

# RÄTTSUTLÅTANDE ANG. STATEN PÅ TELEKOMMARKNADEN

Jörgen Hettne<sup>1</sup>

## Sammanfattning

Införandet av EU:s reglering för elektronisk kommunikation i Sverige innebar en stor principiell förändring som tycks ha underskattats vid det ursprungliga genomförandet i svensk rätt. Post- och telestyrelsens (PTS) uppdrag är av ovanligt slag eftersom det i viss utsträckning handlar om en förhandsreglering (ex ante-bedömning) på en marknad där konkurrensen inte fungerar effektivt. Sådana regleringsbefogenheter är långtgående och förutsätter att myndigheten tillförsäkras ett utrymme för skönsmässig bedömning, dvs. ett visst handlingsutrymme inom lagens ram, och dessutom ett starkt oberoende från riksdag och regering vid tillämpningen av regelverket. En fråga som föregicks med tystnad vid genomförandet av regleringen i Sverige var den nationella regleringsmyndighetens lydheidsförhållande till Europeiska kommissionen. Förenklat innebär EU-regleringen att PTS ska fungera som kommissionens förlängda arm i Sverige samtidigt som myndigheten organisatoriskt lyder under regeringen.

PTS nya roll tycks emellertid inte ha klargjorts i tillräcklig utsträckning när de nya reglerna trädde i kraft. Tvärtom finns tecken på att den övergång från lagreglering till marknadsskapande beslutsreglering som skett har inneburit en lättnad i vissa avseenden för de marknadsdominerande aktörerna i Sverige till följd av systematiska överklaganden. Detta har i så fall förfelat syftet eller i vart fall skjutit fram fördelarna med den nya regleringen på vissa delar av marknaden för elektronisk kommunikation.

Även i efterhand när problem avseende tillämpningen blivit ett faktum tycks verkningfulla åtgärder saknas. Lagstiftarens reaktioner framstår som otillräckliga och inte helt adekvata.

---

<sup>1</sup> Docent i EU-rätt. Forskare och stf direktör vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps) samt lektor vid Lunds universitet. Har tidigare arbetat som rättssekreterare och kabinettschef vid EU:s förstainstansrätt (tribunalen) 1995-2001 och som sakkunnig i EU-rätt vid UD:s rättssekretariat 1992-1995.

Högsta förvaltningsdomstolen har skurits bort som prövningsinstans och särskilda preklusionsregler har införts för att snabba på processen. Härigenom mildras konsekvenserna av att något inte står rätt till, men inget görs för att gå till botten med problemet.

Den fråga som måste ställas är hur en svensk myndighet som förväntas vara kommissionens förlängda arm i Sverige ska kunna fullgöra sitt uppdrag inom ramen för den svenska förvaltningsstrukturen och förvaltningskulturen?

Den påbörjade europeiseringen av PTS, som följer direkt av EU-regleringen, bör fullföljas. För att detta ska vara möjligt krävs att de olika kompetensnivåerna på området elektronisk kommunikation i Sverige (riksdag, regering, myndigheter, domstolar) har samma utgångspunkter och samma uppfattning om det bakomliggande syftet med regleringen. I centrum står, som framgått, PTS uppdrag. Det måste i den svenska förvaltningsrättsliga kontexten klargöras att PTS har den självständiga roll som alla nationella regleringsmyndigheter ska ha. Riksdag och regering måste tydligare markera att PTS är en självständig myndighet med normerande befogenheter på marknaden för elektronisk kommunikation.

En kärnfråga är hur kontrollen över PTS beslut ska utformas. Det finns här skäl att konstruera rättskontrollen av PTS beslut annorlunda än den sedvanliga förvaltningsrättsliga prövningen (lämplighetsprövning). Det är uppenbart att man i Tyskland har sneplat på den rättskontroll som EU:s tribunal utövar i förhållande till kommissionens beslut. Eftersom det är kommissionens förlängda arm i Sverige som kontrolleras, är det inte ologiskt att man i Sverige på samma sätt som i Tyskland, inspireras av hur kommissionens skönsrättsliga utrymme kontrolleras av tribunalen. Det är inte rättvisande att kalla tribunalens rättsprövning för laglighetsprövning om man då menar laglighetsprövning enligt svensk modell (rättsprövningslagen eller kommunallagen), men samtidigt skiljer sig tribunalens prövning väsentligen från en klassisk svensk lämplighetsprövning i förvaltningsdomstol.

PTS bör mot denna bakgrund bättre än hittills omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta, innan ett beslut fattas. Besluten måste vara sammanhängande och övertygande om det ska hålla för en rättslig granskning i domstol. Det är inte bara en argumentering i sakfrågan som ska framkomma av beslutsmotiveringen utan även en beskrivning som visar att PTS har skött sitt myndighetsuppdrag på ett korrekt sätt gentemot marknadsoperatörer och iakttagit de rättssäkerhetsgarantier som hänger samman med det.

## Innehåll

Sammanfattning .....	1
Innehåll .....	3
1. Uppdraget .....	5
2. Allmänt om EU:s reglering om elektronisk kommunikation .....	6
2.1 Historisk bakgrund .....	6
2.2 Närmare om regelverket för elektronisk kommunikation inom EU .....	11
2.2.1 Ramdirektivet .....	11
2.2.2 Auktorisationsdirektivet .....	11
2.2.3 Tillträdesdirektivet .....	12
2.2.4 Direktivet om samhällsomfattande tjänster .....	13
2.2.5 Integritetsdirektivet .....	14
2.2.6 Radiospektrumbeslutet .....	14
2.2.7 Konkurrensdirektivet .....	14
2.2.8 Riktlinjer och rekommendationer .....	15
2.2.9 Konklusion .....	17
2.3 Nationella regleringsmyndigheters roll och ansvar .....	18
2.3.1 Grundläggande principer .....	18
2.3.2 Regleringsmyndigheternas funktion .....	19
2.3.3 Samarbete mellan myndigheter i Europa .....	22
2.3.4 Konklusion .....	25
3. Genomförandet av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige .....	26
3.1 Allmänt .....	26
3.2 Den svenska regleringsmyndigheten .....	27
3.3 Tvistlösning .....	28
3.4 Närmare om PTS uppdrag .....	29
3.5 PTS tillsyn .....	30
3.6 Överklagandeordningen .....	31
3.7 Konklusion .....	32
4. Processuella och förvaltningsrättsliga aspekter som faller utan för den direktivstyrda EU-regleringen .....	37
4.1 Processuell och institutionell autonomi .....	37
4.2 Talerätsregler .....	38
4.3 Frågor om bevisbörda .....	39
4.4 Omfattningen av domstolsprövningen .....	41
4.5 Konklusion .....	44
5. Tillämpning av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige .....	46
5.1 Inledning .....	46
5.2 Framförd kritik .....	46
5.3 Förslag till förändringar .....	49
5.4 Särskilt om prisreglering .....	49
5.5 Konklusion .....	53
6. Förvaltningsprocess inom EU .....	57
6.1 EU:s förvaltningsrätt .....	57
6.2 Betydelsen av myndighetens utredningsskyldighet (omsorgsprincipen) .....	58
6.3 Principen om rätten till försvar .....	59
6.3.1 Rätten att inte dömas ohörd eller rätten att yttra sig .....	59

6.3.2 Aktinsyn .....	59
6.3.3. Legal privilegie .....	60
6.3.4 Rätten att inte behöva vittna mot sig själv .....	60
6.4 Krav på beslutets motivering.....	61
6.5 Rättskontrollen inom EU .....	61
6.6 Europeisering av svensk rättskontroll på upphandlingsområdet .....	63
6.7 Konklusion .....	65
7. Förfarandet för att fatta beslut inom EU – konkurrensområdet .....	66
7.1 Rätten till försvar .....	67
7.2 Utredningsskyldigheten .....	71
7.3 Motiveringsskyldigheten.....	73
7.4 Konklusion .....	74
8. Slutsatser.....	75
8.1 Inledning.....	75
8.2 Införandet av EU:s regelverk i Sverige .....	76
8.3 Konsekvenser.....	78
8.4 Rekommendationer .....	78
8.4.1 Riksdag och regering .....	78
8.4.2 Domstolarna .....	79
8.4.3 PTS.....	80
8.5 Särskilt om prisreglering.....	82
8.5 Sammanfattning .....	82

# 1. Uppdraget

Jag har av Riksrevisionen ombetts bidra med ett rättsutlåtande angående statens roll på telekommarknaden och i synnerhet den regulatoriska osäkerhet som anses föreligga på marknaden.

Det har hävdats<sup>2</sup> att den svenska telemarknaden under de senaste åren i ökande utsträckning har besvärats av regulatorisk osäkerhet. Denna osäkerhet har yttrat sig i en kombination av otydliga regler, bristfälliga eller otillräckliga ingripanden från myndigheter, konsekventa överklaganden av dem som berörs av ingripande beslut och en både omotiverat hög och svårförklarad andel av beslut som underkänns efter utdragna handläggningstider i domstol.

Mot denna bakgrund ska rättsutlåtandet klargöra:

1. Hur EU-direktiven uttrycker frågor kring mandat, uppgifter och verktyg för att uppnå syftet och vilka ev. oklarheter/tolkningssvårigheter som finns
2. Hur regeringen och PTS tolkat och implementerat EU-direktiven i Lagen om elektronisk kommunikation (LEK) vad gäller frågor om mandat, ansvar och verktyg (styrmedel)

I det följande diskuteras först EU:s reglering om elektronisk kommunikation i ett historiskt och rättsligt perspektiv. Särskilt utrymme ägnas åt nationella regleringsmyndigheters roll och ansvar. Därefter diskuteras genomförandet av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige. Det har i anslutning härtill visat sig nödvändigt att även diskutera vissa processuella och förvaltningsrättsliga aspekter som faller utanför den direktivstyrda EU-regleringen. Därefter diskuteras tillämpningen av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige. Här diskuteras och kontrolleras den kritik som har framförts. I nästa kapitel behandlas förvaltningsprocessen inom EU, eftersom kunskapen om denna kan bidra till en lösning på de problem som uppstått i Sverige. Av samma skäl tas Europeiska kommissionens beslutsförfarande på konkurrensområdet upp i ett särskilt kapitel. Avslutningsvis presenteras mina slutsatser. I många avsnitt presenteras dessutom delslutsatser i form av "konklusioner", vilka syftar till att besvara Riksrevisionens frågeställningar i uppdragsbeskrivningen och föra resonemangen i detta utlåtande framåt.

---

<sup>2</sup> Kritiken framkommer i en rapport från PricewaterhouseCooper (PwC) den 31 augusti 2011 efter en särskild granskning av PTS tillsynsverksamhet (Granskning av Post- och telestyrelsens tillsynsverksamhet för 2007 och 2008, Mannheim den 25 augusti 2011). Granskningen beställdes av Telenor Sverige AB. Såväl regeringen som PTS har medgivit att kritiken är befogad i vissa delar, se närmare under kapitel 5.

## 2. Allmänt om EU:s reglering om elektronisk kommunikation

### 2.1 Historisk bakgrund

Marknaden för telefoni har under en stor del av 1900-talet präglats av ingripande reglering, vanligtvis statliga monopol, i de flesta västeuropeiska stater, däribland Sverige. Monopolregleringen infördes inte omedelbart. I Sverige kom t.ex. telefonen år 1877 och i början av 1900-talet var det mindre enskilda företag som ägde telefontäten i de större städerna. Vissa försök till monopollagstiftning gjordes i slutet av 1800-talet men ledde inte fram till något beslut. Genom successiva uppköp av konkurrerande företag blev emellertid Telegrafstyrelsen alltmer dominerande som teleoperatör. Under 1950-talet blev staten genom Televerket ägare av hela produktionssystemet för teletjänster med telefoner och andra apparater, ledningar och växlar.

Under 1990-talet påbörjades emellertid en omfattande liberalisering av telemarknaden. I samband med bolagisering av Televerket tecknade staten och det blivande Telia AB (Telia) ett avtal som syftade till att övergångsvis, i liberaliseringens inledningskede, säkerställa att vissa telepolitiska mål uppfylldes. Vid denna tidpunkt ansågs också att Sveriges internationella åtaganden, speciellt mot EU, skulle kräva en annorlunda rättslig reglering av förhållandena på telemarknaden.<sup>3</sup>

Den bärande tanken bakom liberaliseringen är och har varit att staten ska lämna så mycket som möjligt av besluten gällande ekonomin till de enskilda aktörerna. Bara i de fall där marknaden inte av sig själv kan uppnå de önskade målen bör staten ingripa med regler, styrning och upphandling. Liberaliseringstankens kärna är sålunda att använda konkurrens som ett medel för att skapa effektiva telekommunikationer. Införandet av telelagen syftade dock också till att ge staten förutsättningar att på en öppen telemarknad styra och kontrollera verksamheten på telekommunikationsområdet så att de telepolitiska målen kunde uppfyllas.<sup>4</sup>

När det gäller förhållandena inom EU kan sägas att denna utveckling tog fart till följd av domstolens dom i mål 41/83, Italien mot kommissionen,<sup>5</sup> där domstolen konstaterade att de konkurrensrättsliga bestämmelserna i fördraget var tillämpliga på ett statligt företag inom telekommunikationsområdet. Detta blev startskottet på utvecklingen av en europeisk

---

<sup>3</sup> Se prop. 1992/93:200, s. 85.

<sup>4</sup> Se bl.a. prop. 1992/93:200, s. 1 och 72 f.

<sup>5</sup> REG 1985, s. 873, Svensk specialutgåva, volym 8, s. 131.

liberaliserande politik på området, som kommer särskilt tydligt till uttryck i en grönbok från 1987 om utvecklingen av den gemensamma marknaden för teletjänster och teleutrustning.<sup>6</sup>

Kommissionen anförde i denna grönbok att situationen med nationella monopol inte var tillfredsställande, eftersom det under de senaste decennierna hade skett ansenliga tekniska förbättringar inom telekommunikationssektorn. Dessa förändringar hade inneburit att ett allt större utbud av tjänster kunde erhållas, i synnerhet dataöverföringstjänster, men gjorde det också tekniskt och ekonomiskt möjligt för olika tjänsteproducenter att konkurrera med varandra.

Kommissionen antog därför ett reformprogram som utvecklades i ett särskilt meddelande om tillämpning av grönboken, vilket löpte fram till 1992. Detta innebar ett successivt införande av konkurrens på marknaden för telekommunikation.

Kommissionen presenterade tre mål som skulle uppnås för telekommunikationsmarknaden nämligen att monopol inom branschen skulle brytas upp, att man genom lagstiftning skulle harmonisera bestämmelserna om tillgång till telekommunikationsnät och tjänster och att konkurrensbestämmelserna skulle vara tillämpliga inom denna sektor. Det handlade emellertid inte om en omedelbar konkurrensutsättning. Det föreslogs att exklusiva rättigheter skulle bibehållas avseende utbyggnaden av nödvändig infrastruktur för vissa grundläggande teletjänster som telex, mobil radiotelefoni, personsökning och satellittjänster. Däremot skulle marknaden för försäljning av teleterminalutrustning konkurrensutsättas. Kommissionens förslag genomfördes tämligen snabbt, trots motstånd från vissa medlemsstater. Kommissionen antog sålunda 1988 och 1990 två liberaliseringsdirektiv som öppnade upp för konkurrens av teleterminaler och teletjänster med undantag för telefoni för allmänheten. Rådet antog också ett direktiv (90/387) om att harmonisera bestämmelserna så att öppna nät kunde tillhandahållas och därigenom öka tillväxten av teletjänster.

År 1992 gick kommissionen vidare i sina ansträngningar om att öppna upp hela telekommunikationsområdet för konkurrens. Den ansåg att även telefonitjänsten skulle liberaliseras samtidigt som vissa från samhällssynpunkt särskilt viktiga tjänster, s.k. samhällsomfattande tjänster, skulle behållas. Rådet anslöt sig till denna reform i en resolution där det angavs att en avreglering av samtliga telefonitjänster skulle ske senast per den 1 januari 1998, med tillkommande övergångsperioder på upp till fem år för att ge medlemsstater med mindre utvecklade nät en möjlighet att införa de nödvändiga anpassningarna.

År 1999 inledde kommissionen en översyn av det befintliga regelverket för telekommunikation och presenterade mot denna bakgrund år 2000 ett förslag om ett nytt

---

<sup>6</sup> COM (1987) 290.

regelverk för infrastrukturen för elektronisk kommunikation och tillhörande tjänster. Kommissionen ansåg att den då gällande EU-lagstiftningen behövde moderniseras mot bakgrund av den snabba tekniska och marknadsmässiga utvecklingen. Regleringen behövde anpassas till en mer konkurrensutsatt marknad och ta hänsyn till den pågående konvergensen mellan telefoni, datakommunikation och media. Kommissionens förslag syftade till att föra samman alla nätverk för överföring och tillhörande tjänster i ett enda regelverk. Mobiltelefoni och internet började bli så pass integrerat att det fanns anledning att tala om elektronisk kommunikation som samlingsbeteckning för alla dessa tjänster.

Under 2001 och 2002 fattade Europaparlamentet och rådet beslut om nya regler på grundval av kommissionens förslag. Det regelverk som beslutades omfattade sammantaget fem harmoniseringsdirektiv, bestående av ett ramdirektiv och fyra särdirektiv, samt ett beslut om radiospektrumpolitik inom gemenskapen. De nya rättsakterna ersatte ett tjugotal äldre direktiv.<sup>7</sup>

Dessa direktiv är grunden för nuvarande reglering och kommer därför att beröras närmare i det följande. Det rör sig om:

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektivet)<sup>8</sup>
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektivet)<sup>9</sup>
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektivet)<sup>10</sup>
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktivet om samhällsomfattande tjänster)<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Se prop. 2002/03:110, s. 65.

<sup>8</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EGT L 108, 24.4.2002, s. 33.

<sup>9</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EGT L 108, 24.4.2002, s. 21.

<sup>10</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter, EGT L 108, 24.4.2002, s. 7.

<sup>11</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EGT L 108, 24.4.2002, s. 51.



- Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation)<sup>12</sup>

Därtill kommer som framgått Europaparlamentets och rådets beslut nr 676/2002/EG av den 7 mars 2002 om ett regelverk för radiospektrumpolitiken i Europeiska gemenskapen (radiospektrumbeslut).<sup>13</sup>

Kommissionen har vidare inom ramen för sin egen behörighet antagit direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (Konkurrensdirektivet).<sup>14</sup> Den har också i anslutning till det nya regelverket tagit fram riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande samt en rekommendation över de relevanta produkt- och tjänstemarknader på vilka det kan vara motiverat att införa särskilda regleringsskyldigheter.

Kommissionen har slutligen åtagit sig att årligen lämna en rapport (ett meddelande) om hur utvecklingen inom telekommunikationsmarknaden fortskrider i syfte att avgöra behovet av ändringar med hänsyn till den tekniska utvecklingen och utvecklingen på marknaden. Mot denna bakgrund utarbetade kommissionen två nya direktiv som inför en hel del förändringar i regelverket för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. Dessa direktiv, 2009/136/EG och 2009/140/EG antogs i november 2009.<sup>15</sup>

För att ytterligare bistå de nationella regleringsmyndigheterna inrättade kommissionen år 2004, genom beslut 2002/627, en europeisk grupp av regleringsmyndigheter för nät och tjänster inom området elektronisk kommunikation (ERG).<sup>16</sup> Avsikten var att detta samverkansorgan skulle utgöra en förmedlande länk mellan nationella regleringsmyndigheter och kommissionen och på så sätt bidra till den inre marknads utveckling. Samarbetet

---

<sup>12</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation, EGT L 201, 31.7.2002, s. 37.

<sup>13</sup> EGT L 108 24.4.2002, s. 1.

<sup>14</sup> Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EGT L 249, 17.9.2002, s. 21.

<sup>15</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation och förordning (EG) nr 2006/2004 om samarbete mellan de nationella tillsynsmyndigheter som ansvarar för konsumentskyddslagstiftningen, EUT L 337, 18.12.2009, s. 11 Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EUT L 337, 18.12.2009, s. 37.

<sup>16</sup> Kommissionens beslut av den 29 juli 2002 om att bilda Europeiska gruppen av regleringsmyndigheter för nät och tjänster inom området elektronisk kommunikation, EGT L 200, 30.7.2002, s. 38.

skulle sörja för att regelverket för nät och tjänster inom området elektronisk kommunikation tillämpades på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater.

Det krävdes emellertid i praktiken att gemensamma strategier från ERG var grundade på konsensus, vilket gjorde dem komplicerade och tidsödande att uppnå. För att undvika en situation med "minsta gemensamma nämnare" ansåg kommissionen det nödvändigt med institutionella reformer av ERG för att gruppen bättre skulle kunna bidra till en konsekvent och harmoniserad tillämpning av regelverket. Kommissionen kom fram till att uppgifterna bäst skulle kunna utföras av ett självständigt organ utanför kommissionen, som förstärker de nationella regleringsmyndigheterna genom att överta ERG:s uppgifter på grundval av EU-lagstiftningen. Ett sådant organ skulle kunna ge råd till kommissionen i en rad viktiga frågor, men skulle också, var det tänkt, kunna ta individuella beslut om förvaltningen av det europeiska nummerutrymmet.

Mot denna bakgrund lämnade kommissionen år 2007 ett förslag till förordning om inrättande av en europeisk myndighet för marknaden för elektronisk kommunikation till rådet och Europaparlamentet. I rådet motsatte sig emellertid en majoritet av medlemsstaterna inrättandet av en ny myndighet. Istället förordades att ERG, dvs. de nationella regleringsmyndigheterna, gavs formell status i EU:s lagstiftning och att dess uppgifter, funktion och förhållande till EU:s institutioner preciserades närmare. Efter förhandlingar mellan rådet och Europaparlamentet blev kompromissen att det inrättades en struktur på två nivåer.<sup>17</sup> Europeiska regleringsmyndigheter (Body of European Regulators for Electronic Communications, nedan Berec), med en tillsynsnämnd bestående av företrädare för de 27 nationella tillsynsmyndigheterna med rådgivande befogenheter, och byrån, bestående av en förvaltningskommitté (med 27 ledamöter plus en företrädare för kommissionen) samt en administrativ chef.

ERG förstärktes således genom förordningen och erkänns inom ramen för EU-regelverket som organet för europeiska regleringsmyndigheter för elektronisk kommunikation, dvs. Berec. Berec ersätter ERG och utgör det enda forumet för samarbete mellan de nationella regleringsmyndigheterna och mellan dessa myndigheter och kommissionen vid utförandet av alla deras arbetsuppgifter enligt regelverket. Berec är varken ett unionsorgan eller har status som en juridisk person, vilket däremot den s.k. byrån är.

---

<sup>17</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1211/2009 av den 25 november 2009 om inrättande av organet för europeiska regleringsmyndigheter för elektronisk kommunikation (Berec) och byrån (EUT nr L 337, 18/12/2009, s. 1 – 10).

## ***2.2 Närmare om regelverket för elektronisk kommunikation inom EU***

### **2.2.1 Ramdirektivet**

I ramdirektivet fastställs EU-regelverkets övergripande målsättning att åstadkomma ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster (artikel 1). Även de mål och principer som EU-regelverket ska uppnå klargörs, dvs. att främja dels konkurrens och den inre europeiska marknaden, dels slutanvändarnas intressen (artikel 8). Som ett led i harmoniseringssträvandena ålägger direktivet medlemsstaterna att iaktta ett samrådsförfarande när vissa åtgärder ska vidtas. Det ska då vara frågan om åtgärder som har betydande inverkan på en relevant marknad (artikel 6). I vissa för harmoniseringen speciellt viktiga frågor omfattar samrådsförfarandet även Europeiska kommissionen och ansvariga myndigheter i övriga medlemsstater (artikel 7).

Direktivet anger även förfarandereglerna för marknadsanalyser. Enligt dessa ska de nationella regleringsmyndigheterna identifiera de marknader på vilka det anses berättigat att införa sektorsspecifika skyldigheter (artikel 15) samt analysera dessa för att avgöra om det råder effektiv konkurrens på marknaden eller inte (artikel 16). En särskild definition används för företag som bedöms ha betydande marknadsinflytande, s.k. SMP-status (Significant Market Power), och därmed kan åläggas särskilda skyldigheter (artikel 14). Om en nationell regleringsmyndighet avgör att det inte råder effektiv konkurrens på en relevant marknad ska den identifiera företag som bedöms ha betydande inflytande på den marknaden och ålägga dessa lämpliga sektorsspecifika skyldigheter. Proceduren för s.k. SMP-beslut ska göras inom bestämda tidsintervall; normalt tre år. Beslut av nationella regleringsmyndigheter ska kunna överklagas till en oberoende instans (artikel 4). Slutligen ger ramdirektivet bl.a. vissa bestämmelser om regleringsmyndigheternas verksamhet (artikel 3), tillhandahållande av information (artikel 5), förvaltning av radiofrekvenser (artikel 9), nummer m.m. (artikel 10), ledningsrätt (artikel 11), samlokalisering m.m. (artikel 12), viss redovisning (artikel 13) och om tvistlösningsförfaranden (artiklar 20 och 21).

### **2.2.2 Auktorisationsdirektivet**

Syftet med auktorisationsdirektivet är att anpassa reglerna för den inre marknaden 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 (artikel 1). Med detta avses att direktivet ska ge en rättslig ram för att säkerställa friheten att tillhandahålla

elektronisk kommunikation och elektroniska tjänster och begränsa de administrativa hindren för inträde på marknaden till ett minimum.

Särskilda tillstånd att bedriva verksamhet inom området för elektronisk kommunikation ska inte längre få förekomma. En medlemsstat kan dock införa anmälningsplikt (artikel 3.2). Vidare gäller enligt direktivet att särskilda nyttjanderätter, dvs. tillstånd till radiofrekvenser och till nummer, inte ska krävas om det är möjligt att avstå från det (artikel 5). Ska särskilda tillstånd till radiofrekvenser eller nummer ändå beviljas ska det ske genom ett öppet och icke-diskriminerande förfarande med god insyn.

Auktorisationsdirektivet skiljer på villkor som är fogade till den allmänna auktorisationen, nyttjanderätter till radiofrekvenser och nummer samt särskilda skyldigheter (artikel 6). Vilka villkor som får uppställas för allmän auktorisation respektive nyttjanderätter för radiofrekvenser och nummer framgår av bilagan till direktivet, del A, B och C. Uppräkningen är uttömmande. Särskilda skyldigheter ska i rättsligt hänseende vara åtskilda från de rättigheter och skyldigheter som följer av den allmänna auktorisationen.

I direktivet föreskrivs om förfarande för att begränsa antalet nyttjanderätter som ska beviljas till radiofrekvenser (artikel 7). Utöver tilldelningsregler ger direktivet regler om vilka förutsättningar som måste gälla för att tillstånd ska få ändras eller återkallas och om förfarandet för detta (artikel 14).

I direktivet ges en begränsning av den informationsskyldighet för företag som slås fast i ramdirektivet (artikel 11). För att informationsskyldigheten ska inträda ska de av regleringsmyndigheten efterfrågade uppgifterna stå i proportion till syftet och vara sakligt motiverade för vissa angivna åtgärder, t.ex. systematisk kontroll av att skyldigheter som ålagts ett företag följs. Vidare anges ramarna för vad de nationella regleringsmyndigheterna får vidta för åtgärder för att se till att information lämnas och säkerställa att villkoren för den allmänna auktorisationen, nyttjanderätterna och de särskilda skyldigheterna uppfylls (artikel 10).

### **2.2.3 Tillträdesdirektivet**

Tillträdesdirektivet innehåller en förteckning över de typer av skyldigheter som regleringsmyndigheterna ska ha möjlighet att ålägga operatörerna (artiklar 9–13). Dessa skyldigheter ska säkerställa transparens, icke-diskriminering, åtskild kostnadsredovisning, tillträde till andra operatörers nät och faciliteter samt priskontroll, innefattande kostnadsorienterad prissättning och krav på kostnadstäckning.

Vidare fastställs i direktivet begränsningar för skyldigheter när det gäller samtrafik och andra former av tillträde. Direktivet säkerställer även marknadsaktörernas behov av rättslig säkerhet genom att fastställa kriterier för, och begränsningar av, regulatoriska ingrepp. Detta framgår av de närmare förutsättningarna för rättigheter och skyldigheter (artiklar 3 och 4) och för regleringsingripanden (artiklar 5, 6 och 8). De skyldigheter som kan tillgripas för att säkerställa direktivets syfte ska tillämpas på specifika produkt- eller tjänstemarknader i vissa geografiska områden för att lösa marknadsproblem mellan operatörer.

## **2.2.4 Direktivet om samhällsomfattande tjänster**

Direktivet rör s.k. samhällsomfattande tjänster som anses särskilt viktiga för medborgarna i EU:s medlemsländer. Målet med direktivet är att genom effektiv konkurrens och valmöjligheter säkerställa dels att det i hela EU finns tillgång till allmänt tillgängliga tjänster av god kvalitet, dels hantera situationer där slutanvändares behov inte tillgodoses på ett tillfredsställande sätt av marknaden (artikel 1). Direktivet fastställer särskilda användar- och konsumentrelaterade rättigheter där så behövs och medger de nationella tillsynsmyndigheterna rätten att vidta åtgärder för användarnas och konsumenternas räkning. Dessa rättigheter motsvaras av skyldigheter för företag.

Direktivet anger vilka tjänster som ska anses vara samhällsomfattande tjänster (artiklar 3–7 och 9.2). Dessa omfattar bl.a. tillhandahållande av tillträde i en fast nätanslutningspunkt (artikel 4), nummerupplysningstjänst och abonnentförteckning (artikel 5) samt särskilda åtgärder för användare med funktionshinder (artikel 7). Tillhandahållandet ska ske till överkomliga priser. Direktivet innehåller även bestämmelser som innebär att finansieringen av kostnaderna för tillhandahållande av de definierade samhällsomfattande tjänsterna ska ske på det mest konkurrensneutrala sättet (artiklar 12 och 13). Genom direktivet ska bl.a. säkerställas driftskompatibiliteten hos digital-TV-utrustning för konsumenter (artikel 24) samt tillhandahållandet av vissa tjänster, t.ex. hyrda förbindelser (artikel 18) och val och förval av nätoperatör (artikel 19).

Direktivet anger också särskilda användar- och konsumentrelaterade rättigheter. Bland annat fastställs vilken grundinformation som konsumenterna har rätt till i sina avtalsförhållanden med telefonioperatörer (artikel 20).

Direktivet ställer slutligen krav på det fasta telefoninätets integritet och att det är tillgängligt i händelse av nätsammanbrott av katastrofkaraktär (artikel 23) samt att samtal kopplas avgiftsfritt till det europeiska larmnumret 112 (artikel 26). Vidare erkänner direktivet medlemsstaternas rätt att fastställa att vissa radio- och TV-sändningar ska vara obligatoriska att vidaresända via vissa nät (s.k. must carry) för att säkerställa den allmänna tillgången till ett bestämt programutbud (artikel 31).

### **2.2.5 Integritetsdirektivet**

Direktivet om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation preciserar och kompletterar Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (dataskyddsdirektivet). Syftet är bl.a. att säkerställa ett likvärdigt skydd av de grundläggande fri- och rättigheterna när det gäller behandling av personuppgifter inom sektorn för elektronisk kommunikation (artikel 1).

Direktivet förpliktar medlemsstaterna att säkerställa konfidentialitet vid kommunikation och därmed förbundna trafikuppgifter via allmänna kommunikationsnät och allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster genom att bl.a. förbjuda åtgärder som saknar lagligt stöd, t.ex. avlyssning, uppfångande med tekniskt hjälpmedel, lagring eller andra metoder som innebär att kommunikationen och de därmed förbundna trafikuppgifterna kan fångas upp eller övervakas av andra personer än användarna utan de berörda användarnas samtycke. Som utgångspunkt gäller att abonnenter och användare ska samtycka till sådan behandling för att behandlingen ska vara tillåten. Teknisk lagring som är nödvändig för överföring av kommunikationen utan att det påverkar principen om konfidentialitet får ske (artikel 5). Trafikuppgifter om abonnenter och användare som behandlas och lagras ska utplånas eller avidentifieras när de inte längre behövs för t.ex. faktureringsfrågor (artikel 6).

### **2.2.6 Radiospektrumbeslutet**

Radiospektrumbeslutet har till syfte att fastställa politiska och rättsliga ramar inom EU för att säkerställa samordning av policystrategier och i förekommande fall harmoniserade villkor när det gäller tillgång till och effektiv användning av det radiospektrum som krävs för upprättandet av och verksamheten på den inre marknaden på sådana områden inom gemenskapspolitiken som elektronisk kommunikation, transport samt forskning och utveckling (artikel 1).

För att nå detta syfte fastställs i beslutet vissa överstatliga förfaranden för att bl.a. underlätta en politik när det gäller strategisk planering och harmonisering av radiospektrumanvändningen inom EU.

### **2.2.7 Konkurrensdirektivet**

Konkurrensdirektivet är till skillnad från övriga rättsakter beslutat av kommissionen med stöd av nuvarande artikel 106 FEUF. Artikeln ger kommissionen rätt att kräva avskaffande av

exklusiva och särskilda rättigheter som medlemsstaterna givit till företag då dessa rättigheter leder till att andra bestämmelser i fördraget överträds, i detta fall konkurrens- och inre marknadsregleringen. Direktivet anger att medlemsstaterna inte får bevilja exklusiva eller särskilda rättigheter för upprättande och/eller tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät och -tjänster (artikel 2), för utnyttjande av radiofrekvenser (artikel 4) eller för upprättande och tillhandahållande av nummerupplysningstjänster (artikel 5). Vidare ska medlemsstaterna se till att det inte införs eller bibehålls några begränsningar för tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster (artikel 2).

## 2.2.8 Riktlinjer och rekommendationer

I artikel 15.2 i ramdirektivet ges kommissionen uppgiften att i överensstämmelse med ”principerna i konkurrenslagstiftningen” anta riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande.

I artikel 15.1 i ramdirektivet ges kommissionen även uppgiften att anta en rekommendation som ”i enlighet med konkurrenslagstiftningens principer” identifierar de marknader på vilka skyldigheter enligt tillträdesdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster får föreskrivas .

Kommissionens riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande i enlighet med gemenskapens regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster trädde i kraft den 11 juli 2002.

Riktlinjerna beskriver de principer som nationella regleringsmyndigheter ska tillämpa när de definierar marknader och när de fastställer om företag har ett betydande inflytande på marknaden. Riktlinjerna syftar i första hand till att regleringsmyndigheterna sinsemellan ska tillämpa vissa bestämmelser i det nya regelverket på ett enhetligt sätt, särskilt när de ska utse företag som har ett betydande marknadsinflytande. Vidare är syftet att i så stor utsträckning som möjligt öka förutsebarheten och därmed underlätta för en rättssäker tillämpning av det nya regelverket.

För att åstadkomma enhetlighet mellan medlemsstaternas tillvägagångssätt grundas definitionen av relevanta marknader och kriterierna för bedömning av betydande marknadsinflytande på EU-rättslig praxis (avsnitt 2 och 3). Riktlinjerna belyser särskilt frågan om kollektiv dominans varvid konstateras att förekomsten av strukturella bindningar mellan de berörda företagen inte är en nödvändig förutsättning för att man ska kunna konstatera att det föreligger en kollektiv dominerande ställning (punkt 98). Riktlinjerna redogör för relevant rättspraxis vid tribunalen och EU-domstolen. Riktlinjerna belyser även beslut som

fattats inom telekomsektorn i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

Kommissionens riktlinjer ger även vägledning kring åläggande, bibehållande, ändring eller upphävande av skyldigheter för operatörer med betydande marknadsinflytande (avsnitt 4). Riktlinjerna lyfter härvid fram betydelsen av att beakta proportionalitetsprincipen.

Riktlinjerna beskriver även de nationella regleringsmyndigheternas undersökningsbefogenheter, samt samarbetsförfarandet mellan nationella regleringsmyndigheter, mellan nationella regleringsmyndigheter och nationella konkurrensmyndigheter i samband med marknadsanalyser, och mellan nationella regleringsmyndigheter och kommissionen (avsnitt 5). Riktlinjerna beskriver slutligen även förfarandena för offentligt samråd och för offentliggörande av de nationella regleringsmyndigheternas förslag till beslut (avsnitt 6).

I februari 2003 utfärdade kommissionen sin första *rekommendation* om relevanta produkt- och tjänstemarknader inom området elektronisk kommunikation. I rekommendationen anges vilka marknader som kan komma i fråga för förhandsreglering enligt ramdirektivet.

Kommissionens rekommendation fastställer vilka produkt- och tjänstemarknader inom sektorn för elektronisk kommunikation som har sådana särdrag att det kan vara motiverat att införa regleringsskyldigheter enligt förfarandet i artiklarna 15 och 16 i ramdirektivet. Härvid bör enligt skäl 9 i ingressen följande tre kriterier beaktas: Närvaron av stora och varaktiga hinder för marknadstillträde, möjligheten att övervinna hindren inom rimlig tid och möjligheten att tillämpningen av enbart konkurrenslagstiftning skulle kunna avhjälpa de aktuella bristerna på marknaden.

Skäl 10 i ingressen anger att i synnerhet två typer av hinder är av betydelse när det gäller marknadstillträde: strukturella hinder (dvs. att det råder obalans mellan de förhållanden som å ena sidan råder för aktörer med dominerande ställning på marknaden i kraft av tidigare monopol, och å andra sidan förhållandena för nytillkomna aktörer) och rättsliga eller regleringsbaserade hinder.

Även om en marknad kännetecknas av stora hinder för tillträde, kan andra strukturella faktorer på samma marknad innebära att den utvecklas i riktning mot sund konkurrens (skäl 14 i ingressen). Så är exempelvis fallet på marknader med ett begränsat men ändå tillräckligt antal företag som har olika kostnadsstrukturer och som konfronteras med en priselastisk efterfrågan. Rekommendationen anger att nya och framväxande marknader inte bör omfattas av förhandsreglering (skäl 15 i ingressen).



Följande tre kriterier anges vara avgörande vid bedömningen av om en marknad kommer att inkluderas i efterföljande versioner av rekommendationen (skäl 16 i ingressen):

- hur länge de höga hindren för marknadstillträde består,
- dynamiken i konkurrenssituationen, och
- om konkurrenslagstiftningen som sådan är tillräcklig (utan förhandsreglering) för avhjälpan av varaktiga brister på marknaden.

Den första rekommendationen identifierade arton produkt- och tjänstemarknader, t.ex. marknaden för tillträde till det allmänna telefonnätet via en fast anslutningspunkt – för hushåll och marknaden för bredbandstillträde för grossistledet.

I den nu gällande rekommendation (2007/876/EG) har kommissionen minskat antalet sådana marknader till sju.

Det ska slutligen observeras att kommissionen även fattar beslut om rekommendationer enligt artikel 19 i ramdirektivet i syfte att åstadkomma en gemensam tillämpning av regelverket i enlighet med målsättningsstadgandet i artikel 8 i ramdirektivet. Kommissionen fattar också beslut enligt artikel 7 i ramdirektivet i anslutning till samråd som sker med nationella regleringsmyndigheter. Dessa s.k. artikel 7-beslut ger inte bara vägledning för tillämpningen av regelverket i den medlemsstat som är föremål för samrådet utan för alla medlemsstater.

## **2.2.9 Konklusion**

De rättsakter som antagits av EU bildar sammantaget ett både omfattande och ingripande regelverk på ett område där EU har omfattande befogenheter, nämligen konkurrensområdet.

Enligt artikel 3 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) ska unionen ha *exklusiv befogenhet* när det gäller fastställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion.

Detta förhållande måste hela tiden hållas i åtanke vid en analys av de inblandade aktörernas (kommissionen, riksdag och regering samt PTS) respektive handlingsutrymme. Unionen har vanligtvis med medlemsstaterna *delad befogenhet* på inre marknadsområdet. Detta är fallet på många centrala EU-rättsliga områden där EU antagit omfattande harmoniseringslagstiftning, t.ex. bank och försäkringsområdet eller när det gäller tekniska krav på fordon, maskiner m.m. Det finns då ett varierande utrymme för nationellt regleringsbefogenhet beroende på hur EU:s lagstiftning är utformad. På området elektronisk

kommunikation är dock grundförutsättning annorlunda eftersom det handlar om ett område som EU har befogenhet att exklusivt reglera.

Medlemsstaterna ska mot denna bakgrund i enlighet med bestämmelserna i direktiven *bistå* EU och i synnerhet kommissionen i arbetet med att säkerställa att konkurrensen fungerar på marknaden för elektronisk kommunikation. Medlemsstaternas egna politiska handlingsutrymme är därmed i hög grad begränsat.

Kommissionens riktlinjer och rekommendationer måste också förstås mot bakgrund av det speciella sammanhang som en sektorsreglering på konkurrensområdet utgör. Det som är föremål för reglering när det gäller elektroniska kommunikationstjänster, dvs. detaljregleringen i direktiven, måste vara förenligt med *den europeiska konkurrensrättens allmänna principer*. När kommissionen uttalar sig om dessa principers tillämpning i riktlinjer eller rekommendationer är kommissionens skrivningar som sådana inte bindande, eftersom det handlar om en icke bindande rättsakt. Det som kommissionen refererar till kan däremot vara bindande, vilket innebär att så länge kommissionen inte misstär sig i något avseende är det som framkommer med anledning av dessa principer bindande.

Mot denna bakgrund har EU-domstolen anfört att även om rekommendationer inte har några tvingande verkningar är de nationella domstolarna skyldiga att ta hänsyn till rekommendationer vid lösningen av den tvist som de har att avgöra. Detta gäller särskilt när rekommendationerna innebär att tolkningen av nationella bestämmelser som antagits för att genomföra dem blir tydligare, eller när de har till syfte att komplettera tvingande gemenskapsrättsliga bestämmelser.<sup>18</sup>

Den starka europeiska dimensionen i regelverket för elektronisk kommunikation och den roll som det tilldelar kommissionen berörs närmare i nästa avsnitt.

## ***2.3 Nationella regleringsmyndigheters roll och ansvar***

### **2.3.1 Grundläggande principer**

I artikel 8 i ramdirektivet anges de allmänna mål och regleringsprinciper som de nationella regleringsmyndigheterna ska beakta när de fullgör de uppgifter som de fått enligt EU:s samlade regelverk för elektronisk kommunikation. De regleringsprinciper som nämns är objektivitet, öppenhet, icke-diskrimination och proportionalitet.

---

<sup>18</sup> Se dom av den 13 december 1989 i mål C- 322/88, Grimaldi, REG 1989, s. 4407, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 10, s. 287, och av den 11 september 2003 i mål C- 207/01, Altair Chimica SpA, REG 2003, s. I- 8875, punkt 41.

För att försäkra sig om att de tre målen med regelverket uppnås, nämligen en effektiv konkurrens, förverkligandet av den inre marknaden och att EU-medborgarnas intresse beaktas ska fem principer tillämpas som anknyter till s.k. goda styrelseformer inom EU. Regleringen och de nationella regleringsmyndigheternas agerande ska därför:

- 1) grunda sig på målen för regelverket som är objektivitet, icke-diskriminering och transparens;
- 2) vara flexibelt för att kunna svara snabbt på marknadsförändringar samtidigt som rättssäkerheten bevaras och en samsyn kring de olika nationella ståndpunkterna kan uppnås;
- 3) vara proportionellt och begränsat till ett minimum, vilket innebär att den sektoriella regleringen inte ska användas om syftet kan uppnås med den horisontella regleringen, dvs. den allmänna konkurrensrätten;
- 4) leda till en harmoniserad (gemensam) tillämpning på europeisk nivå;
- 5) vara teknik neutralt, vilket betyder att ingen skillnad ska göras mellan olika teknologier (tekniker) om det inte är nödvändigt och att ingen teknologi ska gynnas eller missgynnas om det inte strängt taget är nödvändigt för att uppnå andra berättigade mål med regelverket.

### **2.3.2 Regleringsmyndigheternas funktion**

Enligt ramdirektivet ska nationella regleringsmyndigheterna vara oberoende instanser som utövar sina befogenheter på ett sätt som är opartiskt, öppet redovisat och punktligt. Samråd och samarbete ska äga rum med myndigheter som tillämpar konkurrens- och konsumentlagstiftning (artikel 3) och yttranden och gemensamma ståndpunkter från Berec ska beaktas. Beslut som har fattats av en nationell myndighet ska kunnas överklagas till en instans som är oberoende av de inblandade parterna. Överklagandeinstansen måste vara i stånd att pröva omständigheterna i ärendet och inte bara huruvida det förfarande som har följts varit formellt riktigt. Den nationella tillsynsmyndighetens beslut ska vara bindande i avvaktan på resultatet av överklagandet såvida överklagandeinstansen inte beslutar annorlunda. Information om det allmänna innehållet i överklaganden, antalet ansökningar om överklaganden, överklagandeförfarandets längd och antalet beslut om att bevilja interimistiska åtgärder ska samlas in och överlämnas vid begäran till kommissionen eller Berec (artikel 4). De nationella tillsynsmyndigheterna har rätt att inhämta information från marknadsaktörer liksom kommissionen har rätt att begära in information för sina syften från dessa myndigheter (artikel 5). Det fastställs i direktivet en skyldighet att samråda dvs. att när nationella tillsynsmyndigheter vidtar åtgärder som har en betydande inverkan på marknaden ska behöriga parter höras inom skälig tid (artikel 6). Dessutom ska nationella myndigheter när de vidtar en åtgärd som påverkar handeln mellan medlemsstaterna och som rör marknadsdefinition, marknadsanalys enligt ramdirektiv och tillträde och samtrafik eller

införande, ändring eller upphävande av skyldigheter enligt artikel 5 respektive 8 i tillträdesdirektivet vidarebefordra förslaget till kommissionen och regleringsmyndigheterna i andra medlemsstater för kommentarer, vilket numera innefattar Berec. Detta gäller också vid planerade åtgärder som syftar till att införa, ändra eller återkalla en operatörs skyldighet i enlighet med artikel 16 och i förening med artiklarna 5 och 9–13 i tillträdesdirektivet och artikel 17 i direktivet om samhällsomfattande tjänster.

De mål som de nationella regleringsmyndigheterna ska verka för uppfyllandet av anges som nämnts ovan i artikel 8 i ramdirektivet.

Denna artikel hade ursprungligen följande lydelse (några mindre ändringar har införts genom direktiv 2009/140):

”Allmänna mål och regleringsprinciper

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna, i samband med att de fullgör de regleringsuppgifter som anges i detta direktiv och i särdirektiven, vidtar alla rimliga åtgärder för att uppnå de mål som framgår av punkterna 2, 3 och 4. Åtgärderna ska stå i proportion till dessa mål.  
[...]
2. De nationella regleringsmyndigheterna ska främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat
  - a) säkerställa att användarna, inbegripet användare med funktionshinder, får maximalt utbyte när det gäller urval, pris och kvalitet,
  - b) säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation,
  - c) främja effektiva investeringar i infrastruktur, främja innovation, samt
  - d) främja en effektiv användning och säkerställa en ändamålsenlig förvaltning av radiofrekvenser och nummerresurser.
3. De nationella regleringsmyndigheterna ska bidra till utvecklingen av den inre marknaden bland annat genom att
  - a) avlägsna kvarvarande hinder för tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och elektroniska kommunikationstjänster på det europeiska planet,
  - b) främja inrättande och utveckling av transeuropeiska nät och samverkan mellan alleuropeiska tjänster och uppkoppling mellan slutanvändare,
  - c) säkerställa att företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster inte behandlas olika under lika omständigheter, och
  - d) samarbeta med varandra och med kommissionen på ett öppet sätt för att säkerställa att en enhetlig regleringspraxis utarbetas och att detta direktiv och särdirektiven tillämpas på ett konsekvent sätt.

4. De nationella regleringsmyndigheterna ska främja de intressen som medborgarna i Europeiska unionen har [...].”

Det är viktigt att här understryka att den EU-rättsliga regleringen avser att garantera de nationella regleringsmyndigheterna ett starkt oberoende i förhållande till den nationella lagstiftaren. Vad den EU-rättsliga regleringen syftar till är en gemensam tillämpning av regelverket för elektronisk kommunikation i hela EU. De nationella regleringsmyndigheterna ställs därför i ett lydheidsförhållande till Europeiska kommissionen men förväntas agera oberoende av den nationella lagstiftaren (se ang. svenska förhållanden, avsnitt 3.7). EU-domstolen fastställde detta mycket tydligt i målet C-424/07, kommissionen mot Tyskland.<sup>19</sup>

Domstolen påpekade inledningsvis att enligt artikel 1.1 i ramdirektivet inrättas genom direktivet ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationstjänster, elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster. I direktivet fastställs uppgifter för regleringsmyndigheterna och inrättas en rad förfaranden som syftar till att åstadkomma en harmoniserad tillämpning av regelverket inom hela gemenskapen.

Enligt artikel 3.2 och 3.3 i ramdirektivet samt skäl elva i direktivet ska medlemsstaterna, i enlighet med principen om åtskillnad mellan myndighetsutövande och operationell verksamhet, säkerställa regleringsmyndigheternas oberoende för att dessa ska kunna utföra sitt uppdrag på ett sätt som är opartiskt och öppet redovisat.

I ramdirektivet tilldelas regleringsmyndigheterna specifika uppdrag avseende regleringen av de elektroniska marknaderna. Enligt artikel 15 i ramdirektivet, och särskilt dess tredje punkt, ska regleringsmyndigheterna, i nära samarbete med kommissionen, definiera relevanta marknader inom sektorn för elektronisk kommunikation.

Enligt artikel 16 i ramdirektivet ska regleringsmyndigheterna därefter gå vidare till att analysera de marknader som sålunda definierats och pröva huruvida det råder effektiv konkurrens på dessa marknader. Om det inte råder effektiv konkurrens på en marknad ska den berörda regleringsmyndigheten ålägga regleringsskyldigheter för företag med betydande inflytande på marknaden.

I artikel 15.3 i ramdirektivet anges att regleringsmyndigheten vid definitionen av de relevanta marknaderna i största möjliga utsträckning ska beakta kommissionens rekommendation och riktlinjerna.

---

<sup>19</sup> 2009 s. I-11431, punkterna 53-61.

Enligt artikel 16.1 i ramdirektivet ska regleringsmyndigheterna även i största möjliga utsträckning beakta riktlinjerna när de analyserar de relevanta marknaderna för att avgöra huruvida dessa ska underställas en förhandsreglering.

När regleringsmyndigheterna utövar sina uppgifter ska de enligt artikel 7.1 i ramdirektivet ta så stor hänsyn som möjligt till de mål som fastställs i artikel 8 i direktivet. Enligt artikel 8.1 i samma direktiv ska medlemsstaterna säkerställa att regleringsmyndigheterna vidtar alla rimliga åtgärder för att uppnå de mål som framgår av nämnda artikel 8. I nämnda bestämmelse anges också att de åtgärder regleringsmyndigheten vidtar måste stå i proportion till dessa mål.

Även i artikel 8.4 i tillträdesdirektivet, liksom i artikel 17.2 i direktivet om samhällsomfattande tjänster, föreskrivs att regleringsmyndigheterna, när de beslutar om reglerade förhandsskyldigheter utifrån dessa direktiv, ska beakta målen i artikel 8 i ramdirektivet. De reglerade förhandsskyldigheterna måste vara proportionella och motiverade mot bakgrund av dessa mål.

Vid utövandet av denna regleringsfunktion har regleringsmyndigheterna en vidsträckt befogenhet att avgöra en viss marknads behov av reglering utifrån situationen i fråga från fall till fall.<sup>20</sup>

### **2.3.3 Samarbete mellan myndigheter i Europa**

Av avgörande betydelse för att man ska lyckas med att utveckla en gemensam marknad för nät och tjänster inom området elektronisk kommunikation är att bestämmelserna tillämpas på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater. Det har därför som framgått upprättats nationella regleringsmyndigheter i alla medlemsstater enligt ovan nämnda regelverk. I detalj skiljer sig ansvar och uppgifter åt mellan medlemsstaterna, men gemensamt är att det överallt finns minst en nationell regleringsmyndighet som har i uppdrag att tillämpa bestämmelserna – särskilt dem som rör den löpande tillsynen över marknaden – när de väl har omsatts i nationell lagstiftning. För att tillämpningen inte ska skilja sig åt mellan medlemsstaterna knyts de samman dels av Europeiska kommissionen, dels av Berec.

#### *Europeiska kommissionen*

Kommissionen har i uppdrag att övervaka att konkurrensförhållandena inte snedvrids på EU:s inre marknad. Området för elektronisk kommunikation utgör därmed bara en särskild sektor inom ramen för kommissionens bredare konkurrenspolitiska uppdrag. Detta innebär

---

<sup>20</sup> Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 24 april 2008 i mål C-55/06, Arcor, REG 2008, s. I-2931, punkterna 153–156.

att kommissionen i viss utsträckning kontrollerar de nationella regleringsmyndigheterna. Den fungerar som navet i ett nätverk av nationella regleringsmyndigheter. Dessa ska verka oberoende av den nationella lagstiftaren men i sina analyser och bedömningar ta vederbörlig hänsyn till kommissionens riktlinjer och synpunkter. Annars kan inte en harmoniserad tillämpning av regelverket för elektronisk kommunikation i hela EU åstadkommas. Det är mot denna bakgrund som kommissionens riktlinjer och rekommendationer bör betraktas.

Kommissionen måste vidare rapportera regelbundet hur regelverket fungerar. En översyn skedde 2006 varunder framkom att ett antal viktiga frågor kvarstod att lösa på området, särskilt bristen på konsekvens i tillämpningen av reglerna och vid tillsyn på marknaden. Skillnader i medlemsstaternas regler när det gäller nationella regleringsmyndigheters kompetens, oberoende samt finansiella och personella resurser ansågs stå i vägen för teknisk utveckling och uppfattades av företagen som hinder för gränsöverskridande verksamhet. Detta banade väg för beslutet om att bilda Berec, som dock inte blev ett i förhållande till medlemsstaterna så självständigt organ som kommissionen ursprungligen önskade.

#### *Samarbetet mellan nationella regleringsmyndigheter*

Genom artikel 7.2 i ramdirektivet upprättas ett system för samarbete mellan olika nationella regleringsmyndigheter (NRM) och mellan dessa och kommissionen, för att "säkerställa konsekvent tillämpning" av regelverket.

I artikel 7.3 och 7.5 i ramdirektivet specificeras formerna för detta samarbete. När en NRM avser att vidta en åtgärd som omfattas av bl.a. artiklarna 15 eller 16 i ramdirektivet och som skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna ska den informera övriga NRM och kommissionen. Utkastet till den tilltänkta åtgärden och skälen för denna ska göras tillgängliga för övriga NRM och för kommissionen så att dessa bereds tillfälle att yttra sig. NRM ska beakta dessa yttranden och, om den antar den tilltänkta åtgärden, meddela detta till kommissionen.

Artiklarna 15 och 16 i ramdirektivet rör marknadsdefiniering och marknadsanalys, vilka omfattas av samarbetet.

I artikel 15.3 i ramdirektivet anges följande avseende marknadsdefiniering av NRM:

"[NRM] ska i största möjliga utsträckning beakta [kommissionens rekommendationer] och [kommissionens riktlinjer] vid definitionen av de med hänsyn till nationella förhållanden relevanta marknaderna, särskilt geografiska marknader inom sitt territorium, i överensstämmelse med konkurrenslagstiftningens principer. ..."

I artikel 16.1 och 16.2 i ramdirektivet anges att NRM, efter att ha definierat de relevanta marknaderna, ska analysera dessa marknader, och därvid beakta kommissionens riktlinjer (och, när det är lämpligt, samarbeta med nationella konkurrensmyndigheter). När en NRM har att besluta om skyldigheter enligt tillträdesdirektivet eller direktivet om samhällsomfattande tjänster ska den avgöra huruvida det råder effektiv konkurrens på marknaden.

Artikel 16.3 och 16.4 i ramdirektivet rör situationen när NRM avgör huruvida det råder effektiv konkurrens på marknaden eller inte. Om det anses råda effektiv konkurrens på marknaden ska NRM inte införa eller bibehålla sådana skyldigheter som anges i artikel 16.2, och upphäva befintliga sådana skyldigheter. Om det inte anses råda effektiv konkurrens ska NRM identifiera företag med betydande inflytande på marknaden och införa, bibehålla eller ändra sådana skyldigheter.

Enligt artikel 7.4 i ramdirektivet ges kommissionen vetorätt avseende vissa åtgärder som vidtas av NRM. Förutsättningen för detta är att det rör sig om åtgärder varigenom en annan marknad definieras än dem som definierats i kommissionens rekommendationer eller varigenom det avgörs huruvida ett företag ska anses ha ett betydande inflytande på marknaden, i enlighet med bl.a. artikel 16.3 och 16.4. Dessutom måste det röra sig om sådana åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen ska ange att den föreslagna åtgärden skulle utgöra ett hinder för den inre marknaden eller att den hyser allvarliga tvivel om att den är förenlig med gemenskapslagstiftningen, särskilt med de mål som avses i artikel 8. Om så är fallet ska den föreslagna åtgärden först uppskjutas, och om kommissionen så väljer är NRM tvungen att ta tillbaka förslaget om det inte kan antas tillsammans med specifika ändringsförslag.

I artikel 7.6 i ramdirektivet föreskrivs slutligen ett nödförfarande som vid exceptionella omständigheter ska tillämpas på det system för samarbete som ovan beskrivits.

### *Berec*

När det gäller Berec framgår av förordningen<sup>21</sup> att detta organ ska bistå kommissionen och de nationella tillsynsorganen med expertutlåtanden inom ramen för deras ansvarsområden enligt EU:s rättsliga ramverk för elektronisk kommunikation.

Enligt artikel 3.3 ska de nationella regleringsmyndigheterna och kommissionen ta största möjliga hänsyn till Berecs yttranden, rekommendationer, riktlinjer, råd eller synpunkter om

---

<sup>21</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1211/2009 av den 25 november 2009 om inrättande av organet för europeiska regleringsmyndigheter för elektronisk kommunikation (Berec) och byrån (EUT nr L 337, 18/12/2009, s. 1 – 10).



bästa regleringspraxis. Berec kan om det är lämpligt konsultera de relevanta nationella konkurrensmyndigheterna innan det avger sitt yttrande till kommissionen. Berec ska överlag konsulteras i allt samråd som äger rum enligt EU:s regelverk för elektronisk kommunikation.

### **2.3.4 Konklusion**

Den roll som tilldelats nationella regleringsmyndigheter rimmar väl med den tidigare beskrivningen av regelverket för elektronisk kommunikation som ett konkurrensinriktat styrmedel som ytterst grundas på EU:s exklusiva befogenhet. De nationella regleringsmyndigheterna, som numera ska samarbeta inom ramen för Berec, är nära knutna till kommissionen och dess övergripande uppgift att få konkurrensen på EU:s inre marknad att fungera. De ska däremot – när det gäller verksamheten på marknaden – vara helt oberoende av nationellt parlament och regering i respektive land.

Stor vikt måste därför fästas vid kommissionens riktlinjer och rekommendationer samt beslut rörande enskilda medlemsstater i den mån de ger uttryck för allmänna tendenser i kommissionens uttolkning av reglerna. Naturligtvis måste också rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen beaktas. Överlag handlar det om regler som ska tolkas och tillämpas lika i alla medlemsstater även om den konkreta tillämpningen är beroende av nationella förhållanden, såsom skilda marknadsstrukturer m.m.

Har då riksdag och regering inget ansvar alls? Så förhåller det sig naturligtvis inte. Medlemsstaternas utrymme för politiskt beslutfattande inom ramen för EU:s regelverk för elektronisk kommunikation är visserligen högst begränsat, men det betyder inte att riksdag och regering inte har något ansvar. Nationella beslutsfattande organ på alla nivåer ska i enlighet med den unionsrättsliga lojalitetsprincipen (se kapitel 4 nedan) säkerställa att regelverket för elektronisk kommunikation fungerar väl i Sverige, dvs. skapa förutsättningar för en god tillämpning av regelverket. Vid själva tillämpningen är det dock den nationella regleringsmyndigheten (PTS) som i samråd med Konkurrensverket, kommissionen och Berec – utan påverkan av riksdag och regering – ska göra de marknadsekonomiska bedömningar och fatta de beslut som krävs enligt regelverket.

### **3. Genomförandet av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige**

#### ***3.1 Allmänt***

Det övergripande syftet med den EU-rättsliga regleringen på området för elektronisk kommunikation är enligt de svenska förarbetena (se bl.a. prop. 2002/03:110) att åstadkomma ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster. De mål och principer som EU-regelverket ska uppnå är främjande av dels konkurrensen på området, dels den inre marknaden och slutanvändarnas intressen. Regelverket ska ses som ett samexisterande komplement till konkurrenslagstiftningen. Ett ingripande enligt detta utesluter därmed inte ingripande enligt de generella konkurrensreglerna. I de fall där regelverken kolliderar bör de tillämpande myndigheterna (PTS och Konkurrensverket) föra en dialog för att se till att reaktionen sammantaget står i proportion till ändamålet och syftet med vidtagna åtgärder.

Det är i huvudsak genom lagen om elektronisk kommunikation (LEK) som det EU-rättsliga regelverket har genomförts i Sverige. Åtgärder som vidtas med stöd av LEK får inte vara mer ingripande än som framstår som rimligt och ska vara proportionella med hänsyn till lagens syfte och de övriga intressen som lagen ska skydda. LEK gäller elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster med tillhörande installationer och tjänster samt annan radioanvändning. Lagen är dock inte tillämplig på innehåll som överförs i elektroniska kommunikationsnät med hjälp av elektroniska kommunikationstjänster.

Grundtanken i LEK är att ha en flexibel reglering. Lagen innehåller därför, i enlighet med det EU-rättsliga regelverket, färre generella skyldigheter för operatörer än den tidigare lagstiftningen. I stället innehåller lagen verktyg som ska användas om konsumenternas behov inte tillgodoses av marknaden eller om inte konkurrensen fungerar. Skyldigheter får i stället beslutas i enskilda fall. En allmän utgångspunkt var vidare att den hittillsvarande svenska lagstiftningssystematiken inte skulle ändras i onödan. I propositionen till LEK uttalades sålunda att staten inte är bunden av t.ex. ett direktivs terminologi eller systematik, om det avsedda resultatet kan uppnås med en annan terminologi och systematik (se prop. 2002/03:110, s. 110). I propositionen påpekas också att EU-domstolen enligt EU:s rättsordning är exklusivt behörig att göra uttalanden om innebörden av EU:s rättsregler. Innan EU-domstolen har uttalat sig är det svårt att veta exakt hur ett visst direktiv ska tolkas och tillämpas. Sverige har genom anslutningen till Europeiska unionen förbundit sig att verka för en enhetlig tolkning och tillämpning av EU-rätten. Trots vissa fördelar med att genom utförliga förarbeten ge vägledning om hur lagen ska tolkas bör det därför, menade

regeringen, iakttas försiktighet när det gäller motivuttalanden i tolkningsfrågor (se prop. 2002/03:110, s. 110).

### ***3.2 Den svenska regleringsmyndigheten***

Post- och telestyrelsen (PTS) är den myndighet som tar emot anmälningar, prövar ansökningar, beslutar om skyldigheter och i övrigt prövar frågor och handlägger ärenden samt utövar tillsyn enligt lagen och enligt föreskrifter meddelade med stöd av lagen. Det är alltså PTS som med hjälp av de verktyg lagen anvisar självständigt ska uppnå de mål om bl.a. en fungerande konkurrens och en utveckling av EU:s inre marknads enligt målkatalogen i artikel 8 i ramdirektivet (se avsnitt 2.3.2).

PTS ska mot denna bakgrund fortlöpande fastställa vilka produkt- och tjänstemarknader som har sådana särdrag att det kan vara motiverat att införa skyldigheter för operatörer (marknadsbeslut). Samråd ska ske med Konkurrensverket. Vid fastställandet ska Europeiska kommissionens rekommendation om relevanta produkt- och tjänstemarknader samt riktlinjer för marknadsanalys och bedömning av ett företags betydande inflytande på marknaden beaktas. PTS ska fortlöpande analysera de relevanta marknader som har fastställts. För varje marknad ska det fastställas om det råder effektiv konkurrens.

Om det konstateras att det inte råder effektiv konkurrens på en fastställd marknad ska företag med betydande inflytande på den marknaden identifieras och beslut meddelas om skyldigheter (skyldighetsbeslut). Ett företag ska anses ha ett betydande inflytande på en fastställd marknad om det, antingen enskilt eller tillsammans med andra, har en ställning av sådan ekonomisk styrka att det i betydande omfattning kan uppträda oberoende av sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand av konsumenterna. Om det konstateras att det råder effektiv konkurrens på en fastställd marknad, ska skyldigheter som har beslutats upphävas. Tidpunkten för upphävande av en skyldighet ska bestämmas med hänsyn till berörda parter intressen.

En SMP-operatör ska i skyldighetsbesluten åläggas en eller flera skyldigheter i syfte att skapa effektiv konkurrens. Skyldigheterna kan avse att ge insyn i vissa förhållanden genom referenserbjudanden eller på annat sätt, att verka för icke-diskriminering, eller att tillämpa särredovisning och rapportering av specificerad verksamhet.

PTS prövning ska ske i följande led:

- Fastställande av den relevanta marknaden
- Analys av konkurrenssituationen på denna marknad
- Identifiering av aktör(er) med betydande inflytande på marknaden

– Beslut om särskilda skyldigheter för sådan(a) aktör(er).

Marknadsanalysen ska utföras utifrån konkurrensrättsliga principer och med hjälp av konkurrensrättslig metodik. Även vid bedömningen av marknadsinflytandet ska konkurrensrättsliga principer tillämpas samt relevant praxis från EU-domstolen beaktas. Det eller de företag som har identifierats som aktörer med betydande inflytande på en relevant marknad ska åläggas en eller flera skyldigheter i enlighet med lagen om elektronisk kommunikation. Innan skyldigheterna beslutas kan myndigheten ha att ta en rad hänsyn, bl.a. till de investeringar som är gjorda, berörda immaterialrätter och de eventuella konsekvenser beslutet kan få för nätets funktion och tekniska säkerhet.

Samtliga beslut som har betydande inverkan på en fastställd marknad ska föregås av samråd med berörda parter. Beträffande vissa av dessa beslut ska även samråd ske särskilt med Europeiska kommissionen samt med de nationella regleringsmyndigheterna i andra medlemsstater. Det påpekas att i vissa frågor om definition av relevanta produkt- och tjänstemarknader eller fastställande av företag som anses ha betydande inflytande på marknaden har kommissionen vetorätt.

Om kommissionen inom ramen för samrådsförfarandet inte delar PTS bedömning av den relevanta marknaden eller förekomsten av SMP-status kan den nämligen besluta att inte godta myndighetens förslag. Något beslut får då inte fattas av myndigheten (jfr prop. 2010/11:115, s. 66).

### ***3.3 Tvistlösning***

Uppkommer det en tvist mellan operatörer t.ex. i fråga om skyldigheter som följer av LEK, får en part hänskjuta tvisten för avgörande av PTS. Myndigheten ska så snart som möjligt besluta i de frågor som tvisten gäller. Beslutet ska som huvudregel meddelas inom fyra månader från det att begäran om tvistlösning kom in till myndigheten (7 kap. 10 § LEK). Om en part hänskjuter en tvist för avgörande, får PTS i stället avgöra tvisten inom ramen för den allmänna tillsynen eller hänskjuta tvisten till medling om det bedöms som lämpligare (7 kap. 10 b och 11 §§ LEK).

Det kan här anmärkas att de svenska bestämmelserna ändrades efter att kommissionen inlett ett överträdelseärende mot Sverige. Det följer av artikel 20.1 i ramdirektivet att om en tvist uppkommer i samband med de skyldigheter som uppstår genom detta direktiv eller sänddirektiven mellan företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster i en medlemsstat, ska den berörda nationella regleringsmyndigheten på begäran av någon av parterna fatta ett bindande beslut för att lösa tvisten. Någon närmare beskrivning om vilka tvister det kan bli frågan om föreskrivs inte

i artikeln. Enligt svensk rättspraxis har frågor som inte är specifika för ett avtal om samtrafik, såsom frågor om ställande av säkerhet, kreditprövning, avtalstid, avtal efter uppsägning och uppsägning på grund av avtalsbrott, inte ansetts ha ett sådant samband någon sådan skyldighet som avses i 7 kap. 10 § LEK att de kan bli föremål för ett tvistlösningsförfarande. Efter att ha mottagit ett klagomål inledde kommissionen år 2008 nämnda överträdelseärende mot Sverige. Enligt kommissionen begränsade den svenska lagstiftningen på området såsom den har tolkats av svenska domstolar PTS behörighet vid tvistelösning mellan operatörer. I propositionen 2008/09:159 konstaterade regeringen att de avtalsvillkor som enligt svensk rättspraxis inte kan bli föremål för ett tvistlösningsförfarande hos PTS kan ha stor betydelse för om avtal kommer tillstånd. Konsekvensen skulle kunna bli att de skyldigheter som åläggs operatörer med betydande inflytande på en viss marknad skulle förlora en stor del av sin verkan och därigenom skulle ett av huvudsyftena med LEK motverkas, nämligen främjandet av konkurrensen. Regeringen påpekade att denna situation var otillfredsställande och att det mot bakgrund av överträdelseärendet var angeläget att säkerställa att artikel 20.1 i ramdirektivet var korrekt genomförd i svensk rätt.

### ***3.4 Närmare om PTS uppdrag***

Enligt förarbetena till LEK (se prop. 2002/03:110) skulle den nya lagen medföra såväl oförändrade som helt nya uppgifter för PTS. Bland nyheterna märktes främst de beslut om särskilda skyldigheter som bygger på analyser av fastställda marknader. Många av de skyldigheter som tidigare angavs direkt i lag skulle under det nya regelverket införas genom särskilda beslut i det enskilda fallet, och endast när skyldigheten var motiverad utifrån lagens syfte. Av de övriga nya uppgifterna märktes bl.a. möjligheten till auktion när tillstånd skulle fördelas och de samrådsförfaranden som skulle föregå beslut och åtgärder.

Det fördes mot denna bakgrund en diskussion om PTS eller Konkurrensverket var mest lämpad som ansvarig myndighet på marknaden för elektronisk kommunikation. Regeringen konstaterade att de överväganden, analyser och beslut som ska ske enligt prövningen var i stora delar nya företeelser, som varken Konkurrensverket eller PTS hade tidigare erfarenhet av. Visserligen utfördes marknadsanalyser i viss omfattning redan då inom såväl PTS som Konkurrensverket. Inom PTS utfördes analyser som tar sikte på konkurrenssituationen på telemarknaden som ett led i arbetet att främja marknadens utveckling och konkurrens inom området. Konkurrensverket å sin sida utför marknadsrelaterade analyser som bl.a. innehåller bedömningar av konkurrensbegränsande avtal, missbruk av dominerande ställning och företagsförvärv. I de sistnämnda analyserna ingår också att fastställa relevanta marknader. Varken PTS eller Konkurrensverket hade emellertid utfört den typ av s.k. ex ante-bedömningar baserade på konkurrensrättsliga principer som förutsätts vid tillämpningen av EU:s regelverk för elektronisk kommunikation.

Regeringen konstaterade att Konkurrensverket hade den större erfarenheten och kunskapen om konkurrensrättsliga bedömningar och EU-rättslig praxis på området för generell konkurrensrätt. Samtidigt hade PTS den djupare kunskapen om de tekniska, ekonomiska och övriga förutsättningar som rådde på de nu aktuella marknaderna och hade därtill en betydande erfarenhet av att tillämpa och genomdriva sektorsspecifik reglering på området (se prop. 2002/03:110, s. 326).

Regeringen menade att det sista ledet i prövningen, åläggandet av särskilda skyldigheter, är en sektorsspecifik fråga som krävde ingående kännedom om marknaden, vilket talade för att PTS borde anförtros uppgiften att genomföra marknadsanalyser, identifiera företag med betydande marknadsinflytande samt besluta om särskilda skyldigheter för sådant företag.

Det ska i sammanhanget noteras att några av remissinstanserna anmärkte på att de särskilda skyldigheter som myndigheten kunde besluta om hade inslag av normgivning. Av främst principiella skäl skulle därför en uppdelning av ansvaret på så sätt att en myndighet beslutar om skyldigheterna och en annan utövar tillsyn över dem, kunna vara att föredra. Vissa av remissinstanserna förordade av detta skäl att Konkurrensverket gavs ansvaret över hela prövningen. Regeringen ansåg dock att denna omständighet, i den mån den utgjorde ett reellt problem, kunde lösas genom att fördela de olika funktionerna på olika enheter inom PTS för att undvika eventuell sammanblandning.

### ***3.5 PTS tillsyn***

PTS har tillsyn över efterlevnaden av LEK och de beslut om skyldigheter eller villkor samt de föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen. PTS får förelägga den som bedriver verksamhet som omfattas av LEK att tillhandahålla myndigheten upplysningar och handlingar som behövs för att kunna utöva tillsyn enligt lagen, bl.a. avseende efterlevnaden av de skyldigheter som ålagts en operatör. Sådana förelägganden får förenas med vite.

Finner tillsynsmyndigheten skäl att misstänka att den som bedriver verksamhet enligt LEK inte efterlever lagen eller de beslut om skyldigheter eller villkor eller föreskrifter som har meddelats med stöd av den, ska myndigheten underrätta den som bedriver verksamheten om detta och ge denne möjlighet att yttra sig. Om en sådan underrättelse inte leder till rättelse får PTS meddela de förelägganden och förbud som behövs för att rättelse ska ske.

Följs inte föreläggandet får PTS, om överträdelsen inte är av mindre betydelse, återkalla tillstånd, ändra tillståndsvillkor eller besluta att den som åsidosatt en skyldighet helt eller delvis ska upphöra med verksamheten. PTS får också meddela de ytterligare förelägganden

eller förbud som behövs för efterlevnaden av lagen eller beslut om skyldigheter, villkor eller föreskrifter som meddelats med stöd av den. Dessa förelägganden och förbud får förenas med vite.

I LEK anges inte närmare hur tillsynen ska bedrivas. Det ankommer i stället enligt förarbetena till lagen på PTS att utforma en lämplig tillsynsverksamhet med utgångspunkt i de verktyg och befogenheter som lagen föreskriver och med lagens mål som ledstjärna.

I förarbetena angavs också att en grundläggande förutsättning för en fungerande tillsyn är att initiativ och beslut är väl underbyggda. Det nämndes att det var viktigt att PTS kunde begära in de upplysningar och handlingar som var av intresse för tillsynen.

### ***3.6 Överklagandeordningen***

I artikel 4.1 i ramdirektivet anges att det ska finnas ett fungerande system enligt vilken varje användare eller företag som tillhandhåller elektronisk kommunikation och som berörs av ett beslut av en nationell regleringsmyndighet har rätt att överklaga beslutet. I Sverige har detta lösts på så sätt att beslut enligt LEK eller enligt föreskrifter som meddelats med stöd av lagen får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Av den allmänna forumregeln i 14 § andra stycket lagen om allmän förvaltningsdomstol (LAFD) följer att PTS beslut överprövas av Förvaltningsrätten i Stockholm. Förvaltningsrättens avgöranden kan överklagas till Kammarrätten i Stockholm, vars avgöranden inte får överklagas (8 kap. 19 § LEK). Att kammarrätten är sista instans och inte Högsta förvaltningsdomstolen, som normalt är fallet, följde inte av LEK från början utan infördes i syfte att påskynda hanteringen av mål enligt LEK, sedan det visat sig att detta blivit en stor och tidskrävande målgrupp.

När förvaltningsrätten avgör mål om identifiering av företag med betydande inflytande på en fastställd marknad, mål om fastställande av särskilda skyldigheter för dessa företag samt tillsyns- och tvistlösningsmål som grundar sig på sådana särskilda skyldigheter, ska rätten som huvudregel bestå av två lagfarna ledamöter och två ekonomiska experter. Förvaltningsrätten är dock domför med en lagfaren ledamot ensam vid avgörandet av mål av enkel beskaffenhet samt vid beredningsbeslut och beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål (8 kap. 25 § LEK).

När kammarrätten prövar mål om identifiering av företag med betydande inflytande på en fastställd marknad, mål om fastställande av särskilda skyldigheter för dessa företag samt tillsyns- och tvistlösningsmål som grundar sig på sådana särskilda skyldigheter, ska rätten som huvudregel bestå av tre lagfarna ledamöter och två ekonomiska experter. Vid avgörande av frågor om prövningstillstånd är dock kammarrätten domför med två lagfarna ledamöter och en ekonomisk expert. Kammarrätten är i vissa fall domför utan ekonomiska

experter, bl.a. vid prövning som inte innebär att målet slutligt avgörs. Slutligen är kammarrätten domför med en lagfaren ledamot vid beslut om avskrivning av mål efter återkallelse och med två lagfarna ledamöter, om de är ense om slutet, vid avvísning av för sent inkomna överklaganden (8 kap. 26 § LEK).

Kravet på deltagande av ekonomiska experter infördes i LEK den 1 januari 2008. I förarbetena till denna lagändring konstaterade regeringen att de bedömningar som måste göras i ärenden enligt LEK såväl av PTS som av domstolarna är komplicerade på flera sätt, inte minst ekonomiskt. Det hade enligt regeringen riktats kritik mot att metoderna för att göra marknadsanalyser och sättet att motivera beslut i sådana mål inte var utvecklade. Vidare hade domstolarnas överprövning av definitioner av relevanta marknader och av skyldighetsbeslut kritiserats. Det hade enligt regeringen också hävdats att domstolarna inte besatt tillräcklig kunskap i de frågeställningar som aktualiseras (prop. 2006/07:119 s. 19). Enligt regeringens mening var det mycket viktigt att förvaltningsdomstolarna i mål om överklagade SMP-beslut och om överklagade skyldighetsbeslut hade tillgång till såväl ett tillfredsställande underlag för sina avgöranden som tillräcklig kunskap i sakfrågorna.

Vissa mål enligt LEK ska, likaså efter en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 2008, handläggas skyndsamt av förvaltningsrätt och kammarrätt. Det gäller för mål som avser överprövning av beslut om att utpeka en dominerande operatör och beslut om att införa skyldigheter mot en sådan operatör. Skyndsamhetskravet gäller också för mål som avser överklagade beslut inom ramen för PTS tillsyns- och tvistelösningsverksamhet, om besluten rör den konkurrensfrämjande regleringen (jfr 8 kap. 23 § LEK).

För mål enligt LEK gäller dessutom särskilda preklusionsregler, som också införts för att snabba på domstolsprocesserna. Av dessa regler följer att i förvaltningsrätt får nya omständigheter eller ny bevisning åberopas när fyra månader gått från det att tiden för överklagande gått ut, endast om parten gör sannolikt att parten har haft en giltig ursäkt att inte åberopa omständigheten eller beviset tidigare. I kammarrätten får nya omständigheter eller nya bevis endast åberopas om det finns synnerliga skäl. Preklusionsreglerna infördes 2008. Bakgrunden till detta var att beslut enligt LEK överklagades i ovanligt hög grad och att handläggningen i domstol ofta inkluderade en utdragen skriftväxling. Det fanns enligt regeringen ett flertal skäl till att det var viktigt att handläggningen av LEK-målen inte drog ut på tiden. Förseningar i genomförandet av en konkurrensskapande reglering kunde leda till negativa effekter som består även efter det att regleringen trätt i kraft. En lång handläggningstid riskerade att missgynna nya aktörer och skapa nya inträdesbarriärer på marknaden, trots att regelverket syftar till att eliminera sådana barriärer.

### ***3.7 Konklusion***



Genomförandet i Sverige präglas av två aspekter som är helt begripliga men likväl kan ha betydelse för den situation med regulatorisk osäkerhet som senare uppstått. För det första tycks regeringen ha varit ovillig att överge den tidigare svenska systematiken och begreppsapparaten i framför allt den tidigare Telelagen till förmån för direktivens systematik och språkliga utformning. I propositionen uttalades som framgått att staten inte är bunden av t.ex. ett direktivs terminologi eller systematik, om det avsedda resultatet kan uppnås med en annan terminologi och systematik (se prop. 2002/03:110, s. 110).

Detta behöver inte vara negativt och överensstämmer med den övergripande principen att skyldigheter som följer av ett direktiv ska kunna genomföras i det befintliga nationella rättssystemet på det sätt som bäst passar den nationella strukturen, under förutsättning att det resultat som direktivet syftar till uppfylls. Samtidigt är det ofta viktigt att medlemsländerna respekterar de koncept och principer som direktiven innehåller. Medlemsstaterna måste se till att länken mellan direktivtexten och den nationella rätten inte skymms undan. Nationella regler som införlivar direktiv är fortfarande europeiska i den meningen att deras innebörd är beroende av hur direktivet tolkas av EU-domstolen i dess framtida rättspraxis. Det är därför av väsentligt intresse att koncept och termer i direktiv inte sammanblandas med koncept och termer som har en bestämd nationell innebörd, eftersom utgångspunkten är att ett direktiv ska tolkas och tillämpas lika i alla medlemsstater.<sup>22</sup>

I förevarande fall saknas tillräckliga skäl att påstå att EU:s direktiv i alltför stor utsträckning genomfördes mot bakgrund av nationell systematik och nationella begrepp. Även den tidigare lagstiftningen grundades delvis på EU-direktiv och i och med LEK skapades en mycket mer sammanhållen reglering, vilket i sig är imponerande mot bakgrund av det stora antalet tämligen invecklade direktiv. Det valda angreppssättet kan dock ha tonat ner betydelsen av den principiella reform som den nya direktivregleringen förde med sig, framför allt det faktum att PTS – tydligare än dittills och med stärkta befogenheter – skulle inträda som en regleringsmyndighet med syfte att bistå kommissionen i främjandet av konkurrensen på marknaden för elektronisk kommunikation i Europa.

För det andra kan skönjas en ovillighet att ge närmare vägledning av hur man förväntar sig att bestämmelserna skulle tolkas. I propositionen påpekades som framgått att EU-domstolen enligt EU:s rättsordning är exklusivt behörig att göra uttalanden om innebörden av EU:s rättsregler och trots vissa fördelar med att genom utförliga förarbeten ge vägledning om hur lagen ska tolkas borde det iaktas försiktighet när det gäller motivuttalanden i tolkningsfrågor (se prop. 2002/03:110, s. 110).

---

<sup>22</sup> Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u, Norstedts Juridik 2011, s. 181 f. Jfr dom av den 28 mars 1990 i de förenade målen C-206/88 och 207/88 Vessoso och Zanetti, REG 1990, s. I-1461. Jfr också t.ex. prop. 2007/08:25, Förlängd redovisningsperiod och vissa andra mervärdesskattefrågor, s. 152.

Osäkerheten kring tolkningen av de nya EU-bestämmelserna var naturligtvis stor. Det var dessutom fråga om ett område inom ramen för EU:s exklusiva kompetens vilket understryker betydelsen av enhetlig tolkning i hela EU. Detta hindrar emellertid inte att det många gånger kan vara lämpligt att lagstiftaren delar med sig av sina EU-rättsliga kunskaper. Lagrådet angav t.ex. i sitt yttrande av den 20 februari 2002 över en lagrådsremiss som låg till grund för regeringens proposition 2001/02:121 om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m. att det inte kunde se något hinder mot att det i svenska lagförarbeten görs vissa uttalanden om tolkningen av bestämmelser. Om en regel i ett EU-direktiv förefaller oklar och lämnar utrymme för lagstiftaren att välja mellan skilda sätt för dess genomförande i svensk rätt, framstår det tvärtom, enligt lagrådet, som naturligt och önskvärt att lagstiftaren har möjlighet att argumentera för varför han valt just den lösning som lagförslaget bygger på. Lagrådet framhöll sedan att det får ankomma på de rättstillämpande organen att värdera dessa uttalanden efter den sakliga tyngden hos de framförda argumenten mer än utifrån auktoriteten hos den som framför dem. Skulle det visa sig vara motiverat kan domstolarna alltid begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.<sup>23</sup>

När det gäller tolkningsproblem i nu aktuellt avseende bör beaktas att det redan fanns vägledning i kommissionens riktlinjer och rekommendation. Det fanns alltså möjlighet för regeringen att integrera kommissionens uttalanden vid bedömningen av hur de nya reglerna skulle tolkas. Vid en läsning av propositionen till LEK kan konstateras att detta gjordes i mycket liten utsträckning. Det kan alltså konstateras att regeringen avstod från att använda sig av motivuttalanden i syfte att underlätta för den framtida tillämpningen av reglerna. Det är troligt att en ökad betoning av PTS och kommissionens roll vid tillämpningen av regelverket skulle ha bidragit till en mer effektiv tillämpning av reglerna i Sverige.

En omständighet som kan vara av betydelse för den osäkerhet som senare kom att råda är också PTS uppfattning att vid införandet av LEK underskattades behovet av stabilitet och överskattades på samma sätt nödvändigheten av flexibilitet. Den flexibla regleringstekniken drevs enligt PTS längre än vad som krävdes för att korrekt införliva direktiven (fler frågor kunde ha reglerats direkt i lag på samma sätt som tidigare var fallet) och detta försämrade förutsebarheten betydligt mer än vad som var nödvändigt. PTS menade att detta kunde få olyckliga konsekvenser för konkurrensutvecklingen inom sektorn (se prop. 2002/03:110, s. 112).

PTS framförde i anslutning härtill att uttalanden i direktiven av innebörden att speciell konkurrensfrämjande lagstiftning endast skulle användas när det fanns ett särskilt behov av detta, enligt PTS, endast var en grund för dåvarande EG:s ställningstagande att införa en sektorsspecifik lagstiftning på området. De var inte en anvisning för hur lagstiftningen skulle införlivas eller tillämpas. Grundläggande rättigheter och skyldigheter, såsom

---

<sup>23</sup> Ibid.

samtrafikskyldighet och tillträde till accessnätet, borde enligt PTS anges i lag (se prop. 2002/03:110, s. 112).

Regeringen anförde med anledning härav (se prop. 2002/03:110, s. 114) att det nya EU-regelverkets systematik och uppbyggnad vad gäller konkurrensrelaterade regler byggde på att åtgärder vidtogs i enskilda fall först efter det att ett behov konstaterats. Regeringen delade därför inte PTS syn att nämnda ingresspunkt och andra uttalanden i direktiven endast utgjorde en beskrivning för ställningstagandet att besluta sektorspecifika direktiv. Tvärtom angav exempelvis tillträdesdirektivet uttryckligen att de nationella regleringsmyndigheterna under vissa förutsättningar skulle kunna införa skyldigheter. Framförallt måste beslut av regleringsmyndigheterna enligt artikel 4 i ramdirektivet kunna överklagas, vilket enligt regeringen var oförenligt med att skyldigheterna framgår direkt av lag. Såvitt avser konkurrensrelaterade frågor borde, enligt regeringen, skyldigheter för enskilda i stället inträda först när det föreligger ett konstaterat behov.

Regeringen medgav att detta sätt att utforma lagstiftningen kunde uppfattas som att förutsebarheten försämrades. Utgångspunkten var emellertid att de ingripanden som i framtiden skulle göras skulle vara proportionerliga och inte gå utöver vad som var nödvändigt för att komma till rätta med ett specifikt problem på marknaden.

Jag delar regeringens bedömning. Poängen med den nya ordningen var att de konkurrensfrämjande åtgärder som skulle vidtas skulle ske genom individuella beslut och därmed bli mer träffsäkra än den tidigare detaljregleringen. Denna inriktning följde av de politiska beslut som fattats på EU-nivå och den minskande förutsebarhet som följde därav får därför betraktas som en nödvändig bieffekt. Samtidigt måste emellertid konstateras att uttalandet manar till försiktighet när det gäller marknadsingripanden överhuvudtaget och knappast gav PTS råg i ryggen inför den framtida tillämpningen av regelverket. Detta kan vara en förklaring till att PTS inledningsvis kritiserades för att vara alltför passiv i sin roll som regleringsmyndighet.

Slutligen ska nämnas att PTS koppling till kommissionen inte alls analyserades i ett svenskt förvaltningsrättsligt perspektiv. En fråga som hade bort ventileras är hur förbudet mot ingrepp i en myndighets enskilda ärenden som innefattar tillämpning av lag eller myndighetsutövning mot enskilda i 12 kap. 2 § RF ska förstås i detta sammanhang. Kommissionen har som framgått i vissa frågor om definition av relevanta produkt- och tjänstemarknader eller fastställande av företag som anses ha betydande inflytande på marknaden vetorätt. Denna situation är visserligen inte unik för PTS. Kommissionen kan t.ex. ta över ärenden från Konkurrensverket – om konkurrensen på europeisk nivå är i fara – och det finns många svenska myndigheter som genom EU-lagstiftning förväntas fungera som en slags nationella EU-myndigheter med uppgift att verka för EU-rättens genomslag i Sverige.

Från ett EU-rättsligt perspektiv är detta fullt begripligt. EU har inte någon egen förvaltningsorganisation för att genomdriva EU-rätten i medlemsstaterna, utan detta görs i stor utsträckning av de nationella förvaltningsmyndigheterna. Vid utförande av denna uppgift åtnjuter medlemsstaterna en institutionell autonomi i förhållande till EU, innebärande att det är medlemsstaterna som ensidigt avgör vilka myndigheter inom den nationella förvaltningen som ska få till uppgift att genomföra EU-rätten (se nästa avsnitt).

EU har emellertid – och i ökad utsträckning – utvecklat mekanismer för att kunna utöva ett inflytande över de nationella förvaltningarna. Allt fler sekundärrättsliga regler anger numera hur medlemsstaternas förvaltningar ska handlägga ärenden och samarbeta med varandra.<sup>24</sup> Organisatoriskt befinner sig dock de nationella förvaltningsmyndigheterna under regeringen, vilket medför att de naturligtvis står i ett beroendeförhållande även till den. Det talas därför om att de nationella förvaltningsmyndigheterna verkar under *dubbla eller till och med multipla lojaliteter*, gentemot EU, den egna regeringen och andra samarbetspartners inom den integrerade förvaltningen.<sup>25</sup>

PTS situation är ett typiskt exempel på detta och som framgått anser jag att enligt regelverket för elektronisk kommunikation är lydnapplikten betydligt starkare i förhållande till kommissionen än till den svenska regeringen och riksdagen. Som framgått ställs de nationella regleringsmyndigheterna i ett lydnapförhållande till Europeiska kommissionen men förväntas agera oberoende av den nationella lagstiftaren. EU-domstolen fastställde detta mycket tydligt i målet C-424/07, kommissionen mot Tyskland,<sup>26</sup> där den bl.a. poängterade att medlemsstaterna, i enlighet med principen om åtskillnad mellan myndighetsutövande och operationell verksamhet, ska säkerställa regleringsmyndigheternas oberoende för att dessa ska kunna utföra sitt uppdrag på ett sätt som är opartiskt och öppet redovisat. Regleringsmyndigheterna ska, i nära samarbete med kommissionen, definiera relevanta marknader inom sektorn för elektronisk kommunikation och vid definitionen av de relevanta marknaderna i största möjliga utsträckning beakta kommissionens rekommendation och riktlinjerna. Regleringsmyndigheterna ska även i största möjliga utsträckning beakta riktlinjerna när de analyserar de relevanta marknaderna för att avgöra huruvida dessa ska underställas en förhandsreglering. Det hade varit på sin plats att regeringen tydligare redovisade och diskuterade detta förhållande i förarbetena till LEK. Det hade sannolikt kunnat bidra till en effektivare tillämpning av LEK. En del av den regulatoriska osäkerheten synes, i synnerhet de första år då LEK tillämpades, bl.a. bottna i ett

---

<sup>24</sup> Se till exempel artikel 8 och 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden och artikel 4 och 8 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 764/2008 om förfaranden för tillämpning av vissa nationella tekniska regler på produkter som lagligen saluförts i en annan medlemsstat.

<sup>25</sup> Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u, Norstedts Juridik 2011. Jfr Egeberg, M. & Trondal, J., *National Agencies in the European Administrative Space: Government Driven, Commission Driven or Networked*, Public Administration 2009, nr 4, s. 779-790.

<sup>26</sup> 2009 s. I-11431, punkterna 53-61.

ifrågasättande av PTS roll. Det var t.ex. då vanligt förekommande att PTS beslut efter överklagande inhiberades i förvaltningsdomstolarna.

## **4. Processuella och förvaltningsrättsliga aspekter som faller utan för den direktivstyrda EU-regleringen**

### ***4.1 Processuell och institutionell autonomi***

EU-rätten tillämpas i medlemsstaterna i enlighet med varje medlemsstats förvaltningsmodell och processuella system. Man brukar därmed säga att medlemsstaterna åtnjuter institutionell och processuell autonomi vid genomförandet och tillämpningen av EU-rätten i landet.

Mot bakgrund av principen om processuell autonomi tillämpar en nationell domstol som huvudregel nationell process- och förvaltningsrätt även när den prövar en talan som grundas på EU-rätten. I den utsträckning EU-rätten inte innehåller några processuella eller förvaltningsrättsliga bestämmelser rörande t.ex. hur en viss EU-rättslig rättighet ska tillvaratas, ska i varje medlemsstats rättsordning anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden som är tillämpliga för att väcka talan i syfte att tillvarata rättigheten i fråga.

Den nationella processuella autonomin kan dock vara problematisk om man vill garantera EU-rättens enhetliga genomslag i samtliga nationella rättsordningar. En EU-rättslig regel, t.ex. en direktivbestämmelse, kan inte tillämpas om en processuell regel hindrar den enskilde att väcka talan vid den nationella domstolen. I ett sådant fall spelar det ingen roll att direktivbestämmelsen genom att grunda rättigheter för enskilda kan ha s.k. direkt effekt och tillerkännas företräde framför motstridiga nationella materiella regler, eftersom den enskilde ändå är processuellt förhindrad att tillvarata sin rätt enligt direktivet.

EU-rätten ställer därför vissa krav även på medlemsstaternas process- och förvaltningsrätt.

EU-domstolen har sålunda uttalat att i avsaknad av EU-rättsliga bestämmelser på området ska det i varje medlemsstats rättsordning anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata de rättigheter som för enskilda följer av unionsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundar sig på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller

göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen).<sup>27</sup>

Medlemsstaterna ska härvid beakta den s.k. lojalitetsprincipen i artikel 4.3 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU), vilken har följande lydelse:

”Enligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen.

Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter.

Medlemsstaterna ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.”

Överlag kan sägas att lojalitetsprincipen innebär att medlemsstaterna har en skyldighet att säkerställa EU-rättens effektiva genomslag. Detta är något som i efterhand kan konstateras ha brustit i Sverige mot bakgrund av den regulatoriska osäkerhet som fortfarande anses föreligga. Regeringen bör mot denna bakgrund överväga åtgärder som säkerställer en mer rättssäker tillämpning av LEK, vilket det finns anledning att återkomma till längre fram.

EU-regleringen angående elektronisk kommunikation avser inte att harmonisera de nationella bestämmelserna om tillämpliga domstolsförfaranden. De avser inte heller att harmonisera omfattningen av domstolsprövningen. Däremot finns särskilda bestämmelser om talerätt, som i frånvaro av uttryckliga EU-bestämmelser annars hänförs till den processuella autonomi.

## **4.2 Talerätsregler**

I artikel 4.1 i ramdirektivet anges som nämnts ovan att det ska finnas ett fungerande system enligt vilken varje användare eller företag som tillhandhåller elektronisk kommunikation och som berörs av ett beslut av en nationell regleringsmyndighet har rätt att överklaga beslutet. Det ankommer på medlemsstaterna att själva säkerställa att detta fungerar.

Denna artikel genomfördes i Sverige genom 8 kap. 19§ LEK. Ursprungligen framgick inte vem som hade rätt att överklaga utan det följde av 22§ förvaltningslagen (1986:223). Enligt denna bestämmelse är det endast den som beslutet angår som får överklaga, om der gått honom emot och är överklagbart. Enligt den praxis som har vuxit fram på området följer att de

<sup>27</sup> Se dom av den 17 juni 2004 i mål C- 30/02, Recheio – Cash & Carry, REG 2004, s. I- 6051, punkt 17, och av den 7 juni 2007 i de förenade målen C- 222/05–C- 225/05, van der Weerd m.fl., REG 2007, s. I- 4233, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

beslut som riktar sig till andra än klagande i målet inte är av den arten eller medför sådana rättsverkningar att operatören har rätt att överklaga det. Av dessa skäl kunde konkurrenter till den operatör som var föremål för ett beslut enligt LEK ursprungligen inte klaga på detta.

Redan i kommissionens lägesrapport om den europeiska inre marknaden för elektronisk kommunikation år 2004 påpekades att detta var problematiskt och oförenligt med ramdirektivet. Kommissionen inledde också ett överträdelseärende mot Sverige med anledning av att de ansåg att de svenska talerättsmöjligheterna enligt LEK var för snäva.

EU-domstolen konstaterade sedermera i mål C-426/05, *Tele2 Telecommunication*<sup>28</sup> (punkt 39) att den aktuella bestämmelsen i ramdirektivet skall tolkas så, att rätten att överklaga även ges till andra personer än dem som ett beslut fattat av den nationella regleringsmyndigheten avseende en marknadsanalys riktar sig till. Med begreppet personer "som berörs", i den mening som avses i denna bestämmelse, ska således avses företag som konkurrerar med ett företag med (tidigare) betydande inflytande på den relevanta marknaden, om deras rättigheter potentiellt påverkas av ett sådant beslut.

EU-domstolen framhöll att artikel 4 i ramdirektivet är ett uttryck för principen om ett effektivt domstolsskydd, vilken utgör en allmän princip för unionsrätten med ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som har stadfäst i artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950.<sup>29</sup> Enligt denna princip åligger det medlemsstaternas domstolar att säkerställa det rättsliga skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten. Skyldigheten att säkerställa ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 4 i ramdirektivet ska även tillämpas vad beträffar användare och företag som kan ha rättigheter enligt unionsrätten, exempelvis enligt direktiv som rör telekommunikationer, och vars rättigheter påverkas av ett beslut fattat av en nationell regleringsmyndighet.

Med anledning av denna dom och det inledda överträdelseförfarandet ändrades LEK (prop 2008/09:159) och en särbestämmelse infördes om rätten att överklaga beslut enligt lagen.

### ***4.3 Frågor om bevisbörda***

Till den processuella autonomi hör också bevisfrågor. Till skillnad från bestämmelserna om talerätt saknas helt indikationer om bevisbörda i EU:s regelverk för elektronisk

---

<sup>28</sup> REG 2008, s. I-685.

<sup>29</sup> Dom av den 13 mars 2007 i mål C- 432/05, *Unibet*, REG 2007, s. I- 2271, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

kommunikation. Det ankommer därför på medlemsstaterna att, i enlighet med sina egna processrättsliga regler, fastställa de bevisregler som är tillämpliga, inbegripet hur bevisbördan ska fördelas mellan den nationella regleringsmyndighet som har fattat beslutet och den part som har angripit beslutet.

Även här måste dock den ovannämnda principen om ett effektivt och likvärdigt domstolsskydd iakttas.

EU-domstolen har sålunda uttalat att det följer av rättspraxis att medlemsstaterna ska säkerställa att de bevisregler som tillämpas på en talan som rör en tvist avseende åsidosättande av unionsrätten för det första inte får vara mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundar sig på nationell rätt och för det andra inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt för enskilda att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.<sup>30</sup>

Kammarrätten påpekade detta i RK 2010:3 där den beaktade den unionsrättsliga principen om effektivt rättsskydd. Kammarrätten uttalade sålunda att EU-domstolen i mål C-55/06, Arcor AG & Co. KG ./. Tyskland hade behandlat bl.a. bevisregler i frågor om kostnadsorienterad prissättning för tillträde till accessnät. EU-domstolen har uttalat bl.a. följande. Gemenskapsrätten innehåller inte några regler om vem som, vid en domstolsprövning, har bevisbördan för att principen att avgifterna för tillträde till accessnätet ska vara kostnadsorienterade har följts. Det ankommer därför på medlemsstaterna att, i enlighet med sina egna processrättsliga regler, fastställa de bevisregler som är tillämpliga, inbegripet hur bevisbördan ska fördelas mellan den nationella regleringsmyndigheten och den part som har angripit prissättningen. Medlemsstaterna får dock inte utöva denna behörighet utan att iakttä de gemenskapsrättsliga principerna om ett effektivt och likvärdigt domstolsskydd. Medlemsstaterna ska säkerställa att de bevisregler som tillämpas på en talan som rör en tvist avseende åsidosättande av gemenskapsrätten för det första inte är mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundar sig på nationell rätt och för det andra inte gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt för enskilda att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

Kammarrätten konstaterade sedan att det vid PTS tillsyn av den s.k. hybridmodellen för prisberäkning, vilken bygger på en mängd antaganden om vilka kostnader en tänkt effektiv operatör skulle ha haft, framstår som orimligt svårt eller i praktiken omöjligt för en operatör att vederlägga myndighetens antaganden med den styrka som vanligtvis avses med uttrycket "visat". Mot den bakgrunden fann kammarrätten att en sådan tolkning av uttrycket "visa" i 4 kap. 11 § tredje stycket LEK inte var förenlig med unionsrättens princip om ett effektivt rättsskydd. Bestämmelsen i 4 kap. 11 § tredje stycket LEK skulle således antas ge uttryck

---

<sup>30</sup> Jfr dom av den 3 februari 2000 i mål C- 228/98, Dounias, REG 2000, s. I- 577, punkt 69 och där angiven rättspraxis.



endast för principen att bevisbördan för att priserna är rättvisa och skäliga med hänsyn till kostnaderna åvilar den operatör som har förpliktats att kostnadsorientera sin prissättning. Denna tolkning stod också, menade kammarrätten, i överensstämmelse med bestämmelsens förarbeten.

Det saknas möjlighet att i detta sammanhang analysera bevisbördefrågan på djupet, men det kan ändå konstateras att de beviskrav som ställs på PTS (genom att inte ställas på den som klagar) framstår som långtgående, särskilt mot bakgrund av den normerande roll PTS förväntas ha. Hänvisningen till rättsskyddsprincipen framstår inte heller som helt adekvat i sammanhanget eftersom syftet med denna princip är att enskilda ska tillförsäkras möjlighet att få till stånd en rättslig prövning av beslut som går dem emot. Den syftar inte till att underlätta bevisläget i mål där en myndighet fattar beslut efter komplicerade marknadsekonomiska bedömningar. Det normala bevisbördeläget i konkurrens mål där Europeiska kommissionen fattat beslut i komplexa ekonomiska frågor är att den som klagar måste visa att kommissionen gjort sig skyldig till en uppenbart felaktig bedömning (se avsnitt 6.5). Tröskeln är alltså ganska hög och det finns en underförstådd presumtion att myndighetens beslut är riktigt (särskilt om det under alla förhållanden handlar om en mängd antaganden av ekonomisk art). Mitt intryck av Marknadsdomstolens rättspraxis rörande Konkurrensverkets beslut är också att den som klagar har en tung börda i bevishänseende även här. Kammarrätten tycks i mål enligt LEK använda sig av en annan måttstock än som är normalt på konkurrensområdet när det gäller PTS beslut och kan därmed ha övertolkat de EU-rättsliga kraven på likvärdighet och effektivitet. Detta kan ha försvårat för en effektiv tillämpning av LEK.

#### ***4.4 Omfattningen av domstolsprövningen***

En annan fråga som anknyter till det nyss sagda är hur omfattande domstolsprövningen bör vara.

EU:s regelverket för elektronisk kommunikation innehåller inte någon bestämmelse enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva en särskild form av domstolsprövning av de beslut som de nationella regleringsmyndigheterna fattar. Det ankommer sålunda på medlemsstaterna att säkerställa att domstolsprövningen blir effektiv och fungerar.

I detta avseende aktualiseras svenska förvaltningsdomstolarnas relativt säregna makt att inte bara kassera överklagade förvaltningsbeslut, utan även sätta ett nytt beslut i deras ställe. I ett EU-perspektiv har ifrågasatts om denna ordning verkligen kan eller bör bestå, då den ger domstolarna en ställning som kommer nära politiska ställningstaganden, den inte respekterar gränsen mellan förvaltning och domstol och den därmed inte upprätthåller en grundläggande maktdelning som varje konstitutionellt system bör ha. Till detta kommer att

ett system som det svenska kan leda till att domare utan egentliga sakkunskaper fattar samhälleligt viktiga beslut som det vore lämpligare att experter på myndigheter stod bakom.<sup>31</sup> Vidare har mer allmänt hävdats att det vore bättre om Sverige anpassade sig till en prövningsmodell som är mer normal för Europa, inte minst mot bakgrund av att EU-rätten kan förväntas utvecklas efter vad som är mer vanligt förekommande i medlemsstaterna.

Thomas Bull har anfört att en del av dessa resonemang synes vila på missförstånd av hur de svenska förvaltningsdomstolarna utövar sin dömande makt.<sup>32</sup> Han påpekar vidare att den europeiska modell som det talas om inte är så enhetlig som man gör gällande och att inte heller beskrivningen av det svenska systemet är helt rättvisande.<sup>33</sup> Enligt Bull finns inte något enhetligt europeiskt sätt att fördela domstolars kompetens i förvaltningsmål. Full prövning är normen i common law-länder såsom England och Irland samt i Sverige och Finland, som ju har många rättsliga traditioner gemensamt. Kassationsprövning är normen i länder som Frankrike, Italien och Spanien. Men verkligheten är inte så enkel som en sådan lista antyder. För det första finns det en rad länder vars rättssystem inte lätt går att passa in i vare sig den ena eller den andra av dessa modeller. Tysk rätt innefattar enligt Bull t.ex. inslag av båda formerna av prövning och det gör även andra system som i hög grad är influerade av tyskt rättstänkande. Vidare är det så att i länder med möjlighet till full prövning så utnyttjas inte denna överallt eller på alla administrativa områden och i länder med kassationsprövning så förekommer möjligheter till full prövning likafullt på vissa områden. I t.ex. fransk rätt, som ofta används som exempel på ett system där full prövning inte förekommer, är det faktiskt tvärtom. Redan 1971 kom det franska Conseil d'Etat med ett avgörande där man satte ett eget beslut istället för myndigheternas avgörande. I Frankrike och Italien tycks man också på senare tid mera allmänt ha gjort avsteg från en renodlad kassationsmodell. Det franska institutet réformation synes vara något som inte ligger alltför långt borta från en svensk förvaltningsdomstols ändring av en förvaltningsmyndighets beslut.

Men hur är det då med EU-rätten och dess betydelse? EU-rättens inflytande har alltså anförts som ett argument för att avskaffa den fulla prövningen i Sverige. Det har hävdats att lagstiftningen på vissa områden inom EU-rätten är så komplex att särskild expertkunskap behövs, varför ett kassationssystem är att föredra, då detta innebär att domstolarna inte involveras i sakfrågor som de inte har djupare förståelse för.

---

<sup>31</sup> Se t.ex. Smith SvJT 2000, Sverige som konstitutionell demokrati, s. 21 ff. Se även Edvardsson, Domstolsprövning av förvaltningsbeslut lämplighet, I: Regeringsrätten 100 år (2009)s. 97 ff. och Smith, Regeringsrätten som ”domstol”, a.a., s. 480.

<sup>32</sup> Se Arvet från Oxenstierna – reflektioner kring den svenska förvaltningsmodellen och EU, Sieps 2012:2op, s. 16.

<sup>33</sup> Ibid.

Enligt Bull förhåller det sig snarare på motsatt sätt.<sup>34</sup> Inom EU-rätten finns ett krav på effektiva rättsmedel, som alla medlemsstater måste leva upp till. Detta leder i sin tur till att nationella domstolar inte kan vara alltför passiva i sin kontroll av nationella myndigheters beslut, utan det krävs utifrån ett EU-rättsligt perspektiv att man aktivt och i sak prövar dessa för att ge enskilda ett fullgott rättsskydd. I ljuset av detta talar EU-rättens påverkan på nationella system snarast för en full prövning, än emot detsamma.

Bull påpekar också att de svenska förvaltningsdomstolarna dessutom alltid, istället för att fatta ett eget beslut i myndighetens ställe, kan undanröja beslutet och återförvisa ärendet på det sätt som är vanligt i kassationssystem.<sup>35</sup> Detta är vanligt förekommande, särskilt i fall där det antingen är så att ärendet inte prövats i sin helhet eller där myndighetens särskilda kompetens gör sig särskilt gällande och domstolen kan känna osäkerhet om vilket beslut man egentligen skulle ta. Svenska förvaltningsdomstolar saknar således inte möjlighet att låta expertkunnande och kännedom om faktiska förhållanden ha avgörande betydelse för vilket beslut som fattas och denna möjlighet utnyttjas i praktiken. Risken för att domstolarna tvingas in i bedömningar av sakfrågor som de har liten kompetens för att avgöra är knappast större än den är i alla rättsliga processer.

På området elektronisk kommunikation förekommer som framgått normerande myndighetsbeslut där domstolen på något sätt måste respektera regleringsmyndighetens utrymme för skönmässig bedömning, dvs. det handlingsutrymme inom lagens ram som regleringsmyndigheterna tilldelas enligt EU-regleringen (se avsnitt 2.3).

När det är fråga om beslut i komplexa ekonomiska frågor bör domstolarna undvika att sätta ett nytt beslut i myndighetsbeslutets ställe. Detta skulle ge domstolarna en ställning som kommer nära det som anförtrotts regleringsmyndigheten utan att möjligheterna till samråd med kommissionen och Berec står öppna. Detta står inte i överensstämmelse med de grundläggande principerna för kompetensfördelning som EU-regleringen för elektronisk kommunikation vilar på. Det ska dock anmärkas att detta inte gäller alla beslut som PTS fattar utan bara sådana där ett skönmässigt utrymme vid ekonomiskt komplicerade bedömningar gör sig gällande.

Det är möjligt att de svenska förvaltningsdomstolarna här bör inspireras av den rättskontroll som utövas av EU:s tribunal när det gäller kommissionens beslut i frågor som rör komplexa ekonomiska bedömningar.

Tyska förvaltningsdomstolar tycks ha inspirerats av denna rättspraxis på området för elektronisk kommunikation.

---

<sup>34</sup> Ibid., s. 18.

<sup>35</sup> Ibid., s. 19.

I målet Arcor anförde bl.a. den tyska regeringen att enligt rättspraxis är domstolsprövningen på områden där EU:s institutioner enligt unionsrätten tillerkänns ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning på grund av de komplicerade ekonomiska bedömningar som dessa har att göra, begränsad till en kontroll av huruvida åtgärden i fråga är behäftad med ett uppenbart fel eller innebär maktmissbruk, eller om institutionen uppenbart har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning.<sup>36</sup>

Genom att analogt tillämpa denna rättspraxis vid tyska domstolar hävdade den tyska regeringen att de bedömningar som de nationella regleringsmyndigheterna gjorde av tillämpningen av principen för fastställande av avgifter i artikel 3.3 i den då gällande förordning nr 2887/2000 utgjorde komplicerade ekonomiska bedömningar och att följaktligen även den tyska förvaltningsdomstolens kontroll borde vara begränsad. De bedömningar som det var fråga om var de nationella regleringsmyndigheternas bedömningar av vilka kostnader som skulle tas i beaktande, hur dessa kostnader skulle beräknas och hur dessa kostnader redovisningsmässigt skulle styrkas i det fall det gjordes en fiktiv värdering av den lokala infrastrukturen för telekommunikationer.

EU-domstolen anförde att det ankom på den tyska domstolen att säkerställa att de skyldigheter som följde av förordning skulle iakttas men att det inte fanns någon föreskrift i unionsrätten enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva en särskild form av domstolsprövning av de beslut som de nationella regleringsmyndigheterna fattar. Det ankommer sålunda på medlemsstaterna att, med utövande av sin processuella autonomi, bestämma vilka domstolar som är behöriga, vilka slags mål de får pröva och de närmare föreskrifterna för domstolsprövningen. Medlemsstaterna ska emellertid iakttå principerna om ett likvärdigt och effektivt domstolsskydd. Den nationella domstolen ska mot denna bakgrund säkerställa att de skyldigheter som följer av EU-lagstiftningen iakttas. I det aktuella fall poängterades att fastställda avgifter för tillträde till accessnätet skulle vara klara, tydliga och icke-diskriminerande.

## ***4.5 Konklusion***

Det konstaterades ovan att det följer av lojalitetsprincipen att medlemsstaterna har en skyldighet att säkerställa EU-rättens effektiva genomslag. Det konstaterades också att detta knappast än så länge är fallet med regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige. Regeringen bör därför överväga åtgärder som säkerställer en mer rättssäker tillämpning av LEK. Samtidigt har framkommit att en del av förklaringen till att LEK inte har fungerat kan

---

<sup>36</sup> Se bland annat dom av den 21 januari 1999 i mål C- 120/97, Upjohn, REG 1999, s. I- 223, punkt 34, och av den 9 juni 2005 i de förenade målen C- 211/03, C- 299/03 och C- 316/03–C- 318/03, HLH Warenvertrieb och Orthica, REG 2005, s. I- 5141, punkt 75).

ligga i den efterföljande förvaltningsrättsliga prövningen. Problemet är i så fall inte så lätt att rätta till för regeringen. Man kan säga att det är systembetonat eller rättskulturellt. PTS roll och uppdrag respekteras inte fullt ut av förvaltningsdomstolarna, vilket skapar en osäkerhet på marknaden. Det lönar sig helt enkelt allt för väl att överklaga PTS beslut.

Frågan om vilken bevisbörda som ska krävas för att det ska anses bevisat att PTS beslut är felaktiga hänger samman med detta. Som framgått anser jag att de krav som ställs på PTS att kunna rättfärdiga sina beslut i ekonomiskt hänseende framstår som långtgående, särskilt mot bakgrund av den normerande roll PTS förväntas ha. Samtidigt måste naturligtvis PTS beslut kunna kontrolleras. Jag kommer längre fram att visa hur man inom EU kontrollerar att kommissionen inte missbrukar sitt handlingsutrymme vid komplicerade ekonomiska bedömningar i konkurrens mål, vilket jag anser är en jämförbar situation (se kapitel 7).

Som jag kommer att beröra närmare i det följande anser jag emellertid inte att en laglighetsprövning enligt svensk modell skulle vara att föredra framför en lämplighetsprövning i de svenska förvaltningsdomstolarna. En typisk laglighetsprövning riskerar att inte tillgodose de krav som följer av EU-rätten. Det får anses följa av EU-rätten att domstolskontrollen av regleringsmyndigheter på området elektronisk kommunikation ska vara tämligen ingående. Som framgått (avsnitt 2.3.2) måste överklagandeinstansen vara i stånd att pröva omständigheterna i ärendet och inte bara huruvida det förfarande som har följts varit formellt riktigt. Däremot bör domstolarna hitta former för hur PTS skönsmässiga bedömningar i ekonomiskt komplicerade frågor ska hanteras. Som nämnts ovan kan kontrollen inte vara likartad i alla fall. Domstolskontrollen bör i likhet med den som tillämpas på europeisk nivå, anpassas till de särskilda omständigheterna i varje fall. Det tycks, åtminstone enligt Bull, finnas utrymme för detta enligt den sedvanliga prövningsformen i svenska förvaltningsdomstolar (lämplighetsprövning). Inom ramen för denna prövning finns möjlighet att låta expertkunnande och kännedom om faktiska förhållanden ha avgörande betydelse för vilket beslut som fattas. Som framgått kan de svenska förvaltningsdomstolarna, istället för att fatta ett eget beslut i myndighetens ställe, undanröja beslutet och återförvisa ärendet. Detta är lämpligt om beslutet är behäftat med allvarliga brister samtidigt som myndighetens särskilda kompetens gör sig gällande och domstolen kan känna osäkerhet om vilket beslut man skulle kunna ta i dess ställe. Det viktigaste i sammanhanget är som sagt att utveckla en prövning som i ett samhällsperspektiv framstår som adekvat mot bakgrund av PTS roll på den svenska marknaden och dess koppling till kommissionen och Berec, vilket i sig innebär en förhandskontroll av beslutens sakinhåll till följd av de samråd som måste äga rum.

## **5. Tillämpning av regelverket för elektronisk kommunikation i Sverige**

### ***5.1 Inledning***

PTS är som framgått den förvaltningsmyndighet som i Sverige har ett samlat ansvar på området för elektronisk kommunikation. PTS tar emot anmälningar, prövar ansökningar, beslutar om skyldigheter och i övrigt prövar frågor och handlägger ärenden samt utövar tillsyn enligt LEK och enligt föreskrifter meddelade med stöd av lagen (se t.ex. 2 kap. 1 § och 7 kap. 1 § LEK samt 2 § förordningen [2003:396] om elektronisk kommunikation). Myndigheten ska fortlöpande fastställa vilka produkt- och tjänstemarknader som har sådana särdrag att det kan vara motiverat att införa skyldigheter för operatörer (8 kap. 5 § LEK). Myndigheten ska vidare fortlöpande analysera dessa marknader och för varje marknad fastställa om det råder effektiv konkurrens. Om det konstateras att det inte råder effektiv konkurrens på en fastställd marknad, ska företag med betydande inflytande på den marknaden identifieras (s.k. SMP-operatör) och beslut meddelas om skyldigheter (8 kap. 6 § LEK). Skyldigheterna kan avse operatörernas prissättning. En typ av prisreglering som en operatör kan åläggas är att inte ta ut mer än kostnadsorienterat pris för en viss tjänst (jfr 4 kap. 4–12 §§ LEK).

PTS beslut får som framgått överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Av den allmänna forumregeln i 14 § andra stycket LAFD följer att PTS beslut överprövas av Förvaltningsrätten i Stockholm. Förvaltningsrättens avgöranden kan överklagas till Kammarrätten i Stockholm, vars avgöranden inte får överklagas (8 kap. 19 § LEK).

### ***5.2 Framförd kritik***

Det har påpekats från flera håll att prövningsordningen enligt LEK är tungrodd. Lång tid förflyter mellan ett tillsynsbeslut av PTS och den slutliga prövningen av detta efter överklagande. Att så är fallet är naturligtvis bekymmersamt. Dessutom har det visat sig att besluten hittills i stor utsträckning har ändrats eller upphävts, varför skyldigheternas åsyftade effekt till stora delar förfelats.

Vid regeringens många översyner av LEK har dessa problem dryftats. Regeringen har sålunda konstaterat att beslut enligt LEK överklagas i ovanligt hög grad och att handläggningen i domstol ofta inkluderade en utdragen skriftväxling. Det finns enligt regeringen ett flertal skäl till att det är viktigt att handläggningen av LEK-målen inte drar ut på tiden. Förseningar i genomförandet av en konkurrensskapande reglering kan leda till negativa effekter som består även efter det att regleringen trätt i kraft. En lång handläggningstid riskerade att

missgynna nya aktörer och skapa nya inträdesbarriärer på marknaden, trots att regelverket syftar till att eliminera sådana barriärer. Marknaden för elektronisk kommunikation har stor betydelse för svensk ekonomi och besluten har ofta stor ekonomisk betydelse för marknadsaktörerna.

PTS verksamhet analyserades mot denna bakgrund i en rapport från PricewaterhouseCooper (PwC) den 31 augusti 2011 efter en särskild granskning av PTS tillsynsverksamhet (Granskning av Post- och telestyrelsens tillsynsverksamhet för 2007 och 2008, Mannheimer den 25 augusti 2011). Det är alltså inte fråga om en statligt initierad granskning av PTS verksamhet utan en granskning beställd av en av operatörerna på marknaden, Telenor Sverige AB.

I PwC:s rapport konstateras att den svenska telemarknaden under de senaste åren i ökande utsträckning har besvärats av regulatorisk osäkerhet. Denna osäkerhet har yttrat sig i en kombination av otydliga regler, bristfälliga eller otillräckliga ingripanden från myndigheter, konsekventa överklaganden av dem som berörs av ingripande beslut och en både omotiverat hög och svårförklarad andel av beslut som underkänns efter utdragna handläggningstider i domstol. Betydande värden anses ha gått förlorade till följd av den höga regulatoriska osäkerheten. Enligt PwC består dessa värden dels i att lönsamma investeringar inte har kunnat genomföras, dels i förlorade intäkter och uteblivna tjänstelanseringar. Detta har inneburit att konkurrensen på marknaden och valfriheten för konsumenterna inte har utvecklats på det sätt som sannolikt varit möjligt om centrala tillsynsärenden hade styrts, planerats och prioriterats på ett tydligare och bättre sätt. Situationen i Sverige saknar enligt PwC motstycke i jämförbara EU-länder och har lett till uppenbart negativa konsekvenser, t.ex. i form av uteblivna eller försenade investeringar och tjänstelanseringar i Sverige.

PwC menar vidare att PTS inte uppfyller de krav på kvalitet i fråga om beslutsunderlag, förmåga att analysera konsekvenser av beslut samt planering av tillsynsarbete utifrån bedömda effekter på marknaden som rimligen kan ställas på en myndighet som av riksdag och regering fått uppdraget att säkerställa en effektiv konkurrens på telemarknaden.

PwC:s analys visar att två av tre av PTS tillsynsförelägganden under den aktuella tidsperioden (2007 och 2008) hade ändrats eller undanröjts av domstolarna, vilket enligt PwC uppenbart har skadat förtroendet hos marknadsaktörer för att kommande beslut kommer att klara prövningar i domstol. Besluten är resultatet av ett arbete på tidigare oprövade områden med stor betydelse för branschen och samhället och vittnar om höga ambitioner, men utfallet innebär att förtroendet för kommande beslut är lågt och att beslutet att överklaga ligger alltför nära till hands. En stor andel av de mest affärskritiska tillsynsbesluten fattas, enligt PwC, utifrån bristfälliga underlag där PTS inte redovisat någon egen utredning eller konsekvensanalys inför beslut. Enligt PwC tas PTS egna utredningar ofta fram först efter överklagande, vilket leder till fördröjningar och ändrade eller upphävda beslut. PTS förlitar

sig i stället i stor utsträckning på underlag från berörda operatörer, utan att kvalitetssäkra dessa, redovisa egna värderingar eller beställa oberoende granskningar. Även på områden där PTS lagt ned omfattande arbete har myndigheten misslyckats med sin ambition att möta domstolarnas krav, och de avsedda effekterna har därför uteblivit.

Enligt PwC brister PTS genomgående i sin utredningsskyldighet när man bedriver tillsyn. Utredning synes i stor utsträckning tas fram först efter det att ett föreläggande har överklagats. Det allmänna intrycket är att den som tillsynen riktar sig mot, men även PTS, ser tillsynsarbetet vid myndigheten som en transportsträcka på vägen till domstol där den egentliga prövningen sker. PTS använder alltför sällan sina verktyg för att tvinga in information.

I rapporten föreslås en rad åtgärder för att förbättra PTS möjligheter att fatta beslut som i ökad omfattning skulle kunna stå sig vid överklagande. En sammanfattning av förslagen följer:

- Proaktivt agerande - PTS måste agera mer proaktivt i tillsynen innan ett föreläggande utfärdas (och eventuellt överklagande sker), dvs. mer utförligt utreda och dokumentera de omständigheter som ligger till grund för föreläggandet.
- Kvalitetssäkringsprocess - PTS bör ta in en kvalitetssäkringsprocess i tillsynsarbetet för att dels öka den interna medvetenheten om de krav som ställs i domstolsprocesser dels öka sannolikheten för att de föreläggande som meddelas står sig i domstol vid ett överklagande.
- Informationsföreläggande - PTS bör i ökad omfattning använda sig av informationsföreläggande, med hot om vite, i tillsynsprocessen för att säkerställa att begärd information verkligen ges in.
- Mall för tillsynsplaner - PTS bör ta fram en mall för tillsynsplaner, se över hur tillsynsplanerna används i myndighetens arbete samt även se över vilka möjligheter det finns att följa upp resultatet av tillsynsplanerna.

Det är emellertid inte bara PTS insatser som har ifrågasatts. Under en längre tid har vidare diskuterats om förvaltningsdomstol är det lämpligaste samhällsorganet för att överpröva beslut från PTS. Skälen till detta är flera. Ett väsentligt skäl hänför sig till arten av den prövning på vilken PTS beslut ska grunda sig. Kammarrätten har i remissyttrande den 24 november 2009 över promemorian om ändrade regler för tillstånd att använda radiosändare m.m. (N2008/4773/ITP) bl.a. ifrågasatt om sådana beslut enligt LEK som har normerande karaktär och är fattade efter huvudsakligen en kombination av politiska, tekniska och ekonomiska men även rättsliga bedömningar, inte vore mer lämpade för prövning i särskild nämnd efter överklagande av PTS beslut. Kammarrätten har därvid pekat på att den kompetens som krävs för att verifiera information från parter i tekniskt, ekonomiskt och marknadspolitiskt hänseende är av en helt annan dimension än vad som vanligtvis är fallet i



kammarrättens mål. Kammarrätten tillade i en skrivelse av den 19 mars 2012 angående prövningsordningen enligt LEK, ställd till Näringsdepartementet, att mål som kräver denna typ av bedömningar dessutom är helt dominerande i kammarrättens tillströmning av mål enligt LEK.

### ***5.3 Förslag till förändringar***

I ett remissyttrande den 27 oktober 2010 över promemorian Bättre regler för elektroniska kommunikationer (N2010/165/ITP) anför kammarrätten att det ur ett rättssäkerhetsperspektiv är angeläget att, om mål ska prövas av allmän förvaltningsdomstol, frågan om att införa laglighetsprövning i domstol övervägs. I den ovan nämnda skrivelsen från 19 mars 2012 påpekade kammarrätten att vad gäller de brister som PTS beslut varit behäftade med handlar det i huvudsak om brist på utredning och motivering. Enligt kammarrätten skulle åtgärder för kvalitetssäkring av PTS beslut, tillsammans med en möjlighet till laglighetsprövning, tillgodose kraven på rättssäkerhet.

Kammarrätten påpekar dock att artikel 4 i ramdirektivet troligen kräver en överprövning i sak av PTS beslut. Det är enligt kammarrättens mening i så fall från rättssäkerhetssynpunkt lämpligast att denna prövning anförtros en särskild nämnd med deltagande av ledamöter med kunskaper om erfarenhet av ekonomi, teknik och juridik inom området för elektronisk kommunikation. Denna nämnds beslut skulle då, om den inte anses ha domstolskaraktär, kunna överprövas genom laglighetsprövning i ytterligare en instans. En sådan ordning skulle med all sannolikhet leda till avgöranden som både är sakligt högkvalitativa och kan meddelas betydligt snabbare än idag. Kammarrätten tillägger att liknande ordningar finns i andra länder inom EU.

Regeringen har mig veterligen inte vidtagit några åtgärder med anledning av Kammarrättens förslag.

### ***5.4 Särskilt om prisreglering***

PTS har i enlighet med bestämmelserna i 8 kap. LEK till uppgift att regelbundet analysera vilka marknader på området för elektronisk kommunikation som uppvisar sådana särdrag när det gäller konkurrensförutsättningar att det är motiverat att inför s.k. ex ante-skyldigheter för den operatör som har dominerande ställning på marknaden (SMP-operatör). PTS fastställer mot denna bakgrund relevanta tjänste- och produktmarknader, identifierar SMP-operatörer och ålägger dessa åtminstone en av de skyldigheter som anges i 4 kap. 5-12 §§ LEK, däribland skyldigheter avseende prissättning.

Den vanligaste prisregleringsåtgärd PTS beslutar om med stöd av 4 kap. 11 § LEK är att SMP-operatören ska tillämpa kostnadsorienterad prissättning. Myndigheten anger i de fallen också i skyldighetsbeslutet enligt vilken metod det kostnadsorienterade priset ska beräknas. Det finns flera sådana metoder. En metod är den s.k. LRIC-metoden som utgår från de långsiktiga särkostnaderna hos en tänkt effektiv operatör på den relevanta marknaden. En annan metod är en s.k. FDC-metod som normalt utgår från SMP-operatörens historiska kostnader.

Det förekommer emellertid att PTS fattar beslut om "annan prissättning". T.ex. kan operatörer förpliktas att tillämpa rättvis och skälig prissättning (vilket enligt praxis beräknas till LRIC-priset för en annan reglerad operatör) eller s.k. marginalbaserad prissättning, där priset bestäms utifrån slutkundspriset minus ett avdrag för en viss marginal.

Prissättningsbesluten har överklagats i stor utsträckning och upphävts flera gånger vid rättslig prövning. Ett exempel är Kammarrätten i Stockholms dom i mål 486-10. Målet rörde tillsyn på grundval av ett skyldighetsbeslut den 24 november 2004 om prisreglering för samtrafik i TeliaSoneras fasta nät. I skyldighetsbeslutet hänvisades till vissa dokument, som utformats av PTS år 2002 och som anknöt till föreskrifter som då gällde, rörande hur prisregleringen närmare bestämt skulle iakttas. Den kostnadsbaseringsmodell som därvid användes, enligt den ovan benämnda LRIC-metoden, kallas av parterna för "hybridmodellen". Kammarrätten påpekade att en sådan modell bygger delvis på vissa teoretiska antaganden om hur en tänkt "effektiv operatör" skulle ha bedrivit sin verksamhet inom det reglerade området. Modellen ska, enligt bestämmelserna i LEK, uppdateras årligen och revideras med längre tidsmellanrum. Under åren 2007 och 2008 genomförde PTS en sådan revidering, dvs. en mer omfattande översyn av den i målet aktuella modellen, varvid de styrande dokumenten år 2007 fick ny lydelse. Denna revidering innebar att ett för prisbildningen väsentligt antagande ändrades. Ett från rättslig utgångspunkt problematiskt faktum var dock att hänvisningarna i skyldighetsbeslutet inte samtidigt ändrades. I detta återgavs antagandet alltså genom hänvisning till dokumenten från år 2002. PTS meddelade den 16 juli föreläggande för TeliaSonera att tillämpa ett av PTS framräknat pris, baserat på den nya hybridmodellen. Efter överklagande till förvaltningsrätten och fullföljd till kammarrätten fann kammarrätten i dom den 23 juni 2011 att PTS, utifrån skyldighetsbeslutets lydelse, inte hade rättslig grund för den beräkning som legat till grund för föreläggandet. Det hade då gått tre år från PTS föreläggande.

Ett annat exempel är kammarrättens dom, RK 2010:3, som också rörde tillsyn på grundval av ett skyldighetsbeslut från den 24 november 2004. Beslutet gällde viss prissättning vid försäljning av s.k. LLUB-produkter. PTS hade, vid en uppdatering år 2007 av den aktuella hybridmodellen infört ett nytt antagande av betydelse för beräkningen av de kostnader som fick läggas till grund för priset. Under samma år meddelade PTS föreläggande för TeliaSonera att anpassa priserna efter Hybridmodellen. TeliaSonera överklagade och anförde bl.a. att

den ifrågavarande ändringen var så ingripande att den krävde mer noggranna överväganden och eventuella konsekvensändringar. Efter överklagande och fullföljd fann kammarrätten i dom den 29 juni 2010 bl.a. att mer omfattande ändringar i modellen måste föregås av noggrant övervägda skäl som har stöd i vad kammarrätten betraktar som modellens grundtankar. Kammarrätten anförde sålunda:

”Då den ursprungliga versionen av hybridmodellen utformades gjorde PTS ett stort antal antaganden om en tänkt effektiv operatörs nät och verksamhet. Det är ofrånkomligt att flera av dessa antaganden bygger på skälighetsbedömningar och att myndigheten därvid kunnat komma till olika slutsatser utan att någon av dem självklart kan sägas vara felaktig eller orimlig. När PTS gjort sådana val vid utformningen av hybridmodellen bör det emellertid, enligt kammarrättens mening, krävas noggrant övervägda skäl – och ett stöd i modellens grundtankar – för att myndigheten ska kunna ändra sina ställningstaganden över tiden. Modellen bör m.a.o., för att uppfylla minimikrav på rättssäkerhet, vara förutsebar på det sättet att det finns ett sammanhang mellan antaganden från år till år och att dessa nya antaganden stämmer överens med modellens konstruktion. I motsatt fall skulle PTS ha ett mycket stort utrymme att till den förpliktade operatörens nackdel kunna kräva oförutsebara förändringar i operatörens prissättning. Kammarrätten anser därför att det exempelvis inte är ett tillräckligt skäl för att göra ett nytt antagande att myndigheten i och för sig kunnat införa detta antagande vid det ursprungliga framtagandet av modellen.”

Sådana överväganden som hade stöd i modellens grundtankar hade enligt kammarrätten inte gjorts i ärendet. Det fanns därmed inte stöd för att införa nya antaganden på de grunder som PTS hade anfört och TeliaSoneras talan bifölls därför i denna del. Det hade få förflutit drygt två år från föreläggandet.

Det ska nämnas att kammarrätten i samma dom anförde att det inte är skäligt i en sådan situation som förelåg i målet – i synnerhet inte till den förpliktade operatörens nackdel – tillämpa 4 kap. 11 § tredje stycket LEK så att PTS kostnadsantaganden i hybridmodellen alltid ska tas för goda om inte den förpliktade operatören visar att antagandena är felaktiga. En sådan ordning skulle leda till stora svårigheter för den förpliktade operatören att ta till vara sin rätt gentemot PTS i prissättningstvister. Kammarrätten hänvisar härvid till den unionsrättsliga principen om effektivt rättsskydd (jfr avsnitt 4.3 ovan).

PTS har, i en promemoria av den 6 februari 2012, ställd till näringsdepartementet, lämnat förslag till ändrade regler för prisreglering enligt LEK. I denna promemoria bekräftas att domstolsprövningen i ett flertal fall har utmynnat i att PTS beslut – i vissa fall flera år efter det att det ursprungliga föreläggandet meddelades – har upphävts eller ändrats. Det mest bekymmersamma området anser PTS är prisreglering. Sammanfattningsvis ser PTS ett behov av att förändra dessa regler i två avseenden.

För det första är idag prisregleringen utformad på det sättet att det pris som PTS anser ska gälla fastställs först genom tillsyn i efterhand. Det leder enligt PTS till alltför stor osäkerhet kring vilket pris som ska gälla på marknaden, ineffektiva och utdragna tillsynsprocesser och risk för regulatoriska vakuüm avseende prissättning. PTS anser därför att regelverket bör ändras till en uttrycklig förhandsreglering, där det offentlighetsliga priset fastställs av PTS på förhand och för viss angiven period.

För det andra är i det nuvarande regelverket frågan om hur det reglerade priset ska beräknas i hög grad utlämnat till rättstillämpningen. För att prisregleringen ska vara hållbar, förutsebar och effektiv krävs enligt PTS tydligare på förhand fastställda bindande författningsregler för hur priset ska beräknas. Även om detta innebär att möjligheten till flexibilitet i prisregleringen minskar ser PTS ett värde i att stabiliteten istället ökar. Om avsikten är att PTS i föreskrifter ska bestämma grunderna för hur reglerade priser ska beräknas måste enligt PTS myndighetens föreskriftsbemyndigande förtydligas.

I detta sammanhang bör erinras om att PTS i samma promemoria påpekar att eftersom SMP-operatörerna i mål som gäller PTS prisförelägganden sällan framställer beloppsmässiga ändringsyrkanden är det med dagens system svårt för grossistoperatörer att under domstolsprocessernas gång avgöra vilket pris de i värsta fall kan behöva betala. Detta påverkar i sin tur grossistoperatörernas möjligheter att göra tillförlitliga avsättningar i bokföringen och naturligtvis också möjligheterna att göra strategiska val och investeringar. PTS påpekar att även ett prisbeslut skulle kunna överklagas, men fokus i processen skulle då skifta från frågan om PTS har haft fog för att sänka de priser som SMP-operatören tillämpar till att endast röra frågan om vilket pris som ska bestämmas. SMP-operatören måste i en sådan process enligt PTS redan i överklagandet ange vilken beloppsmässig ändring av beslutet som yrkas. Detta innebär i sin tur att samtliga berörda aktörer på ett tidigt stadium kan bilda sig en uppfattning om och kalkylera med vad som blir sämsta tänkbara utfall.

PTS anför vidare att det förhållandet att föremålet för förvaltningsdomstolarnas prövning i dagsläget är ett tillsynsföreläggande också har visat sig leda till otydlighet kring vilken prövning domstolarna egentligen ska göra. Förvaltningsdomstolarna har i vissa fall ansett sig ha möjlighet att ändra PTS förelägganden och fastställa nya priser, medan den slutliga prövningen i senare mål från Kammarrätten i Stockholm har resulterat i att PTS förelägganden har upphävts utan att dessa ersatts med nya beslut. Kammarrätten ansåg sig på grund av instansordningsprincipen inte ha möjlighet att fastställa nya priser och, eftersom ett nytt beslut om föreläggande inte kan gälla retroaktivt, ansåg kammarrätten det inte heller meningsfullt att återförvisa ärendena till PTS för ny prövning (Kammarrättens i Stockholm ovan nämnda dom den 23 juni 2011 i mål nr 486-10 m.fl.). Detta har lett till att det inte finns något offentlighetsligt beslut om vilka priser som ska gälla för 2008 och 2009 för de i målen aktuella SMP-operatörerna.

## **5.5 Konklusion**

Kritiken mot PTS måste betraktas som frän. Samtidigt visar diskussionen som har förts, om man väger samman samtliga delar, att problemet inte bara har att göra med hur PTS sköter sitt uppdrag. Tidigare har konstaterats att en del av förklaringen till att LEK inte har fungerat kan ligga i den efterföljande förvaltningsrättsliga prövningen. PTS roll och uppdrag har inte respekterats fullt ut av förvaltningsdomstolarna, vilket har skapat en osäkerhet på marknaden. Det har i alltför hög grad lönat sig att överklaga PTS beslut. Därtill kommer att de krav som ställs på PTS att kunna rättfärdiga sina beslut i ekonomiskt hänseende framstår som långtgående mot bakgrund av den normerande roll PTS förväntas ha. Denna bild förstärks när man läser vilken kritik som riktas mot PTS samt analyserar de förslag till förändringar som har lyfts fram och genomförts. Det tycks alltså finnas en bakomliggande och mer systembetonad förklaring till att marknaden för elektronisk kommunikation idag präglas av regulatorisk osäkerhet i Sverige. Det finns här anledning att fundera på om det uppdrag PTS har verkligen har placerats i rätt förvaltningsrättslig kontext. Kammarrätten har som framgått anfört att många beslut enligt LEK är fattade efter en kombination av bl.a. politiska, tekniska och ekonomiska bedömningar och att den kompetens som krävs för att verifiera information från parter i tekniskt, ekonomiskt och marknadspolitiskt hänseende är av en helt annan dimension än vad som vanligtvis är fallet i kammarrättens mål.

Vad kammarrätten vittnar om är inte bara att LEK-målen är en komplicerad målgrupp vid prövning i domstol utan också att PTS roll och uppgifter inte överensstämmer med vad som är brukligt hos svenska förvaltningsmyndigheter. PTS ska som framgått självständigt med hjälp av omfattande befogenheter "skapa" en fungerande marknad för elektronisk kommunikation i Sverige. Myndigheten har tagit över uppgifter som motsvaras av vad som tidigare reglerades i lag. Dessa uppgifter kan mot denna bakgrund betraktas som normerande. I stora drag handlar det om att få konkurrensen att fungera på en marknad som har liberaliserats men aldrig fungerat effektivt från konkurrenssynpunkt. Förvaltningsmyndigheter brukar vanligen inte skapa eller bygga marknader utan snarare ägna sig åt en mer tillbakadragen tillsynsroll. Det som bör betonas här är att PTS skönmässiga utrymme i beslutsfattandet enligt det EU-rättsliga regelverket är ovanligt stort i det fall bedömningar ska göras i tekniskt, ekonomiskt och marknadspolitiskt hänseende. Likheter finns med Konkurrensverkets konkurrensvårdande roll, men denna verksamhet är kringgärdad av andra mer specialiserade instanser där Marknadsdomstolen är slutinstans och innefattar inte lika tydliga inslag av förhandsreglering (ex ante-bedömningar). Härtill kommer att kvalitetssäkringen av PTS beslut sker i samråd med kommissionen och Berec. Om PTS beslut inte håller kan därför sägas att kommissionens synpunkter riskerar att inte få det genomslag som regelverket syftar till.

För en "vanlig" svensk förvaltningsmyndighet kan det sannolikt framstå som naturligt att i viss utsträckning betrakta processen i domstol som en form av kvalitetssäkring av de egna besluten. Svenska förvaltningsdomstolar utför normalt en s.k. lämplighetsprövning som utgår från samma grundförutsättningar som myndighetens eget beslut, vilket diskuterats ovan. I ett samhällspolitiskt perspektiv där man måste spara på resurser framstår det inte som orimligt att med ett sådant betraktelsesätt lägga mer utredningsresurser på ett beslut om det överklagas. Myndigheten får antas utgå från att alla beslut som de fattar är korrekta i sak och den i överklagandeprocessen i princip "hjälp" domstolen att bekräfta att så är fallet.

När man läser den kritik som riktas mot tillämpningen av LEK och PTS i synnerhet, framträder emellertid en helt annan grundsyn hos de som ställer sig bakom kritiken, i synnerhet PwC. PTS beslut ska kvalitetssäkras för att hålla för en formaljuridisk granskning i domstol. Domstolsprocessen är alltså inte en förlängning av beslutsprocessen, dvs. en sista kontroll av att beslutet blivit korrekt i sak, utan ett oberoende legalistiskt kontrollförfarande. Myndigheten har ingen möjlighet att använda domstolsprocessen för att ytterligare förbättra beslutsunderlaget. Om beslutet inte håller måttet upphävs det, inte sällan på formella grunder, och myndigheten får s.a.s börja om från början. Detta är grundtanken med den laglighetsprövning som kammarrätten argumenterar för, och kanske i praktiken i viss utsträckning har infört, när det gäller prövning av mål enligt LEK.

Vad som här är viktigt att framhålla är att den efterföljande domstolskontrollen inte kan ses isolerad från beslutsförfarandet. Om domstolen utför en *lämplighetsprövning* utgör dess prövning en fullständig omprövning av alla sakomständigheter. Det spelar då mindre roll om ytterligare stöd i form av bevisning, utredning eller nya grunder och argument framkommer först inom ramen för domstolsprocessen. Det viktigaste är att beslutets sakinhåll visar sig vara korrekt vid den omprövning som sker. Otillräcklig motivering och processuella fel betraktas naturligtvis som brister, men de leder mer sällan till att ett beslut upphävs.

Om det däremot handlar om en *laglighetsprövning* blir det mycket viktigare att kontrollera att myndigheten har vidtagit erforderliga utredningsåtgärder, att alla som berörs av beslutet har fått tillfälle att lämna synpunkter (redan innan domstolsförhandlingen), att myndigheten i sitt beslut visar att man beaktat dessa synpunkter och att de som direkt berörs av beslutet har fått tillräcklig insyn i beslutsunderlaget. Beslutets motivering blir då också mycket viktigare eftersom därav ska framgå att förfarandet har gått rätt till samt en övertygande och logiskt sammanhängande motivering till utgången i sak. Själva sakfrågan är naturligtvis inte betydelselös vid en laglighetsprövning, men den kommer i skymundan, eftersom domstolen är noga med att inte sätta sig i beslutsmyndighetens ställe när det gäller bedömningar som ska göras i tekniskt, ekonomiskt och marknadspolitiskt hänseende. Domstolen kan sägas kompensera sin begränsade prövning i själva sakfrågan med en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och därmed har respekterat relevanta

förvaltningsrättsliga principer. När det gäller komplexa frågeställningar av teknisk eller ekonomisk natur anses en god handläggning där samtliga berörda parter kommer till tals vara ett effektivare sätt att garantera ett besluts riktighet än genom juridisk efterhandskontroll som utförs av domare med begränsad sakkunskap på det aktuella området.

Jag tolkar den uppkomna situationen på så sätt att PTS förväntat sig en kontroll som ligger närmare lämplighetsprövning än laglighetsprövning, men att domstolarna, åtminstone Kammarrätten i Stockholm, *de facto* utövat en laglighetsprövning, i synnerhet i senare mål.

Att detta inte varit självklart från början är tämligen uppenbart. Det finns t.ex. dubbla budskap också i relevant lagstiftning och tillhörande förarbeten. Användning av ekonomisk expertis i domstolarna talar t.ex. för en sakinriktad domstolsprövning (lämplighetsprövning) medan införandet av särskilda preklusionsregler helt klart talar för en laglighetsprövning.

Kravet på deltagande av ekonomiska experter infördes i LEK den 1 januari 2008. I förarbetena till denna lagändring konstaterade regeringen att de bedömningar som måste göras i ärenden enligt LEK såväl av PTS som av domstolarna är komplicerade på flera sätt, inte minst ekonomiskt. Det hade enligt regeringen riktats kritik mot att metoderna för att göra marknadsanalyser och sättet att motivera beslut i sådana mål inte var utvecklade. Vidare hade domstolarnas överprövning av definitioner av relevanta marknader och av skyldighetsbeslut kritiserats. Det hade enligt regeringen också hävdats att domstolarna inte besatt tillräcklig kunskap i de frågeställningar som aktualiseras (prop. 2006/07:119 s. 19). Enligt regeringens mening var det mycket viktigt att förvaltningsdomstolarna i mål om överklagade SMP-beslut och om överklagade skyldighetsbeslut hade tillgång till såväl ett tillfredsställande underlag för sina avgöranden som tillräcklig kunskap i sakfrågorna.

När preklusionsreglerna infördes var tonen en annan. Regeringen konstaterade då att beslut enligt LEK överklagas i ovanligt hög grad och att handläggningen i domstol ofta inkluderade en utdragen skriftväxling. Det fanns enligt regeringen ett flertal skäl till att det är viktigt att handläggningen av LEK-målen inte drar ut på tiden. Förseningar i genomförandet av en konkurrensskapande reglering kan leda till negativa effekter som består även efter det att regleringen trätt i kraft. En lång handläggningstid riskerade att missgynna nya aktörer och skapa nya inträdesbarriärer på marknaden, trots att regelverket syftar till att eliminera sådana barriärer. Kontrollen av att besluten var i sak korrekta tycks däremot nu spela mindre roll.

Hursomhelst, om rättskontrollen skulle vara mer sakinriktad, vilket i detta fall innebär att domstolarna tar ställning i komplexa konkurrensspörsmål, hade Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen antagligen varit lämpligare överklagandeinstanser. Nu har dock målen hanterats av de allmänna förvaltningsdomstolarna under flera år, vilket det också fanns

goda skäl för (se avsnitt 3.4), och det framstår därför inte som lämpligt att överväga en helt annan ordning. Om kammarrätten ska vara slutinstans bör dock PTS bygga upp sin verksamhet på det sätt som fungerar med en efterföljande laglighetsprövning (eller åtminstone en prövning som när det är lämpligt sätter mer fokus på ett besluts laglighet än dess sakinhåll). PTS måste alltså göra beslutsprocessen mer "framtung" och inrikta sig på framtagande av beslut som håller för rättslig prövning. Att regelverket för prissättning ändras till en uttrycklig förhandsreglering, där det offentligrättsliga priset fastställs av PTS på förhand och för viss angiven period torde underlätta detta.

Det kan diskuteras om en sådan ordning är möjlig redan med stöd av nuvarande regelverk. Det är emellertid inte bara en fråga om juridisk tolkning. Om PTS normgivningsbemyndigande förstärks, visar regeringen samtidigt att den ställer sig bakom PTS i myndighetens ansträngningar att effektivisera tillämpningen av LEK. Vilka möjligheter operatörerna har att framgångsrikt angripa PTS beslut avseende prissättning är naturligtvis fortfarande avhängigt beslutets kvalitet, men själva grundkonstruktionen rimmar bättre med det EU-rättsliga regelverkets syfte, vilket bl.a. är att säkerställa att PTS har ett skönsmässigt utrymme för bedömningar i ekonomiskt komplexa frågor.

Denna typ av förändringar framstår helt klart som den snabbaste vägen ur den regulatoriska osäkerhet som nu råder. Det innebär också att den kritik som har förts fram av PwC i många avseenden är relevant, eftersom den typen av internkontroll och kvalitetssäkring som efterlyses framstår som mest ändamålsenlig vid en ordning med laglighetsprövning.

Som framgått (avsnitt 4.4) anser jag dock inte att en laglighetsprövning enligt svensk modell (förebilden skulle i så fall vara laglighetsprövning enligt kommunallagen eller rättsprövning enligt rättsprövningslagen) är att föredra framför en lämplighetsprövning. En sådan laglighetsprövning riskerar att inte tillgodose de krav som följer av EU-rätten där domstolskontrollen förväntas vara tämligen ingående. Jag anser inte heller att ett tvåinstansförfarande där sakfrågan står i centrum och beslutets laglighet i mer formell mening prövas först därefter, framstår som optimalt. Det skulle säkerligen krävas många år av inarbetning innan ett sådant system, som i ett svenskt perspektiv ter sig tämligen udda, fungerar effektivt. Däremot bör domstolarna hitta former för hur PTS skönsmässiga bedömningar i ekonomiskt komplicerade frågor ska hanteras. Som nämnts ovan kan kontrollen inte vara likartad i alla fall. Domstolskontrollen bör i likhet med den som tillämpas på europeisk nivå, anpassas till de särskilda omständigheterna i varje fall. Mot denna bakgrund finns anledning att granska på hur EU:s förvaltningsrättsliga system ser ut och fungerar. Detta berörs i nästa avsnitt.



## 6. Förvaltningsprocess inom EU

### 6.1 EU:s förvaltningsrätt

EU saknar en allmän förvaltningslag av det slag som finns t.ex. i Sverige. I de grundläggande fördragen finns enbart vissa anvisningar om vilka förvaltningsrättsliga principer som ska tillämpas. För att EU-rätten överhuvudtaget ska kunna tillämpas har det därför varit nödvändigt för EU-domstolen att utveckla vissa förvaltningsrättsliga principer. Numera framgår merparten av dessa principer i EU:s rättighetsstadga,<sup>37</sup> som efter Lissabonfördragets ikraftträdande blivit bindande. Av betydelse är särskilt artikel 41 i stadgan om rätten till god förvaltning. Artikelns lydelse:

- ”1. Var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner, organ och byråer.
2. Denna rättighet innebär bl.a. att
- a) var och en har rätt att bli hörd innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne,
  - b) var och en ska ha tillgång till de akter som berör honom eller henne, med förbehåll för berättigade intressen vad avser sekretess, tystnadsplikt och affärshemlighet,
  - c) förvaltningen är skyldig att motivera sina beslut.
3. Var och en har rätt att få ersättning av unionen för skador som har orsakats av dess institutioner eller dess tjänstemän under deras tjänsteutövning, enligt de allmänna gemensamma principerna i medlemsstaternas lagstiftning.
4. Var och en ska kunna vända sig till unionens institutioner på något av fördragets språk och ska få svar på samma språk.”

Artikel 41 i stadgan grundas på tidigare rättspraxis från EU:s domstolar med anknytning till principen om god förvaltning.<sup>38</sup> Den uttrycker krav på att enskilda individer inte ska hamna i situationer som inte är förutsebara och att förvaltningen ska hålla sig till objektiva villkor så att skillnader i behandling inte uppstår.

Stadgan är inte bara tillämplig på EU-institutionernas verksamhet utan också, enligt artikel 51, på medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. I förevarande fall är rättighetsstadgan tillämplig eftersom ett EU-direktiv genomförs i svensk lagstiftning och EU-rätten därmed tillämpas i Sverige. Stadgans bestämmelser utgör därför en naturlig

<sup>37</sup> Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT 2010, C 83, s. 389.

<sup>38</sup> Se allmänt bl.a. mål C-255/90 P, *Burban*, REG 1992, s. I-2253, och mål T-167/94, *Nölle*, REG 1995, s. II-2589; T-231/97, *New Europe Consulting m.fl.*, REG s. II-2403. De två första punkterna kan särskilt härledas till domstolens och tribunalens avgöranden i mål 222/86, *Heylens*, REG 1987, s. 4097, punkt 15; mål 374/87, *Orkem*, REG 1989, s. 3283; C-269/90, *TU München*, REG 1991, s. I-5469, T-450/93, *Lisrestal*, REG 1994, s. II-1177; T-167/94, *Nölle*, REG 1995, s. II-258). När det gäller motiveringsskyldigheten följer den direkt av artikel 296 FEUF.

tolkningsbakgrund och dess bestämmelser måste respekteras även av svenska myndigheter och domstolar.

Det ska också påpekas att den rättskontroll som EU-domstolen och tribunalen utövar är en s.k. legalitets- eller laglighetsprövning. Den skiljer sig från den allsidiga och mer fullständiga prövning (lämplighetsprövning) som normalt sett tillämpas av svenska förvaltningsdomstolar enligt förvaltningsprocesslagen, varvid ett beslut inte enbart kan upphävas utan också ersättas med ett nytt.<sup>39</sup> Det kan dock inte sättas något likhetstecken mellan dessa svenska former av laglighetsprövning och den prövning som utförs av EU:s domstolar. EU-domstolarnas prövning är ofta mycket ingående. Den stora betydelse som vissa av EU:s förvaltningsrättsliga principer har, sammanhänger emellertid med den legalistiskt inriktade rättskontrollen. Ett centralt inslag i denna kontrollform är att granska om de förvaltningsrättsliga principerna har respekterats. I det följande berörs de viktigaste principerna.

## **6.2 Betydelsen av myndighetens utredningsskyldighet (omsorgsprincipen)**

Principen om myndighetens utredningsskyldighet eller omsorgsprincipen, som den också har kommit att kallas, uppställer krav på opartisk och grundlig handläggning och motverkar att schablonartade bedömningar görs och att myndigheten fattar förhastade beslut som riskerar att leda till en felaktig utgång i sak.<sup>40</sup>

Denna princip kan härledas ur EU-domstolens rättspraxis från början av 60-talet rörande kol- och stålfördraget.<sup>41</sup> Domstolen lade då tonvikten på att sakomständigheterna i varje enskilt fall måste prövas individuellt. Inom konkurrensrätten har detta kommit att innebära att kommissionen under förfarandet måste ta invändningar från enskilda parter på allvar och undersöka riktigheten i deras påståenden.<sup>42</sup> Principen innebär mer allmänt att myndigheten är skyldig att opartiskt och noggrant undersöka relevanta faktiska och rättsliga aspekter av ett enskilt fall.<sup>43</sup> Genom EU-domstolens dom i målet *Nölle*<sup>44</sup> kan principen sägas ha erkänts som en allmän rättsgrundsats i EU-rätten.

---

<sup>39</sup> Ibid., s. 98 ff. Jfr t.ex. Warnling-Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, sjunde u., Norstedts juridik, 2004, s. 71.

<sup>40</sup> Se Hettne, J, *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, ERT 2002, s. 238.

<sup>41</sup> Se t.ex. dom av den 12 februari 1960 i de förenade målen 16-18/59, Geitling, Mausegatt and Präsident mot Höga myndigheten, REG 1960, s. 17.

<sup>42</sup> Se t.ex. dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96, 102, 104, 105, 108 och 110/82, IAZ mot kommissionen, REG 1983, s. 3369.

<sup>43</sup> Se Nehl, H. P, *Administrative Procedure in EC law* (Hart Publishing 1999), s.107.

<sup>44</sup> Dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163. Se även dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

### 6.3 Principen om rätten till försvar

Principen om rätten till försvar (fr. "droits de la défense") innefattar en samling processuella rättssäkerhetsgarantier vilka syftar till en rättvis rättegång, t.ex. rätten att inte dömas ohörd, rätten till aktinsyn och rätten att inte behöva vittna mot sig själv. Den har särskilt stor betydelse inom konkurrensrätten, men har även tillämpats på andra områden.

#### 6.3.1 Rätten att inte dömas ohörd eller rätten att yttra sig

Den straffrättsliga principen att *ingen ska dömas ohörd* har gamla anor. Inom EU tillämpas den även på administrativa förfaranden, när utgången kan ha negativa konsekvenser för enskilda. Den har kommit att utvecklas mot bakgrund av framförallt brittisk rätt och liknar främst den engelska principen om "*right of a fair hearing*", vilken härrör från det bredare konceptet "*natural justice*" inom *Common law*. Principen erkändes inom EU-rätten för första gången i målet *Transocean Marine Paint Association mot kommissionen*<sup>45</sup> och har sedan vunnit allmänt erkännande.

Principen om rätten till försvar ska inte bara iakttas i förfaranden som kan leda till påföljder. Det räcker att förfarandet kan få negativa konsekvenser för de enskilda parter som är föremål för det.<sup>46</sup> I *Mediocruso* anförde sålunda EU-domstolen att rätten till försvar ska iakttas i varje förfarande som inleds mot en person, om detta kan leda till en rättsakt som går denne person emot. Domstolen underströk också att personen i fråga ska ges tillfälle att lämna sina synpunkter på ett meningsfullt sätt.<sup>47</sup>

#### 6.3.2 Aktinsyn

Det föreligger sålunda i allmänhet en rätt för berörda parter att yttra sig vid ett eller flera tillfällen under det administrativa förfarandet. När parterna yttrar sig är det dock inte säkert att de har klart för sig vilket material beslutsmyndigheten förfogar över. Rätten att yttra sig kompletteras därför på vissa områden av en rätt till aktinsyn. På konkurrensområdet går denna princip längst. Här föreligger i princip full rätt till aktinsyn för ett företag som riskerar

<sup>45</sup> Dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, *Transocean Marine Paint Association mot kommissionen*, REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357.

<sup>46</sup> Se t.ex. dom av den 6 december 1994 i mål T-450/93, *Lisrestal mot kommissionen*, REG 1994, s. II-II77, punkt 42.

<sup>47</sup> Se dom av den 21 september 2000 i mål C-462/98 P, *Mediocruso mot kommissionen*, REG 2000, s. I-7183, punkt 36 ff. Se även dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, *SGL Carbon mot kommissionen*, REG 2006, s. I-5977, punkt 94.

att drabbas av påföljder.<sup>48</sup> Enbart kommissionens interna handlingar, affärshemligheter och annat sekretessbelagt material kan undanhållas den part som är anklagad för något. Tribunalen har ansett att kommissionen inte själv kan bestämma vilket material som är relevant för parten i fråga. Hela akten med undantag av ovannämnda sekretessbelagda handlingar måste kunna granskas av parten.<sup>49</sup>

### 6.3.3. Legal privilegie

Förhållandet mellan advokat och klient är i vissa medlemsstater skyddat enligt principen om rättsliga privilegier vid yrkesutövning (legal privilegie). Mot denna bakgrund har EU-domstolen slagit fast att rätten till juridiskt biträde och rätten till sekretess för skriftväxlingen mellan advokat och klient följer av allmänna gemenskapsrättsliga principer.<sup>50</sup> Det ska dock understrykas att sekretessen vid korrespondens mellan en advokat och en klient inte avser skriftväxling mellan en klient och en advokat som är etablerat i tredje land och inte heller förbindelser med en jurist inom företaget (bolagsjurist), utom när denne redovisar en oberoende jurists uttalanden.

### 6.3.4 Rätten att inte behöva vittna mot sig själv

I målet *Orkem*<sup>51</sup> konstaterade EU-domstolen att principen om att en part inte får tvingas att vittna mot sig själv (som härrör från artikel 6 i Europakonventionen) ingick i den allmänna principen om rätten till försvar.<sup>52</sup> I *PVC II*<sup>53</sup> erkändes principen som en allmän rättsprincip i EU-rätten. EU-domstolen preciserade i detta mål att kommissionen inte får kräva att ett företag ska tillhandahålla svar genom vilka det tvingas att erkänna förekomsten av en överträdelse som det ankommer på kommissionen att bevisa.

---

<sup>48</sup> Se t.ex. domar av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 89, och av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75.

<sup>49</sup> Se t.ex. dom av den 29 juni i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 83.

<sup>50</sup> Se domarna av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S Europe mot kommissionen, REG 1982, s. 1575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 405, punkterna 18-27, av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 27 och av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 46.

<sup>51</sup> Se dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkterna 34 och 35; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217.

<sup>52</sup> Se även dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG mot kommissionen, REG 2001, s. II-729 och tribunalens dom av den 3 mars 2011 i mål T-110/07, Siemens mot kommissionen, REU 2011, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 45.

<sup>53</sup> Dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., REG 2002, s. I-8375.

## 6.4 Krav på beslutets motivering

Skyldigheten att motivera rättsakter anges direkt i EUF-fördraget. I artikel 296 FEUF stadgas att:

”Förordningar, direktiv och beslut som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet eller av kommissionen ska vara motiverade och hänvisa till de förslag eller yttranden som ska inhämtas enligt fördraget.”

Motiveringsskyldigheten är en ”väsentlig formföreskrift” i den mening som avses i artikel 263 FEUF, varför en bristfälligt motiverad rättsakt kan ogiltigförklaras av EU-domstolarna.

Sammantaget innebär motiveringsskyldigheten att samtliga bindande rättsakter måste vara motiverade. Den omfattar sålunda både individuella och normativa rättsakter, vilket är ett mer omfattande krav än vad som uppställs i de flesta av medlemsländerna. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att motiveringsskyldigheten även innefattar ett krav på att den rättsliga grunden för varje åtgärd ska redovisas.<sup>54</sup>

EU-domstolen har uppställt stränga krav i sin rättspraxis när det gäller motiveringen av individuella rättsakter och motiveringsskyldigheten anses viktig för enskildas rättssäkerhet. Det är svårt att säga något generellt om vad motiveringsskyldigheten innebär i sak, eftersom den måste bedömas i förhållande till sakomständigheterna i varje enskilt fall. Det går emellertid att konstatera att en beslutsmotivering av individuella rättsakter ska tillgodose i vart fall följande krav:

- den som en rättsakt riktar sig till ska kunna identifiera de sakomständigheter och motiv som rättsakten grundar sig på i tillräcklig utsträckning för att kunna tillvarata sina rättigheter, och
- EG-domstolen och förstainstansrätten måste kunna utöva sin rättsliga kontroll över att rättsakten i fråga är antagen på legitima grunder.<sup>55</sup>

Även tribunalen är skyldig att motivera sina avgöranden och dess motiveringsskyldighet anförs ofta som ogiltighetsgrund i överklaganden till EU-domstolen.

## 6.5 Rättskontrollen inom EU

---

<sup>54</sup> Se t.ex. dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1493, svensk specialutgåva, volym 9, s. 55.

<sup>55</sup> Se t.ex. dom av 14 februari 1990 i mål C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

Som anförts ovan påminner den rättskontroll som EU-domstolen och tribunalen utövar om en s.k. legalitets- eller laglighetsprövning. Detta innebär att domstolarna inte fattar beslut i EU-institutionernas ställe. Av central betydelse blir därför hur myndigheternas, dvs. EU:s institutioners och organs, skönmässiga utrymme ska kunna kontrolleras. Beslutsmyndigheten har i vissa avseenden tilldelats ett tämligen stort utrymme för skönmässig bedömning i sitt beslutsfattande, bl.a. vid komplicerade ekonomiska bedömningar. Det skönmässiga utrymmet är inte likartat i alla situationer, utan varierar med de rättsliga och faktiska omständigheterna i enskilda fall. Tre typexempel kan nämnas.<sup>56</sup> För det första den klassiska situationen (*classic discretion*). I detta fall anger fördraget eller sekundärrätten att EU "får" vidta åtgärder. Denna situation har i rättspraxis betraktats som ett fall där det är uppenbart att Unionen har ett utrymme för skönmässig bedömning. Ett exempel är att kommissionen möjlighet (men inte skyldighet) att utreda klagomål som framställs på konkurrensområdet. Tribunalen bekräftade detta i sin dom i målet *Automec*.<sup>57</sup> För det andra situationer där ramarna för myndigheternas handlande är villkorade av rekvisit som i sin tur förutsätter en tolkning grundad på komplexa faktiska sammanhang. Detta kallas för *jurisdictional discretion*. Som exempel kan nämnas villkoren för när kommissionen ska godta att en medlemsstat ger stöd till ett företag enligt artikel 107.3.a FEUF. För detta krävs att det föreligger "onormalt låg" levnadsstandard eller "allvarlig brist" på sysselsättning. Kommissionens har getts ett skönmässig utrymme när det gäller att bedöma om dessa sociopolitiska villkor är uppfyllda.<sup>58</sup> Den tredje situationen föreligger när fördraget eller sekundärrätten ger en tydlig och bindande instruktion till EU, men där skyldigheten likväl kan verkställas på olika sätt. Ett exempel är den gemensamma jordbrukspolitik. I artikel 40 FEUF förpliktas Unionen att upprätta en gemensam jordbrukspolitik enligt målsättningarna i artikel 41 FEUF. Dessa målsättningar är emellertid inte entydiga eller till fullo förenliga med varandra. De kan t.ex. ligga en motsättning i att tillförsäkra konsumenterna skäliga priser och samtidigt tillförsäkra jordbruksbefolkningen en skälig levnadsstandard. Rådet och kommissionen har följaktligen tilldelats ett skönmässigt utrymme när de balanserar och prioriterar bland angivna målsättningar i artikel 39 FEUF.<sup>59</sup>

EU-domstolarna har, mot denna bakgrund, från fall till fall avgjort hur långtgående rättskontrollen bör vara. Huvudregeln är s.k. full prövning (*comprehensive review*). Detta gäller rekvisit vars tillämpning inte involverar komplexa frågor av teknisk eller ekonomisk art. EU:s domstolar kan då utan problem ange hur en bestämmelse ska tolkas och ogiltigförklarar de beslut som grundar sig på en annan tolkning. I många fall har dock huvudregeln frångåtts. Bakgrunden till detta är att domstolarna fäster vikt vid den expertkunskap som innehas av beslutsmyndigheten (vanligen kommissionen). Enligt ett i europeisk rätt vanligt

<sup>56</sup> Se Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, s. 433 f.

<sup>57</sup> Dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, *Automec* mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, svensk specialutgåva, s. II-61.

<sup>58</sup> Se dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, *Philip Morris Holland*, REG 1980, s. 2671, Svensk specialutgåva, volym 5, s. 303.

<sup>59</sup> Se t.ex. dom av den 6 december 1984 i mål 59/83, *SA Biovilac*, REG 1984, s. 4057, svensk specialutgåva, volym 7, s. 701.

förekommande synsätt är det inte lämpligt att allmänna domstolar fullt ut prövar alla frågeställningar i ett ärende. Skälet till detta är, som berörs i avsnitt 4.4, att man vill upprätthålla en tydlig distinktion mellan den verkställande och lagstiftande makten, å den ena sidan, och den dömande makten, å den andra. Mot denna bakgrund anses det inte lämpligt att en domstol sätter sig i beslutsmyndighetens ställe.<sup>60</sup> Av EU-domstolarnas rättspraxis följer därför att beslutsmyndigheten har ett skönsmässigt utrymme i komplexa frågeställningar av exempelvis ekonomisk och teknisk natur. I dessa fall utövas endast en begränsad eller en marginell domstolskontroll (*marginal review*).

EU:s domstolar har använt i princip samma teknik och metod för att hantera alla de situationer där beslutsmyndigheten förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning som nämnts ovan.<sup>61</sup> Detta har inte alltid uppskattats av medlemsstaternas domstolar. Särskilt tyska domstolar, som i vissa ärenden haft en annan grundsyn, har givit uttryck för sin skepsis. Tyska domstolar har till och med sökt uppmana EU-domstolen att utföra en mer ingående prövning av komplexa sakfrågor. EU-domstolen har emellertid anfört att beslutsmyndigheten måste ges ett utrymme för skönsmässig bedömning i vissa frågor för att kunna utföra sin uppgift. EU-domstolen har i stället för att sätta sig i beslutsmyndighetens ställe och överprövat de aktuella frågorna i sak, begränsat myndighetens skönsmässiga utrymme med hjälp av allmänna rättsprinciper av förvaltningsrättslig natur och på det sättet skapat processuella garantier som måste vara uppfyllda i alla administrativa förfaranden.

Ett belysande exempel är målet Technische Universität München.<sup>62</sup> Detta visar tydligt att EU-domstolen kompenserar sin begränsade prövning i själva sakfrågan med en noggrann kontroll av att beslutsmyndigheten har handlagt ärendet väl och därmed har respekterat de förvaltningsrättsliga principer som har diskuterats tidigare i detta avsnitt. Kontrollen av de enskildas processuella rättigheter bidrar också till kontrollen i sak. Det finns många exempel på att beslut har ogiltigförklarats på grund av bristfällig motiveringen, när motiveringsbristen i själva verket har sin grund i materiella brister.<sup>63</sup> Utvecklingen av processuella rättigheter kan således sägas innebära att kontrollen i materiellt hänseende blir effektivare.<sup>64</sup>

## **6.6 Europeisering av svensk rättskontroll på upphandlingsområdet**

Det kan diskuteras om EU-rättens tillämpning i Sverige gör att svenska domstolar också bör anamma denna mer legalistiskt präglade syn på förvaltningsdomstolarnas rättskontroll. Av

<sup>60</sup> Jfr generaladvokat Tizzanos förslag till avgörande av den 25 maj 2004 i mål C-12/03 P, kommission mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987.

<sup>61</sup> Se Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, s. 444.

<sup>62</sup> Dom av den 21 november 1991 i mål 269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. 453.

<sup>63</sup> Se t.ex. dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services*, REG 1998, s. II-3141.

<sup>64</sup> Se Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, s. 479.

intresse är särskilt sådana områden där den nationella rätten i princip enbart består av EU-rätt. Ett bra exempel på detta är upphandlingsområdet.

I kapitel 16 i lagen om offentlig upphandling (LOU)<sup>65</sup> finns en specialordning för överprövning som framstår som mer legalistisk än den sedvanliga svenska rättsprövningen i förvaltningsmål. Det kan emellertid antas att den prövning som utförs enligt LOU fortfarande mer liknar den allmänna svenska förvaltningskontrollen än den ordning som ligger till grund för rättsprövningen vid EU:s domstolar.<sup>66</sup> Svenska domstolar som avgör upphandlingsmål söker vägledning i EU-domstolens och tribunalens rättspraxis. Särskilt tribunalens praxis som avser EU-institutionernas upphandling är emellertid starkt präglad av den EU-rättsliga legalitetsprövningen, och tribunalen har i konsekvens med denna typ av rättskontroll tilldelat de upphandlande enheterna ett betydande skönsmässigt utrymme i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran.<sup>67</sup> Till synes inspirerad av denna rättspraxis accepterade Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) i sin dom i RÅ 2002 ref 50 (Migrationsverket) att det förekom brister i såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingsmodellen vid en upphandling utan att ogiltigförklara densamma. I sin dom slog Regeringsrätten inledningsvis fast att "[i] det uppställda kravet på affärsmässighet [i LOU] får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens." Regeringsrätten ansåg emellertid att de "skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när".

Regeringsrättens prövning förefaller ytlig både i förhållande till den sedvanliga svenska förvaltningskontrollen och den rättskontroll som utövas av unionsdomstolarna. Det finns visserligen inget som hindrar att den svenska rättskontrollen i upphandlingsmål blir mer legalistisk än den kontroll som utövas enligt förvaltningsprocesslagen och närmar sig den

---

<sup>65</sup> Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

<sup>66</sup>Se Hettne, J. och Öberg, U., *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005, s. 192, 203–204.

<sup>67</sup>Förstainstansrättens domar av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia interim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321, punkt 49, av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot parlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkt 54, av den 24 februari 2000 i mål T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen, REG 2000, s. II-387, punkt 147, av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot parlamentet, REG 2000, s. II-2849, punkt 39, av den 25 februari 2003 i mål T-183/00, Strabag Benelux NV mot rådet, REG 2003, s. II-135, punkt 73, och av den 25 februari 2003 i mål T-4/01, Renco mot rådet, REG 2003 s. II-171, punkt 62.



rättskontroll som utövas av EU:s domstolar, men i så fall måste den formella sidan av ärendet och de allmänna rättsprinciperna tas på mycket större allvar.<sup>68</sup>

## 6.7 Konklusion

Det kan alltså konstateras vissa tendenser till europeisering när det gäller den rättsprövning som sker i svenska domstolar när det är fråga om utpräglat EU-rättsliga ärenden. Det innebär dock inte en övergång från lämplighetsprövning till laglighetsprövning enligt inarbetade svenska definitioner. Vad domstolarna tycks göra är snarare att anpassa sin prövning till det regelverk som är i fråga. Ett område där det finns tydliga tecken på EU-rättslig inspiration och påverkan är uppenbarligen ämnet för detta utlåtande, elektronisk kommunikation. Det är tydligt att kammarrätten i sin rättspraxis anammat ett mer legalistiskt angreppssätt än vad som är vanligt vid prövning av svenska förvaltningsbeslut. Kammarrätten uttalar också att PTS har ett viss skönsmåssigt utrymme. I RK 2010:3 uttalades t.ex. att då den ursprungliga versionen av hybridmodellen utformades gjorde PTS ett stort antal antaganden om en tänkt effektiv operatörs nät och verksamhet. *Det är ofrånkomligt att flera av dessa antaganden bygger på skälighetsbedömningar och att myndigheten därvid kunnat komma till olika slutsatser utan att någon av dem självklart kan sägas vara felaktig eller orimlig.* Precis som på upphandlingsområdet handlar det om ett område som grundas på gemensam EU-reglering. Det är också ett område där en myndighets – PTS – skönsmåssiga utrymme måste kontrolleras. Därtill kommer att vid en prövning i sak av vissa beslut krävs expertis av ett annat slag än den som normalt innehas av domare vid förvaltningsdomstolar.

Mot denna bakgrund är kammarrättens angreppssätt inte förvånande. Kammarrätten anförde t.ex. i RK 2012:1 att i förvaltningsärenden enligt LEK är det angeläget att den myndighet som har att utreda och besluta som första instans och därtill själv är part efter överklagande, redan i anslutning till beslutet anger alla omständigheter som myndigheten har kännedom om och som har betydelse för beslutet. Kammarrätten understryker i samma dom att den prövar PTS beslut mot bakgrund av de rättssäkerhetsgarantier som den anser nödvändiga. Angående PTS invändning att man inte hunnit rätta sig efter kammarrättens dom i RK 2010:3 som förtydligade vilka krav som ställs på bevis och utredning, anfördes att den aktuella domen gav uttryck för lagfästa eller annars allmänt vedertagna rättsgrundsatser om utredning, legalitet, förutsebarhet och transparens. I bevisfrågor anknöt, enligt kammarrätten, domen till tidigare förvaltningsrättslig praxis. Överlag har Kammarrätten i Stockholm utvecklat en rad allmänna grundsatser av betydelse för PTS beslutsfattande. Exempelvis har i RK 2009:1 berörts frågor om utredning och bevisning vad avser bl.a. kostnader och i RK 2009:3 och RK 2009:4 frågor om utredning och precision i beslut om skyldigheter. Som framgått tidigare (avsnitt 4.3) anser jag dock att det är möjligt att

---

<sup>68</sup>Se Hettne, J. och Öberg, U., *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005, s. 192, 220.

kammarrätten har satt ribban väl lågt när de gäller vilka krav på bevisning som krävs för att ett beslut från PTS ska kunna upphävas. Om det handlar om påstått materiella brister bör – om en mer EU-inriktad rättskontroll ska tjäna som förebild – PTS normerande roll respekteras. I så skulle det krävas att beslutet är uppenbart felaktigt för att det ska kunna upphävas. Om det är fråga om formella fel, som t.ex. utrednings- eller motiveringsbrist finns dock inget uppenbarhetsrekvisit. I dessa fall gör sig därför nämnda synpunkt mindre starkt gällande.

Vad kammarrätten visar i sin senare rättspraxis utgör med all sannolikhet en illustration av den rättskontroll som kommer att ligga till grund för PTS beslut framöver. Enligt min mening är detta inte orimligt. Enligt LEK "får" PTS vidta åtgärder och stödet för dessa åtgärder återfinns ytterst i en tämligen komplicerad målbeskrivning i artikel 8 i ramdirektivet.

Vad PTS bör göra är att anpassa sina beslut till denna rättskontroll. Hur detta kan göras berörs i nästa avsnitt där Europeiska kommissionens beslutsförfarande på konkurrensområdet går igenom i syfte att tjäna som ett exempel på hur man kan försäkra sig om att ett beslut håller för domstolsprövning av de typs som utövas av tribunalen i Luxemburg.

## **7. Förfarandet för att fatta beslut inom EU – konkurrensområdet**

På konkurrensområdet har Europeiska kommissionen sina mest långtgående och även flitigast utnyttjade möjligheter att ingripa i enskilda företags förhållanden på den inre marknaden. Kommissionen har i huvudsak två befogenheter. Det rör sig dels om att inhämta upplysningar (artikel 18 i förordning 1/2003<sup>69</sup>), dels utföra undersökningar på ort och ställe i företagens lokaler (artikel 20 i förordning 1/2003). Kommissionen har därmed bl.a. möjlighet att träda in och undersöka affärshandlingar i företagslokaler för att hitta bevis om påstådda konkurrensöverträdelser. Kommissionens befogenheter begränsas dock av allmänna rättsprinciper, vilket berörs i det följande. Kommissionens befogenheter stämmer alltså tämligen väl överens med de som PTS har enligt 7 kap. LEK. Den som är föremål för tillsyn ska underrättas om en påstådd överträdelse och få tillfälle att yttra sig över denna inom skälig tid. PTS får i samband med underrättelsen meddela de förelägganden och förbud som behövs för att rättelse ska ske omedelbart eller inom skälig tid.

---

<sup>69</sup> Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1.

## 7.1 Rätten till försvar

Företagens rättigheter är tämligen begränsade när kommissionen utövar sina undersökningsbefogenheter. Tanken är dock att ett anklagat företag senare i förfarandet ska kunna göra sina rättigheter gällande. Om det efter inhämtande av upplysningar och efter utförd utredning konstateras att det sannolikt föreligger en överträdelse av konkurrensreglerna, inleder nämligen kommissionen det formella administrativa förfarandet, under vilket rätten till försvar ska respekteras fullt ut. Detta framgår av artikel 27.1 och 2 i förordning 1/2003, vari stadgas.

”1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 ska den ge de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen ska grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över. De klagande ska vara nära knutna till förfarandet.

2. Berörda parter rätt till försvar ska iakttas fullt ut under förfarandet. De ska ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. Rätten till tillgång till handlingar i ärendet ska inte omfatta konfidentiell information och interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. I synnerhet ska rätten till tillgång inte utsträckas till att gälla skriftväxling mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller mellan de senare, inbegripet handlingar som utarbetats enligt artiklarna 11 och 14. Detta ska inte hindra att kommissionen röjer eller använder upplysningar som är nödvändiga för att bevisa en överträdelse.”

Ett sätt att tillförsäkra att principen om rätt till försvar iakttas består i att beslutsmyndighetens preliminära slutsatser delges parten efter att själva utredningen har ägt rum. Detta underlättar handläggningen eftersom diskussionen då kan koncentreras på det egentliga beslutsunderlaget istället för på akten i dess helhet. Detta sker genom att kommissionen i sitt meddelande om anmärkningar (*“Statement of objections”*) redovisar sitt preliminära ställningstagande och vilka bevis som ligger till grund för detta. Parten bereds sedan tillfälle att kommentera det preliminära ställningstagandet och kommissionen är processuellt förhindrad att rikta andra anklagelser och komma med andra bevis i sitt slutliga beslut än vad som redan finns i meddelandet om anmärkningar. Om kommissionen grundar sin bedömning på något ytterligare dittills okommunicerat material i sitt beslut måste de berörda parterna beredas tillfälle att särskilt kommentera detta. I princip ska kommissionen då utfärda ett nytt eller kompletterande meddelande om anmärkningar.

Domstolen har definierat meddelandet om anmärkningar som "en förberedande rättegångsinlägga som endast är avsedd att göra det möjligt för de företag mot vilka ett förfarande inletts att effektivt utnyttja sin rätt att höras under korrekta former".<sup>70</sup>

Ett gott exempel på den stora vikt som fästs vid meddelandet om anmärkningar är dåvarande förstainstansrättens dom i målet *Schneider Electric SA mot kommissionen*.<sup>71</sup> Bakgrunden var att det franska bolaget Schneider önskade förvärva Legrand, som också var ett franskt bolag. Förvärvet anmäldes till kommissionen, som dock beslutade att det var oförenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionens beslut överklagades till förstainstansrätten. Rätten fann att kommissionens bedömning av den geografiska omfattningen av koncentrationen inte var styrkt och ansåg att det var fråga om mycket allvarliga bedömningsfel.<sup>72</sup> Den kom emellertid fram till att detta inte räckte för att ogiltigförklara beslutet och prövade därför också om beslutet var behäftat med formella fel. Schneider hade bl.a. anfört att en av grunderna som kommissionen framfört i sitt beslut inte hade återgivits i meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten uttalade att:

"440. Meddelandet om anmärkningar måste [...] innehålla en redogörelse för anmärkningarna i tillräckligt klara ordalag för att det ändamål som de har enligt gemenskapsbestämmelserna, vilket består i att tillhandahålla företagen alla upplysningar som de behöver för att kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett definitivt beslut.

441. Detsamma gäller i än högre grad som kommissionen i detta fall inte har vidtagit sanktioner med stöd av artiklarna 81 EG och 82 EG mot konkurrensbegränsande åtgärder som redan ägt rum och som de ifrågasatta företagen inte kan ha varit ovetande om. Kommissionen har konstaterat att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden på grund av att den påverkar konkurrensstrukturen på de nationella sektoriella marknader[na] [...].

442. Vidare har inte meddelandet om anmärkningar i förfarandena för kontroll av koncentrationer till enda syfte att identifiera anmärkningarna och att ge det företag som meddelandet riktas till en möjlighet att bemöta anmärkningarna. Denna rättsakt är också ämnad att göra det möjligt för de anmälade parterna att föreslå korrigerande åtgärder och i synnerhet att föreslå överlåtelse av tillgångar samt att i god tid, med hänsyn till det krav på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89, kunna överväga hur omfattande överlåtelsen måste vara för att den anmälda koncentrationen i tid ska kunna göras förenlig med den gemensamma marknaden."

Förstainstansrätten ogiltigförklarade kommissionens beslut. Domen visar hur viktigt det är att kommissionen i sitt beslut inte använder sig av uppgifter som den inte har redovisat i

---

<sup>70</sup> Se de förenade målen 142 och 156/84, BAT och Reynolds industrier mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 14.

<sup>71</sup> Dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, Schneider Electric SA mot kommissionen.

<sup>72</sup> Punkt 404 i domen.

meddelandet om anmärkningar eller som parterna inte på annat sätt har beretts tillfälle att yttra sig över. Det bör också noteras att meddelandet om anmärkningar enligt förstainstansrätten har ett vidare syfte i koncentrationsärenden än i andra konkurrensärenden, eftersom parterna på grund av uppgifterna i meddelandet om anmärkningar ska kunna föreslå ändringar i den föreslagna koncentrationen, så att kommissionens farhågor undanröjs.

### *Aktinsyn*

Principen om rätten till försvar är som framgått en samlingsbeteckning för olika processuella rättighetsgarantier. När parterna yttrar sig är det inte säkert att de har klart för sig vilket material beslutsmyndigheten förfogar över. Rätten att yttra sig kompletteras därför av en rätt till aktinsyn. På konkurrensområdet föreligger i princip full rätt till aktinsyn för ett företag som riskerar att drabbas av påföljder.<sup>73</sup> Kommissionens praxis när det gäller aktinsyn framgår av ett särskilt kommissionsmeddelande<sup>74</sup> och av ett beslut från 1994 om kompetensområdet för förhørsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden.<sup>75</sup> Kommissionen brukar följa en förteckning över de viktigaste handlingarna som den grundar sina ställningstaganden på till meddelandet om anmärkningar. Rätten till aktinsyn stadgas numera även uttryckligen i artikel 27.2 i förordning 1/2003. Enbart kommissionens interna handlingar, affärshemligheter och annat sekretessbelagt material kan undanhållas den part som är anklagad för något.

Syftet med aktinsyn är att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt så att de, på grundval av denna bevisning, kan uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om anmärkningar.<sup>76</sup> Rätten till insyn i kommissionens akt syftar således till att garantera att rätten till försvar kan utövas på ett ändamålsenligt sätt.<sup>77</sup> Detta framgår tydligt av unionsdomstolarnas rättspraxis. Förstainstansrätten uttalade t.ex. i *Solvay*<sup>78</sup> att:

”[A]ktens tillgänglighet i konkurrensfall har till syfte att ge dem som fått ett meddelande om anmärkningar möjlighet att underrätta sig om vad som

<sup>73</sup> Se t.ex. mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 89, C-185/95 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75, och Dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, punkt 68.

<sup>74</sup> Meddelande av den 23 januari 1997 om interna förfaranderegler för behandling av förfrågningar om tillgång till handlingar enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, artiklarna 65 och 66 i Parisfördraget och rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT C 23, 23.1.1997, s. 3).

<sup>75</sup> Kommissionens beslut 94/810/EKSG, EG av den 12 december 1994 om kompetensområdet för förhørsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden, EGT L 330, 21.12.1994, s.67.

<sup>76</sup> Se PVC II punkt 315, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75, och där angiven rättspraxis)

<sup>77</sup> Se punkt 316 i PVC II.

<sup>78</sup> Dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 59.

förekommer i kommissionens akt så att de, på grundval av detta, kan uttala sig på ett meningsfullt sätt om de slutsatser som kommissionen dragit i meddelandet om anmärkningar. Tillgången till akten hör alltså till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar [...]. Respekten för rätten till försvar utgör emellertid i varje förfarande som kan leda till straff en grundläggande gemenskapsrättslig princip som måste upprätthållas under alla omständigheter och detta även om det rör sig om ett förfarande av administrativ karaktär. En verklig respekt för denna allmänna princip förutsätter att det berörda företaget haft tillfälle att från det administrativa stadiet av förfarandet på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat [...].”

I samma mål påpekade förstainstansrätten att kommissionen inte själv kan bestämma vilket material som är relevant för parten i fråga. Hela akten med undantag av ovannämnda sekretessbelagda handlingar måste kunna granskas av parten.<sup>79</sup>

När det gäller rätten till aktinsyn har det dock blivit nödvändigt att väga rätten till insyn mot kravet på att konkurrensförfarandet kan fungera effektivt. En fullständig rätt till aktinsyn omfattar i regel även handlingar som har mycket lite med anklagelserna att göra och aktualiserar frågor om sekretess och krav på konfidentiell behandling av vissa handlingar, särskilt när många företag är inblandade. EU-domstolen har uttalat att ett åsidosättande av rätten till insyn i kommissionens akt under det förfarande som leder fram till ett beslut i princip kan utgöra grund för ogiltigförklaring av detta beslut då beslutet innebär att det berörda företags rätt till försvar har åsidosatts.<sup>80</sup> I så fall kan åsidosättandet inte ställas till rätta genom att det berörda företaget senare, i en rättegång rörande ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet, får ta del av handlingarna i fråga. Om företaget får ta del av handlingarna i detta skede, är det berörda företaget inte skyldigt att bevisa att kommissionens beslut hade fått ett annat innehåll om företaget hade haft tillgång till de handlingar som inte lämnades ut, utan företaget är endast skyldigt att bevisa att det kunde ha använt nämnda handlingar för sitt försvar.<sup>81</sup>

I Cementmålen från år 2004<sup>82</sup> framhöll emellertid EU-domstolen – när det gällde graverande handlingar – att det ankommer på det berörda företaget *att visa att slutsatsen som kommissionen har dragit i sitt beslut skulle ha blivit en annan om en handling som inte lämnats ut, och som kommissionen lagt till grund mot detta företag, inte skulle ha fått*

<sup>79</sup> Se dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 83 och dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, p. 69

<sup>80</sup> Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl., punkt 317.

<sup>81</sup> Ibid, punkt 318.

<sup>82</sup> Dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, p. 73 ff.

*användas som bevismaterial mot företaget.* När det däremot gäller underlåtenhet att lämna ut en handling som är till företagets fördel behöver, enligt domstolen, det berörda företaget bara visa att underlåtenheten att lämna ut handlingen har kunnat inverka negativt för företaget på förfarandets fortskridande och innehållet i kommissionens beslut. Det räcker att företaget visar att det hade kunnat utnyttja nämnda handlingar till sitt försvar i den meningen att om företaget hade kunnat använda dessa under förfarandet, hade det kunnat åberopa omständigheter som inte överensstämmer med de slutsatser som kommissionen dragit på detta stadium, och därmed på något sätt ha kunnat påverka kommissionens bedömningar i ett eventuellt beslut, åtminstone när det gäller hur allvarligt det beteende varit som tillskrivits företaget och hur länge det pågått, och följaktligen nivån på böterna.

## **7.2 Utredningsskyldigheten**

Utredningsskyldigheten eller omsorgsprincipen som den också kallas, kompletterar på ett effektivt sätt rätten till försvar och bidrar till att begränsa det skönsmässiga utrymme som kommissionen förfogar över i konkurrensärenden. Den har fått sin största betydelse i ärenden där företag inger klagomål till kommissionen om att andra företag överträder konkurrensreglerna. De klagande företagen är inte anklagade för något, men är beroende av kommissionens agerande och kan lida ekonomisk skada om kommissionen inte vidtar några åtgärder. Kommissionen kan dock inte tvingas att vidta åtgärder med anledning av varje klagomål som inkommer.

Förstainstansrätten bekräftade detta i sin dom i målet *Automec*<sup>83</sup>, där den slog fast att kommissionen inte är förpliktad att utreda de klagomål som framställs och själv kan välja vilka ärenden den vill gå vidare med. Förstainstansrätten betonade i detta sammanhang att det ingår i den förvaltande verksamheten att en myndighet som har i uppdrag att tillhandahålla offentliga nyttigheter vidtar alla nödvändiga organisatoriska åtgärder för att fullgöra sitt uppdrag, även att prioritera inom av lagen angivna ramar, när sådana prioriteringar inte har fastställts av lagstiftaren. Detta bör i synnerhet vara fallet när en myndighet har fått ett så vidsträckt och allmänt övervaknings- och kontrolluppdrag som kommissionen har tilldelats på konkurrensområdet. Det är därför i överensstämmelse med kommissionens skyldigheter enligt gemenskapsrätten att den ger de ärenden som föreläggs den på konkurrensområdet olika prioritet.<sup>84</sup>

Det finns dock enligt förstainstansrätten begränsningar i kommissionens utrymme för skönsmässiga bedömningar i detta avseende, varvid utredningsskyldigheten framträder tydligt. Även om kommissionen inte kan vara skyldig att göra en utredning är den nämligen

---

<sup>83</sup> Dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, *Automec* mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, svensk specialutgåva, s. II-61.

<sup>84</sup> Se punkt 77 i domen.

skyldig att *noga undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter den fått kännedom om genom klagandeparten, i syfte att bedöma om dessa omständigheter tyder på ett uppträdande som kan snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna.*<sup>85</sup>

Förstainstansrätten påpekade att den legalitetskontroll som förstainstansrätten ska utföra syftar till att kontrollera om det omtvistade beslutet grundar sig på materiellt oriktiga fakta, är behäftat med felaktig rättstillämpning, eller en uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk. *Rätten ska därför kontrollera om kommissionen har gjort den undersökning av klagomålet som den var skyldig att göra och med all erforderlig noggrannhet bedömt de faktiska och rättsliga omständigheter som sökanden framfört i sitt klagomål och, därefter, om kommissionen korrekt har motiverat sitt beslut att avskriva klagomålet genom att åberopa sin befogenhet att dels "göra olika prioriteringar i handläggningen av de ärenden som föreläggs den", dels att som prioriteringskriterium hänvisa till det gemenskapsintresse ärendet har.*<sup>86</sup>

Utredningsskyldigheten uttrycktes i ännu skarpare ordalag i målet *Asia Motor France II*,<sup>87</sup> där förstainstansrätten underströk att i de fall där kommissionen har befogenhet att göra en skönsässig bedömning för att kunna utföra sina uppgifter *är det desto viktigare att respektera de garantier som gemenskapsrätten ställer vad gäller det administrativa förfarandet.* Dessa garantier omfattar bland annat kravet att den behöriga institutionen omsorgsfullt och opartiskt ska pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet.<sup>88</sup> Mot denna bakgrund måste kommissionen noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandeparten fört fram, för att bedöma huruvida det därav framgår att det föreligger ett uppträdande som kan snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna. Även om kommissionen inte är skyldig att företa en undersökning av varje klagomål som ingivits till den, ska den i gengäld då den beslutar att inleda en sådan, utom i vederbörligen motiverade fall, *göra detta med den omsorg, den noggrannhet och den uppmärksamhet som krävs för att med full kännedom om saken kunna bedöma de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandena underställt kommissionen för bedömning.*

Utredningsskyldigheten kompletterar alltså rätten till försvar och utgör ett medel för gemenskapsdomstolarna att kontrollera att kommissionen inte missbrukar sitt skönsässiga utrymme på konkurrensområdet. Som framgått sammanhänger den även nära med motiveringsskyldigheten som berörs i det följande.

---

<sup>85</sup> Se punkt 79 i domen.

<sup>86</sup> Se punkt 81 i domen.

<sup>87</sup> Se dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, *Asia Motor France* mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, svensk specialutgåva, s. II-81, p. 34 ff.

<sup>88</sup> Se särskilt dom av den 21 november 1991 i målet C-269/90 *Technische Universität München*, Rec. 1991, s. I-5469.



### 7.3 Motiveringsskyldigheten

Motiveringsskyldigheten har betydelse i flera skeden under konkurrensförfarandet och hänger nära samman med principen om rätt till försvar.

Kommissionen är skyldig att motivera sitt beslut att *inleda en undersökning* genom att ange föremålet för och syftet med undersökningen. Enligt EU-domstolen utgör detta ett grundläggande krav, inte bara för att det ska visas att det ingripande som ska genomföras i de berörda företagens lokaler är motiverat, utan också för att göra det möjligt för dessa företag att bedöma i vilken utsträckning de är skyldiga att samarbeta, samtidigt som deras rätt till försvar tillvaratas.<sup>89</sup>

EU-domstolen har vidare framhållit att det ankommer på kommissionen att i ett beslut om undersökning på ett så exakt sätt som möjligt ange vad som eftersöks och vad undersökningen ska omfatta.<sup>90</sup> Detta krav är ägnat att tillvarata de berörda företagens rätt till försvar, eftersom denna rätt allvarligt skulle kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis som samlats in vid en undersökning som inte har något samband med undersökningens föremål och syfte.<sup>91</sup>

Självklart ställs också krav på motivering vad gäller slutgiltiga beslut. Enligt fast rättspraxis har skyldigheten att motivera ett sådant beslut till syfte att göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet och att ge den berörde de upplysningar som är nödvändiga för att denne ska kunna bedöma om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet.<sup>92</sup>

Motiveringsskyldigheten är också viktig om kommissionen väljer att *inte* gå vidare med ett klagomål som ingivits av ett konkurrerande företag. Detta framgick mycket tydligt i förstainstansrättens dom i *Asia Motor France II*.<sup>93</sup> Förstainstansrättens citerade inledningsvis de allmänna kraven på motivering, nämligen att motiveringen av ett beslut dels måste göra det möjligt för den som beslutet riktar sig till att få kännedom om grunderna för det fattade beslutet, så att han i förekommande fall kan göra sina rättigheter gällande och avgöra huruvida beslutet är välgrundat eller ej, dels göra det möjligt för gemenskapsdomstolarna

<sup>89</sup> Se punkt 47 i Roquette frères-domen.

<sup>90</sup> Se dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, punkterna 26 och 27; svensk specialutgåva, volym 5, s. 253.

<sup>91</sup> Se mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 18 samt punkt 48 i Roquette-frères-domen.

<sup>92</sup> Se bland annat dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen, REG 2003, s. I-11177, punkt 145.

<sup>93</sup> Se dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, svensk specialutgåva, s. II-81, punkt 33 ff.

att utöva sin prövningsrätt. Den framhöll också att kommissionen inte är skyldig att ta ställning till samtliga argument som de berörda parterna åberopar till stöd för sina ansökningar. Det är tillräckligt att kommissionen redovisar de faktiska omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutets utformning.

Förstainstansrätten framhöll dock att kommissionen i det aktuella fallet var skyldig att noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som klagandeparten fört fram och granskade – i syfte att kontrollera om motiveringskravet var uppfyllt – det bevismaterial som lagts fram av klagandena samt om det omtvistade beslutet innehöll en lämplig prövning av de faktiska och rättsliga omständigheter som hade underställts kommissionen. Domen har med rätta kritiserats för att inte skilja mellan det formella motiveringskravet och sakinnehållet samt kontrollen av om kravet på utredning är uppfyllt,<sup>94</sup> men visar vilken vikt förstainstansrätten fäster vid motiveringskravet.

Det ska slutligen påpekas att motiveringskyldigheten, till skillnad från principen om aktinsyn, är av renodlad normativ karaktär, vilket innebär att en bristfällig motivering kan leda till ogiltigförklaring även när beslutet är riktigt i sak. Motiveringskyldigheten är en "väsentlig formföreskrift" i den mening som avses i artikel 263 FEUF, varför en bristfällig motiverad rättsakt kan ogiltigförklaras av domstolen. Detta innebär också att den som är berörd av beslutet i princip ska underrättas om skälen för beslutet samtidigt som personen i fråga mottar detta. En bristfällig motivering kan inte rättas till genom att den berörde underrättas om skälen för beslutet under förfarandet vid domstolen.<sup>95</sup>

## **7.4 Konklusion**

Att kommissionen iakttar nämnda principer och fullt ut respekterar enskilda parter processuella rättigheter har alltså varit helt avgörande för att dess beslut ska hålla vid en rättslig prövning. De principer som kommissionen följer har utvecklats av EU-domstolen och tribunalen i mål som kommissionen inte sällan har förlorat. Framför allt i början av 1990-talet när dåvarande förstainstansrätten inledde sin verksamhet förlorade kommissionen många mål för att parternas processuella rättigheter inte hade iakttagits fullt ut. Det krävdes några år av anpassning innan man kan säga att det i detta avseende skapades ett "gott förhållande" mellan kommissionen och förstainstansrätten. Vissa likheter kan alltså konstateras när det gäller kommissionens förhållande till förstainstansrätten och PTS förhållande till kammarrätten i Stockholm. Det är troligt att detta förhållande förbättras framöver. Om PTS låter sig inspireras av det sätt som kommissionen arbetar på för att i processuellt hänseende kvalitetssäkra sina beslut, kommer besluten att hålla bättre för

---

<sup>94</sup> Se Nehl, H. P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing 1999, s. 142 ff.

<sup>95</sup> Dom av den 26 november 1981 i mål 195/80, Michel mot parlamentet, REG 1981, s. 2861, punkt 22.

rättslig prövning även i Sverige. Förvaltningsrätterna måste å sin sida respektera PTS normerande roll på marknaden tydligare än hittills och hitta former för detta.

## 8. Slutsatser

### 8.1 Inledning

Det ska inledningsvis påpekas att sektorn för elektronisk kommunikation förändras kontinuerligt och snabbt, framför allt beroende på snabb teknisk utveckling. Marknaden för elektronisk kommunikation är sådan att redan etablerade operatörer har en stor fördel i förhållande till dem som vill ta sig in på marknaden. Konkurrensfrämjande åtgärder enligt LEK syftar till att motverka denna obalans och hindra att nya aktörer slås ut från marknaden redan i ett inledningsskede. Om konkurrensregleringen inte fungerar verkar detta avskräckande på investeringsviljan och hämmande på innovation och utvecklingen av nya tjänster. Detta kommer i så fall att forma marknadsstrukturen även framöver. Marknadssituationen riskerar då att bli bestående. I slutändan innebär det att konsumenterna inte får tillgång till ett så stort utbud av ändamålsenliga tjänster till rimliga priser som annars skulle vara fallet.

Det ska också erinras om att sektorn för elektronisk kommunikation är föremål för gemensam europeisk reglering. Det rör sig om ett område där EU ytterst har exklusiv kompetens. Detta förhållande måste hela tiden hållas i åtanke vid en analys av de inblandade aktörernas (kommissionen, riksdag och regering samt PTS) respektive handlingsutrymme. Medlemsstaterna ska mot denna bakgrund i enlighet med bestämmelserna i direktiven *bistå* EU och i synnerhet kommissionen i arbetet med att säkerställa att konkurrensen fungerar på marknaden för elektronisk kommunikation.

Medlemsstaternas egna politiska handlingsutrymme är däremot i hög grad begränsat. Stor vikt måste mot denna bakgrund fästas vid kommissionens riktlinjer och rekommendationer, trots att dessa inte är rättsligt bindande, samt beslut rörande enskilda medlemsstater i den mån de ger uttryck för kommissionens uttolkning av reglerna. Naturligtvis måste också rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen beaktas. Överlag handlar det om regler som ska tolkas och tillämpas lika i alla medlemsstater även om den konkreta tillämpningen är beroende av nationella förhållanden, såsom skilda marknadsstrukturer m.m.

Att medlemsstaternas utrymme för politiskt beslutfattande inom ramen för EU:s regelverk för elektronisk kommunikation är begränsat innebär emellertid inte att riksdag och regering saknar ansvar. Nationella beslutfattande organ på alla nivåer ska i enlighet med den

unionsrättsliga lojalitetsprincipen säkerställa att regelverket för elektronisk kommunikation fungerar väl i Sverige, dvs. skapa förutsättningar för en god tillämpning av regelverket. Vid själva tillämpningen är det dock PTS som i samråd med Konkurrensverket, kommissionen och det europeiska samverkansorganet, Berec, ska göra de marknadsekonomiska bedömningar och fatta de beslut som krävs enligt regelverket, utan påverkan av riksdag och regering.

## ***8.2 Införandet av EU:s regelverk i Sverige***

I denna utredning har konstaterats att PTS uppdrag är av ovanligt slag eftersom det i viss utsträckning handlar om en förhandsreglering (ex ante-bedömning) på en marknad där konkurrensen inte fungerar effektivt. Sådana regleringsbefogenheter är långtgående och förutsätter att myndigheten tillförsäkras ett utrymme för skönsmässig bedömning, dvs. ett visst handlingsutrymme inom lagens ram, samt ett starkt oberoende från riksdag och regering vid tillämpningen av regelverket. Det handlar om beslut som i förlängningen ska leda till skapandet av en fungerande marknad för elektronisk kommunikation i Sverige. Vad den EU-rättsliga regleringen ytterst syftar till är som framgått en gemensam tillämpning av regelverket för elektronisk kommunikation i hela EU. PTS står därför i ett lydadsförhållande till kommissionen men förväntas agera oberoende av den nationella lagstiftaren

Av förarbetena till LEK framgår att PTS vid genomförandet av EU-regleringen efterlyste en tydligare lagreglering. PTS såg uppenbarligen att den övergång till en mer flexibel ordning – där förhandsreglering i lag ersattes av mer skraddarsydd beslutsreglering – som infördes genom LEK, riskerade att minska möjligheten att ta itu med vissa konkurrensbegränsningar, eftersom det angavs att regelverket endast skulle användas när det fanns särskilda behov. Med tanke på hur besvärlig tillämpningen sedermera har visat sig låg det sannolikt något i dessa farhågor.

Den principiella förändring som det innebar att gå från lagreglering till beslutsreglering tycks överlag ha underskattats vid genomförandet av EU:s regelverk för elektronisk kommunikation i svensk rätt. Det fanns möjlighet för regeringen att t.ex. integrera kommissionens uttalanden i befintliga rekommendationer och riktlinjer vid bedömningen av hur de nya reglerna skulle tolkas. Detta gjordes emellertid i mycket liten utsträckning (se avsnitt 3.7). Det är troligt att en ökad betoning av PTS och kommissionens roll vid tillämpningen av regelverket skulle ha bidragit till en mer effektiv tillämpning av reglerna i Sverige.

Den flexibilitet som regeringen ville åstadkomma vid det svenska genomförandet var visserligen helt i linje med det övergripande syftet bakom EU:s lagstiftning, men frågan är om de svenska intressenterna vid tillämpningen av reglerna (operatörer, myndigheter och

domstolar) verkligen uppfattade den principiella reform som låg i det nya regelverket. I förarbetena diskuteras visserligen uppdragets karaktär, men i tämligen instrumentella termer med sikte på vilken myndighet som var bäst lämpad att axla uppdraget. Poängen med den nya ordningen var som framgick att de konkurrensfrämjande åtgärder som skulle vidtas skulle ske genom individuella beslut och därmed bli mer träffsäkra än den tidigare detaljregleringen. De svenska förarbetena manade emellertid till försiktighet när det gäller marknadsingripanden överhuvudtaget (regelverket skulle endast användas när det fanns särskilda behov) och gav knappast PTS råg i ryggen inför den framtida tillämpningen. Detta kan vara en förklaring till att PTS inledningsvis kritiserades för att vara alltför passiv i sin roll som regleringsmyndighet.

En annan fråga som föregicks med tystnad var den nationella regleringsmyndighetens lydnadsförhållande till Europeiska kommissionen och det därmed sammanhängande oberoendet i förhållande till den svenska regeringen och riksdagen. Förenklat innebär detta att PTS ska verka som kommissionens förlängda arm i Sverige. Detta skapar en spricka i den traditionella svenska förvaltningsstrukturen där myndigheten ska vara oberoende från yttre inflytande vid bedömningar i enskilda fall. PTS ska vara lyhörd för kommissionen även i enskilda fall. Det är en grundbult i den EU-rättsliga ordningen som syftar till en harmoniserad tillämpning av reglerna i hela EU.

Jag tror denna aspekt och i förlängningen hur en sådan "europeiserad" myndighets beslut ska kontrolleras i en svensk kontext helt undgick lagstiftaren när regelverket genomfördes i Sverige. De mer långtgående konsekvenserna av detta är en fråga som är väl lämpad för en statsvetenskaplig analys, som det saknas både utrymme och förutsättningar för att genomföra i detta sammanhang. Vad som ska diskuteras här är emellertid vad man rent faktiskt kan göra för att förbättra situationen.

En ytterligare aspekt vid genomförandet i Sverige är att begreppsapparaten och systematiken från den tidigare regleringen i Telelagen behölls i viss utsträckning. Även om detta i sig inte kan kritiserats kan det ha bidragit till intrycket av att stora förändringar inte infördes.

Sammantaget kan konstateras att PTS nya roll inte blev klargjord tillräckligt tydligt när de nya reglerna trädde i kraft. En del av den regulatoriska osäkerheten synes botten i ett ifrågasättande av denna roll. Det har t.ex. varit vanligt förekommande att PTS beslut efter överklagande har inhiberades i förvaltningsdomstolarna. Något som har uppmärksamats och kritiserats av kommissionen i bl.a. en rapport från 2005.

Även i efterhand när problem avseende tillämpningen blivit ett faktum, framstår det som att regeringen upplever att man saknar det rätta receptet för att säkerställa en effektiv tillämpning. Lagstiftarens reaktioner framstår som otillräckliga och inte helt adekvata.

Högsta förvaltningsdomstolen har skurits bort som prövningsinstans och särskilda preklusionsregler har införts för att snabba på processen. Regeringen har alltså försökt mildra konsekvenserna av att något inte står rätt till, de systematiska överklagandena och de långa handläggningstiderna, men har hittills inte vidtagit några åtgärder för att gå till botten med problemet. I viss utsträckning tycks också PTS ha fått motstridiga indikationer av regeringen. Förstärkningen av den ekonomiska expertisen vid domstolarna och det samtidiga införandet av särskilda preklusionsregler framstår inte som helt konsekvent.

### ***8.3 Konsekvenser***

Konsekvenserna av den osäkerhet som rådde vid genomförandet och den otydlighet som detta resulterade i har gjort att PTS myndighetsroll, med normerande befogenheter, inte helt passat in i den svenska förvaltningskulturen. Jag tror inte heller att "marknaden" uppfattade PTS roll på detta sätt eller i vart fall inte självmant accepterade att PTS har en sådan normerande roll. Detta är inte heller förvånande mot bakgrund av att PTS axlade sin nya roll utan att byta namn eller andra synbara yttre förändringar.

Den principiella förändringen har därför istället växt fram successivt och har ännu inte fullt ut erkänts och accepterats.

Det finns tecken på att den övergång från lagreglering till marknadsskapande beslutsreglering i vissa avseenden har inneburit en lättnad för de marknadsdominerande aktörerna i Sverige till följd av systematiska överklaganden, vilket i så fall har förfelat syftet eller i vart fall skjutit fram vinsterna med den nya regleringen på vissa delar av marknaden för elektronisk kommunikation i Sverige .

Det tycks också fortfarande råda en regulatorisk osäkerhet, dvs. en osäkerhet om hur regelverket för elektronisk kommunikation ska tolkas och tillämpas i Sverige.

Det är naturligtvis lätt att vara efterklok. Att på förhand fullt ut förutse konsekvenserna och de inneboende riskerna för att regleringen inte skulle fungera i Sverige är att begära mycket av regeringen. Många andra EU-länder har också haft problem och införandet av Berec får betraktas som en tydlig signal om att regelverket inte fungerat optimalt på europeisk nivå.

### ***8.4 Rekommendationer***

#### **8.4.1 Riksdag och regering**

Mitt förslag är att man fullföljer den påbörjade europeiseringen av PTS, som följer direkt av EU:s regelverk. För att detta ska vara möjligt krävs att de olika kompetensnivåerna på området elektronisk kommunikation i Sverige (riksdag, regering, myndigheter, domstolar) har samma utgångspunkter och samma uppfattning om det bakomliggande syftet med regleringen. I centrum står, som framgått, PTS uppdrag. Det måste i den svenska kontexten klarläggas att PTS har den roll som EU-domstolen med all önskvärd tydlighet har preciserat att alla nationella regleringsmyndigheter har (se avsnitt 2.3.2).

Riksdag och regering måste därför tydligare markera att PTS är en självständig myndighet med normerande befogenheter på marknaden för elektronisk kommunikation. I ett bredare samhällspolitisk perspektiv är detta ett enormt betydelsefullt uppdrag.

#### **8.4.2 Domstolarna**

Sveriges förvaltningsdomstolar måste acceptera och bättre förhålla sig till den rättsliga och faktiska situation som råder på marknaden. En kärnfråga är hur kontrollen över PTS beslut ska utformas.

Det finns här skäl att följa Tysklands exempel och konstruera rättskontrollen av PTS beslut annorlunda än den sedvanliga förvaltningsrättsliga prövningen. Det är uppenbart att man i Tyskland har sneplat på den rättskontroll som EU:s tribunal utövar i förhållande till kommissionens beslut. Eftersom det är kommissionens förlängda arm i Sverige som kontrolleras, är det inte ologiskt att man i Sverige på samma sätt som i Tyskland, inspireras av hur kommissionens skönmässiga utrymme kontrolleras i Luxemburg. Det är inte rättvisande att kalla tribunalens rättsprövning för laglighetsprövning om man då menar laglighetsprövning enligt svensk modell (rättsprövningslagen eller kommunallagen), men samtidigt skiljer sig tribunalens prövning väsentligen från en klassisk svensk lämplighetsprövning i förvaltningsdomstol.

För egen del anser jag att en anpassning av kontrollen av PTS beslut i enlighet med den kontrollordning som utövas av tribunalen i Luxemburg skulle vara välkommet.

En tendens till förändrad rättskontroll kan för övrigt redan skönjas i praxis från kammarrätten från senare år. Detta synes initialt ha skapat viss förvirring. PTS och kammarrätten tycks fokuserat på olika frågor. För PTS har det uppenbarligen varit beslutens sakliga innehåll som har prioriterats och inte hur man kommit fram till detta. Domstolarna har däremot inriktat sin kontroll på att PTS har följt tillämplig lagstiftning och grundläggande förvaltningsrättsliga principer, men har därutöver förefallit ovillig att gå in på själva sakfrågorna. Ett ökat inslag av laglighetsprövning har därför införts i praktiken, åtminstone i kammarrätt. PTS tycks dock ännu inte ha anpassat sitt beslutsförfarande mot bakgrund av

detta faktum, vilket dock är svårbedömt mot bakgrund av den tid som förflyter innan dom meddelas i nya ärenden.

Samtidigt måste domstolarna respektera PTS roll. Som framgått anser jag att de krav som ställs på PTS att kunna rättfärdiga sina beslut i ekonomiskt hänseende framstår som långtgående, särskilt mot bakgrund av den normerande roll PTS förväntas ha. Samtidigt måste naturligtvis PTS beslut kunna kontrolleras. Det finns här anledning att inspireras av den kontroll tribunalen utövar över kommissionens beslut för att säkerställa att kommissionen inte missbrukar sitt handlingsutrymme vid komplicerade ekonomiska bedömningar i konkurrens mål (se kapitel 7).

Det bör också noteras att det sker en kvalitetssäkring av PTS beslut genom det samråd som äger rum med kommissionen och inom Berec. Om PTS beslut inte håller kan därför sägas att kommissionens synpunkter och allmänna uttolkningar av reglerna riskerar att inte få det genomslag som regelverket syftar till. Mot denna bakgrund bör svenska förvaltningsdomstolar betrakta sin roll i ett bredare perspektiv där en avvägning måste ske mellan operatörernas behov av rättsskydd och möjligheten att tillämpa regelverket på ett effektivt sätt inom EU.

### **8.4.3 PTS**

PTS måste förbättra kvaliteten på sina beslut så att de håller vid prövning i domstol. Myndigheten måste omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta, innan ett beslut fattas. Detta innebär att det är nödvändigt att noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som samtliga parterna för fram, för att bedöma huruvida det därav framgår att det föreligger ett uppträdande eller en marknadsstruktur som snedvrider konkurrensen. Beslutet ska också vara motiverat på ett sätt som gör det möjligt för de som beslutet riktar sig till att få kännedom om grunderna för det, så att de i förekommande fall kan göra sina rättigheter gällande och avgöra huruvida beslutet är välgrundat eller ej. Beslutsmotiveringen ska vidare göra det möjligt för förvaltningsrätten och kammarrätten att utöva sin prövningsrätt. Det sist sagda är kanske det viktigast. Det innebär inte att PTS är skyldig att ta ställning till samtliga argument som parterna åberopar till stöd för sina påståenden. Men de faktiska omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutets innehåll måste framgå tydligt. Beslutet måste också vara sammanhängande och övertygande om det ska hålla för en rättslig granskning i domstol. Det är inte bara en argumentering i sakfrågan som ska framkomma utan även en beskrivning som visar att PTS har skött sitt myndighetsuppdrag på ett korrekt sätt gentemot marknadsoperatörer.



Det framstår som om dessa förvaltningsrättsliga grundprinciper inledningsvis har underskattats internt av PTS. Bl.a. tycks man inte ha utnyttjat sin samlade juridiska expertis (i synnerhet rättssekretariatet) när konkurrensavdelningen har fattat sina beslut.

Ett sätt att tillförsäkra att beslut håller i domstol i processuellt hänseende är att delge berörda parten ett preliminärt beslut efter att själva utredningen har ägt rum. Detta underlättar handläggningen eftersom diskussionen då kan koncentreras på det egentliga beslutsunderlaget istället för på akten i dess helhet. Som framgått gör kommissionen på detta sätt när den i sitt meddelande om anmärkningar ("*Statement of objections*") redovisar sitt preliminära ställningstagande och vilka bevis som ligger till grund för detta. Parterna bereds sedan tillfälle att kommentera det preliminära ställningstagandet och kommissionen är processuellt förhindrad att rikta andra anklagelser och komma med andra bevis i sitt slutliga beslut än vad som redan finns i meddelandet om anmärkningar. Om kommissionen grundar sin bedömning på något ytterligare dittills okommunicerat material i sitt beslut måste de berörda parterna beredas tillfälle att särskilt kommentera detta. I princip ska kommissionen då utfärda ett nytt eller kompletterande meddelande om anmärkningar. Förfarandet kan tyckas tungrott, men säkerställer att det inte finns onödiga oklarheter som försvårar en senare domstolsprocess. Detta synsätt kan utvecklas mot bakgrund av den skyldighet som PTS har att kommunicera inför beslut enligt t.ex. 8 kap 10 § LEK.

Detta överensstämmer vidare tämligen väl med de åtgärder som föreslagits av PwC:

- Proaktivt agerande - PTS måste agera mer proaktivt i tillsynen innan ett föreläggande utfärdas (och eventuellt överklagande sker), dvs. mer utförligt utreda och dokumentera de omständigheter som ligger till grund för föreläggandet.
- Kvalitetssäkringsprocess - PTS bör ta in en kvalitetssäkringsprocess i tillsynsarbetet för att dels öka den interna medvetenheten om de krav som ställs i domstolsprocesser dels öka sannolikheten för att de föreläggande som meddelas står sig i domstol vid ett överklagande.
- Informationsföreläggande - PTS bör i ökad omfattning använda sig av informationsföreläggande, med hot om vite, i tillsynsprocessen för att säkerställa att begärd information verkligen ges in.
- Mall för tillsynsplaner - PTS bör ta fram en mall för tillsynsplaner, se över hur tillsynsplanerna används i myndighetens arbete samt även se över vilka möjligheter det finns att följa upp resultatet av tillsynsplanerna.

Ett tvåstegsförfarande med en (i möjligaste mån) oberoende intern kvalitetskontroll bör därför övervägas. Detta måste naturligtvis ske innan ett slutligt beslut fattas. Allra senast efter synpunkterna på ett preliminärt beslut enligt den ordning som redovisades ovan. Den överklagandenämnd som efterfrågas av kammarrätten (se avsnitt 5.3) skulle t.o.m. kunna inrättas internt hos PTS, åtminstone i funktionell mening. En liknande ordning finns hos

harmoniseringsbyrån i Alicante som har hand om varumärkesregistrering inom EU. Hos Harmoniseringsbyrån finns överklagandenämnder som prövar myndighetens beslut innan det är möjligt att föra ett ärende vidare till domstol (tribunalen i Luxemburg).

Att en förändring sker snart är mycket viktigt. PTS måste på bästa sätt utnyttja sina utredningsbefogenheter. Besluten måste bygga på en hållfast rättslig argumentation. Därigenom kan PTS skapa det förtroende och den respekt som krävs av en nationell regleringsmyndighet på området för elektronisk kommunikation.

### ***8.5 Särskilt om prisreglering***

Ett område där det är angeläget att förändringar införs snabbt i enlighet med ovanstående rekommendationer är prisregleringsområdet. PTS förslag angående tydligare befogenheter när det gäller förhandsreglering av priser på marknaden för elektronisk kommunikation (avsnitt 5.4) går i denna riktning. PTS har möjlighet att självständigt revidera förfarandet i stor utsträckning men ett förtydligt föreskriftsbemyndigande från regeringen behövs också. Det är viktigt att påpeka att detta inte bara är en fråga om vilka tolkningar som är tänkbara enligt nuvarande föreskrifter. Om PTS normgivningsbemyndigande förstärks, visar regeringen samtidigt att den ställer sig bakom PTS i myndighetens ansträngningar att effektivisera tillämpningen av LEK. En sådan signal är som framgått både nödvändig och välkommen.

Som PTS påpekat kan även ett beslut om förhandsreglering överklagas, men fokus i processen skulle då skifta från frågan om PTS har haft fog för att sänka de priser som SMP-operatören tillämpar till att endast röra frågan om vilket pris som ska bestämmas. Operatören måste i en sådan process, enligt PTS, redan i överklagandet ange vilken beloppsmässig ändring av beslutet som yrkas (invändningar som redan bör ha prövats av PTS gentemot ett preliminärt beslut). Vilka möjligheter operatörerna har att framgångsrikt angripa PTS beslut avseende prissättning är naturligtvis fortfarande avhängigt beslutens kvalitet och domstolarnas rättsprövning, men själva grundkonstruktionen rimmar bättre med det EU-rättsliga regelverkets syfte, vilket bl.a. får sägas vara att säkerställa att PTS har ett skönsrätt utrymme för bedömningar i prisregleringsfrågor. Förvaltningsdomstolarna bör i sådana fall inte ha möjlighet att ändra PTS förelägganden och fastställa nya priser, utan prövning blir mer inriktad på om PTS beslut är behäftade med sådana brister att det måste upphävas, i annat fall bör det pris som PTS fastställt gälla.

### ***8.5 Sammanfattning***

Sammantaget anser jag att PTS bör få tydligare politisk uppbackning från riksdag och regering för att genomföra det uppdrag som följer av EU:s regelverk för elektronisk kommunikation. PTS befogenheter och bemyndigande bör sålunda stärkas och förtydligas för att underlätta tillämpningen av reglerna i framtiden. PTS måste i sin tur genomföra uppdraget på ett annat sätt än hittills. Den i dagsläget viktigaste åtgärden för PTS synes vara att införa en juridisk inriktad kvalitetsgranskning av beslut som kan överklagas och därmed anpassa sig till den rättskontroll Kammarrätten i Stockholm har utvecklat. Detta innebär samtidigt att de beslut som PTS fattar och som rör komplicerade ekonomiska bedömningar inte bör överprövas fullt ut i sak av förvaltningsdomstolarna. PTS måste i sådana ärenden tilldelas ett skönsmässigt utrymme som överensstämmer med den normerande roll som myndigheten har enligt EU-regelverket på marknaden för elektronisk kommunikation.