



KLAGANDE

Huawei Technologies Sweden AB, 556595-6827

Ombud: Advokaterna Henrik Bengtsson, Kaarli Eichhorn, Elisabeth Eklund, Ola Hansson och Thomas Nygren samt biträdande juristerna Asade Pourmand och Wilhelm Rönnqvist

MOTPART

Post- och Telestyrelsen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

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

SAKEN

Tillämpning av lagen om elektronisk kommunikation

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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

BAKGRUND

1. PTS beslut och tillståndsvillkoren

Post- och telestyrelsen (PTS) beslutade den 20 oktober 2020 att godkänna Hi3G Access AB, Net4Mobility HB, Telia Sverige AB och Teracom AB som deltagare i auktionsförfarandet rörande tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz. Vidare beslutades att tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden ska förenas med ytterligare villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

I beslutspunkt 2 (punkt 28 och 30) och beslutspunkt 3 i PTS beslut anges bl.a. följande. Nyinstallation och ny implementering av centrala funktioner för radioanvändning i frekvensbanden får inte genomföras med produkter från bl.a. leverantören Huawei. I fall befintlig infrastruktur för centrala funktioner kommer att användas för tillhandahållande av tjänster i de aktuella frekvensbanden ska en avveckling av produkter från bl.a. Huawei vara genomförd senast den 1 januari 2025. I den utsträckning centrala funktioner är beroende av personal eller funktioner som är placerade i utlandet ska sådana beroenden avvecklas och, om nödvändigt, ersättas med funktioner eller personal placerade i Sverige. Detta ska vara genomfört senast den 1 januari 2025.

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

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

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

2. Förvaltningsrättens dom

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

YRKANDEN M.M.

1. Huawei

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

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

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

2. PTS

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

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Vad målet gäller

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

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

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

2. Processuella frågor

2.1. Borde PTS ha kommunicerat med Huawei?

2.1.1. Vad parterna anfört

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

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

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

2.1.2. Lagstiftning m.m.

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

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

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

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

2.1.3. Kammarrättens bedömning

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

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

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

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

2.2. Har PTS fullgjort sin utredningsskyldighet?

2.2.1. Vad parterna anfört

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

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

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

2.2.2. Lagstiftning m.m.

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

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

2.2.3. Kammarrättens bedömning

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

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

2.3.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

2.3.2. Lagstiftning m.m.

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

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

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

2.3.3. Kammarrättens bedömning

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

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

2.4.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

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

2.4.2. Lagstiftning m.m.

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

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

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

2.4.3. Kammarrättens bedömning

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

3. Anmälningsskyldighet

3.1. Föreligger det en anmälningsskyldighet enligt EU-rätten?

3.1.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

3.1.2. Lagstiftning m.m.

Anmälningsdirektivet och förordning om tekniska regler

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

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

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

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

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

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

Ramdirektivet

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

3.1.3. Kammarrättens bedömning

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

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

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

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

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

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

3.2. Föreligger det en anmälningskyldighet enligt WTO?

3.2.1. Vad parterna anfört

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

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

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

3.2.2. Kammarrättens bedömning

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

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

4. Beviskrav och bevisvärdering

4.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

4.2. Lagstiftning m.m.

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

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

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

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

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

4.3. Kammarrättens bedömning

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

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

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

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

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

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

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

5.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

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

5.2. Kammarrättens bedömning

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

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

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

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

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

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

6. Är förbudet för omfattande eller annars oproportionerligt?

6.1. Vad parterna anfört

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

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

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

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

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

6.2. Kammarrättens bedömning

Enligt 1 kap. 2 § LEK gäller att åtgärder som vidtas med stöd av lagen inte får vara mer ingripande än som framstår som rimligt och ska vara proportionella med hänsyn till lagens syfte och de övriga intressen som anges i 1 §. Motsvarande bestämmelse saknas i NLEK men det följer av 5 § förvaltningslagen att en myndighets åtgärd aldrig får vara mer långtgående än vad som behövs och får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot. Av 1 kap. 1 § andra stycket LEK framgår bl.a. att syftet med lagen är att enskilda och myndigheter ska få tillgång till säkra och effektiva elektroniska kommunikationer och största möjliga utbyte vad gäller urvalet av elektroniska kommunikationstjänster samt deras pris och kvalitet. Vidare framgår att vid lagens tillämpning ska särskilt beaktas elektroniska kommunikationers betydelse för yttrandefrihet och informationsfrihet. Av motsvarande bestämmelse i 1 kap. 1 § NLEK framgår också att vid tillämpningen av lagen ska även Sveriges säkerhet beaktas.

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

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

7. Är förbudet diskriminerande?

7.1. Vad parterna anfört

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

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

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

7.2. Kammarrättens bedömning

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

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

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

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

8. Förbudet mot anställda i utlandet m.m.

8.1. Vad parterna anfört

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

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

8.2. Kammarrettens bedömning

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

9. Sammanfattning

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

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

Anita Linder
lagman
ordförande

Ann-Jeanette Eriksson
kammarrättsråd
referent

Robert Johansson
kammarrättsråd

Ricarda Lerjeborn Oudejans
kammarrättssekreterare
föredragande

**KLAGANDE**

Huawei Technologies Sweden AB, 556595-6827

Ombud: [REDACTED]

MOTPART

Post- och telestyrelsen

ÖVERKLAGADE BESLUTPost- och telestyrelsens beslut 2020-10-20 och 2021-01-20,
se bilaga 1 och 2**SAKEN**

Tillämpning av lagen om elektronisk kommunikation

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från
EU-domstolen.

Förvaltningsrätten avslår överklagandena.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SAMMANFATTNING	4
YRKANDEN M.M.....	6
SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET	7
Förhandsavgörande från EU-domstolen	7
Prövningen av mål nr 24231-20	7
Har PTS begått processuella fel under handläggningen?.....	9
Har PTS fullgjort sin utredningsskyldighet?	9
Borde PTS ha kommunicerat med Huawei?	12
Har PTS efterlevt principerna om saklighet och objektivitet?	16
Strider PTS handläggning mot kravet på förvaltningens självständighet?.....	18
Slutsats	19
Är PTS beslut tillräckligt preciserat?	20
Föreligger anmälningsskyldighet?.....	20
Finns det skäl att förena tillstånden med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet?.....	23
Utgångspunkter för prövningen	23
Utredningen	26
Bedriver Folkrepubliken Kina säkerhetshotande verksamhet mot Sverige?.....	27
Huaweis koppling till den kinesiska staten	28
Underrättelselagen	28
Fackföreningars koppling till den kinesiska staten.....	29

Förvaltningsrättens bedömning.....	30
Kan påtryckningar från den kinesiska staten på Huawei orsaka skada för Sveriges säkerhet?	31
Leveransproblem till följd av amerikanska handelsrestriktioner.....	33
Kan beroenden av personal eller funktioner i utlandet orsaka skada för Sveriges säkerhet?.....	34
Slutsats	35
Har PTS behörighet att besluta de aktuella villkoren?.....	35
Är EU-rätten tillämplig på de överklagade villkoren?.....	39
Inskränker villkoren grundläggande fri- och rättigheter?	42
Fri rörlighet för varor	43
Fri rörlighet för arbetstagare och etableringsfrihet	43
Egendomsskydd och näringsfrihet	45
Slutsats	47
Kan inskränkningarna av fri- och rättigheter rättfärdigas?	47
Är PTS beslut diskriminerande?.....	57
HUR MAN ÖVERKLAGAR	58

SAMMANFATTNING

Förvaltningsrätten har kommit fram till att Post- och telestyrelsen (PTS) har haft skäl för att förena tillstånd att använda radiosändare med villkor som förbjuder produkter från Huawei i centrala funktioner i svenska 5G-nät och som anger att befintliga produkter från Huawei ska vara avvecklade senast den 1 januari 2025. PTS har också haft skäl för villkoret att tillståndshavarna senast den 1 januari 2025 ska ha avvecklat beroenden av personal eller funktioner som är placerade i utlandet och, om nödvändigt, ersätta dessa med funktioner eller personal placerade i Sverige.

Förvaltningsrätten anser att utredningen i målen ger stöd för att radioanvändning kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet om produkter från Huawei används i centrala funktioner i 5G-näten. Även beroenden i centrala funktioner av personal eller funktioner i utlandet kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Utredningen består till stor del av den sammanfattande analys och bedömning som Säkerhetspolisen och Försvarsmakten gjort baserat på de uppgifter som operatörerna lämnat när de ansökt om tillstånd att använda radiosändare i 3,5 GHz- och 2,3 GHz-banden. Vid bedömningen av utredningen har förvaltningsrätten beaktat att det endast är Säkerhetspolisen och Försvarsmakten som tillsammans har en helhetsbild när det gäller säkerhetsläget och hotbilden mot Sverige och som har tillgång till de uppgifter som behövs för att bedöma om radioanvändning kan antas orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att de överklagade villkoren är förenliga med bestämmelserna i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation och att villkoren uppfyller kraven på bl.a. proportionalitet och att villkoren inte är diskriminerande.

När det gäller PTS handläggning har förvaltningsrätten kommit fram till att PTS brustit i sin kommunikationsskyldighet genom att inte låta Huawei

komma till tals hos myndigheten. Med hänsyn till att besluten inte blivit materiellt felaktiga till följd av PTS underlåtenhet att kommunicera med Huawei har det inte funnits skäl att upphäva besluten. Förvaltningsrätten har i övrigt inte funnit att PTS brustit i sin handläggning.

Förvaltningsrätten har också kommit fram till att det inte förelegat någon skyldighet att anmäla vare sig PTS beslut eller den tillämpliga lagstiftningen till Europeiska kommissionen i enlighet med direktiv (EU) 2015/1535 och att det inte finns något behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

YRKANDEN M.M.

Huawei Technologies Sweden AB (Huawei) yrkar i första hand att förvaltningsrätten, såvitt avser Huawei, upphäver de villkor om förbud att använda produkter från leverantörerna Huawei och ZTE som anges i punkten 28 under beslutspunkt 2 respektive under beslutspunkt 3 (med hänvisning till punkten 28) och villkoret om förbud mot funktioner eller personal placerade i utlandet som anges i punkten 30 under beslutspunkt 2 i beslutet den 20 oktober 2020 (mål nr 24231-20) samt motsvarande villkor i beslutet den 20 januari 2021 (mål nr 2378-21).

Huawei yrkar i andra hand att förvaltningsrätten undanröjer de överklagade besluten såvitt avser ovan nämnda villkor och visar målen åter till PTS för ny handläggning av villkoren.

Huawei yrkar också att förvaltningsrätten, för det fall domstolen skulle överväga att inte bifalla Huaweis talan eller skulle behöva vägledning om huruvida Huaweis tolkning av EU-rätten är korrekt, ska framställa en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

PTS anser i första hand att förvaltningsrätten ska skriva av mål nr 24231-20 från vidare handläggning och bestrider i andra hand bifall till överklagandet. PTS bestrider vidare bifall till överklagandet i mål nr 2378-21.

PTS anser att det inte finns behov av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten har den 21–23 april 2021 hållit muntlig förhandling i målen. Vid förhandlingen har på Huaweis begäran vittnesförhör hållits med [REDACTED]. På PTS begäran har vittnesförhör hållits med [REDACTED]. Efter den muntliga förhandlingen har ytterligare skriftväxling skett. I målen har

parterna gett in omfattande utredning i form av bl.a. yttranden, vittnesintyg, rättsutlåtanden, rapporter, artiklar och korrespondens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Förvaltningsrätten anser att det – utifrån de bedömningar som görs nedan i fråga om EU-rätten – saknas skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Huawei yrkande därom ska därför avslås.

Prövningen av mål nr 24231-20

PTS anser att förvaltningsrätten bör skriva av mål nr 24231-20 från vidare handläggning eftersom ändamålet med Huaweis överklagande av beslutet den 20 oktober 2020 numera har förfallit. PTS för fram bl.a. följande. I och med att PTS den 20 januari 2021 har meddelat tillstånd att använda radiosändare har beslutet den 20 oktober 2020 verkställts. Det beslutet kommer inte att få några andra rättsverkningar. En annan sak är att motiveringen för vissa av de slutligen fastställda tillståndsvillkoren återfinns i det beslutet. Eftersom Huawei har överklagat det slutliga tillståndsbeslutet är det svårt att se att bolaget skulle ha ett fortsatt befogat intresse av att också få sitt överklagande av beslutet den 20 oktober 2020 prövat i sak.

Huawei anser att förvaltningsrätten ska pröva bolagets överklagande i mål nr 24231-20 och för fram bl.a. följande. PTS har genom beslutet den 20 januari 2021 hänvisat till och implementerat de tillståndsvillkor som följer av PTS beslut den 20 oktober 2020. Eftersom Huawei redan till följd av beslutet den 20 oktober 2020 har drabbats av omfattande skada har Huawei ett befogat intresse av att få prövat om det har funnits laga eller tillräckliga skäl för det beslutet.

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS i beslutet den 20 oktober 2020 bl.a. beslutat att tillstånd att använda radiosändare i frekvensbanden 3400–3720 MHz och 2300–2380 MHz ska förenas med vissa ytterligare villkor. Skälet till att PTS fattade beslut om villkor före tillståndsbeslutet var, enligt PTS, att budgivarna skulle ha alla förutsättningar klara för sig inför auktionen. Den 20 januari 2021 beslutade PTS att meddela tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden. Tillstånden förenades med motsvarande villkor som i PTS beslut den 20 oktober 2020. Eftersom båda besluten, såvitt avser villkoren, har överklagats till förvaltningsrätten handläggs alltså två mål som i allt väsentligt rör samma sak. Förvaltningsrätten anser att rättsverkningarna av beslutet den 20 oktober 2020 har ersatts av beslutet den 20 januari 2021 och att saken i mål nr 24231-20 därmed får anses ha förfallit.

Mål där saken har förfallit ska normalt skrivas av. En sakprövning sker emellertid ändå i vissa fall. En klagande får exempelvis anses ha ett befogat intresse av att kunna få prövat om det funnits laga eller tillräckliga skäl för en beslutad åtgärd (se t.ex. RÅ 1986 ref. 150, RÅ 1991 ref. 58 och HFD 2016 ref. 48).

Förvaltningsrätten konstaterar att ett flertal av Huawei's invändningar är hänförliga till handläggningen inför beslutet den 20 oktober 2020. Mot bakgrund av beslutets ingripande karaktär och de effekter det fått för Huawei bedömer förvaltningsrätten att Huawei får anses ha ett befogat intresse av att kunna få prövat om det funnits skäl för PTS beslut den 20 oktober 2020. Mål nr 24231-20 ska därför prövas i sak.

Har PTS begått processuella fel under handläggningen?

Huawei gör gällande att PTS begått ett flertal processuella fel i handläggningen hos myndigheten. Förvaltningsrätten kommer i det följande att pröva Huaweis invändningar under separata rubriker.

Har PTS fullgjort sin utredningsskyldighet?

Huawei anser att PTS inte har fullgjort sin utredningsskyldighet. Enligt Huawei har det legat i såväl PTS som Säkerhetspolisens och Försvarmaktens (samrådsmyndigheterna) intresse att föra en dialog med bolaget. Huawei menar att PTS trots detta inte på något sätt har försökt att få något förtydligande från Huawei kring de farhågor som Säkerhetspolisen hade och förtydliganden har heller inte begärts från operatörerna. Samtliga möten med PTS och Säkerhetspolisen har, enligt Huawei, skett på bolagets initiativ. Huawei anför vidare att PTS inte på något sätt utrett eller beaktat vilken skada som åsamkas Huawei, operatörerna och i förlängningen 5G-auktionen på grund av den bristande konkurrenssituation som PTS har skapat eller den aktuella samhällskadan som uppstår på grund av utestängningen av Huawei.

PTS anser att myndigheten har uppfyllt sin utredningsskyldighet. PTS anför att samrådsmyndigheterna den 23 april 2020 publicerade ett dokument om de kriterier som myndigheterna tar hänsyn till vid prövning av ansökningar om deltagande i auktionsförfarandet. Dessa kriterier har, enligt PTS, varit kända för samtliga intressenter i auktionsförfarandet. PTS uppger vidare att de sökande har gett in ett omfattande material som underlag till den bedömning som ska göras av om den radioanvändning som ansökningarna avser kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Sökandena har, enligt PTS, också getts möjlighet att komplettera sina ansökningar. PTS

menar att det beslut som myndigheten fattade den 20 oktober 2020 föregåtts av ett omfattande och omsorgsfullt utredningsarbete.

I 23 § förvaltningslagen (2017:900) regleras förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet. Av paragrafens första stycke framgår att en myndighet ska se till att ett ärende blir utrett i den omfattning som dess beskaffenhet kräver.

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

Vilka utredningsåtgärder som ska vidtas i det enskilda fallet ska ses i ljuset av 9 § första stycket förvaltningslagen vari anges att ett ärende ska handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att rätts säkerheten eftersätts.

I speciallagstiftning finns bestämmelser som på många olika områden preciserar omfattningen av myndigheternas utredningsansvar (jfr 4 § förvaltningslagen och prop. 1971:30 del 2 s. 389). Enligt 12 a § förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation, FEK, ska PTS samråda med Säkerhetspolisen och Försvarsmakten i ärenden om tillstånd att använda radiosändare enligt 3 kap. lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, LEK. Samrådet ska syfta till att klarlägga om radioanvändning enligt en tillståndsansökan kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Det ska också klargöras om det finns behov av att förena ett sådant tillstånd med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet och, i sådana fall, vilka villkor som tillståndet bör förenas med.

PTS har efter samråd bedömt att radioanvändningen enligt tillståndsansökningarna – i de fall där produkter från Huawei används i centrala funktioner – kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. När det gäller samrådsmyndigheternas förutsättningar att göra en sådan analys och bedömning konstaterar förvaltningsrätten att det i förarbetena uttalas bl.a. följande. Det är [...] bara Säkerhetspolisen och Försvarsmakten som tillsammans har en helhetsbild när det gäller säkerhetsläget och hotbilden mot Sverige och tillgång till de uppgifter som behövs för att bedöma om radioanvändning kan antas orsaka skada för Sveriges säkerhet. I samrådet ska Säkerhetspolisen och Försvarsmakten inför PTS beslut redovisa sin sammanfattande analys och bedömning av om radioanvändningen kan orsaka skada för Sveriges säkerhet och vilka villkor som är lämpliga. (Se prop. 2019/20:15 s. 35.)

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS genom samråd har inhämtat relevant utredning i fråga om de säkerhetsmässiga krav som föreskrivs i 3 kap. 6 § första stycket 7 och 11 § första stycket 10 LEK.

Huawei anser dock att varken PTS eller Säkerhetspolisen har uppfyllt sin respektive utredningsskyldighet eftersom myndigheterna inte har vänt sig till Huawei för underlag. Förvaltningsrätten framhåller inledningsvis att det är PTS som prövar frågor om tillstånd att använda radiosändare enligt LEK. Brister i samrådsmyndigheternas utredning skulle kunna innebära att PTS utredning inte bedöms vara tillräcklig. Den omständigheten att PTS och Säkerhetspolisen inte har vänt sig direkt till Huawei medför, enligt förvaltningsrättens mening, emellertid inte i sig att myndigheternas utredning ska underkännas. Förvaltningsrätten anser att PTS genom dess handläggning har

tillgodosett de krav som ställs enligt såväl den förvaltningsrättsliga officialprincipen som den EU-rättsliga omsorgsprincipen. Förvaltningsrätten anser därför att PTS har uppfyllt sin utredningsskyldighet.

Borde PTS ha kommunicerat med Huawei?

Huawei anser att PTS brustit i sin kommunikationsskyldighet genom att inte låta bolaget få komma till tals innan myndigheten fattade de överklagade besluten och att inte ge bolaget insyn i akten. Huawei anför att såväl Kammarrätten i Stockholm som förvaltningsrätten har funnit att bolaget har talerätt i förhållande till de överklagade villkoren. Enligt Huawei borde bolaget därför ha fått ställning som part i samma stund som PTS övervägde att rikta ett beslut direkt mot bolaget. Huawei menar vidare att PTS systematiskt efter beslutet den 20 oktober 2020 har underlåtit att kommunicera med bolaget, såväl vad gäller beslutet att hålla auktionen den 19 januari 2021 som tillståndsbeslutet som meddelades den 20 januari 2021.

PTS anser att myndigheten i sin handläggning har följt de krav som följer av bl.a. förvaltningslagen. Enligt PTS gäller myndigheters kommunikationsskyldighet i 25 § förvaltningslagen endast i förhållande till den som är part. Eftersom Huawei inte är part i ärendet har det, enligt PTS, inte funnits någon skyldighet för PTS att kommunicera med Huawei. PTS anser att det inte heller följer av Europarätten att parter och andra eventuella intressenter ska beredas tillfälle att yttra sig över material i ärendet inför förberedande beslut. PTS anför vidare att möten mellan PTS verksledning och Huawei hållits den 30 oktober 2020 och den 7 januari 2021. Vid den tidpunkt när PTS meddelade beslutet den 20 januari 2021 har Huaweis inställning i sakfrågorna, enligt PTS, varit väl känd för myndigheten, liksom för samrådsmyndigheterna. PTS anser vidare att Huaweis inställning nu är väl känd för myndigheten och att det inte föranleder någon ändring i dess inställning.

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

Av artikel 41.1 EU-stadgan framgår att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner, organ och byråer. I artikel 41.2 a anges att denna rättighet innebär en rätt att bli hörd innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne. Artikel 6.1 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR) reglerar rätten till rättvis rättegång för den enskilde.

I förarbetena till bestämmelsen om kommunikation i förvaltningslagen uttalas bl.a. följande. Inom förvaltningsrätten kommer den grundläggande rättsprincipen att ingen ska dömas ohörd till uttryck som en kommunikationsprincip. En regelrätt kommunikation förutsätter, till skillnad från den allmänna rätt till insyn i det egna ärendet som bör gälla för varje part, att en myndighet aktivt både informerar en part om sådana uppgifter som har tillförts ärendet och ger parten tillfälle att lämna synpunkter på innehållet i uppgifterna. En part ska alltså inte själv behöva vara aktiv för att undvika att myndigheten fattar beslut på ett underlag som han eller hon inte har känt till och kunnat bemöta. (Se prop. 2016/17:180 s. 154.)

I doktrin har bl.a. följande uttalas beträffande tredje mans anspråk på att ta del av handlingarna i ärendet. Myndigheten måste för varje ärende göra klart för sig vem som är kommunikationsberättigad part. När det gäller personer som själva har inlett ett ärende, t.ex. en sökande eller klagande, bör detta som regel inte vara särskilt svårt. Frågan om det finns någon annan kommunikationsberättigad intressent – som bör vara part – kan däremot kräva

särskilda överväganden. Myndigheten bör inte vara skyldig att behandla någon tredjeman som part, om det inte av utredningsmaterialet eller omständigheterna i övrigt framgår att personen bör behandlas på sådant sätt. Myndigheten ska således inte behöva göra efterforskningar för att ta reda på om det finns eventuella obekanta intressenter i ärendet. (Se Lundmark m.fl., Förvaltningslagen, 2020, s. 166).

Partsbegreppet i förvaltningslagen alltså inte knutet till den som i formell mening intar ställning som part, som t.ex. sökande eller klagande, utan träffar även tredjeman som på ett relevant sätt berörs av ett beslut, under förutsättning att denne också är känd för myndigheten.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Huawei inte är eller har varit sökande i PTS ärende om tilldelning av tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden. Det är dock inte avgörande för frågan om PTS haft en skyldighet enligt förvaltningslagen att kommunicera med Huawei.

Av beslutet den 20 oktober 2020 framgår att tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden ska förenas med villkor som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Såväl Kammarrätten i Stockholm som förvaltningsrätten har kommit fram till att beslutet har sådana effekter att Huawei har talerätt. Förvaltningsrätten konstaterar att Huawei omnämns vid namn i beslutet och bolaget har därmed varit en för PTS känd intressent när beslutet fattades. I beslutet den 20 januari 2021 anges att tillstånden förenas med ytterligare villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet, enligt vad som framgår av PTS beslut den 20 oktober 2020. Förvaltningsrätten anser därmed att Huawei har varit att anse som part i den mening som avses i 25 § förvaltningslagen vid handläggningen hos PTS.

Det är utrett att PTS inte har kommunicerat med Huawei. Regeln om undantag från kommunikation ska tolkas snävt och är tillämplig enbart i sådana

fall där behovet av kommunikation, sett objektivt och med beaktande av den enskildes perspektiv, är mindre framträdande eller helt saknas (jfr prop. 2016/17:180 s. 311). Förvaltningsrätten bedömer att det inte har varit uppenbart obehövt att kommunicera med Huawei. Förvaltningsrätten anser därför att PTS har brutit i sin kommunikationsskyldighet.

Nästa fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är rättsföljden av PTS underlåtenhet att kommunicera med Huawei inför att beslut fattades. Huawei har gjort gällande att rättsföljden är att besluten ska upphävas och bl.a. hänvisat till HFD 2019 ref. 51 samt gjort gällande att avgörandet innehåller vissa principiella uttalanden som är giltiga för alla myndighetsbeslut.

Det aktuella rättsfallet handlar om Skatteverkets kommunikationsskyldighet. Förvaltningsrätten konstaterar att reglerna om kommunikation i skatteärenden är mer generösa till den enskildes fördel än bestämmelsen i 25 § förvaltningslagen. Förvaltningsrätten anser därför att det utifrån rättsfallet inte går att dra någon generell slutsats om rättsföljden av utebliven kommunikation enligt förvaltningslagen.

Av rättspraxis i övrigt kan utläsas att varje avsteg från kommunikationsbestämmelserna i förvaltningslagen inte innebär ett så grovt förfarandefel att myndighetens beslut ska undanröjas och ärendet prövas på nytt (se t.ex. NJA 2008 s. 1022; jfr EU-domstolens dom i mål C-383/13 PPU, M. G. och N. R. mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie). Avgörande för frågan om ett beslut ska upphävas till följd av bristande kommunikation synes vara att den sammantagna bedömningen av omständigheterna visar att beslutet synes ha blivit materiellt felaktigt.

Som redogörs för längre fram i domen bedömer förvaltningsrätten att de överklagade besluten inte har blivit materiellt felaktiga. Det saknas därför

skäl att upphäva dessa och återförvisa målen till PTS för ny handläggning. De ovan konstaterade bristerna i fråga om PTS skyldighet att kommunicera med Huawei föranleder därför inte någon åtgärd från förvaltningsrätten.

Har PTS efterlevt principerna om saklighet och objektivitet?

Huawei gör gällande att PTS inte iakttagit principerna om objektivitet och saklighet i 1 kap. 9 § regeringsformen respektive objektivitetsprincipen i 5 § andra stycket förvaltningslagen och artikel 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektivet). Huawei anser att den begränsade redovisningen av samrådsmyndigheternas synpunkter i PTS beslut talar för att det inte finns några faktiska säkerhetsaspekter utan att det endast är fråga om spekulationer kring förmodade problem. Vidare anser Huawei att samrådsmyndigheterna har dragit mycket långtgående slutsatser på basis av felaktiga fakta. PTS har, enligt Huawei, inte heller gjort någon självständig bedömning. Hänvisningen till påstått kinesiskt inflytande och påstådda konsekvenser av de amerikanska handelsrestriktionerna är, enligt Huaweis mening, politiskt motiverade och hör inte hemma inom ramen för PTS beslutsfattande och myndighetsutövning mot ett enskilt bolag. Huawei menar att det är tydligt att PTS inte har beaktat kravet på saklighet och objektivitet eftersom PTS över huvud taget inte har haft en egen uppfattning utan helt har förlitat sig på samrådsmyndigheternas bedömningar.

PTS tillbakavisar påståenden om att ovidkommande hänsyn skulle ha tagits under handläggningen och att myndigheten skulle ha agerat partiskt.

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

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

Av artikel 3.3 ramdirektivet framgår att medlemsstaterna ska säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna utövar sina befogenheter på ett sätt som är opartiskt och öppet redovisat. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 6 direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation (omarbetningsdirektivet.)

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS har beslutat om villkor om krav av betydelse för Sveriges säkerhet i enlighet med tillämplig lagstiftning. Sveriges säkerhet är – som förvaltningsrätten redogör för längre fram i domen – en omständighet som ska beaktas vid prövningen av tillstånd att använda radiosändare. Att en myndighet inhämtar utredning från andra myndigheter är vidare ett viktigt inslag i handläggningen och innebär i sig inte att den inhämtande myndigheten agerar i strid med kravet på saklighet och objektivitet (jfr 26 § förvaltningslagen). I det här fallet är det dessutom fråga om en skyldighet för PTS att inhämta utredning från andra förvaltningsmyndigheter enligt FEK. Förvaltningsrätten anser att det inte framkommit att vare sig PTS eller samrådsmyndigheterna låtit sig vägledas av ovidkommande hänsyn eller andra intressen än de som de är satta att tillgodose. Att Folkrepubliken Kina och Huawei omnämns i handelspolitiska sammanhang och vad som i övrigt förts fram om att besluten är politiskt motiverade föranleder inte någon annan bedömning. Annat har således inte

framkommit än att PTS i sin handläggning uppfyller kraven på saklighet och objektivitet.

Strider PTS handläggning mot kravet på förvaltningens självständighet?

Huawei gör gällande att PTS inte iakttagit det grundlagsfästa kravet i 12 kap. 2 § regeringsformen på förvaltningens självständighet. Enligt Huawei har PTS genom sin osjälvständighet i förhållande till samrådsmyndigheternas bedömningar inte fullgjort sina skyldigheter. Huawei anser att det av beslutet uttryckligen följer att PTS förlitat sig på samrådsmyndigheternas bedömningar utan att göra några självständiga analyser. Det står, enligt Huawei, klart att PTS inte anser sig ha någon kompetens i frågan. Huawei anser att det är tydligt att PTS inte har ifrågasatt samrådsmyndigheternas påståenden, utan helt har överlämnat ansvaret till samrådsmyndigheterna. Enligt Huawei har PTS agerat som en förlängd arm till samrådsmyndigheterna.

PTS anser att myndigheten uppfyllt kravet på självständighet och för fram att det framgår av såväl förarbetsuttalanden som lydelsen av 12 a § FEK att bestämmelsen inte innebär att samrådsmyndigheterna ges ett bestämmande inflytande över PTS beslut i enskilda fall om vilka villkor som tillstånd att använda radiosändare ska förenas med. PTS anför vidare att myndigheten i enskilda ärenden gör underlag tillgängligt för samrådsmyndigheterna som dessa myndigheter yttrar sig över. Myndigheternas yttranden utgör, enligt PTS, underlag (bevisning) hos PTS inför myndighetens beslut, på samma sätt som allt annat relevant material i ärendet. PTS menar att myndigheten varken har det uppdraget, de expertkunskaper eller den helhetsbild som gör att myndigheten i praktiken kan göra en annan bedömning av vilka hot som föreligger mot Sveriges säkerhet, eller vad som är avgörande för att skydda Sveriges säkerhet, än den bedömning som samrådsmyndigheterna gör i dessa frågor. PTS anför att myndigheten inför beslutet den 20 oktober 2020

har tagit del av samrådsmyndigheternas motiveringar och funnit att de utgör ett fullgott underlag.

I 12 kap. 2 § regeringsformen anges att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag. Bestämmelsen ger uttryck för förvaltningsmyndigheternas självständiga ställning och förbudet mot ministerstyre. Självständigheten tar sikte på förhållandena till överordnade organ (jfr SOU 1983:39 s. 45). Det innebär t.ex. att en överordnad myndighet inte kan beordra en underordnad myndighet hur den ska besluta i ett visst ärende. Bestämmelsen hindrar inte att regeringen utfärdar generella anvisningar i form av t.ex. förordningar för förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen.

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

Slutsats

Förvaltningsrätten bedömer således att det inte finns skäl att upphäva de överklagade besluten till följd av processuella fel under PTS handläggning.

Är PTS beslut tillräckligt preciserat?

Huawei anför att definitionen av centrala funktioner i de överklagade villkoren är otydlig. Enligt Huawei är det inte möjligt att utläsa av PTS beslut den 20 oktober 2020 vad som avses med centrala funktioner. Villkoren är därför, enligt Huawei, inte möjliga att efterleva. Huawei anser att beslutet inte uppfyller de allmänna krav som ställs på konkretisering och tydlighet av tvingande myndighetsbeslut.

PTS anför att villkoren om förbud mot produkter från Huawei inte ska tillämpas av Huawei utan av tillståndshavarna. De eventuella otydligheter som skulle kunna finnas i tillståndsvillkoren drabbar, enligt PTS, därmed inte Huawei. PTS för vidare fram att tillståndshavarna inte har överklagat PTS tillståndsbeslut och att Huaweis invändningar i fråga om tydlighet och precision knappast bör utgöra ett skäl att bifalla överklagandena.

Av 7 kap. 1 § LEK framgår att PTS ska ha tillsyn över de villkor som meddelats med stöd av lagen. De överklagade villkoren riktar sig mot de operatörer som beviljats tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden och Huawei kan alltså inte bli föremål för tillsynsåtgärder rörande efterlevnaden av villkoren. Förvaltningsrätten anser att det Huawei har fört fram inte utgör skäl att upphäva de aktuella villkoren.

Föreligger anmälningsskyldighet?

Huawei anser att PTS har brutit mot Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/1535 av den 9 september 2015 om ett informationsförfarande beträffande tekniska föreskrifter och beträffande föreskrifter för informationssamhällets tjänster (anmälningdirektivet). Enligt Huawei utgör 3 kap. 6 § första stycket 7 och 11 § första stycket 10 LEK och de överklagade villkoren tekniska föreskrifter som ska anmälas till Europeiska

kommissionen. Huawei menar att villkoren utgör administrativa bestämmelser som förbjuder användningen av en produkt. Huawei anför vidare att de tjänster som tillhandahålls av operatörerna utgör informationssamhällets tjänster enligt definitionen i anmälningdirektivet. Huawei anser också att en svensk nationell regel som har utmynnat i ett beslut som förbjuder operatörer att använda viss nätverksutrustning i de svenska mobilnäten är att betrakta som en teknisk föreskrift.

PTS anser att det inte föreligger någon anmälningsskyldighet enligt anmälningdirektivet. De författningar som skulle kunna vara föremål för anmälningsskyldighet är, enligt PTS, ovan nämnda bestämmelser i LEK och 12 a § FEK. PTS anser att de angivna författningarna inte innehåller krav på produkter. PTS anser vidare att det följer av artikel 1 i anmälningdirektivet att tjänster i form av anslutning till mobila elektroniska kommunikationsnät inte faller inom direktivets definition av informationssamhällets tjänster. Föreskrifter om tilldelning av, och villkor i, tillstånd att använda radiosändare faller, enligt PTS mening, under undantaget i artikel 1.3 i anmälningdirektivet.

Anmälningdirektivet har genomförts i svensk rätt genom förordningen (1994:2029) om tekniska regler. Syftet med anmälningsskyldigheten enligt direktivet är att undvika nya omotiverade hinder för den fria rörligheten. Anmälningsskyldigheten utgör ett slags europeiskt remissförfarande och innebär att kommissionen och de deltagande länderna kan diskutera hur förslag till nationella tekniska föreskrifter bör utformas för att inte strida mot EU-rätten eller skapa omotiverade hinder. (Jfr skäl 5–7 i anmälningsskyldighetsdirektivet).

Förvaltningsrätten anser att det följer av såväl direktivets syfte som dess ordalydelse att anmälningsskyldigheten tar sikte på generella föreskrifter eller beslut och inte beslut i enskilda fall. Förvaltningsrätten anser därför att

det inte har förelegat någon skyldighet för PTS att anmäla villkoren i de överklagade besluten i enlighet med anmälningsdirektivet.

Frågan är då om de aktuella bestämmelserna i LEK och FEK föranleder anmälningskyldighet. För att så ska vara fallet krävs att bestämmelserna avser informationssamhällets tjänster eller produkter.

Vad gäller informationssamhällets tjänster framgår av artikel 1.3 att anmälningsdirektivet inte ska tillämpas på föreskrifter om frågor som omfattas av unionsbestämmelser för teletjänster, som avses i ramdirektivet. Regleringsfrågor inom ramen för EU:s telekomlagstiftning faller således helt utanför anmälningsdirektivets tillämpningsområde. Huawei anser att undantaget inte är tillämpligt och anför att skälet till undantaget är att telekommunikationsområdet ansågs fullharmoniserat eller en del av ett redan befintligt och tillräckligt etablerat EU-regelverk. Telekommunikationsområdet är, enligt Huawei, emellertid inte fullharmoniserat.

Förvaltningsrätten konstaterar att undantaget i direktivet inte är villkorat eller på annat sätt förutsätter att sektorn är fullharmoniserad. Det kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte heller utläsas av övriga artiklar eller skäl i direktivet att undantaget ska ges den tolkning som Huawei gör gällande. Förvaltningsrätten anser därmed att tjänster i form av anslutning till mobila elektroniska kommunikationsnät inte omfattas av anmälningsdirektivet. Förvaltningsrätten anser inte heller att de tjänster som tillhandahålls av operatörerna i 5G-näten i form av anslutning till mobila elektroniska kommunikationsnät avser informationssamhällets tjänster.

Direktivet är också tillämpligt på föreskrifter som bl.a. påverkar användning eller försäljning av produkter. Förvaltningsrätten bedömer att bestämmelserna i LEK och FEK inte innehåller någon reglering av produkter. I förar-

betena anges förvisso att det bör finnas möjligheter att utesluta komponenter, leverantörer, operatörer och radioanvändare som inte håller en tillräckligt hög säkerhetsnivå. En tillämpning av lagstiftningen i det enskilda fallet kan således komma att påverka bl.a. användning eller försäljning av produkter. Förvaltningsrättens anser emellertid att de aktuella bestämmelserna i LEK och FEK inte reglerar frågor som rör produkter på ett sådant sätt att författningarna utgör tekniska föreskrifter enligt i anmälningdirektivet. Att en tillämpning av bestämmelserna i LEK och FEK har utmynnat i de aktuella villkoren innebär, enligt förvaltningsrättens mening, inte heller att bestämmelserna medför anmälningsskyldighet.

Vad Huawei har fört fram i målen om att andra medlemsstater anmält föreskrifter till kommissionen, att PTS tidigare anmält andra föreskrifter inom telekomområdet eller kommissionens påminnelse att anmäla tekniska föreskrifter föranleder inte någon annan bedömning.

Förvaltningsrättens slutsats är således att det inte föreligger någon skyldighet att anmäla vare sig PTS beslut eller den bakomliggande lagstiftningen i LEK och FEK. Det saknas därmed skäl att upphäva de överklagade villkoren på denna grund.

Finns det skäl att förena tillstånden med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet?

Utgångspunkter för prövningen

Den huvudsakliga frågan i målen är om PTS har haft skäl att förena tillstånd att använda radiosändare med de aktuella villkoren om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

Av 3 kap. 1 § LEK framgår att det krävs tillstånd för att få använda radiosändare i Sverige. I 3 kap. 6 § första stycket LEK anges att tillstånd att använda radiosändare ska beviljas, om de förutsättningar som anges i punkterna 1–7 är uppfyllda. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. positiva inriktningens princip som innebär att var och en som anser sig ha behov av radio ska beviljas tillstånd till sådan användning. Vid prövningen av en ansökan bör inställningen från tillståndsmyndigheten vara att på bästa sätt tillgodose sökandens önskemål inom ramarna för de möjligheter som finns. Presumtionen vid prövningen av en ansökan ska vara att sökanden ska få tillstånd. (Jfr prop. 1992/93:200 s. 193 och prop. 2002/03:110 s. 134.)

Den prövning som förvaltningsrätten har att göra i målen aktualiserar 3 kap. 6 § första stycket 7 LEK enligt vilken tillstånd ska beviljas om det kan antas att radioanvändningen inte kommer att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Av förarbetena framgår bl.a. följande. Sveriges elektroniska kommunikationer ska vara säkra. Regeringen vill därför att Sverige ska vara rustat inför säkerhetsutmaningar som följer med utbyggnad av trådlös digital infrastruktur, som t.ex. 5G-nät. Viktiga delar av den infrastrukturen måste hålla tillräckligt hög säkerhet. Det måste därför finnas förutsättningar för att ta hänsyn till Sveriges säkerhet när denna samhällsviktiga infrastruktur byggs ut. Som regeringen konstaterar i avsnitt 5 finns det mot bakgrund av de hotbilder som redovisats där skäl att införa möjligheter att ingripa mot radioanvändning som kan orsaka skada för Sveriges säkerhet. Regeringen anser att det bör finnas möjligheter att utesluta komponenter, leverantörer, operatörer och radioanvändare som inte håller en tillräckligt hög säkerhetsnivå. (Se prop. 2019/20:15 s. 28 f.)

För att möjliggöra en tillståndsgivning i de fall där det kan antas att radioanvändningen kommer att orsaka skada för Sveriges säkerhet har det i 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK införts en bestämmelse som anger att

tillstånd att använda radiosändare får förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet (jfr prop. 2019/20:15 s. 31).

Beviskravet ”kan antas” innebär att även om det är fråga om ett antagande, ska det finnas objektiva grunder som ger stöd för antagandet. I rättspraxis har rent allmänt uttalats att antagligt betyder en mindre sannolikhetsövertikt för att antagandet är riktigt. (Jfr MIG 2010:11 med där gjorda hänvisningar.)

Vad gäller det i LEK angivna beviskravet anför Huawei att det enligt EU-domstolens praxis krävs att det är fråga om ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot. Huawei hänvisar bl.a. till EU-domstolens domar i mål C-78/18, Kommissionen mot Ungern, och i mål C-66/18, Kommissionen mot Ungern. I avgörandena redogör EU-domstolen bl.a. för vilka krav som gäller när en medlemsstat åberopar hänsyn till allmän ordning och säkerhet i syfte att inskränka grundläggande friheter enligt EU-rätten.

I mål C-78/18 hade en medlemsstat grundat lagstiftning, som inskränkte den fria rörligheten för kapital, på en principiell och odifferentierad presumtion. EU-domstolen uttalade att hänsyn till allmän ordning och säkerhet endast får åberopas om det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse. I mål C-66/18 fann EU-domstolen att en medlemsstat – som antagit en viss åtgärd i nationell lagstiftning med hänvisning till upprätthållandet av allmän ordning – inte lagt fram några argument som på ett konkret och detaljerat sätt styrkte på vilket sätt viss verksamhet skulle utgöra ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett för en medlemsstat fundamentalt intresse.

Förvaltningsrätten anser att de av EU-domstolen uppställda kraven inte bör uppfattas som ett regelrätt beviskrav utan snarare som en anvisning om att det inte är tillräckligt att åberopa presumtioner, hypoteser eller abstrakta antaganden för att rättfärdiga inskränkningar av fri- och rättigheter till skydd

för allmän ordning och säkerhet. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det aktuella beviskravet i LEK innebär att det ska finnas objektiva grunder för antagandet. Beviskravet i LEK är således förenligt med EU-rätten.

Utredningen

PTS utredning bygger till stor del på bedömningar som samrådsmyndigheterna gjort i enlighet med det samrådsförfarande som följer av FEK.

Försvarmakten har i ett yttrande, daterat den 13 november 2020, bl.a. uttalat att dess bedömning av säkerhetsläget är baserad på de möjligheter till påverkan den som kontrollerar utrustningen har i kombination med Försvarmaktens aktörskunskap. Säkerhetspolisen har i ett yttrande, daterat den 17 december 2020, bl.a. uttalat att Säkerhetspolisens samlade informationsunderlag omfattar säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som myndigheten har tillgång till i egenskap av säkerhets- och underrättelse-tjänst. Underlaget i målen utgörs således av bl.a. underrättelseinformation och annan säkerhetsskyddsklassificerad information som samrådsmyndigheterna har tillgång till i kraft av sina respektive myndighetsuppdrag. Som uttalats i förarbetena (prop. 2019/20:15 s. 35) är det endast dessa myndigheter som har tillgång till de uppgifter som behövs för att bedöma om radioanvändning kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet och deras analys och bedömning bör därför tillmätas stor vikt.

Inför samrådsförfarandet tog samrådsmyndigheterna fram ett inriktningsdokument som innehåller de kriterier som myndigheterna skulle komma att beakta i förhållande till riskbedömningen av aktörer. I dokumentet listas 16 principer, varav de första 11 principerna primärt rör tekniska och procedurkrav medan övriga 5 beskriver hur operatörerna ska möta krav på insyn, kontroll och övergripande säkerhetslösningar inklusive säkerhetsskyddsåtgärder. Kriterierna har formulerats av samrådsmyndigheterna, men

återspeglar, enligt Säkerhetspolisen, de kriterier för bedömning av högriskleverantörer som återfinns i EU:s s.k. verktyglåda för 5G. Den språkliga likheten är, enligt Säkerhetspolisen, ett medvetet val från samrådsmyndigheterna i syfte att skapa tydlighet och transparens gentemot sökanden med vad som avses. Utöver de 16 principer som anges i inriktningsdokumentet har samrådsmyndigheterna också beaktat icke-tekniska sårbarheter och eventuella andra risker hos operatörer, leverantörer och underleverantörer. I EU:s verktyglåda för 5G anges vidare att enskilda leverantörers riskprofiler kan utvärderas utifrån flera faktorer, bl.a. sannolikheten för att leverantören är föremål för påtryckningar (*interference*) från tredje land.

I PTS allmänna inbjudan till ansökan om tillstånd att använda radiosändare i de aktuella frekvensbanden anges att sökandena ska svara på vissa angivna frågor i bilaga F till den allmänna inbjudan. De uppgifter som efterfrågas har utgjort underlag för att klarlägga om radioanvändningen enligt ansökningarna kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet och om det finns behov av att förena eventuella tillstånd med särskilda villkor. Efter att ansökningstiden löpt ut överlämnades ansökningarna i sin helhet till samrådsmyndigheterna för granskning i enlighet med inriktningsdokumentet. Förvaltningsrätten konstaterar således att de bedömningar som gjorts beträffande Sveriges säkerhet utgår från vad sökandena – dvs. operatörerna – själva uppgett i sina ansökningar utifrån på förhand uppställda kriterier.

Bedriver Folkrepubliken Kina säkerhetshotande verksamhet mot Sverige?

Enligt Säkerhetspolisen bedriver ett 15-tal länder olika former av spionage och annan säkerhetshotande verksamhet mot Sverige, varav Folkrepubliken Kina utgör ett av de största hoten. Enligt Totalförsvarets forskningsinstitut (FOI) ägnar sig Folkrepubliken Kina åt cyberaktiviteter mot kommersiella mål i utlandet (se FOI Memo 6698, 2019-03-22, s. 3)

Förvaltningsrätten anser att det saknas skäl att ifrågasätta bedömningen att Folkrepubliken Kina bedriver säkerhetshotande verksamhet mot Sverige och att det kan antas att verksamheten kan komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet.

När det gäller frågan om Huawei kan användas som ett medel för att bedriva säkerhetshotande verksamhet mot Sverige för Folkrepubliken Kinas räkning innefattar frågan dels en bedömning av Huaweis koppling till den kinesiska staten, dels en bedömning av om påtryckningar från den kinesiska staten på Huawei kan orsaka skada för Sveriges säkerhet. Förvaltningsrätten prövar dessa frågor nedan under separata rubriker.

Huaweis koppling till den kinesiska staten

PTS har i de överklagade besluten funnit att Huawei har koppling till den kinesiska staten dels genom bl.a. den kinesiska underrättelagen, dels genom den kinesiska statens inflytande över fackföreningar.

Underrättelagen

Folkrepubliken Kina har år 2017 antagit en underrättelselag som ställer krav på kinesiska företag, organisationer och medborgare att ge tillträde till och samarbeta med kinesisk underrättelseinhämtning (se FOI Memo 6698, 2019-03-22, s. 11). Den kinesiska underrättelagen slår fast att kinesiska företag och medborgare ska bistå i underrättelseverksamhet (jfr regeringens skrivelse 2019/20:18 s. 9). Enligt FOI har gränsdragningarna mellan partiet och privata företag blivit alltmer otydliga. Enligt FOI försvårar Folkrepubliken Kinas lagstiftning, utplacerade particeller och kommittéer i företag

samt oskrivna regleringar möjligheterna att skilja på privata och statliga verksamheter. (Se FOI Memo 6698, 2019-03-22, s. 11.)

PTS anser att den kinesiska underrättelagen innebär att den kinesiska staten kan utöva påtryckningar mot Huawei att vidta åtgärder mot Sverige och svenska 5G-nät.

Huawei menar att den kinesiska underrättelagen inte ger de kinesiska underrättelsetjänsterna befogenhet att beordra samtliga Huawei-bolag i Kina, samtliga Huawei-bolag utanför Kina eller anställda i sådana Huawei-bolag att bygga in bakdörrar, avlyssningsanordningar eller spionprogram i sin programvara som skulle kunna användas för att spionera på eller inaktivera teleoperatörernas kommunikation. Huawei anser vidare att lagen inte är tillämplig på utländska dotterbolag till bolag som är registrerade i Kina, t.ex. Huawei Technologies Sweden AB. Enligt Huawei kan enskilda inte beordras att vidta spionåtgärder enligt underrättelagen. Sådana åtgärder kräver, enligt Huawei, stöd i lag eller andra föreskrifter och några sådana lagar eller föreskrifter existerar inte. Huawei stödjer sig i denna del bl.a. på rättsutlåtanden som getts in i målen. Huawei ifrågasätter också vilka förutsättningar Säkerhetspolisen har att uttolka kinesisk lagstiftning.

Fackföreningars koppling till den kinesiska staten

Av handlingarna i målen framgår att Huawei-koncernens moderbolag, Huawei Investment & Holding Co., Ltd. med säte i Folkrepubliken Kina, är ett privat bolag som ägs till cirka 99 procent av sina aktieägande anställda, vilka uppgick till 104 572 personer per den 31 december 2019, och av företagets grundare och VD som äger cirka 1 procent. På grund av begränsningar av antalet aktieägare i kinesisk bolagsrättslig lagstiftning är de anställdas ägande organiserat genom en fackförening. De aktieägande anställda utser en representantkommission som består av 115 representanter

vilka har de befogenheter som typiskt tillkommer aktieägarna vid en bolagsstämma. Huawei uppger att ägandet genom fackföreningen kan likställas vid en svensk, kooperativt ägd juridisk person.

██████████ vid Säkerhetspolisen uppger i vittnesförhör att fackföreningarnas roll i Kina utgör en parallell struktur till kommunistpartiet och att fackföreningar ingår i en maktvertikal som är direkt knuten till kommunistpartiet. I vittnesförhöret uppges vidare att ledaren för fackföreningarnas centralorganisation är en högt uppsatt funktionär inom kommunistpartiet. ██████████ uppger också att fackföreningar i Kina är ansvariga gentemot överordnade fackföreningsorgan. Av vittnesmålet framgår även att Säkerhetspolisen bedömer att Huawei är ett strategiskt verktyg som den kinesiska staten skulle kunna använda sig av för att bedriva säkerhetshotande verksamhet.

Huawei anser att PTS påstående, att Huaweis aktieäggande anställda ska stå under fackförbundens inflytande, vilka i sin tur står under det kinesiska kommunistpartiets inflytande, enbart är ett hypotetiskt påstående som saknar stöd i fakta och för vilket bevis saknas. Huawei menar bl.a. att ingen aktieägare äger mer än fem procent och kan därför inte ensam verka för att Huaweis ledning byts ut i syfte att bedriva spioneri eller annan skadlig verksamhet mot 5G-näten i Sverige. Huawei anför vidare att varken Säkerhetspolisen eller Försvarsmakten har lagt fram någon utredning om röstningsmönster för aktieägarna. Enligt Huawei skulle bolagets kunder avsluta sina affärsrelationer med bolaget och bannlysa Huawei om bolaget agerade på det sätt som samrådsmyndigheterna påstår.

Förvaltningsrättens bedömning

Som förvaltningsrätten tidigare har uttalat bör stor vikt läggas vid samrådsmyndigheternas analys och bedömning beträffande Sveriges säkerhet. Det

saknas skäl att ifrågasätta att Säkerhetspolisen har den kompetens och det underlag som krävs för att i egenskap av säkerhetstjänst bedriva under rättelse- och säkerhetsarbete.

Frågan om hur kinesisk lagstiftning ska tolkas bör, enligt förvaltningsrättens mening, överlåtas åt parterna att föra bevisning om (jfr NJA 2016 s. 288, p. 17–19).

PTS bevisning består i huvudsak av samrådsmyndigheternas särskilda kunskap. Mot denna bevisning ska ställas den bevisning som Huawei fört fram, i huvudsak rättsutlåtanden och andra utsagor om relevanta förhållanden i Folkrepubliken Kina. Även med beaktande av den bevisning som Huawei fört fram anser förvaltningsrätten, att PTS bevisning ger stöd för slutsatsen att det kan antas att det finns sådana kopplingar mellan den kinesiska staten och Huawei, att den kinesiska staten kan utöva påtryckningar mot Huawei genom den kinesiska underrättelselagen och genom fackföreningarnas koppling till den kinesiska staten.

Kan påtryckningar från den kinesiska staten på Huawei orsaka skada för Sveriges säkerhet?

PTS gör gällande att Huawei produkter kan användas för att bl.a. spionera eller sabotera svenska 5G-nät.

Huawei bestrider att bolagets produkter kan användas på ett sådant sätt. Enligt Huawei genomgår produkterna omfattande granskning, såväl internt som externt, och uppfyller ett flertal internationella standarder. Huawei uppger vidare att bolaget har flertalet cybersäkerhetscenter i framför allt Europa och att dess programvara uteslutande kommer från de europeiska centren. Huawei uppger också att kunder får tillgång till bolagets källkod för granskning och att sådan granskning också görs och är effektiv. ██████████

██████████, cybersäkerhetschef vid Huawei i Finland, har i vittnesförhör uppgett att det inte finns några avsiktligt tillfogade sårbarheter i Huaweis produkter. Att man skulle introducera sådana sårbarheter i produkterna är enligt henne mycket osannolikt. Av vittnesmålet framgår också att hon bedömer att operatörerna har förmågan att upptäcka om Huawei skulle installera sårbarheter i sina produkter.

Det finns, enligt Huawei, möjlighet att garantera att den kod som granskats är densamma som den som sedermera installeras genom s.k. binary equivalence. Det är, enligt Huawei, inte heller möjligt att orsaka säkerhetsrisker genom att vägra eller försena leveranser av reservdelar.

Av vittnesförhöret med ██████████ vid Säkerhetspolisen framgår att Säkerhetspolisen bedömer att en leverantör bl.a. kan styra tillgång till reservdelar och programmera in dolda funktioner som kan ligga latent och kopplas på när det finns skäl att vidta icke-tillåtna åtgärder i nätet. Av vittnesmålet framkommer vidare att Säkerhetspolisen bedömer att operatörerna inte har möjlighet att granska källkoden till programvaror i tillräcklig omfattning och att den programvara som installeras efter en granskning sannolikt inte är densamma som den som granskats. Av vittnesmålet framgår också att Säkerhetspolisen bedömer att operatörerna saknar möjlighet att skydda sig mot dold funktionalitet och att den kontroll som operatörer gör inte kommer att räcka om det skulle uppstå påtryckningar från någon utomstående.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målen inte görs gällande att Huaweis produkter skulle vara behäftade med tekniska sårbarheter som t.ex. programmeringsfel eller bristande kryptering. Det som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Huawei som leverantör efter påtryckningar från den kinesiska staten kan orsaka skada för Sveriges säkerhet, genom att t.ex.

hemlig kod installeras vid mjukvaruuppdateringar eller att produkter inte levereras i tid. Prövningen avser således s.k. icke-tekniska sårbarheter. Även i denna del består PTS bevisning huvudsakligen av uppgifter som samrådsmyndigheterna har lämnat. Förvaltningsrätten anser att utredningen i målen ger stöd för att det saknas möjlighet att på ett tillfredsställande sätt granska den mjukvara som slutligen installeras vid en uppdatering samt att en leverantör kan styra tillgången till reservdelar. Även med beaktande av den bevisning som Huawei fört fram i målen bedömer förvaltningsrätten att utredningen ger stöd för att den kinesiska staten skulle kunna utöva påtryckningar mot Huawei som innebär att radioanvändning hos operatörer som använder produkter från Huawei i centrala funktioner kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Vad Huawei har fört fram om att det saknas uppgifter om att Huawei skulle ha varit involverat i någon säkerhetsshotande verksamhet föranleder inte någon annan bedömning.

Leveransproblem till följd av amerikanska handelsrestriktioner

Av beslutet den 20 oktober 2020 framgår att Säkerhetspolisen bedömer att Huaweis förmåga att säkerställa leverans av kritiska produkter kan komma att kraftigt reduceras. Enligt PTS kan de amerikanska handelsrestriktionerna innebära en långsiktig risk för att Huaweis förmåga att konstruera, tillverka och leverera nätverksutrustning för 5G påverkas negativt. Om svenska 5G-nät inom ramen för nu aktuella tillstånd byggs ut med Huaweis utrustning i centrala funktioner kan, enligt PTS, beroenden av Huawei därmed också medföra en långsiktig risk för att utveckling och uppgradering av näten inte kan genomföras som planerat.

Huawei menar att bolaget fullt ut kommer att kunna fullgöra sina leveransåtaganden till den svenska marknaden, trots de amerikanska handelsrestriktionerna. Enligt Huawei har varken Säkerhetspolisen eller PTS förmågan, eller tillräcklig kompetens för, att bedöma frågor som rör globala

leveranskedjor och effekterna av de amerikanska handelsrestriktionerna. Huawei anser vidare att det oklart vad Säkerhetspolisens slutsats egentligen avser.

Förvaltningsrätten anser – även med beaktande av vad Huawei har fört fram – att samrådsmyndigheternas analys och bedömning ger stöd för att det kan antas att amerikanska handelsrestriktioner kan påverka Huaweis förmåga att leverera nödvändiga produkter för svenska 5G-nät på ett sätt som kan orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Kan beroenden av personal eller funktioner i utlandet orsaka skada för Sveriges säkerhet?

Huawei anser att PTS beslut inte redogör för någon sannolik eller faktisk säkerhetsrisk som skulle kunna uppstå genom närvaron av nätverksutrustningsoperatörer utomlands. Enligt Huawei hänför sig PTS endast till möjligheten att relationer mellan Sverige och utlandet bryts. Huawei för vidare fram att det i PTS beslut inte förklaras varför en leverantör eller arbetstagare i en annan medlemsstat innebär en särskild risk för Sverige. PTS beslut presenterar, enligt Huawei, således inte några genuina och tillräckligt seriösa hot mot den allmänna säkerheten.

Enligt PTS tar villkoret avseende avveckling av utlandsberoenden fasta på att centrala funktioner inte får förläggas utanför Sveriges gränser. Syftet är, enligt PTS, att bl.a. säkerställa att näten fungerar även om anslutningar till utlandet bryts, att näten utformas så att styrning eller manipulering från utlandet förhindras och att utrustning där det finns risk för otillåten insyn, kontroll eller manipulation genom fysisk åtkomst ska förläggas på svenskt territorium.

Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av samrådsmyndigheternas bedömning, att om centrala funktioner är beroende av funktioner eller personal placerade i utlandet kan situationer uppstå där förbindelserna mellan Sverige och utlandet bryts. Detta kan medföra att nätens funktionalitet skadas allvarligt, vilket kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att utredningen i målen ger stöd för att radioanvändning kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet om Huawei används som leverantör av utrustning i centrala funktioner i svenska 5G-nät. Även beroenden i centrala funktioner av personal eller funktioner i utlandet kan antas komma att orsaka skada för Sveriges säkerhet. Det finns därmed skäl att förena tillstånden med de aktuella villkoren om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.

Har PTS behörighet att besluta de aktuella villkoren?

PTS har med stöd av 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK beslutat att tillstånd att använda radiosändare ska förenas med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet. Villkoren omfattar centrala funktioner, vilket anges vara funktioner i radioaccessnät, transmissionsnät, kärnnät och drift- och underhållsnät vilka är nödvändiga för att upprätthålla nätens funktionalitet och av tillståndshavaren tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster.

Huawei anser att PTS beslutat utanför sin behörighet genom att villkoren även tar sikte på delar av nätet som inte avser radioanvändning. Enligt Huawei är PTS definition av centrala funktioner en allomfattande definition som innefattar alla funktioner som är nödvändiga för att upprätthålla nätens

funktionalitet och av tillståndshavaren tillhandahållna elektroniska kommunikationstjänster. I praktiken finns det, enligt Huawei, inget i definitionen som kvalificerar vilka tekniska delar eller funktioner i näten som förbudet mot Huawei-produkter är tillämpligt på. Huawei anser att det av själva ordalydelsen av 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK framgår att de villkor som tillståndet förenas med ska avse användning av radiosändare och att villkoren inte kan utökas till att avse utrustning eller funktioner bortom radiosändare. Besluten är därför, enligt Huawei, fattade utanför den behörighet som PTS ges.

Huawei anför vidare att PTS beslutat utanför sin behörighet och ägnat sig åt felaktig myndighetsutövning i strid med det EU-rättsliga regelverket. Enligt Huawei ger regleringen i omarbetningsdirektivet inte möjlighet att tvinga operatörer att exkludera vissa typer av leverantörer på basis av härkomst. I den mån ett förbud mot Huawei införs för fullföljande av en budgivningsprocess utgör detta, enligt Huawei, en skyldighet knuten till en spektrumrättighet. Huawei menar att ett sådant förbud enbart kan införas om det reglerats i avsnitt D i Bilaga 1 till omarbetningsdirektivet. Inget av de villkor som framgår av avsnitt D ger, enligt Huawei, PTS rätt att förbjuda Huawei eller någon annan utrustningsleverantör av säkerhetsskäl. Slutligen anser Huawei att artikel 52 (1) omarbetningsdirektivet begränsar PTS beslutsmandat i förhållande till villkor som införs i samband med spektrumauktionen genom att kräva att sådana villkor främjar effektiv konkurrens och inte leder till störningar i konkurrensen.

PTS anser att tillståndsvillkoren har stöd i 3 kap. 11 § LEK och hänvisar till skälen för beslutet den 20 oktober 2020. PTS tillägger att som anges i förarbetena vill lagstiftaren att åtgärder vidtas så att radioanvändning i Sverige, inbegripet de 5G-nät som kommer att byggas ut, ska vara säkra. De olika delarna i de 5G-nät som kommer att byggas ut måste, enligt PTS, ses i sitt tekniska sammanhang, inte minst när säkerhetshot bedöms. Enligt PTS

påverkar givetvis sårbarheter i kärnnätet frågan om huruvida användares terminalutrustning kan anslutas på ett säkert sätt till radioaccessnätet. Även om transmissionsförbindelser och kärnnät i sig skulle vara säkra kan, enligt PTS, sårbarheter i drift- och underhållsnät skapa risker för att utomstående aktörer kan utöva kontroll över nätfunktioner. PTS menar att det är tydligt att 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK ska tolkas så att villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet kan omfatta mer än radioaccessnätet, eftersom även sårbarheter i andra centrala funktioner kan påverka skyddet för Sveriges säkerhet i radioanvändningen. En annan tolkning skulle, enligt PTS, inte vara förenlig med lagstiftningens ändamål och skulle kunna leda till risker för Sveriges säkerhet.

I 3 kap. 11 § första stycket LEK finns bestämmelser om att tillstånd att använda radiosändare får förenas med vissa angivna villkor. Av tionde punkten framgår att tillstånd att använda radiosändare får förenas med villkor som är av krav för Sveriges säkerhet.

Regleringen i LEK om villkor för tillstånd att använda radiosändare motsvaras av artikel 6.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektivet). Av artikeln framgår att nyttjanderätter till radiofrekvenser endast får omfattas av de villkor som är upptagna i del B i bilagan.

Förvaltningsrätten konstaterar att ordalydelsen av 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK inte ger någon direkt ledning för tolkningen av bestämmelsens innebörd. Regleringen i 3 kap. LEK tar sikte på tillstånd att använda radiosändare, men det anges inte uttryckligen att också själva villkoren ska avse radioanvändning. Förvaltningsrätten anser att en allmän utgångspunkt bör vara att se till ändamålet med bestämmelsen.

I förarbetena anges bl.a. följande. Den framtida digitala infrastrukturen, som 5G-nät, måste vara säkrad mot tekniska, organisatoriska och rättsliga förhållanden som kan hota säkerhet, integritet och tillgänglighet, och därigenom skada Sveriges säkerhet. Det är mycket viktigt för digitaliseringens utveckling att hitta en säkerhetsnivå som kan möta dagens och framtidens behov. Detta kommer att vara avgörande för den offentliga förvaltningen, näringslivet och enskilda individer. Genom att införa ett anpassat skydd av t.ex. 5G-nät skyddas den infrastruktur som ligger bakom viktiga samhällsliga och ekonomiska funktioner bättre mot manipulering och andra it-angrepp som kan innebära skada för Sveriges säkerhet. Det bör vara möjligt att i tillståndsvillkor ställa säkerhetskrav på den tekniska utrustning, den organisation eller de avtal som är relaterade till radiosändningen. Det bör också vara möjligt att t.ex. utesluta komponenter, leverantörer eller servicepersonal som inte håller en tillräckligt hög säkerhetsnivå. (Se prop. 2019/20:15 s. 25 och 31.)

Av vittnesförhöret med [REDACTED] framgår att Säkerhetspolisen bedömer att sårbarheter i 5G-nätet kan uppstå, även om komponenter från en högriskleverantör endast skulle finnas i delar av nätet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att utredningen i målet ger stöd för att säkerheten i svenska 5G-nät kan påverkas även om det enbart finns sårbarheter i form av teknisk utrustning i delar av nätet som inte avser radioanvändning. Teknisk utrustning i delar av nätet som inte avser radioanvändning får anses vara relaterad till radiosändningen. Även förarbetsuttalandet, att det bör vara möjligt att utesluta bl.a. servicepersonal talar, enligt förvaltningsrättens mening, för att ändamålet med bestämmelsen inte endast är begränsat till de delar av nätet som avser radioanvändning. Förvaltningsrätten anser således att 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK ska tolkas så att villkor för tillstånd att använda radiosändare får avse samtliga delar av nätet som kan ha betydelse för Sveriges säkerhet. Förvaltningsrätten anser därför att PTS inte gått utanför sin behörighet genom att besluta om de överklagade villkoren som

avser förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner. Detsamma gäller villkoret om funktioner eller personal som är placerade i utlandet.

När det gäller Huaweis invändning om att omarbetningsdirektivet begränsar PTS beslutsfattande konstaterar förvaltningsrätten att det av artikel 1.3 c i omarbetningsdirektivet framgår att direktivet inte påverkar åtgärder som medlemsstater vidtagit för ändamål som rör allmän ordning och säkerhet samt försvar. Huaweis invändning föranleder därför inte någon annan bedömning än att PTS haft behörighet att besluta de överklagade villkoren.

Är EU-rätten tillämplig på de överklagade villkoren?

En grundläggande fråga i målen är om EU-rätten är tillämplig på de överklagade villkoren. Huawei menar att EU-rätten är tillämplig medan PTS anser att införandet av tillståndsvillkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet utgör en nationell åtgärd som enligt artikel 4.2 i fördraget om Europeiska unionen (FEU) faller utanför EU-rättens tillämpningsområde. Det innebär, enligt PTS, att artiklarna i fördragen om bl.a. etableringsfrihet och fri rörlighet för varor och personer, som Huawei åberopar, inte är tillämpliga.

Huawei anser att artikel 4.2 FEU inte är ett carte blanche för att kunna göra undantag från EU-rätten, i synnerhet mot bakgrund av de fria rörligheterna, för vilka det är föreskrivet särskilda undantagsregler i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den svenska lagstiftningen om elektroniska kommunikationer bygger på EU-rättslig reglering. Det finns bl.a. bestämmelser om förvaltning av radiofrekvenser i ramdirektivet och auktorisationsdirektivet. Direktiven har i svensk rätt genomförts genom

bl.a. LEK. Europaparlamentet och rådet har vidare antagit omarbetsningsdirektivet, som ännu inte genomförts i svensk rätt. Den villkorspunkt som anges i 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK har emellertid inte någon motsvarighet i ramdirektivet och auktorisationsdirektivet.

I artikel 4.2 i FEU anges följande. Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar.

Regeringen har i den proposition som ligger till grund för 3 kap. 11 § första stycket 10 LEK uttalat att det bedöms vara möjligt att vidta åtgärder när det gäller användning av radiofrekvenser för att skydda nationell säkerhet så länge det även säkerställs att den bakomliggande EU-regleringen är korrekt genomförd (se prop. 2019/20:15 s. 18).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av rättspraxis från EU-domstolen framgår att även om det ankommer på medlemsstaterna att besluta om de åtgärder som är ägnade att säkerställa allmän ordning inom deras respektive territorier samt deras inre och yttre säkerhet, är sådana åtgärder inte fullständigt undantagna från unionsrättens tillämpning. Det finns således inte ett något generellt förbehåll i fördragen som innebär att alla åtgärder som vidtas med hänvisning till lag och ordning eller allmän säkerhet faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. (Jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-715/17, C-718/17 och C-719/17, Kommissionen mot Polen m.fl., p. 143.)

I EU-domstolens dom i mål C-623/17, Privacy International, prövade domstolen om en nationell lagstiftning, som ger en statlig myndighet rätt att ålägga leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster att överföra trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter till säkerhets- och underrättelse-tjänsterna i syfte att skydda nationell säkerhet, omfattades av visst direktivs tillämpningsområde.

I målet hade bl.a. den svenska regeringen yttrat sig och gjort gällande att direktivet inte var tillämpligt på den nationella lagstiftning som var aktuell i det nationella målet, eftersom den syftar till att skydda den nationella säkerheten. Den svenska regeringens uppfattning – som delades av ett flertal medlemsländer – var att säkerhets- och underrättelsetjänsternas verksamhet omfattas av medlemsstaternas väsentliga statliga funktioner, vilka består i att upprätthålla allmän ordning samt att skydda den inre säkerheten och den territoriella integriteten, och följaktligen av medlemsstaternas exklusiva befogenhet, vilket bland annat framgår av artikel 4.2 tredje meningen FEU. I målet konstaterade dock EU-domstolen att direktivet – som bl.a. harmoniserar behandling av personuppgifter inom sektorn för elektronisk kommunikation – var tillämpligt på all behandling av personuppgifter som utförs av leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster, inbegripet skyldigheter som ålagts dem av statsmakten (se p. 46 i domen med där gjorda hänvisningar). Den nationella lagstiftningen omfattades således av direktivet i fråga.

Med utgångspunkt i den prövning som EU-domstolen gjorde i ovan nämnda avgörande tar förvaltningsrätten ställning till om de överklagade villkoren omfattas av den tillämpliga sektorspecifika sekundärlagstiftningen. Genom ramdirektivet inrättas enligt artikel 1.1 ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationstjänster, elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster. Syftet med auktorisationsdirektivet är, enligt artikel 1.1, att genomföra en inre marknad för

elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster genom harmonisering och förenkling av de bestämmelser och villkor som gäller för auktorisation av sådana nät och tjänster, så att dessa lättare kan tillhandahållas inom gemenskapen. Direktivet ska enligt artikel 1.2 gälla auktorisation för tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. I artiklarna 5 och 6 i auktorisationsdirektivet regleras förutsättningarna för nyttjanderätter till radiofrekvenser. Utgångspunkten är enligt artikel 5.1 att medlemsstaterna inte ska kräva att individuella nyttjanderätter beviljas som en förutsättning för användningen av radiofrekvenser, om det är möjligt, och särskilt om risken för skadlig störning är försumbar.

PTS har beviljat tillstånd att använda radiosändare och förenat dessa med villkor, vilket regleras av artiklarna 5 och 6 i auktorisationsdirektivet. Förvaltningsrätten anser därmed att de direktiv som reglerar den inre marknaden för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster är tillämpliga på de överklagade besluten. Därmed anser förvaltningsrätten också att EU-rätten – vilket innefattar EU-stadgan – är tillämplig, även om auktorisationsdirektivet inte anger att tillstånd att använda radioanvändning kan förenas med villkor till skydd för bl.a. nationell säkerhet eller försvar.

Inskränker villkoren grundläggande fri- och rättigheter?

Huawei gör gällande att de omtvistade villkoren inskränker grundläggande friheter och rättigheter enligt EU-rätten, EKMR och regeringsformen samt att inskränkningarna inte kan motiveras. I det följande prövar förvaltningsrätten Huaweis invändningar i denna del.

Fri rörlighet för varor

Huawei gör gällande att de villkor som begränsar användningen av produkter från Huawei strider mot reglerna om fri rörlighet för varor enligt FEUF eftersom villkoren förbjuder användning av Huaweis produkter som redan befinner sig i fri cirkulation inom EU.

Förvaltningsrätten konstaterar att tillståndshavarna genom vissa av de överklagade villkoren förbjuds att använda produkter från Huawei i centrala funktioner. I artikel 34 FEUF anges att kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. EU-domstolen har uttalat att med åtgärder med motsvarande verkan avses alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen (se EU-domstolens dom i mål 8/74, Dassonville). Förvaltningsrätten anser att villkoren i de delar de förbjuder användningen av produkter från Huawei inverkar menligt på den i artikel 34 FEU föreskrivna fria rörligheten för varor (jfr mål EU-domstolens mål C-36/02, Omega, p. 25).

Fri rörlighet för arbetstagare och etableringsfrihet

Huawei anser att villkoret att centrala funktioners beroenden av personal eller funktioner som är placerade utomlands ska avvecklas utgör en indirekt diskriminering baserat på nationalitet och begränsar bolagets rätt till sekundär etablering. Enligt Huawei tvingar PTS beslut leverantörer av nätverksutrustning att anställa arbetstagare med hemvist i Sverige från och med den 1 januari 2025. Huawei anser vidare att PTS beslut innebär att alla leverantörer som önskar fortsätta att sälja nätverksutrustning måste ha etablering i Sverige för att tillhandahålla underhållstjänster relaterade till nätverksutrustning för 5G.

PTS menar att villkoret främst riktar sig till tillståndshavarna. Det innebär, enligt PTS, inte någon begränsning av Huaweis möjligheter att etablera tillverkning eller tjänsteproduktion i Sverige eller utomlands. Inte heller finns det enligt PTS något krav på att Huawei måste ha viss personal etablerad i Sverige. Villkoret kan, enligt PTS, innebära en inskränkning i etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, eftersom en tillståndshavare (operatör) inte får utlokalisera personal eller funktioner utanför Sverige på så sätt att centrala funktioner blir beroende av personal eller funktioner placerade i utlandet. Villkoret hindrar, enligt PTS, inte att en operatör vid behov får stöd, exempelvis felavhjälpning, från personal från andra länder än Sverige. Enligt PTS är det emellertid viktigt att operatören har system för säkerhet och åtkomstkontroll så att sådan supportpersonals behörighet begränsas till vad som är nödvändigt för uppgiften.

I artikel 45.1 FEUF anges att fri rörlighet för arbetstagare ska säkerställas inom unionen. Av artikel 45.2 följer att denna fria rörlighet ska innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor. Enligt artikel 45.3 b ska den, med förbehåll för de begränsningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa, bl.a. innefatta rätt att förflytta sig fritt inom medlemsstaternas territorium för detta ändamål. I artikel 49 anges följande. Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Förvaltningsrätten konstaterar att villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet innebär att tillståndshavarna inte mer än vid behov får använda sig av t.ex. supportfunktioner som är etablerade i andra länder än

Sverige. Villkoret medger således inte att sådana tjänster ovillkorligen tillhandahålls av Huawei från andra medlemsstater eller att dess arbetstagare med hemvist i andra medlemsstater utför sådana tjänster. Förvaltningsrätten anser därför att villkoret kan inverka menligt på den i artikel 45 FEUF föreskrivna fria rörligheten för arbetstagare och den i artikel 49 FEUF föreskrivna etableringsfriheten.

Egendomsskydd och näringsfrihet

Huawei anser att PTS beslut står i strid med skyddet av äganderätten och näringsfriheten i bl.a. protokoll 1 artikel 1 EKMR, artiklarna 16 och 17.1 i EU-stadgan och 2 kap. 15 § regeringsformen. Enligt Huawei kan ekonomiska intressen och förväntningar med avseende på utövande av näringsverksamhet omfattas av skyddet enligt EKMR. Av Europadomstolens praxis framgår, enligt Huawei, att exempelvis förlust av klientel kan vara en begränsning av rätten till skydd för egendom. Inköpsförbudet innebär vidare, enligt Huawei, ett försäljningsförbud avseende alla produkter och tjänster avsedda för 3G-, 4G- och 5G-näten för bolaget. PTS beslut innebär, enligt Huawei, att kärnan i bolagets näringsfrihet helt inskränks.

PTS anser att lagstiftningen och myndighetens beslut är förenliga med grundläggande rättigheter. PTS bestrider inte att förbudet mot produkter från Huawei leder till ingripande följder för det svenska rättssubjektet Huawei och – i viss mån – för den i Folkrepubliken Kina baserade Huawei-koncernen. PTS menar dock att villkoret om produkter torde leda till direkta följder för det svenska bolaget främst när det gäller dess verksamhet inom försäljning, leverans, underhåll och driftstöd av utrustning för mobila kommunikationssystem till svenska mobiloperatörer. Några begränsningar för Huawei att fortsätta sin verksamhet inom exempelvis sektorn konsumentelektronik föreligger, enligt PTS, inte. Villkoret om personal eller funktioner påverkar, enligt PTS, inte Huaweis verksamhet. PTS anser att

tillståndsvillkoren inte kan jämföras med ett fullständigt näringsförbud för Huawei eller en expropriation av Huaweis verksamhet i Sverige.

Enligt protokoll 1 artikel 1 EKMR gäller bl.a. följande. Varje fysisk eller juridisk person ska ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser. Ovanstående bestämmelser inskränker dock inte en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse. I artikel 16 i EU-stadgan anges att näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Av artikel 17.1 framgår bl.a. att var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den samt att nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen. Bestämmelser om egendomsskydd finns även i regeringsformen.

I Europadomstolens dom i mål nr 21623/13, Könyv-Tár Kft m.fl. mot Ungern, uttalade domstolen bl.a. att de sökande företagens förlorade kundkrets i många avseenden hade karaktären av en privat rättighet och utgjorde således en tillgång, som utgör egendom i den mening som avses i artikel 1 i protokoll nr 1 (se p. 31 med där gjorda hänvisningar).

Förvaltningsrätten anser att PTS beslut innebär en begränsning av Huaweis rätt att bedriva sin näringsverksamhet. Bolagets kundkrets i Sveriges begränsas också på ett inte obetydligt sätt.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att de överklagade villkoren innebär en inskränkning av den fria rörligheten för varor och arbetstagare och etableringsfriheten enligt FEUF samt näringsfriheten och egendomsskyddet enligt EU-stadgan och motsvarande rättigheter enligt EKMR och regeringsformen.

Kan inskränkningarna av fri- och rättigheter rättfärdigas?

Nästa fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om de ovan konstaterade inskränkningarna av fri- och rättigheter kan rättfärdigas. Den tillämpliga EU-rättsliga lagstiftningen hindrar inte att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder för att bl.a. skydda sina väsentliga säkerhetsintressen. I artiklarna 36, 45 och 52 FEUF föreskrivs uttryckliga undantag som är tillämpliga på situationer som kan äventyra lag och ordning samt allmän säkerhet. Av rättspraxis beträffande bl.a. artikel 36 FEUF framgår att en inskränkning av fri rörlighet för varor ska vara nödvändig (se t.ex. EU-domstolens dom i mål 227/82, *Leendert van Bennekom*, p. 39). Enligt artikel 52.1 EU-stadgan får begränsningar i utövandet av rättigheter och friheter enligt stadgan endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter, med beaktande av proportionalitetsprincipen. Även EKMR och regeringsformen möjliggör sådana inskränkningar.

För att avgöra om inskränkningar av grundläggande fri- och rättigheter kan rättfärdigas ska alltså en proportionalitetsbedömning göras.

Proportionalitetsprincipen utgör en grundläggande rättsprincip enligt EU-rätten och genomsyrar även svensk nationell rätt. Bland annat anges i 1 kap. 2 § LEK att åtgärder som vidtas med stöd av LEK inte får vara mer

ingripande än som framstår som rimligt och ska vara proportionella med hänsyn till lagens syfte och de övriga intressen som anges i 1 kap. 1 § LEK. Syftet enligt 1 kap. 1 § första stycket LEK är att enskilda och myndigheter ska få tillgång till säkra och effektiva elektroniska kommunikationer och största möjliga utbyte vad gäller urvalet av elektroniska kommunikationstjänster samt deras pris och kvalitet. Syftet ska enligt andra stycket uppnås främst genom att konkurrensen och den internationella harmoniseringen på området främjas.

Proportionalitetsprincipen återfinns även i andra nationella författningar. Så anges exempelvis i 5 § tredje stycket förvaltningslagen att myndigheten får ingripa i ett enskilt intresse endast om åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet samt att åtgärden aldrig får vara mer långtgående än vad som behövs och får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot. Enligt såväl svensk rätt som EU-rätt görs en proportionalitetsbedömning utifrån tre aspekter, nämligen lämplighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening. Förvaltningsrätten kommer därför att pröva proportionaliteten av de överklagade villkoren utifrån dessa tre aspekter.

En utgångspunkt vid bedömningen av om de överklagade villkoren är proportionerliga är att undantag från grundläggande fri- och rättigheter ska tolkas restriktivt. Av rättspraxis från EU-domstolen kan utläsas att det krävs objektiva omständigheter som på ett konkret sätt visar att en nationell åtgärd, som inskränker grundläggande friheter, är motiverad. Det är, som förvaltningsrätten tidigare konstaterat, inte tillräckligt att en medlemsstat utgår från en presumtion för, eller ett antagande om, att hot mot exempelvis nationell säkerhet kan förekomma (jfr EU-domstolens dom i mål C-78/18, Kommissionen mot Ungern).

I det första ledet prövas om åtgärden är ändamålsenlig. För att kunna ta ställning till denna fråga krävs inledningsvis att det fastställs vad som utgör ändamålet med de aktuella villkoren. Såvitt avser villkoren om förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner anges i PTS beslut den 20 oktober 2020 att villkoren ska syfta till att leverantörerna Huawei eller ZTE inte ska få användas för utbyggnad av 5G i de aktuella frekvensbanden. PTS har under handläggningen i förvaltningsrätten uppgett att ändamålet är att skydda Sveriges säkerhet. Förvaltningsrätten konstaterar således att syftet med villkoren om förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner är att skydda Sveriges säkerhet vid radioanvändning i aktuella frekvensband.

Nästa fråga är då om dessa villkor är ägnade att skydda Sveriges säkerhet. Även denna bedömning bör, enligt förvaltningsrättens mening, utgå från samrådsmyndigheternas analys och bedömning. Vissa av de operatörer som ansökt om och beviljats tillstånd att använda radiosändare i aktuella frekvensband har i sina ansökningar angett att de använder produkter från Huawei. Mot bakgrund av den bedömning i säkerhetshänseende som gjorts beträffande Huawei anser förvaltningsrätten att villkoret att produkter från Huawei inte får användas i centrala funktioner i svenska 5G-nät är ägnat att tillgodose syftet att skydda Sveriges säkerhet vid radioanvändning i aktuella frekvensband.

Huawei anser dock att villkoren är olämpliga och gör gällande att Nokia och Ericsson löper en motsvarande risk som Huawei för påverkan från den kinesiska underrättelsetjänsten. Enligt Huawei har även Ericsson och Nokia kinesiska fackföreningar och omfattas av den kinesiska underrättelselagen vad gäller deras dotterbolag och anställda i Folkrepubliken Kina. Huawei anser vidare att PTS beslut utgör en begränsning av antalet leverantörer av tjänster och utrustning för 5G-nätet, helt i strid med de konkurrensfrämjande syften som uppbär LEK. Enligt Huawei orsakar PTS konkurrenshämmande

agerande inte bara ökade kostnader för konsumenter utan även ökade säkerhetsrisker för Sverige eftersom det underminerar möjligheten till riskreducerande "multi-sourcing"-strategier.

PTS anser att villkoren om förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner tillgodoser ändamålet att skydda Sveriges säkerhet.

Av de handlingar som Huawei gett in i målen avseende Nokia och Ericsson framgår bl.a. att bolagen är verksamma inom såväl forskning som produktion i Folkrepubliken Kina, att bolagen har en inte obetydlig andel anställda i Folkrepubliken Kina och att bolagen samäger företag med den kinesiska staten genom s.k. joint ventures.

Huaweis invändning om att villkoren är olämpliga får, enligt förvaltningsrätten, förstås så att villkoren inte tillgodoser ändamålet att skydda Sveriges säkerhet på det sättet att Folkrepubliken Kina skulle kunna utöva samma påtryckningar mot Ericsson och Nokia som mot Huawei och produkter från de företagen inte har förbjudits.

Av handlingarna i målen framgår att PTS, utifrån det underlag som inhämtats från samrådsmyndigheterna, funnit att det i fråga om Huawei, som en del av den i Folkrepubliken Kina baserade Huawei-koncernen, föreligger särskilda omständigheter i form av icke-tekniska sårbarheter. Av vittnesmålet med [REDACTED] framgår att det har skett en granskning av samtliga leverantörer och underleverantörer som angetts i operatörernas ansökningshandlingar. Annat har inte framkommit i målen än att samrådsmyndigheterna bedömer att det inte föreligger någon säkerhetsrisk med produkter från Ericsson och Nokia. Förvaltningsrätten anser vidare att förhållandena för Huawei å ena sidan och Nokia och Ericsson å andra sidan inte är jämförbara vad gäller kopplingen till den kinesiska staten. Förvaltningsrätten

bedömer att även om konkurrensen på marknaderna för utrustning för elektronisk kommunikation kan försämrats till följd av villkoren om förbud mot produkter från Huawei saknas skäl att bortse från lagstiftningens syfte som är att radioanvändning inte ska orsaka skada för Sveriges säkerhet.

När det gäller villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet gör Huawei gällande att det inte finns något logiskt samband mellan etablering eller hemvist i Sverige och mobilnätverks skydd mot cybersäkerhetsrisker. Huawei anser vidare att PTS gjort antagandet att svenska relationer med andra medlemsstater skulle försämrats i en sådan utsträckning att det skapar en risk för svenska mobiloperatörer. Enligt Huawei strider ett sådant antagande mot principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstater.

PTS anför att rörligheten inom EU för bl.a. arbetstagare kraftigt har försämrats under 2020 och 2021 till följd av rådande pandemi och att dessa händelser visar att det finns goda skäl att ställa krav på att svenska mobilnätets funktion inte ska vara beroende av normalt fungerande förbindelser med utlandet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ändamålet med villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet inte syftar till att avvärja alla tänkbara cybersäkerhetsrisker avseende svenska 5G-nät. Tvärtom syftar det till att undvika en situation där svenska 5G-nätets funktion kan påverkas av att t.ex. nödvändigt underhåll inte kan utföras till följd av att Sveriges förbindelser med utlandet påverkas. Förvaltningsrätten anser att utredningen visar att det kan uppstå situationer där rörligheten på EU:s inre marknad och förbindelser medlemsstaterna emellan med kort varsel kan påverkas negativt. Med hänsyn till svårigheterna att förutse på vilket sätt förbindelser med utlandet kan påverkas och vikten av stabila och fungerande svenska 5G-nät får villkoret om förbud mot funktioner och personal placerade i utlandet anses ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet.

Förvaltningsrätten anser således att de överklagade villkoren är ägnade att tillgodose ändamålet att skydda Sveriges säkerhet vid radioanvändning i de aktuella frekvensbanden.

Nästa led i proportionalitetsbedömningen är frågan om huruvida villkoren är nödvändiga. Denna del av bedömningen kommer till uttryck i bl.a. förvaltningslagen på så sätt att åtgärden aldrig får vara mer långtgående än vad som behövs. Vid denna prövning ska således den beslutande myndigheten överväga vilka åtgärder som kan leda till att det avsedda ändamålet tillgodoses och sedan välja den minst ingripande åtgärden.

Huawei anser att PTS genom de överklagade villkoren valt en alldeles för ingripande åtgärd när det i stället finns mindre ingripande åtgärder att tillgå. Huawei anser bl.a. att PTS hade kunnat begränsa beslutet till att enbart avse delar av 5G-nätet. PTS hade också, enligt Huawei, kunnat införa villkor om att Huaweis produkter ska säkerhetsgranskas, kunnat kräva säkerhets- och tillsynskrav eller åtaganden från operatörerna. Huawei anser också att villkoret att befintlig utrustning i centrala funktioner ska avvecklas senast den 1 januari 2025 visar att det finns mindre ingripande åtgärder att vidta än uteslutning.

PTS anser att villkoren om förbud mot produkter från Huawei är nödvändiga i den bemärkelsen att en mindre omfattande åtgärd än att utesluta leverantören Huawei inte skulle vara tillräcklig för att skydda Sveriges säkerhet.

Som förvaltningsrätten tidigare redogjort för visar utredningen i målen att operatörerna inte själva kan skydda sig mot dold funktionalitet hos en leverantörs produkter och att den kontroll som operatörer gör inte kommer att räcka om det skulle uppstå påtryckningar från någon utomstående. Utredningen ger också stöd för att Huawei kan styra tillgång till bl.a.

reservdelar. Av utredningen framgår vidare att användandet av flera olika leverantörer genom s.k. multi-sourcing inte är tillräckligt eftersom en sådan strategi inte hanterar risker i de delar av nätet där produkter från en högriskleverantör finns. Utredningen i målen ger även stöd för att säkerheten i svenska 5G-nät kan påverkas även om det finns sårbarheter i form av teknisk utrustning i delar av nätet som inte avser radioanvändning. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att ändamålet med villkoren om förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner inte tillgodoses i tillräcklig omfattning genom mindre ingripande åtgärder där produkter från Huawei t.ex. tillåts i delar av 5G-nätet. När det gäller möjligheten att på förhand säkerhetsgranska en leverantörs produkter bedömer förvaltningsrätten att utredningen i målen ger stöd för att operatörerna inte har möjlighet att på egen hand ansvara för säkerheten i 5G-näten. Vid denna slutsats kan således inte åtaganden från operatörerna avhjälpa de risker som kan uppstå om produkter från högriskleverantörer används.

Vad gäller Huaweis invändning om att villkoret om avveckling av befintlig utrustning visar att det finns mindre ingripande åtgärder anser förvaltningsrätten att det inte är fråga om jämförbara situationer. I målen framgår att en omedelbar avveckling skulle kunna leda till negativa följder för befintliga kommunikationsnäts funktionalitet och att PTS har vägt intresset av att hot mot Sveriges säkerhet så snart som möjligt undanröjs mot de risker som en alltför hastig utfasning skulle kunna innebära för befintliga grundläggande funktion. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det även i denna del är fråga om en uteslutning från centrala funktioner i 5G-nätet. Förvaltningsrätten anser därmed att villkoren om förbud mot produkter från Huawei är nödvändiga.

När det gäller villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet finns det enligt förvaltningsrätten stöd i utredningen för att det ändamål som

ska tillgodoses inte kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Enligt förvaltningsrättens mening är det en förutsättning att personal och funktioner finns tillgängliga i Sverige för att undvika att 5G-nätens funktion påverkas negativt om förbindelser med andra länder begränsas.

Förvaltningsrätten anser således att de överklagade villkoren inte är mer långtgående än vad som behövs för att det avsedda ändamålet att skydda Sveriges säkerhet ska tillgodoses.

I det sista ledet av proportionalitetsbedömningen görs en avvägning mellan motstående intressen. Det är då frågan om en proportionalitetsbedömning i strikt mening. I förvaltningslagen uttrycks detta på så sätt att det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot. Vid denna bedömning måste beaktas att myndigheten i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde (jfr RÅ 1999 ref. 76).

Huawei anför att det vid denna bedömning ska beaktas den marginalnytta respektive marginalskada som PTS beslut medför. Enligt Huawei saknas det förutsättningar för att göra en proportionalitetsbedömning i strikt mening eftersom de överklagade besluten och samrådsmyndigheternas yttranden är så allmänt hållna och inte innehåller någon precisering av skadan på rikets säkerhet. I vart fall saknas det, enligt Huawei, förutsättningar att göra en bedömning av marginalskadan på rikets säkerhet. Huawei menar att det inte finns någon bevisning som underbygger påståendet om risken för angrepp på rikets säkerhet utan det enbart är allmänt hållna påståenden.

PTS anför att företrädare för EU-kommissionen har bekräftat att uteslutning av leverantörer kan vara en ändamålsenlig nationell åtgärd enligt EU:s verktygslåda för 5G. PTS anser att de olägenheter som villkoren om förbud mot produkter från Huawei orsakar Huawei är motiverade av det tungt vägande allmänna intresset att skydda Sveriges säkerhet. PTS menar vidare att villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet i sig inte orsakar Huawei några olägenheter som är relevanta vid en proportionalitetsprövning.

Förvaltningsrätten anser att intresset att skydda Sveriges säkerhet utgör ett mycket tungt vägande skäl. Av [REDACTED] vittnesmål framgår att Säkerhetspolisen bedömer att störningar i svenska 5G-nät bl.a. kan påverka samhällsviktig infrastruktur. Mot intresset att skydda Sveriges säkerhet ska ställas Huaweis intresse av att kunna bedriva sin näringsverksamhet utan de ekonomiska skador som, enligt bolaget, uppstår på grund av framför allt villkoren om förbud att använda produkter från Huawei. Huawei gör gällande att bolagets skada uppgår till minst 6,5 miljarder kr, att samhällsskadan uppgår till mellan 24 och 108 miljarder kr och att operatörernas skador uppgår till minst 10 miljarder kr. Huawei uppger vidare att bolaget drabbas av icke beräkningsbar och irreparabel goodwillskada uppgående till miljarder kr.

Förvaltningsrätten har inte skäl att ifrågasätta att Huawei drabbas av ekonomisk skada till följd av villkoren om förbud att använda produkter från Huawei. Huawei har dock allttjämt möjlighet att fortsätta att sälja sina produkter i andra länder. Dessutom kan Huawei till och med utgången av år 2024 fortsätta att sälja produkter och tillhandahålla därtill relaterade tjänster till operatörer i Sverige. Huaweis andra, mer konsumentinriktade verksamheter träffas inte av villkoren. Vad gäller Huaweis invändning om att det inte finns möjlighet att ändra eller återkalla de överklagade villkoren förrän tillstånden löper ut noterar förvaltningsrätten att förvaltningslagen inte

hindrar att en myndighet omprövar ett beslut på grund av att det tillkommit nya omständigheter (jfr 37 § förvaltningslagen).

Förvaltningsrätten anser vid en samlad bedömning att det avsedda resultatet med villkoren om förbud mot produkter från Huawei i centrala funktioner står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för Huawei och andra intressenter.

När det gäller villkoret om funktioner eller personal placerade i utlandet konstaterar förvaltningsrätten att det främst torde drabba de operatörer som i dagsläget är beroende av t.ex. supportfunktioner utanför Sverige. Även om Huawei också kan tänkas påverkas genom att bolaget exempelvis inte kan tillhandahålla gränsöverskridande tjänster från andra medlemsstater bedömer förvaltningsrätten att villkoret är proportionerligt i strikt mening. Härvid beaktar förvaltningsrätten att intresset för Sveriges säkerhet är ett mycket tungt vägande skäl.

Förvaltningsrätten anser därmed att de inskränkningar av fri- och rättigheter som de överklagade besluten innebär uppfyller kravet på proportionalitet.

Huawei anser att de överklagade besluten ska jämföras med den finska 5G-lagstiftningen på telekomområdet som enligt Huawei tillgodoser grundläggande rättigheter, proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsgarantier. Förvaltningsrätten konstaterar att den bedömning som PTS har gjort i de överklagade besluten utgår från svenska förhållanden och utgör en tillämpning av den svenska lagstiftningen. De säkerhetsmässiga bedömningar som gjorts beträffande Huawei är alltså relevanta för Sverige, men inte nödvändigtvis för andra länder. Därtill kommer att den omständigheten att en medlemsstat valt ett annat skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat inte i sig påverkar bedömningen av om bestämmelserna är nödvändiga och står i proportion till sitt syfte (se EU-domstolens dom i mål

C-6/01, Anomar, p. 80–81). Det Huawei fört fram föranleder därför inte någon annan bedömning än att villkoren uppfyller kravet på proportionalitet.

Är PTS beslut diskriminerande?

Huawei anser att de överklagade villkoren är diskriminerande enligt EU-rätten genom att Huawei, med huvudkontor i Folkrepubliken Kina, behandlas annorlunda än Ericsson och Nokia med huvudkontor i Sverige respektive Finland, trots alla tre bolagens kopplingar till Folkrepubliken Kina.

PTS anser sig ha objektiva skäl för att behandla Huawei, som del av en koncern vars moderbolag är hemmahörande i Folkrepubliken Kina, på ett annat sätt än koncerner som är hemmahörande i andra stater. Dessa skäl grundar sig, enligt PTS, på samrådsmyndigheternas bedömning av de risker som Huaweis kopplingar till den kinesiska staten och exponering för den kinesiska statens rättsordning skulle medföra för Sveriges säkerhet, om företagets utrustning skulle tillåtas för utbyggnad av svenska 5G-nät.

Av artikel 18 FEUF framgår att inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Som förvaltningsrätten tidigare har konstaterat är förhållandena för Huawei å ena sidan och Nokia och Ericsson å andra sidan inte jämförbara. Beslutet att förbjuda produkter från Huawei i svenska 5G-nät bygger vidare på bedömningar som samrådsmyndigheterna gjort utifrån det underlag som tillståndshavarna lämnat i sina ansökningar. Som tidigare nämnts har annat inte framkommit i målen än att samrådsmyndigheterna och PTS bedömer att det inte föreligger någon säkerhetsrisk med produkter från Ericsson eller

Nokia. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att de överklagade villkoren inte bryter mot artikel 18 i FEUF.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 3 (FR-03).

Ulrika Melin
Tf. lagman

Anneli Berglund Creutz
Rådman

Nämndemännen Jan Ejme, Matilde Linder och Kjell Söderstam har också deltagit i avgörandet.

Förvaltningsrättsfiskalen Mårten Garnau har föredragit målen.