Om ytterligare paralleller till handläggningen av överklagade mål i förvaltningsrätt ska göras, ligger det nära till hand att titta närmare på överklagandet av beslut enligt LEK. Bestämmelser om

handläggning i domstol vid överklagande av vissa beslut enligt LEK finns i 8 kap. 23 och 24 §§ LEK. Beslut enligt LEK överklagas enligt 8 kap. 19 § LEK till förvaltningsrätten.

Av 23 § LEK följer att målen ska handläggas skyndsamt. Av 24 § LEK följer att nya omständigheter eller bevis får åberopas i förvaltningsrätten efter att fyra månader gått från det att tiden för överklagande gått ut endast om parten gör sannolikt att parten inte kunnat åberopa omständigheten eller beviset tidigare eller annars haft giltig ursäkt att inte göra det. Nya omständigheter eller bevis får åberopas först i kammarrätten endast om det finns synnerliga skäl.

Av förarbetena till LEK framgår att skriftväxlingen vid överklaganden av beslut enligt LEK många gånger var utdragna och att målen ofta är omfattande och tekniskt och ekonomiskt komplicerade men att tiden fram till ett slutligt avgörande av mål enligt LEK inte var anmärkningsvärt lång i jämförelse med andra förvaltningsrättsliga mål av liknande omfattning och komplexitet (prop. 2006/07:119 s. 15). Tidsåtgången berodde snarare på att förvaltningsprocesslagens rättegångsregler inte innehåller tillräckligt starka påtryckningsmedel för att driva på parternas processföring i mål enligt LEK på ett sätt som möjliggör ett tillräckligt snabbt avgörande (prop. 2006/07:119 s. 26 och 27).

För att stävja långa liggstider i mark- och miljödomstol föreslår IP-Only att det vid överklagande av beslut enligt ledningsrättslagen införs ett skyndsamt krav med 23 § LEK som förebild. För att stävja en utdrag kommunikering, med utdragen handläggningstid som följd, föreslår IP-Only att det vid överklagande av beslut enligt ledningsrättslagen införs en preklusionsfrist med regleringen i 24 § LEK som förebild.

DEFINITION AV VERTIKALT INTEGRERAD OPERATÖR

Definitionen av vertikalt integrerad operatör 1 kap. 6 § måste tydliggöras. En tydlig definition är viktigt eftersom vertikalt integrerade företag enligt förslaget kan åläggas ingripande skyldigheter om funktionell separation och särredovisning. Förslagens definition riskerar att skapa osäkerhet och kan få långtgående konsekvenser om den tillämpas på företag som bara är aktiva i flera grossistled men inte på slutkundsmarknaden. Exempelvis skulle ett företag som tillhandahåller svart fiber och kapacitetstjänster i grossistledet kunna betraktas som vertikalt integrerat med nuvarande definition. Däremot är det mer tveksamt om ett företag som bara tillhandahåller kapacitetstjänster i grossistledet skulle betraktas som vertikalt integrerat.

Med ett vertikalt integrerat företag åsyftas vanligtvis ett företag som utöver en eller flera grossistmarknader även tillhandahåller tjänster på slutkundsmarknaden. Av beskrivning och författningskommentarer i propositionen om införande av regler om funktionell separation (prop. 2007/08:73) samt propositionen om bättre regler för elektroniska kommunikationer (prop. 2010/11:115) framgår det att det är företag som är aktiva på slutkundsmarknaden som åsyftas. Definitionen måste tydliggöras för att klargöra att det krävs att företaget är aktiv på slutkundsmarknaden för att kunna betraktas som ett vertikalt integrerat företag ur lagens perspektiv.

VAD GROSSISTFÖRETAG ÄR BEHÖVER FÖRTYDLIGAS

Ökad konkurrens på uppströmsmarknader kan ha positiva effekter för utbud och konkurrens på slutkundsmarknaderna. För att stimulera framväxten av grossistmarknader och investeringen i infrastruktur finns inskränkningar i vilka skyldigheter regleringsmyndigheterna kan ålägga, direktivet beaktandesats 208. Infrastrukturinvesteringar och strategiska beslut om i vilka led i värdekedjan företag ska agera kräver långsiktighet och stabilitet varför direktivets regler kan ha stora positiva effekter på marknaden. Implementeringen av artikel 80 behöver tydliggöras för att de positiva effekterna ska kunna uppnås.

I beaktandesats 208 nämns att företag som erbjuder tjänster på slutkundsmarknaden till större företag inte ska utgöra ett hinder för att reglerna för grossistföretag ska tillämpas. Direktivet måste i den här delen åsyfta att det i definitionen av bredbandsmarknaden i rekommendationen om relevanta marknader (2014/710/EU inklusive Explanatory note) utöver konsumenter även inkluderas småföretag. Det finns två huvudskäl att medelstora och stora företag inte ingår på den relevanta marknaden. Dels köper dessa företag sällan standardiserade massmarknadsprodukter och dels har dessa företag en motverkande köpmarknad. Utgångspunkten för tillämpningen av reglerna för grossistföretag måste vara de definierade relevanta marknaderna. Det är den relevanta marknaden som är avgörande för vilka skyldigheter som åläggs och tillämpningen av 5 kap. 10 §. De positiva effekterna riskerar att utebli om nuvarande beskrivning av stora företag kvarstår i lagförslaget. Stora företag enligt EU definitionen är ur svenskt perspektiv mycket stora företag och utgjorde 2018 bara 0,1 procent (1116 st) av det totala antalet företag i Sverige. Om marknadsdefinitionen för bredbandsmarknaderna ligger till grund för definitionen inkluderas även medelstora företag som utgör 0,5 procent (5717 st) av antalet svenska företag. Sammantaget skulle medelstora och stora företag utgöra 0,6 procent (6833 st) av det totala antalet svenska företag.

Det bör även tydliggöras att operatörer som köper grossisttjänster mycket väl kan vara små företag. En inskränkning att rena grossistföretag inte kan sälja tjänster till operatörer som är småföretag riskerar att minska konkurrensen i efterföljande led vilket står i strid med syftet att öka utbudet och konkurrensen på slutkundsmarknaden.

Förtydliganden krävs även av beskrivningen om när regleringsmyndigheten får ålägga mer ingripande skyldigheter när grossistoperatören erbjuder villkor som inverkar menligt på konkurrensen i slutkundsledet. Syftet med reglerna i direktivet är att om konkurrensen på slutkundsmarknaden har begränsats trots en uppdelning av värdekedjan ska mer ingripande skyldigheter kunna åläggas. Generellt gäller att vid införandet av förhandsskyldigheter (ex ante) enligt artikel 68 ska regleringsmyndigheten välja att införa skyldigheter som är minst ingripande för att åtgärda de problem som identifierats i marknadsanalysen. Innebörden av detta är att SMP-operatören inte behöver ha utnyttjat sitt betydande inflytande för att åläggas skyldigheter. Det räcker med möjligheten att SMP-operatören kan utnyttja sitt betydande inflytande för att införa skyldigheter. Till skillnad mot denna förhandsreglering (ex ante) krävs det enligt konkurrenslagen bevis för konstaterade överträdelser för att ingripa (ex post).

Av direktivets artikel 80 framgår att det krävs "bevis angående villkor som företaget erbjuder sina kunder i efterföljande led drar slutsatsen att konkurrensproblem har uppstått eller sannolikt

kommer att uppstå till skada för slutanvändarna”. Det räcker således inte med att det finns möjlighet att utnyttja en dominerande ställning för att ålägga skyldigheter för grossistföretag enligt artikel 80. Beskrivningen är att jämföra med konkurrenslagets krav för att ingripa mot överträdelser. I den föreslagna motiveringen återspeglas inte dessa högre beviskrav vilket således behöver förtydligas i lagförslaget.

TILLTRÄDE FÖR MONTERING AV TRÅDLÖSA ACCESSPUNKTER MED KORT RÄCKVIDD

Regeringen föreslår i implementeringen av artikel 57 att skyldigheten för offentliga myndigheter begränsas till statliga myndigheter, landsting och kommuner men inte ska omfatta statliga eller kommunalt ägda företag. Det framgår inte av promemorian av vilka skäl regeringen väljer att exkludera offentligt ägda företag utöver en hänvisning till RÅ 2008 ref. 6. Det förefaller vara en felaktig tolkning av begreppet ”myndighet” i direktivet. I den engelska versionen av direktivet står det ”public authorities” vilket är ett vidare begrepp än det svenska begreppet myndighet.

IP-Only ifrågasätter begränsningen och dess konsekvenser. Det varierar exempelvis hur kommuner väljer att organisera sin verksamhet vilket innebär att samma typ av verksamhet i en kommun kan bedrivas i förvaltningsform medan samma verksamhet i en annan kommun bedrivs i bolagsform. Det är olämpligt att organisationsformen är avgörande för om offentlig verksamhet omfattas av skyldigheten eller ej. Exempelvis är det vanligt att fastigheter förvaltas i kommunala fastighetsbolag. Offentliga byggnader är en av de tillgångar som skyldigheten enligt direktivet syftar att ge tillträde till. Med nuvarande utformning kan skyldigheten vara tillämplig i vissa kommuner men inte i andra. På likande sätt varierar det mellan olika regioner hur lokaltrafik organiserats vilket påverkar möjligheten till tillträde till buss- och spårvagnshållplatser som är ett annat exempel i direktivet. Begränsningen att skyldigheten inte ska omfatta statliga och kommunala bolag bör därför tas bort.

EXTERN REVISION VID KONTROLL AV SÄKERHETSARBETET

Tillsynsmyndigheten ska enligt 8 kap. 4 § få förplikta den som tillhandahåller ett allmänt elektroniskt kommunikationsnät eller en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst att på egen bekostnad låta ett oberoende organ utföra en säkerhetsgranskning av hela eller delar av verksamheten och att redovisa resultatet av granskningen för tillsynsmyndigheten.

Av direktivet artikel 42.2b framgår att operatörer ska ”underkastar sig en säkerhetsgranskning som utförs av ett kvalificerat oberoende organ eller en behörig myndighet”. Av regeringens motivering framgår att ”Avsikten är alltså inte att säkerhetsgranskningar ska åläggas regelmässigt så att tillsynsmyndigheten använder konsulter som ersättning för förmågor som bör finnas inom myndigheten”. Det framgår inte varför säkerhetsgranskningar ska hanteras på annat sätt än annan tillsyn av PTS. Anser regeringen att PTS har bristande kompetens eller resursbrist varför oberoende organ ska anlitas? IP-Only uppfattar att PTS är kvalificerade att genomföra säkerhetsgranskningar.

IP-Only ifrågasätter att PTS tillsyn ska bekostas av operatörer genom att kräva extern revision. Operatörer betalar för PTS tillsyn genom avgifter. Att operatörer nu utöver avgifter till PTS även ska få betala för tillsynsarbetet genom att stå för kostanden för extern revision är oproportionerligt. Av artikel 41.2 i direktivet framgår att operatören ska underkasta sig en säkerhetsgranskning som utförs av ett "kvalificerat oberoende organ eller en behörig myndighet" vilket i Sverige bör vara PTS. Om PTS saknar resurser eller kompetens får myndigheten som inom andra tillsynsområden anlita konsulter som bistår i myndighetens tillsyn. Det finns flera exempel på andra tillsynsområden där PTS behöver köpa in kompetens och resurser i form av konsulter. En modell som även bör vara tillämplig i det aktuella fallet.

TILLTRÄDE TILL INFRASTRUKTUR BEHÖVER TYDLIGGÖRAS

Tillträde till infrastruktur för anläggning av nät enligt 5 kap. 18 § behöver förtydligas beträffande prissättning för tillträde. De nationella regleringsmyndigheterna bör enligt förslaget grunda sin värdering av återanvändningsbara tillgångar i anläggningsinfrastruktur på det bokförda värdet efter ackumulerade avskrivningar, indexerat med lämpligt prisindex. Tillgångar som används och som har avskrivits under en period av minst 40 år ska inte ingå i värderingen. Det framgår inte i vilken situation det kan vara aktuellt att ålägga dessa skyldigheter men det är troligt att syftet i första hand varit infrastruktur som anlagts vid utbyggnaden av kopparnätet. Eftersom skyldigheten kan åläggas även andra operatörer behöver förutsättningarna klarläggas. Lagen behöver vara teknikneutral men med nuvarande lydelse införs oönskade otydligheter.

Det är olämpligt att utgå från bokfört värde vid prissättning av tillträde till infrastruktur. Exempelvis är det vanligt att infrastruktur förvärvas vilket innebär att bokfört värde för samma typ av tillgång kan variera kraftigt mellan olika aktörer vilket riskerar att snedvrider konkurrensen. Att inte ta hänsyn till värdet för infrastruktur som är avskriven under mer än 40 år riskerar därför att snedvrider konkurrensen. Konsekvenserna skulle kunna bli att en operatör som själv väljer att investera i infrastruktur ställs inför konkurrens från andra aktörer som genom tillträde till infrastruktur hos andra operatörer har en betydligt lägre kostnadsbas. Om det ska finnas en möjlighet att ålägga tillträde till bokfört värde måste det klarläggas under vilka förutsättningar skyldigheten kan åläggas.

INFORMATION VID ÖVERGÅNG FRÅN ÄLDRE INFRASTRUKTUR

I motiven till informationsplikten 5 kap 29 § tas syfte på att tillträdande operatörer ska få vetskap om en planerad avveckling av ett nät som omfattas av skyldigheter. Motiveringen bör nyanseras för att tillvarata slutkundernas möjligheter att få tillgång till alternativ bredbandsinfrastruktur vid nedläggning av kopparnätet. I Sverige har vi en marknadsstruktur där samlokaliserade operatörer som erbjuder bredband via xDSL bara i vissa fall själva investerar i ny infrastruktur. Däremot tillhandahåller dessa operatörer ofta tjänster över andra nätägares fibernät. Samtidigt är det ofta andra infrastrukturägare som inte är samlokaliserade som investerar i alternativ infrastruktur, t.ex. IP-Only. Mot bakgrund av detta vore det rimligt att informationskyldighet omfattar även andra

aktörer utöver samlokaliserade operatörer. Därigenom kan alla potentiella investerare få information om behovet av att bygga ny infrastruktur och inte bara samlokaliserade operatörer. Om syftet med skyldigheten inte bara är att tillvarata samlokaliserade operatörers intresse utan i huvudsak är att tillvarata slutkundernas tillgång till bredbandsinfrastruktur vore det rimligt att skyldighet omfattar information till hela marknaden. Regeringen bör därför utöka motiveringen för att förklara syftet med informationskyldigheten.

TILLTRÄDE TILL YTTERLIGARE NÄTDELAR NÄRMAST SLUTANVÄNDAREN

Enligt 5 kap. 32 § får till exempelvis virtuellt tillträde åläggas grossistoperatörer om nätet har finansierats med allmänna medel. Enligt motiveringen och direktivet inkluderar allmänna medel verksamhet som drivs i kommunal regi och nät som byggt med offentliga bidrag. Begreppet allmänna medel behöver tydliggöras. Omfattas nät som delvis finansierats med allmänna medel? Exempelvis förutsätter stöd inom landsbygdsprogrammet privat medfinansiering med mellan 20 – 80 procent. Investerare som ansökt och blivit beviljade bidrag på angivna villkor riskerar att i efterhand åläggas utökade skyldigheter. Att i efterhand ålägga skyldigheter utifrån delfinansiering med allmänna medel riskerar därför att bli oproportionerligt. Grunderna för att ålägga skyldigheter bör utgå från den aktuella marknadssituationen. Ett annat exempel där det är oklart om skyldigheten är tillämplig är nät där delar av kanalisationen byggts med hjälp av det tidigare statliga kanalisationsstödet. Konsekvensen skulle kunna bli att korta sträckor på några 100 m som delfinansierats med allmänna medel innebär att stora delar av en operatörs nät omfattas av skyldigheter för att kunna tillhandahålla virtuellt tillträde. Ytterligare ett exempel är om nät som finansierats med offentliga medel och sedan förvärvats av privata företag omfattas av skyldigheten. För att undvika tolkningssvårigheter behöver därför skyldigheten och begreppet allmänna medel tydliggöras.

OM SANKTIONSAVGIFTER BEHÖVS MÅSTE DE FÖRTYDLIGAS

Regeringen föreslår på PTS uppmaning att sanktionsavgifter ska införas. I LEK finns redan idag möjlighet för PTS att meddela förelägganden eller förbud. Sådana beslut får förenas med vite. Enligt PTS har sanktionssystemet i LEK inte i alla delar varit tillräckligt effektivt, bl.a. p.g.a. att ett föreläggande är en åtgärd som kan vidtas först i efterhand när en överträdelse redan har skett. För att komma till rätta med detta har PTS föreslagit att ett sanktionsavgiftssystem införas. Stöd för detta finns i artikel 29.1 i EU-direktivet. Det kan dock ifrågasättas om det finns behov av sanktionsavgifter och om det är ett effektivt sätt att uppnå regelefterlevnad.

Om sanktionsavgifter införas som regeringen föreslår i form av böter måste det vara tydligt när en aktör gjort en överträdelse och vad påföljden blir. För att böter ska vara effektiva måste det enkelt att avgöra vad som inte är tillåtet. De överträdelser som regeringen har föreslagit sanktionsavgifter för är exempelvis information om säkerhetsincidenter, vidta åtgärder för att hantera risker eller tillhandahåller en sammanfattning av avtal. Inom de här områdena är det ofta svårare att avgöra

vad som inte är tillåtet och ofta behövs en utredning för att avgöra om det varit en överträdelse, hur omfattande den varit och vilken skada den eventuellt orsakat. Därför är ett åläggande vid vite ett lämpligare verktyg för att komma tillrätta med regelefterlevnaden än sanktionsavgifter. Böter kan vara en lämplig åtgärd för att komma tillrätta med återkommande regelöverträdelser av likartad typ. Det kan ifrågasättas om de överträdelser av LEK som är aktuella är enkla att bedöma och vanligt återkommande.

Om regeringen väljer att gå vidare med förslaget om sanktionsavgifter måste det omarbetas för att åstadkomma tydlighet och förutsägbarhet. Den reglering som regeringen föreslagit är ett system med en sanktionsavgift om lägst 5 000 kronor och högst 10 miljoner kronor. I lagtexten föreslås en skrivning som anger att avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till den skada eller risk för skada som uppstått till följd av överträdelsen, om aktören tidigare har begått en överträdelse och de kostnader som aktören har undvikit till följd av överträdelsen. Regeringen hänvisar till att ett system med ett beloppsintervall även förekommer inom flera andra rättsområden. Särskilt hänvisar man till den nya lag om informationssäkerhet för samhällsviktiga och digitala tjänster (2018:1174) ("NIS-lagen"), där en sanktionsavgift bl.a. ska kunna åläggas för överträdelser av bestämmelser om krav som man menar liknar kraven när det gäller säkerhet i nät och tjänster och rapportering av incidenter enligt den nya lagen. I NIS-lagen förekommer samma beloppsintervall som nu föreslås.

Regeringen angav i början av 1980-talet riktlinjer för hur sanktionsavgifter bör användas och hur de bör vara utformade för att uppfylla rimliga krav på effektivitet och rättssäkerhet (prop. 1981/82:142 s. 21 f. Dessa riktlinjer har också antagits av riksdagen, se rskr. 1981/82:328). Av riktlinjerna framgår bl.a. att det ska vara möjligt att förutse hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet. Även enligt EU-rättsliga principer krävs att en reglering av aktuellt slag är transparent och uppfyller principen om proportionalitet.

IP-Only konstaterar emellertid att det i nu aktuellt förslag till lagstiftning saknas närmare föreskrifter hur olika överträdelser ska inplaceras på den föreslagna skalan 5 000 kronor till 10 miljoner kronor. Om man söker ledning i andra rättsområden bör det beaktas att även om det på lagnivå endast har angetts ett högsta respektive lägsta belopp, har avgiftens storlek vid enskilda typer av överträdelser fastlagts i detalj i en tillhörande förordning. En sådan detaljstyrning av tillsynsmyndigheten saknas i detta fall, jfr avsnitt 21.6 i promemorian. Den föreslagna lagstiftningen ger därmed endast i viss utsträckning en förutsägbarhet.

Som jämförelse finns beträffande byggsanktionsavgift en beräkningsmodell i 9 kap. plan- och byggförordningen (PBF, 2011:338) kopplad till dels typen av överträdelse och dels den s.k. sanktionsarean. PBF:s reglering medför att det på förhand tämligen exakt går att förutsäga vilket belopp en viss överträdelse riskerar att medföra. Vid införandet av byggsanktionsavgiften som företeelse i samband med införandet av nya plan- och bygglagen angavs att det krävs att sanktionssystemet är förutsägbart för att lagstiftningen ska kunna uppfylla grundläggande rättssäkerhetskrav och att ett sådant system kan åstadkommas endast om det är relativt enkelt att avgöra vilket belopp som gäller vid varje enskilt tillfälle (prop. 2009/10:170 s. 348).

För det fall den miljöskningsavgift som regeringen hänvisar till tas som ytterligare jämförelse anges exempelvis i 30 kap. 1 § miljöbalken (1998:808) visserligen att miljöskningsavgiften ska uppgå till minst 1 000 kronor och högst 1 000 000 kronor. Dessutom anges att när avgiftens storlek

bestäms, ska hänsyn tas till överträdelsens allvar och betydelsen av den bestämmelse som överträdelsen avser. Vilket belopp en viss överträdelse riskerar att medföra förtydligas emellertid genom bestämmelser i förordning (2012:259) om miljöstraffavgifter.

Om regeringen väljer att införa ett straffavgiftssystem förordar IP-Only att nu föreslagen lagreglering kombineras med en detaljreglering vilken typ av överträdelse som beloppsmässigt medför vilken sanktion. Detta skulle kunna ske på förordningsnivå.

Avslutningsvis är IP-Only behjälplig om regeringen i det fortsatta arbetet med lagförslaget önskar ytterligare information eller synpunkter.

David Troëng

Frida Westerberg