

# Företagarombudsmannen

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



## **SLUTLIG BEDÖMNING**

Ärendenummer: 2009-003

Datum: 2009-03-05

Utredare: Mårten Hyltner

Micha Velasco

### Utredning avseende Post- och telestyrelsens tilldelning av GSM-frekvenser

*Förevarande utredning har Företagarombudsmannen tagit upp på eget initiativ efter att Post- och telestyrelsens lagt fram ett förslag om tilldelning av GSM-frekvenser som snedvrider konkurrensen och riskerar att bryta mot såväl svensk nationell rätt som EG-rätten.*

### Sammanfattande bedömning

Post- och telestyrelsens (PTS) senaste auktion av frekvensutrymme inbringade 2,1 miljarder kronor till statskassan. Enligt nu aktuellt förslag ska attraktivt frekvensutrymme utan ersättning och helt utan konkurrens överföras från det allmänna till särskilt utvalda privata företag. Förslaget snedvrider därmed konkurrensen på marknaden för tele- och kommunikationstjänster och inverkar således negativt på företagarklimatet.

Enligt Företagarombudsmannens bedömning strider förslaget dessutom mot såväl svensk nationell rätt som EG-rätten. Av detta följer att om PTS beslutar i enlighet med förslaget kan beslutet komma att upphävas av domstol. Därutöver kan Sverige komma att bli föremål för ett överträdelseförfarande inför EG-domstolen med därtill hörande krav på skadestånd.

Det framstår för Företagarombudsmannen som uppenbart att PTS inte kan besluta i enlighet med det aktuella förslaget. Istället bör PTS förutsättningslöst, och med iakttagande av gällande regelverk, utreda möjligheterna till en omplanering av GSM 900-bandet. Syftet bör vara att tillskapa minst ett nytt tillstånd om 2 x 5 MHz, vilket samtliga intressenter inbjuds att inkomma med anbud på. Då får den fria konkurrensen verka, vilket leder till ett bättre företagarklimat och sannolikt även till ett bättre nyttjande av befintligt radiospektrum.

### Beskrivning av fallet

Radiospektrum är en allt viktigare förutsättning för elektronisk kommunikation och efterfrågan på radiospektrum ökar.<sup>1</sup> Eftersom radiospektrum är en begränsad resurs är det viktigt att tilldelning av frekvensutrymme sker på ett sätt som inte ger vissa aktörer otillbörliga fördelar eller på annat sätt snedvrider konkurrensen. Det så kallade GSM 900-bandet lämpar sig för såväl GSM-trafik som UMTS 900-trafik (till exempel mobilt bredband). Även den framtida tekniken LTE (Long Term Evolution) kommer att kunna använda GSM 900-bandet. För närvarande finns i GSM 900-bandet icke tilldelat utrymme om totalt cirka 2 x 5,6 MHz, vilket motsvarar drygt ett möjligt tillstånd.

Nu aktuellt förslag omfattar allt frekvensutrymme i GSM 900-bandet och bygger på en gemensam ansökan från Swefour GSM AB (Swefour), Tele2 Sverige AB (Tele2), Telenor Sverige AB (Telenor), TeliaSonera Mobile Networks AB TeliaSonera och Hi3G Access AB (Hi3G). Bakom ansökan ligger en kommersiell överenskommelse mellan de fyra befintliga tillståndshavarna och Hi3G<sup>2</sup>.

I korthet innebär förslaget följande.

1. Tilldelning av nytt frekvensutrymme om vardera 2 x 2,8 MHz till TeliaSonera, Tele2 och Telenor. Efter tilldelning innehar dessa tre operatörer frekvensutrymme med totalt 2x10MHz vardera.
2. Tele 2 och Telenor tillåts därefter överlåta vardera 2x2,5 MHz till Hi3G, totalt 2x5MHz.
3. Swefour tilldelas 2x5 MHz, en minskning med 2x1,8 MHz av tidigare frekvensutrymme.
4. Förlängning av befintliga tillstånd till år 2025.
5. Införande av teknik- och tjänsteneutralitet.

Förslaget innefattar inte någon betalning till staten vare sig för tilldelningen av de nya frekvensutrymmena eller för förlängningen av befintliga tillstånd.

### Företagarombudsmannens bedömning

Radiospektrum är en begränsad resurs. Förslaget bygger på ett avtal varigenom fem företag emellan sig delat upp allt befintligt frekvensutrymme i GSM 900-bandet, det vill säga även för närvarande icke tilldelat frekvensutrymme. Om förslaget antas finns alltså inget utrymme för ytterligare tillstånd i GSM 900-bandet.

---

<sup>1</sup> Se till exempel Effektivare signaler (SOU 2008:72), s. 303

<sup>2</sup> Se förslaget till beslut rörande tillstånd i GSM 900-bandet, s. 4

Enligt Företagarombudsmannens bedömning måste de aktuella företagen därmed anses ha delat upp marknaden mellan sig på ett sådant sätt att avtalet utgör ett konkurrensbegränsande samarbete i konkurrenslagens (2008:579) mening. Enligt 2 kap. 6 § konkurrenslagen är sådana avtal ogiltiga.

Det vore högst olämpligt om staten, genom PTS, tilldelade frekvensutrymme på basis av ett avtal som kan komma att ogiltigförklaras av domstol på den grunden att det innefattar ett otillåtet konkurrensbegränsande samarbete.

### **Förslaget innefattar en otillåten direkttilldelning av frekvensutrymme till Hi3G**

Som angetts ovan finns för närvarande icke tilldelat utrymme i GSM 900-bandet om totalt cirka 2 x 5,6 MHz. Den uttalade avsikten med förslaget, som omfattar allt frekvensutrymme i GSM 900-bandet, är bland annat att Hi3G ska få sig tilldelat frekvensutrymme om 2 x 5 MHz. Vidare ska, enligt förslaget, tillstånd meddelas för Hi3G att använda radiosändare i GSM 900-bandet i hela Sverige.<sup>3</sup> Enligt Företagarombudsmannens mening måste förslaget därmed anses innefatta en nytilldelning av frekvensutrymme till Hi3G, även om detta formellt sker via tilldelning till, och vidareöverlåtelse från, Tele2 och Telenor.

Om beslut meddelas i enlighet med förslaget kan några ytterligare tillstånd inte meddelas i GSM 900-bandet. Det kan således antas att frekvensutrymmet i GSM 900-bandet inte är tillräckligt för att ge tillstånd åt alla som vill och skulle kunna bedriva aktuell verksamhet. Som konstaterats i ett flertal förarbeten är det i denna situation inte tillfredsställande vare sig från konkurrenssynpunkt eller med hänsyn till intresset av högsta möjliga frekvenseffektivitet om den som först kommer in med en ansökan per automatik blir den som får tillstånd.<sup>4</sup>

Av 3 kap. 8 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation – LEK – framgår dessutom att om det vid nytilldelning av frekvensutrymme kan antas att frekvensutrymme som kan avsättas för verksamheten inte är tillräckligt för att ge tillstånd åt alla som vill och skulle kunna bedriva sådan verksamhet ska, om inte särskilda skäl föranleder annat, prövning ske efter allmän inbjudan till ansökan.

Enligt Företagarombudsmannens mening kan det i förevarande fall inte anses föreligga sådana särskilda förhållanden att det skulle vara möjligt att frånga kravet på en allmän inbjudan till ansökan. Ett beslut i enlighet med förslaget innebär således ett brott mot 3 kap. 8 § LEK.

---

<sup>3</sup> Se Samråd om förslag till beslut rörande tillstånd i GSM 900-bandet, Bilaga 5

<sup>4</sup> Se till exempel Prop. 2002/03:110, s. 139

Beträffande på området gällande EG-rätt förtjänar följande att framhållas.

Av artikel 9 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster<sup>5</sup> (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 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster – 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.<sup>6</sup>

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. Den föreslagna nytilldelningen av frekvensutrymme till Hi3G strider således, enligt Företagarombudsmannens bedömning, även mot på området gällande EG-rätt.

### ***Förlängningen av befintliga tillstånd***

Förslaget innebär att TeliaSonera, Swefour, Tele2 samt Telenor får sina tillstånd förlängda till den 31 december 2025, det vill säga med 15 år. Det bör i detta avseende framhållas att det inte finns någon rätt till automatisk förlängning av tillstånd.<sup>7</sup>

Enligt Företagarombudsmannens mening måste det anses högst olämpligt att, såsom föreslagits, förlänga tillstånden med 15 år. Mot bakgrund av den snabba teknikutveckling som sker på området för kommunikationstjänster är det svårt att i

---

<sup>5</sup> EGT L 108, 24.4.2002, s. 33

<sup>6</sup> EGT L 108, 24.4.2002, s. 21

<sup>7</sup> Se exempelvis Prop. 2002/03:110, s. 151

dagsläget förutspå framtida möjliga användningar av det aktuella frekvensutrymmet. En förlängning av tillstånden med 15 år riskerar därför att medföra idag oöverblickbara inlåsnings effekter.

Vidare kan ifrågasättas om förslaget verkligen kan anses utgöra endast en förlängning av befintliga tillstånd. Vad gäller användning av frekvensutrymmet måste det stå klart att detta kommer att nyttjas för andra tjänster än dagens GSM-telefoni. Samtliga operatörer, liksom PTS, är av den uppfattningen att det aktuella frekvensområdet lämpar sig väl för mobil datakommunikation. Därför innefattar förslaget en övergång till teknik- och tjänsteneutrala tillståndsvillkor.

Mot bakgrunden av de väsentligt ändrade tillståndsvillkoren, och med beaktande av att förslaget även omfattar såväl omorganisation av spektrumfördelning som utökning av bandbredd till vissa operatörer, anser Företagarombudsmannen att förslaget snarast får anses utgöra en nytilldelning av frekvensutrymme. Nytilldelning ska, som tidigare anförts, ske genom inbjudan till anbud.

***Förslaget innefattar en åtgärd som kan utgöra statsstöd och därför måste notifieras till EU-kommissionen***

Som tidigare påpekats är radiospektrum en allt viktigare förutsättning för elektronisk kommunikation och efterfrågan på radiospektrum ökar. 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 GSM 900-bandet har till exempel Hi3G yttrat att frågan om GSM 900-bandet är ”en av de mer avgörande spektrumfrågorna inom överskådlig tid”.<sup>8</sup> Mot den bakgrunden är det uppenbart det i GSM 900-bandet för närvarande ännu icke tilldelade frekvensutrymmet om totalt cirka 2 x 5,6 MHz har ett betydande ekonomiskt värde.

Förslaget innebär att Hi3G, slutligen, ska tilldelas 2 x 5 MHz frekvensutrymme utan att något vederlag erläggs till staten. Trots att operatörernas bakomliggande överenskommelse inte till alla delar är känd för Företagarombudsmannen, förefaller det tydligt att förslaget innefattar ett statligt stöd.

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

---

<sup>8</sup> Se i Hi3G:s remissvar avseende betänkandet Effektivare signaler (SOU 2008:72), s. 3

Om vederlag för nytilldelat frekvensutrymme inte ska utgå kan förslaget istället betraktas som statsstöd till Hi3G motsvarande det kommersiella värdet av det tilldelade frekvensutrymmet.

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. Vidare kan EU-kommissionen under vissa förutsättningar förklara att en stödåtgärd är förenlig med den gemensamma marknaden och stödet blir då tillåtet.

Av artikel 88(3) EG-fördraget framgår att åtgärder som kan innefatta statsstöd ska förhandsanmälas (notifieras) till EU-kommissionen. Detta gäller dock inte om det ekonomiska stöd åtgärden innebär kan anses försumbart, det vill säga understiger det så kallade de-minimisbeloppet 200 000 euro.<sup>9</sup> Notifiering behöver heller inte ske om de så kallade Altmark-kriterierna<sup>10</sup> är uppfyllda eller om EU-kommissionen för vissa förhållanden har meddelat särskild dispens från den allmänna notifieringsskyldigheten.<sup>11</sup> Av artikel 88(3) framgår att vidare medlemsstaten inte får genomföra åtgärden innan kommissionens prövningsförfarande har avslutats.

Om PTS genomför nu aktuellt förslag utan att först notifiera EU-kommissionen innebär detta således ett klart brott mot Sveriges förpliktelser enligt EG-fördraget. För det fall förslaget notifieras till EU-kommissionen bedömer Företagarombudsmannen det sannolikt att den planerade åtgärden kommer att finnas utgöra ett statsstöd oförenligt med artikel 87(1) EG-fördraget. Om åtgärden då har genomförts kommer stödmottagaren (Hi3G eller Tele2 och Telenor) att drabbas av återkrav motsvarande stödets värde.

### ***PTS har att bevisa förslagets förenlighet med EG-rätten***

Som framgår av framställningen ovan kan förslaget ifrågasättas utifrån ett antal EG-rättsliga aspekter. Av rättspraxis från EG-domstolen<sup>12</sup> framgår att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i

---

<sup>9</sup> De-minimis beloppet 200 000 euro avser stöd under en period av tre beskattningsår för stödmottagare som inte är verksamma inom vägtransportsektorn, där takvärdet i stället uppgår 100 000 euro. Se vidare artikel 2.2 i Europeiska Kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse (EUT L 379, 28.12.2006).

<sup>10</sup> EG-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747, pp.88-94.

<sup>11</sup> Som exempel på ett sådant undantag från notifieringsskyldigheten, se EG-kommissionens meddelande 97/C 209/03 av den 10 juli 1997 om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EUT C 209 10.7.2006), s. 3-5.

<sup>12</sup> Från senare rättspraxis, se EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p23.

EG-fördraget ska tolkas restriktivt<sup>13</sup> samt att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>14</sup> Av detta följer att det är PTS som ska visa att det föreligger tillräckliga skäl för att frångå det som stadgas i EG-fördraget.

Enligt Företagarombudsmannens bedömning kommer PTS inte att kunna visa detta. Därmed riskerar Sverige att bli föremål för ett överträdelseförfarande inför EG-domstolen. I samband med ett sådant förfarande kan betydande skadeståndskrav komma att ställas mot Sverige.

### ***Avslutande kommentarer och förslag***

Det aktuella förslaget förefaller skraddarsytt för de nuvarande tillståndshavarna samt Hi3G. I vissa delar framstår det dessutom som ett försök att kringgå gällande regelverk. Mot bakgrund av de förslag som framförs i betänkandet Effektivare signaler (SOU 2008:72) kan det inte uteslutas att förslaget även utgör ett försök från nuvarande tillståndshavare att genom långa tillståndförlängningar minska effekten av eventuell kommande lagstiftning.

Att utan vederlag och helt utan konkurrens tilldela det sista kvarvarande frekvensutrymmet i GSM 900-bandet till Hi3G snedvrider konkurrensen. Vidare riskerar den föreslagna förlängning av befintliga tillstånd med 15 år att medföra idag oöverblickbara inläsningseffekter. Ur företagarklimathänseende är förslaget direkt skadligt.

Dessutom strider förslaget, enligt Företagarombudsmannens bedömning, på ett flertal punkter såväl mot svensk nationell rätt som mot EG-rätten. Av detta följer att ett bifall till de aktuella bolagens gemensamma ansökan kan komma att upphävas av domstol. Därutöver kan Sverige komma att bli föremål för ett överträdelseförfarande inför EG-domstolen med därtill hörande krav på skadestånd.

Det framstår för Företagarombudsmannen som uppenbart att PTS inte kan besluta i enlighet med det aktuella förslaget. Istället bör PTS förutsättningslöst, och med

---

<sup>13</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EG-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *Kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

<sup>14</sup> Avseende bevisbördans placering, se EG-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

iakttagande av gällande regelverk, utreda möjligheterna till en omplanering av GSM 900-bandet.

Mot bakgrund av det lediga frekvensutrymme som idag finns i GSM 900-bandet bör det tillskapas minst ett nytt tillstånd om 2 x 5 MHz, vilket samtliga intressenter inbjuds att inkomma med anbud på. Då får den fria konkurrensen verka, vilket leder till ett bättre företagarklimat och sannolikt även till ett bättre nyttjande av befintligt radiospektrum.

*Företagarombudsmannen, en del av Den Nya Valfärden, verkar för ett bättre företagarklimat i Sverige genom att utreda och uppmärksamma konkreta exempel på brister i företagarklimatet. Verksamheten leds på ideell basis av en styrelse bestående av företagare, ekonomer och publicister. Utredningar genomförs på eget initiativ eller efter anmälan. Anmälare kan vara företagare, politiker, journalister eller andra samhällsmedborgare som har reagerat på fall där företagande försvåras på grund av brister i lagstiftning, föreskrifter eller myndighetsutövning.*