

Företagarombudsmannen

Den Nya Välfärden, Box 5625, 114 86 Stockholm, www.dnv.se



Stockholm, Sverige, den 2 april 2009

Europeiska gemenskapernas kommission
(att: generalsekreteraren)
Rue de la Loi 200
B-1049 Bryssel
BELGIEN

Anmälan om fördragsbrott av Sverige

Upplysningar om den klagande

Klagande

Stiftelsen Den Nya Välfärden

Nationalitet: Svensk

Postadress

Telefon: +46 (0)8 545 038 10

Box 5625

Telefax: +46 (0)8 611 35 62

114 86 Stockholm

E-post: foretagarombudsmannen@dnv.se

Kontaktperson: Jur kand Märten Hyltner

Verksamhetsområde och verksamhetsställe

Stiftelsen Den Nya Välfärden är en partipolitiskt oberoende organisation som arbetar för företagande. Stiftelsens verksamhet finansieras huvudsakligen genom stöd från ett stort antal företag. En viktig del av Stiftelsens verksamhet är att verka för bättre näringslivsförutsättningar genom att uppmärksamma exempel på brister i företagarklimatet. Detta arbete sker huvudsakligen genom Företagarombudsmannen som är en del av Stiftelsen Den Nya Välfärden.

Vem som helst kan anmäla missförhållanden till Företagarombudsmannen och den som anmäler kan vara anonym. Stiftelsen Den Nya Välfärden lämnar således inte,

utan uppgiftslämnarens särskilda instruktion, ut uppgifter om vem som har anmält ett ärende eller i övrigt lämnat information till Företagarombudsmannen.

Även om Stiftelsen Den Nya Välfärdens verksamhet huvudsakligen bedrivs från Stockholm, Sverige, omfattar Stiftelsens arbete för fri konkurrens och bättre näringslivsförutsättningar hela landet. Arbetet bedrivs huvudsakligen genom opinionsbildning samt genom biträde åt företagare i ärenden och juridiska processer av principiellt intresse.

Den medlemsstat eller det offentliga organ som brutit mot gemenskapsrätten

Sverige genom Post- och telestyrelsen (PTS)

Postadress:	Telefon:	+46 (0)8 678 55 00
Box 5398	Telefax:	+46 (0)8 678 55 05
102 49 Stockholm	E-post:	pts@pts.se

Kort om PTS

PTS är den myndighet som bevakar områdena elektronisk kommunikation och post i Sverige. Begreppet elektronisk kommunikation innefattar telekommunikationer, IT och radio.

Detaljerad beskrivning av de förhållanden anmälan gäller

Situationen före PTS beslut den 13 mars 2009

Swefour GSM AB (Swefour), Tele2 Sverige AB (Tele2), Telenor Sverige AB (Telenor) och TeliaSonera Mobile Networks AB (TeliaSonera) har tillstånd att använda radiosändare för GSM (Global System for Mobile communication) i 900 MHz-bandet (880-915 MHz/925-960 MHz).

Den totala bandbredden i 900 MHz-bandet uppgår till 2*35 MHz. Tele2, Telenor (tidigare Vodafone) och TeliaSonera har tilldelats 2*7,2 MHz vardera och Swefour 2*6,8 MHz, sammanlagt 2*28.4 MHz. Det finns således utrymme för ytterligare tillstånd i 900 MHz-bandet.

Samtliga tillstånd, utom Swefours, gäller till och med den 31 december 2010. Swefours tillstånd går ut den 31 maj 2017, dock att tillståndsvillkoren (inklusive frekvenstilldelningen) går ut tidigare, den 31 december 2010.

Av villkoren för samtliga ovan nämnda tillstånd framgår bland annat att de aktuella frekvenserna endast får användas för GSM-trafik (se Bilaga 1).

Den gemensamma ansökan

Den 20 november 2008 inkom till PTS en gemensam ansökan (nedan den gemensamma ansökan) om förlängd tillståndstid och förändrade tillståndsvillkor för Swefour, Tele2, Telenor och TeliaSonera samt ansökan om medgivande till vidareöverlåtelse av frekvensutrymme i 900 MHz-bandet till Hi3G Access AB (Hi3G) och införande av teknik- och tjänsteneutralitet i hela 900 MHz-bandet (Bilaga 2). Ansökan var undertecknad av företrädare för Swefour, Tele2, Telenor, TeliaSonera och Hi3G.

Av den gemensamma ansökan framgår att företagen har ingått en kommersiell överenskommelse om fördelningen av frekvenserna i 900 MHz-bandet. Överenskommelsen innefattar även överlåtelser av frekvenser.

Samrådsförfarandet

PTS, som var av uppfattningen att den gemensamma ansökan kunde beviljas, skickade ut ett förslag till beslut i enlighet med ansökan för samråd. Därigenom uppmärksammades åtminstone delar av omvärlden på att det fanns utrymme för ytterligare tillstånd i det svenska 900 MHz-bandet. Detta resulterade bland annat i att tre ytterligare företag, Vectone Network Limited, Nordisk Mobiltelefon Sverige AB och Ventelo Sverige AB, ansökte om tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet samt att tilldelas frekvensutrymme i detsamma.

Vidare lämnade Konkurrensverket ett yttrande i anledning av PTS förslag till beslut (Bilaga 3). I yttrandet anges bland annat följande.

Samarbetet mellan de operatörer som står bakom ansökan är sedan december 2008 föremål för utredning hos Konkurrensverket. Konkurrensverkets utredning syftar till att klargöra om operatörernas gemensamma ansökan och den underliggande överenskommelsen mellan operatörerna är förenlig med bestämmelserna i konkurrenslagen (2008:579), KL, och EG-fördraget. [...] Enligt 2 kap. 1 § KL/artikel 81(1) EG-fördraget är sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett märkbart sätt förbjudna. [...] Sådana avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna är enligt 2 kap. 6 § KL/artikel 81(2) EG-fördraget per automatik ogiltiga. Förbudet gäller emellertid inte för avtal som uppfyller undantagskriterierna enligt 2 kap. 2 § KL/artikel 81(3) EG-fördraget. Ett förfarande där konkurrerande operatörer sinsemellan förbinder sig till ett visst samordnat agerande och delar upp en begränsad resurs, kan utgöra ett sådant samarbete som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen och därmed vara förbjudet enligt EG-fördraget och KL.

[...] Enligt Konkurrensverket kan det inte uteslutas att operatörernas gemensamma agerande strider mot EG-fördraget och KL

PTS beslut den 13 mars 2009

Den 13 mars 2009 Beslutade PTS att bifalla den gemensamma ansökan (se Bilaga 4).

Detta innebär att,

Swefour får tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet med en frekvenstilldelning om 2*5 MHz,

Tele2 får tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet med en frekvenstilldelning om 2*7,5 MHz,

Telenor får tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet med en frekvenstilldelning om 2*7,5 MHz,

TeliaSonera får tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet med en frekvenstilldelning om 2*10 MHz, och,

Hi3G får tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet med en frekvenstilldelning om 2*5 MHz.

Till skillnad från vad som gällde enligt tidigare tillstånd i 900 MHz-bandet införs genom beslutet teknik- och tjänsteneutralitet. Vidare mildras yttäckningskraven på sådant sätt att yttäckningen nu får tillhandahållas genom nyttjande av egen eller annan tillståndshavares infrastruktur i 900 MHz-, 1800 MHz-, eller 2,1 GHz-banden. Samtliga ovan redovisade tillstånd gäller till den 31 december 2025.

Den 13 mars 2009 beslutade PTS vidare att avslå övriga tre företags, Vectone Network Limited, Nordisk Mobiltelefon Sverige AB och Ventelo Sverige AB, ansökningar om tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet samt att tilldelas frekvensutrymme i detsamma. Som skäl för besluten angavs att allt ledigt frekvensutrymme i 900 MHz-bandet tagits i anspråk genom beviljandet av den gemensamma ansökan (Bilaga 5).

De bestämmelser i gemenskapsrätten som överträtts

Artikel 81 i EG-fördraget

Enligt artikel 81(1) EG-fördraget är alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden förbjudna.

Av den gemensamma ansökan framgår att Swefour, Tele2, Telenor, TeliaSonera och Hi3G har ingått en kommersiell överenskommelse om fördelningen av frekvenserna i 900 MHz-bandet. Överenskommelsen omfattar samtliga frekvenser i 900 MHz-

bandet. Operatörerna har därefter ytterligare samordnat sig i den gemensamma ansökan, vilken bland annat har som villkor att den måste beviljas i sin helhet.

Enligt Stiftelsen Den Nya Välfärdens mening måste den gemensamma ansökan och de bakomliggande kommersiella avtalen därmed anses falla in under den kategori förbjudna avtal som anges i artikel 81(1) EG-fördraget. Av artikel 81(2) EG-fördraget framgår att sådana avtal är ogiltiga.

Förbudet gäller inte för avtal eller samordnade förfaranden som uppfyller undantagskriterierna i artikel 81(3) EG-fördraget. Det har dock inte visats att så skulle vara fallet, vare sig av företagen bakom den gemensamma ansökan eller av PTS.

I enlighet med artikel 81 skulle PTS således rätteligen ha betraktat den gemensamma ansökan som ogiltig. Det förhållandet att PTS istället biföll ansökan utgör därmed ett brott mot Svenska statens skyldigheter enligt EG-fördraget.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 (Ramdirektivet), samt,

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (Auktorisationsdirektivet)

Före PTS beslut fanns icke tilldelat frekvensutrymme i 900 MHz-bandet om totalt cirka 2*6,6 MHz. Genom beslutet har det frekvensutrymme delats ut och Hi3G, som tidigare inte innehade något frekvensutrymme i 900 MHz-bandet, har erhållit frekvensutrymme om 2*5 MHz, närmare bestämt 925-930/880-885 MHz.

Beslutet innefattar således en nytilldelning av frekvensutrymme till Hi3G, även om detta skenbart sker via tilldelning till, och vidareöverlåtelse från, Tele2 och Telenor.

Beträffande befintliga tillståndshavare förtjänar följande att framhållas. Beslutet innebär att TeliaSonera, Swefour, Tele2 samt Telenor får sina tillstånd förlängda till den 31 december 2025, det vill säga med 15 år. Någon automatisk rätt till automatisk förlängning av tillstånd finns inte enligt svensk rätt.¹ Vidare innefattar beslutet en övergång till teknik- och tjänsteneutrala tillståndsvillkor. Detta medför en avsevärd värdeökning av de aktuella tillstånden. Beslutet innefattar även såväl omorganisation av spektrumfördelning som utökning av bandbredd till vissa operatörer. Mot den bakgrunden måste de tillstånd i 900 MHz-bandet som meddelats enligt PTS beslut den 13 mars 2009 anses vara så väsensskilda från de

¹ Se exempelvis Prop. 2002/03:110, s. 151

tillstånd som tidigare gällde att beslutet utgör en nytilldelning även när det gäller de redan befintliga tillståndshavarna.

Av Ramdirektivet framgår bland annat att den allokering och tilldelning av radiofrekvenser för elektroniska kommunikationstjänster som utförs av nationella regleringsmyndigheter ska vara baserad på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier.

I ingressen (p. 22) till Auktorisationsdirektivet anges att om efterfrågan på radiofrekvenser i ett särskilt frekvensområde överstiger tillgången, bör lämpliga och öppna förfaranden följas vid frekvenstilldelningen, för att diskriminering skall kunna undvikas och för att de knappa resurserna skall kunna användas på ett optimalt sätt.

Beträffande tilldelning av frekvensutrymme framgår av artiklarna 5 och 7 Auktorisationsdirektivet att individuella nyttjanderätter ska undvikas men om detta inte är möjligt skall nytilldelning av sådana nyttjanderätter beviljas efter inbjudan till ansökan och med tillämpning av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella urvalskriterier.

I förevarande fall har något inbjudningsförfarande inte tillämpats. Inte heller har några urvalskriterier redovisats. Vidare har beslutet gynnat på svenska marknaden redan etablerade operatörer på bekostnad av exempelvis Vectone Network Limited. Därmed strider PTS beslut mot såväl Ramdirektivet som Auktorisationsdirektivet.

Artiklarna 87 och 88 EG-fördraget

Radiospektrum är en allt viktigare förutsättning för elektronisk kommunikation och efterfrågan på radiospektrum ökar. Av PTS spektrumpolicy (Bilaga 6) framgår att när urvalsförfarande blir aktuellt ska auktion tillämpas i första hand. Våren 2008 genomförde PTS en auktion av frekvensutrymme i det så kallade 2,6 GHz-bandet. Den inbringade 2,1 miljarder kronor till statskassan.

Beträffande det nu aktuella 900 MHz-bandet har till exempel Hi3G yttrat att frågan om 900 MHz-bandet är ”en av de mer avgörande spektrumfrågorna inom överskådlig tid”.² Mot den bakgrunden är det uppenbart det i 900 MHz-bandet tidigare icke tilldelade frekvensutrymmet om totalt cirka 2*6,6 MHz har ett stort ekonomiskt värde.

Beslutet innebär att Hi3G, slutligen, tilldelas 2*5 MHz frekvensutrymme utan att något vederlag erläggs till staten. Detta utgör ett avsteg från PTS spektrumpolicy och innebär för statens del uteblivna auktionsintäkter i storleksordningen hundratals

² Se i Hi3G:s remissvar avseende betänkandet Effektivare signaler (SOU 2008:72), s. 3

miljoner, möjligen miljarder, kronor. Trots att operatörernas bakomliggande överenskommelse inte till alla delar är känd för Den Nya Valfärden, är det alltså tydligt att beslutet innefattar ett statligt stöd.

Om vederlag för nytilldelat frekvensutrymme enligt överenskommelsen inte ska utgå kan förslaget istället betraktas som statsstöd till Hi3G motsvarande det kommersiella värdet av det tilldelade frekvensutrymmet. Det kan i detta avseende noteras att det fanns minst tre ytterligare intressenter avseende det inte tidigare utdelade frekvensutrymmet.³

Om den bakomliggande överenskommelsen innebär att vederlag för nytilldelat frekvensutrymme ska betalas av Hi3G till Tele2 och Telenor innebär förslaget ett statsstöd till Tele2 och Telenor motsvarande vederlaget.

Beroende på hur den bakomliggande överenskommelsen ser ut finns naturligtvis även andra möjligheter avseende fördelningen av stödet. Det samlade värdet av stödet måste dock som minst anses uppgå till det kommersiella värdet av det till Hi3G tilldelade frekvensutrymmet.

Enligt Stiftelsen Den Nya Valfärdens mening borde stödet dock anses uppgå till det samlade kommersiella värdet av det totala frekvensutrymmet i 900 MHz-bandet eftersom även tilldelningen till TeliaSonera, Swefour, Tele2 samt Telenor bör betraktas som nytilldelning i enlighet med vad som ovan anförts.

Enligt artikel 87(1) EG-fördraget är statliga stöd till företag som huvudregel förbjudna. Åtgärder som omfattas av så kallade gruppundantagsförordningar betraktas dock inte som stöd. I förevarande fall är dock inte någon gruppundantagsförordning tillämplig.

Av artikel 88(3) EG-fördraget framgår att åtgärder som kan innefatta statsstöd ska förhandsanmälas (notifieras) till EG-kommissionen. Av artikel 88(3) framgår vidare att medlemsstaten inte får genomföra åtgärden innan kommissionens prövningsförfarande har avslutats. Förevarande tilldelningsbeslut utan föregående auktion har inte notifierats till EU-kommissionen och utgör således ett olagligt stöd. Detta innebär i sig ett brott mot EG-fördraget.

Under vissa förutsättningar kan EU-kommissionen förklara att en stödåtgärd är förenlig med den gemensamma marknaden och stödet blir då tillåtet. Såvitt Stiftelsen Den Nya Valfärden kan bedöma torde emellertid inte några sådana förutsättningar

³ Vectone Network Limited, Nordisk Mobiltelefon Sverige AB och Ventelo Sverige AB

vara för handen, varför även tilldelningsbeslutet i sig torde vara oförenligt med artikel 87 EG-fördraget.

Eventuellt förekommande gemenskapsfinansierade stöd

Såvitt Den Nya Valfärden känner till förekommer inte några gemenskapsfinansierade stöd i relation till det som omfattas av det ifrågavarande beslutet.

Eventuella tidigare kontakter med kommissionens enheter

Stiftelsen Den Nya Valfärden har i detta ärende inte tidigare varit i kontakt med någon av kommissionens enheter.

Eventuella tidigare kontakter med andra gemenskapsinstitutioner

Stiftelsen Den Nya Valfärden har i detta ärende inte varit i kontakt med någon av gemenskapens andra institutioner eller instanser.

Kontakter med svenska administrativa myndigheter

Stiftelsen Den Nya Valfärden yttrade sig till PTS i samband med samrådsförfarandet. Vidare tillställde Stiftelsen Den Nya Valfärden PTS en utredning avseende det ifrågavarande beslutet. Något svar i anledning av denna utredning har Stiftelsen Den Nya Valfärden emellertid inte erhållit.

Talan vid nationella domstolar

Stiftelsen Den Nya Valfärden har i detta ärende inte fört talan vid nationell domstol.

Handlingar till stöd för klagomålet

- Bilaga 1: Tidigare gällande tillstånd för Swefour GSM AB, Tele2 Sverige AB, Telenor Sverige AB (tidigare Vodafone) och TeliaSonera Mobile Networks AB att använda radiosändare i 900 MHz-bandet
- Bilaga 2: Gemensam ansökan från Swefour GSM AB, Tele2 Sverige AB, Telenor Sverige AB (tidigare Vodafone), TeliaSonera Mobile Networks AB samt Hi3G AccessAB avseende tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet, tilldelning av frekvensutrymme samt förändring av tidigare gällande tillståndsvillkor (särskilt införande av teknik- och tjänsteneutralitet)
- Bilaga 3: Konkurrensverkets yttrande i anledning av PTS förslag till beslut rörande tillstånd i 900 MHz-bandet
- Bilaga 4: PTS beslut avseende frekvenstilldelning och tillståndsvillkor avseende 900 MHz-bandet

Bilaga 5: PTS beslut att avslå ansökningar från Vectone Network Limited, Nordisk Mobiltelefon Sverige AB och Ventelo Sverige AB om frekvenstilldelning samt tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet

Bilaga 6: PTS spektrumpolicy

Sekretess

Jag ger kommissionen tillåtelse att avslöja min identitet vid sina kontakter med myndigheter i den medlemsstat klagomålet är riktat mot. Samtliga till anmälan bifogade handlingar utgör offentliga handlingar och de är således är allmänt tillgängliga hos PTS.

Mårten Hyllner