



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Haavind AS
v/Advokat Nina Melandsø
Postboks 359 Sentrum
Bygdøy Alle 2
0101 OSLO

Deres ref
3422197/1 og 3329902/3

Vår ref
14/2676-7

Dato
05.09.14

Klage over pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24

1. Innledning

Nærings- og fiskeridepartementet viser til klage av 16.12.13 fra Telenor ASA (heretter "Telenor") oversendt fra Konkurransetilsynet 03.02.14.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets pålegg om å gi opplysninger (heretter "pålegget") av 13.12.13 med hjemmel i konkurranseloven¹ § 24. Pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24 kan påklages innen 3 dager og klagen er derfor rettidig, jfr. forvaltningsloven² § 14.

Konkurransetilsynet har etter en vurdering av klagen ikke funnet grunnlag for å omgjøre pålegget. Klagen ble oversendt til Nærings- og fiskeridepartementet ("NFD") for behandling, jfr. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd.

I kongelig resolusjon av 21.03.14 ble statsråd Anders Anundsen oppnevnt som settestatsråd for behandling av klagesaker etter konkurranseloven der statseide selskaper er part eller direkte berørt av sakens utfall, og næringsministeren på grunn av sitt ansvar for forvaltning av statens eierskapsinteresser i det aktuelle selskapet, er inhabil eller ønsker å fratre fordi hun er nær grensen til inhabilitet. For ordens skyld vil departementet gjøre oppmerksom på at denne saken ikke er behandlet av næringsminister Monica Mæland fordi hun anså seg som nær grensen for inhabilitet. Saken er derfor behandlet av justisminister Anders Anundsen som settestatsråd.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

2. Sakens bakgrunn

Ved årsskiftet trådte loven om endringer i³ konkurranseloven i kraft, og en av endringene er at terskelverdiene for meldepliktige foretakssammenslutninger er satt betydelig opp. Etter lovendringen har Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge meldeplikt for foretakssammenslutningene under terskelverdiene, se konkurranseloven § 18 tredje ledd. For å kunne pålegge en slik meldeplikt er Konkurransetilsynet avhengig av å fange opp fusjoner under terskelverdiene som bør undersøkes nærmere.

Konkurransetilsynet kom derfor til at det var behov for å innhente informasjon etter konkurranseloven § 24 om foretakssammenslutninger. Telenor er involvert i som er under meldepliktstersklene, for å vurdere om det er aktuelt å pålegge meldeplikt etter konkurranseloven § 18 tredje ledd. Telenor ble orientert om at Konkurransetilsynet ville pålegge en slik opplysningsplikt per telefon 02.12.13. Det ble også avholdt et telefonmøte 06.12.13. Telenor sendte et skriftlig innspill 09.12.13, før det ble avholdt et nytt telefonmøte 10.12.13. Konkurransetilsynet sendte også en orientering per e-post samme dag som pålegget ble sendt. I tillegg ble det lagt ut en melding på Konkurransetilsynets hjemmeside om informasjonsplikt om fusjoner og oppkjøp ettersom det ble sendt et slikt pålegg ut til ni aktører.

3. Klagen

Telenor sendte klage over informasjonspålegget 16.12.13, som ble oversendt departementet 03.02.14. I tillegg sendte Telenor 26.02.14 merknader til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev.

I e-post av 09.12.13 anfører klager at konkurranseloven § 24 ikke gir hjemmel til å gi et generelt, løpende informasjonspålegg som Konkurransetilsynet har gjort i denne saken. Det vises til juridisk litteratur og forarbeider til både konkurranseloven § 24 og forvaltningsloven til støtte for anførselen.

Dersom § 24 hjemler en slik opplysningsplikt mener klager det er åpenbart at dette må regnes som et enkeltvedtak, og ikke en prosessledende avgjørelse. Klager viser til forvaltningsloven § 2, forarbeider, juridisk litteratur, og Sivilombudsmannens uttalelse i SOMB-2008-18 til støtte for denne vurderingen. Klager viser også til at Konkurransetilsynet tidligere har pålagt slik omfattende opplysningsplikt ved vedtak.⁴ Her pekes det på at det er viktig at rettssikkerhetsgarantiene som får anvendelse for enkeltvedtak får anvendelse også i denne saken. Det vil dessuten føre til en bedre opplyst sak.

I klagen av 16.12.09 opprettholdes anførselene i e-post av 09.12.13. Klager hevder at Konkurransetilsynet ikke har hjemmel i § 24 til å pålegge en så omfattende opplysningsplikt om mulige fremtidige hendelser og at bestemmelsen kun hjemler opplysninger som allerede er i adressatens besittelse. Det vises til bestemmelsens ordlyd og juridisk litteratur som støtte for synspunktet. Videre peker klager på at endringsloven til konkurranseloven har vedtatt en

³ Lov 14. juni 2013 nr. 35 om endringer i konkurranseloven.

⁴ V2012-2, V2012-3 og V2012-5.

egen forskriftshjemmel for meldeplikt under terskelverdiene i § 18. Dersom en slik meldeplikt uansett kunne vært pålagt i medhold av § 24 ville det vært overflødig med en slik hjemmel.

Klager viser også til at pålegg som ligger nær en meldeplikt må følge systemet lovgiver har valgt vedrørende melding av foretakssammenslutninger. Her viser klager til forarbeidene til den reviderte konkurranseloven, og pressemeldingen på Konkurransetilsynets hjemmeside i forbindelse med påleggene om opplysningsplikt som ble gitt til flere aktører i samme marked. Dette er, etter klagers oppfatning, i kjernen for hva departementet forutsetter regulert i forskrift. Klager mener det ville vært naturlig å omtale § 24 sammen Konkurransetilsynets notifikasjonsforslag og forskriftsmuligheten i lovproposisjonen dersom en slik notifikasjonsplikt kunne pålegges i medhold av § 24. Klager oppfatter Konkurransetilsynets pålegg som en omgåelse av det nye meldepliktssystemet, hvilket undergraver lovgivers valg av terskelverdier.

Dersom konkurranseloven § 24 likevel gir hjemmel til å pålegge Telenor en generell rapporteringsplikt vil pålegget være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Klager mener at pålegget ikke har noen sammenheng med andre, konkrete saker, og således ikke er en prosessledende avgjørelse. Klager viser til forarbeidene til forvaltningsloven, juridisk litteratur og Sivilombudsmannens vedtak SOMB-2008-18 som støtte for denne argumentasjonen. Her viser klager til at prosessledende avgjørelser ikke nødvendigvis gjør samme grundige saksbehandlingsregler som enkeltvedtak fordi feil ved saksbehandlingen kan prøves i forbindelse med en klage over selve enkeltvedtaket. Et opplysningspålegg uten tilknytning til en verserende sak, slik klager mener det aktuelle pålegget er, vil derimot ikke kunne prøves dersom det regnes som en prosessledende avgjørelse. En manglende prøving er etter klagers oppfatning ikke forenlig med grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper.

Klager mener at prosessledende avgjørelser utgjør kjernen av de pålegg som fattes med hjemmel i konkurranseloven § 24, men at bestemmelsen ikke utgjør et unntak fra forvaltningslovens regler om enkeltvedtak. Videre skriver klager at det er forvaltningsloven § 2 som avgjør om den aktuelle avgjørelsen regnes som et enkeltvedtak eller ikke, forvaltningsloven § 14 er ikke relevant for denne vurderingen. Klager viser her til juridisk litteratur som støtter disse synspunktene, samt at Konkurransetilsynets praksis i tidligere saker er å følge reglene for enkeltvedtak. Klager peker på at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak ikke er fulgt; Telenor har ikke mottatt et forhåndsvarsel og klagefristen er reelt sett bare en virkedag og derfor for kort. Etter klagers vurdering har klager derfor ingen plikt til å rette seg etter pålegget. På denne bakgrunn anmodet klager departementet om å be Konkurransetilsynet om å behandle saken på nytt, og da følge forvaltningslovens regler om enkeltvedtak. Telenor vil da etter klagers oppfatning ha mulighet til å påklage et nytt vedtak om opplysningsplikt etter de vanlige reglene, hvor departementet vil ha full prøvingsrett. Klager fremsatte derfor også foreløpige innvendinger til innholdet og konsekvensene av Konkurransetilsynets vedtak.

Klager mener det ikke er forholdsmessig ut fra hensynet til konkurransen å pålegge meldeplikt for enhver transaksjon uavhengig av omsetning. En slik meldeplikt bør kun omfatte transaksjoner over en viss terskel, i det minste på nivå med den tidligere terskelen for

alminnelig melding. Lavere omsetningsterskel enn dette vil ikke gi meldinger om foretakssammenslutninger som har noen faktisk eller hypotetisk mulighet til å kunne føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. Klager viser også til at Konkurransetilsynets uttalelser i forbindelse med saken kan ha en dempende effekt på Telenor og andre aktørers vilje til å gjennomføre transaksjoner innen dette markedet, noe som kan redusere konkurranse og hindre effektivitetsgevinster. Dette er ikke er i tråd med formålet til konkurransereglene.

Klager ber om at Konkurransetilsynet vurderer pålegget på nytt, behandler dette som et enkeltvedtak og legger inn terskelverdier i pålegget.

I brev av 26.02.14 kommer klager med merknader til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev. Her viser klager til at innføringen av høyere terskelverdier i loven ikke kan være bakgrunnen for meldeplikt som omfatter alle erverv, all den tid dette ikke var nødvendig for erverv under visse terskler under det forrige systemet. En slik meldeplikt er etter klagers oppfatning ikke forholdsmessig, og i strid med formålet bak endringene av terskelverdiene. Klager peker også på at Telenor ikke blander meldeplikt og opplysningsplikt, men mener at tilsynet i realiteten har innført en meldeplikt under merkelappen ”opplysningsplikt.” Klager er videre enig i at konkurranseloven § 24 gir hjemmel til å pålegge opplysninger i forbindelse med en konkret foretakssammenslutning, men at bestemmelsen ikke kan brukes til å pålegge en generell, løpende meldeplikt uten tilknytning til en konkret sak, slik det er gjort i denne saken. Klager peker også på at §§ 18 og 24 i konkurranseloven er to ulike hjemler til to ulike virkemidler. Det er ikke hjemmel i § 24 kun fordi det aktuelle pålegget er mindre byrdefullt enn § 18. Klager peker igjen på at pålegget må anses for et enkeltvedtak fordi det er bestemmende for Telenors rettigheter og plikter. Det vises også til at klager vil ikke få ivaretatt sine rettssikkerhetsgarantier dersom det blir pålagt meldeplikt for en transaksjon, da dette generelle opplysningspålegget ikke vil være et relevant tema i behandlingen av et senere pålegg om meldeplikt for en konkret transaksjon.

4. Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet vurderer at pålegget har nødvendig hjemmel, at det ikke er et enkeltvedtak, og at det er forholdsmessig.

4.1 Pålegget har tilstrekkelig hjemmel

Etter Konkurransetilsynets vurdering er konkurranseloven § 24 tilstrekkelig hjemmel for det aktuelle pålegget. Tilsynet peker på at de må få opplysninger om den aktuelle transaksjonen for å føre tilsyn med det aktuelle markedet og kunne vurdere behovet for å pålegge en meldeplikt etter § 18 tredje ledd. Dette oppfyller vilkåret i § 24 om at informasjonen som skal innhentes må hentes inn for at Konkurransetilsynet skal ”*kunne utføre sine gjøremål etter loven.*” Konkurransetilsynet er ikke enig i at ordlyden ”*de opplysningene konkurransemyndighetene krever*” tilsier at adgangen til å pålegge opplysningsplikt er begrenset til konkrete og individuelle pålegg. Her viser tilsynet til forarbeidene som presiserer at det kan gis en løpende plikt til å opplyse om endringer eller nye forhold.

Konkurransetilsynet peker på skillet mellom meldeplikt og opplysningsplikt, og at tilsynet er avhengig av å få kunnskap om en transaksjon for å vurdere om denne bør pålegges meldeplikt. Dersom Konkurransetilsynet hadde pålagt en meldeplikt i denne saken ville det vært mye mer byrdefullt for klager, da konkurranseloven § 18a første ledd bokstav a-i krever langt mer omfattende opplysninger enn det tilsynet har pålagt klager i denne saken.

Tilsynet peker også på at det ikke ble foretatt endringer i bestemmelsen om opplysningsplikt ved revisjonen av konkurranseloven, og at det derfor ikke var naturlig å omtale forholdet mellom § 24 og § 18 i forarbeidene. Taushet i forarbeidene kan ikke tolkes slik at Konkurransetilsynet ikke kan pålegge opplysningsplikt etter § 24. Dersom lovgiver hadde ønsket å endre rettstilstanden ville endringene blitt omtalt i forarbeidene.

4.2 Pålegget er ikke et enkeltvedtak

Konkurransetilsynet er ikke enig i at pålegget må regnes som et enkeltvedtak, da det ikke er bestemmende for klagers rettigheter eller plikter. Opplysningspålegget inngår som et ledd i tilsynets overvåking av strukturendringer i bredbåndsmarkedet, og vil kunne gi grunnlag for eventuelt pålegg om meldeplikt og forbud mot gjennomføring av en foretakssammenslutning. Pålegget kan således munne ut i et enkeltvedtak, og innhenting av opplysninger må inngå i forberedelsen av eventuelle vedtak. At det på innhentingstidspunktet er usikkert om det vil bli truffet vedtak er ikke til hinder for å se på innhenting som forberedelse til et vedtak, jfr. Rt. 2011 s. 1433 avsnitt 37 og Stub s. 64-65.⁵

Konkurransetilsynet viser videre til at de har vurdert om hensynet til Telenor tilsier at opplysningspålegget skulle gis som enkeltvedtak, jfr. Rt 2011 s. 1433 avsnitt 42, men konkluderte at pålegget er lite omfattende og ikke gir noen rettsvirkninger for klager. Dersom det blir aktuelt med et pålegg om melding etter konkurranseloven § 18 tredje ledd, vil dette innebære rettsvirkninger for Telenor, og reglene og rettssikkerhetsgarantier for enkeltvedtak vil komme til anvendelse.

Tilsynet peker også på at retts tekniske hensyn taler mot å betrakte pålegget som et enkeltvedtak. Hensynet til forutberegnelighet og praktikabilitet tilsier at man bør skille avgjørelser som enkelt lar seg holde fra hverandre, fremfor å vurdere fra sak til sak om reglene for enkeltvedtak kommer til anvendelse.

Når det gjelder tidligere praksis peker Konkurransetilsynet på at de ikke ønsker å videreføre en praksis som går lenger enn det loven krever, og dermed risikere å innskrenke rekkevidden av hjemmelen som ble gitt for å sikre tilsynet effektiv innhenting av opplysninger.

4.3 Pålegget er forholdsmessig

Konkurransetilsynet viser til at en foretakssammenslutning mellom klager, som eier kobbernettet med tilnærmet nasjonal dekning, og foretak som kontrollerer fast bredbåndnett kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Flere av disse foretakene i Norge har omsetning under terskelverdiene for meldeplikt, og tilsynet er

⁵ Marius Stub, *Kan avgjørelser om undersøkelser og beslag i tilsynsøyemed være enkeltvedtak?* Tidsskrift for Rettsvitenskap 2008 s. 35-74.

avhengig av kunnskap om transaksjoner for å vurdere om det bør pålegges meldeplikt om den aktuelle transaksjonen.

Konkurransetilsynet peker på at det er vanskelig å sette en nedre terskel for hvilke transaksjoner som kan være gjenstand for inngrep. Videre vurderer Konkurransetilsynet det aktuelle pålegget som enkelt, det kreves mindre opplysninger enn ved pålegg om melding, og det kreves ikke utregning av omsetning for eventuelle terskler. Tilsynet er heller ikke enig i at pålegget kan virke dempende for klager eller andre aktørers vilje til å gjennomføre transaksjoner. Konkurransetilsynet bemerker også at tilsynet kan orientere om at meldeplikt ikke er aktuelt før det har gått 15 virkedager, noe som vil klarere transaksjoner under terskelverdiene uten å måtte melde den frivillig etter § 18 sjette ledd.

5. Departementets vurdering

5.1 Rettslig utgangspunkt

Departementet viser innledningsvis til at konkurranselovens forarbeider omtaler opplysningsplikten som en *”forutsetning for konkurransemyndighetenes utførelse av sine oppgaver etter konkurranseloven.”* Konkurransemyndighetene får ikke tilgang til nødvendig informasjon gjennom ulike former for rapporterings- og oppgaveplikt, bestemmelsen om opplysningsplikt er derfor viktig for å gi Konkurransetilsynet det nødvendige informasjonsgrunnlaget for å kunne utføre lovpålagte oppgaver.

Det aktuelle pålegget er gitt med hjemmel i konkurranseloven § 24, som sier at *”[e]nhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven [...]”*. Bestemmelsen hjemler også forskrift med nærmere regler om opplysningsplikt og granskning.

Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring trådte i kraft 01.01.14, samtidig med opphevelsen av forskrift 22. desember 2005 nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker. Begge forskriftene gjengir og viser til saksbehandlingsreglene for informasjonspålegg i forvaltningsloven § 14.

Etter forvaltningsloven § 14 skal et informasjonspålegg angi hjemmelen for pålegget. Videre fremgår det av bestemmelsen at *”[v]edkommende har rett til å klage over pålegget dersom han mener at han ikke har plikt eller lovlig adgang til å gi opplysningene. Han skal gjøres oppmerksom på klageadgangen i forbindelse med pålegget. Klage, som kan være muntlig, må framsettes straks når den pålegget angår er til stede, og ellers innen 3 dager [...] For øvrig gjelder bestemmelsene i kapittel VI tilsvarende så langt de passer.”*

Det er kun lovligheten av pålegget som kan påklages. Dette betyr at det kun skal vurderes om det foreligger saksbehandlingsfeil, om pålegget ikke har hjemmel, om det foreligger myndighetsmisbruk eller om den pålegget retter seg mot ikke kan etterkomme pålegget uten å bryte taushetsplikt. Konkurransetilsynets vurdering av om det er behov for pålegget skal således ikke overprøves, annet enn ved prøving av eventuelle anførsler om myndighetsmisbruk.

5.2 Hjemmel

Klager hevder at § 24 ikke hjemler en generell, løpende opplysningsplikt.

Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at § 24 gir tilstrekkelig hjemmel for å pålegge en generell og løpende opplysningsplikt. Bestemmelsens ordlyd gir ingen klar avgrensning av hva slags opplysninger konkurransemyndighetene kan kreve. Dagens hjemmel bygger på § 6-1 i konkurranseloven av 1993. Ved beskrivelse av gjeldende rett i Ot.prp. nr.6 står det på side 133 at ”*[d]et er konkurransemyndighetene selv som avgjør hvilke opplysninger de anser nødvendige for å kunne utføre sine gjøremål etter loven, blant annet for å undersøke mulig overtredelse av loven eller vedtak i medhold av loven, eller for å undersøke pris- og markedsforholdene ellers.*”

Av forarbeidene⁶ til konkurranseloven av 1993 fremgår det at et pålegg om opplysningsplikt etter § 6-1 kunne være generelt eller individuelt, og at det kunne pålegges en løpende plikt til å opplyse om nye forhold eller endringer. Da dagens § 24 i all hovedsak er en videreføring av den tidligere § 6-1 gjelder dette også opplysningsplikten etter dagens lov. Et pålegg kan således gjelde fremtidige hendelser, være løpende og generelt.

Klager anfører også at det ikke er forholdsmessig ut i fra hensynet til konkurransen å pålegge Telenor å melde enhver transaksjon uavhengig av omsetning. Dersom pålegget opprettholdes bør det vurderes å legge inn terskler for hvilke foretakssammenslutninger som skal omfattes av informasjonsplikten.

Klager over pålegg om informasjonsplikt er, som nevnt over, underlagt en begrenset klagerett etter forvaltningsloven § 14. Konkurransetilsynets vurdering av om det er behov for opplysningene, om pålegget er rimelig eller om opplysningene kan innhentes på andre måter eller fra andre kilder er ikke grunnlag for klage, se vedtak fra FAD av 17.07.07. Slike vurderinger vil imidlertid kunne inkluderes i vurderingen av om myndighetsmisbrukslæren setter skranker for det aktuelle pålegget.⁷

Klager anfører videre at pålegget er i strid med lovgivers intensjon ved lovendringen, og at det undergraver det nye meldepliktssystemet for foretakssammenslutninger.

Departementet peker, som Konkurransetilsynet, på at det må skilles mellom opplysningsplikt og meldeplikt av foretakssammenslutninger. Det aktuelle pålegget er gitt for å få opplysninger om foretakssammenslutninger i det aktuelle markedet, slik at Konkurransetilsynet kan vurdere om det er behov for å pålegge meldeplikt ved vedtak etter konkurranseloven § 18 annet ledd. Videre vil departementet bemerke at opplysningsplikten i § 24, og de tidligere bestemmelsene med tilsvarende innhold, har vært benyttet til å pålegge tilsvarende opplysningsplikt tidligere, se for eksempel V2012-5 som viderefører vedtak med tilsvarende innhold fra 2007. Som

⁶ Ot.Prp. nr. 41 (1992-1993) Om A. Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) B. Lov om pristiltak s.112.

⁷ Ot. Prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) s.144.

nevnt over er opplysningsplikten en viktig forutsetning for at Konkurransetilsynet skal kunne utføre lovpålagte oppgaver, herunder følge med i markeder for å vurdere om det bør gjøres inngrep eller andre tiltak for å sikre konkurransen i markedet. Hjemmelen til å pålegge opplysningsplikt i § 24 ble ikke innsnevret ved revisjonen av meldepliktsreglene.

Departementet konkluderer derfor med at det aktuelle pålegget har hjemmel i konkurranseloven § 24.

5.3 Er pålegget et enkeltvedtak?

Klager anfører at pålegget må regnes som et enkeltvedtak. Klager viser blant annet til Ot. prp nr. 38 (1964-65) som viser til Forvaltningslovkomiteens innstilling⁸ på side 207-208 som skiller mellom enkeltvedtak som en ”*realitetsavgjørelse som avslutter saken,*” mens prosessledende beslutninger er beslutninger som treffes under ”*sakens gang.*” Klager viser også til at Konkurransetilsynet tidligere har gitt informasjonsplikt hjemlet i konkurranseloven § 24 som enkeltvedtak, hvor saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak har blitt anvendt.

Konkurransetilsynet er av en annen oppfatning, og mener pålegget er en prosessledende avgjørelse. Konkurransetilsynet har i sin praksis lagt til grunn at slike informasjonspålegg ikke er enkeltvedtak, men prosessledende avgjørelser som må følge saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven § 14.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det ikke er grunnlag for å behandle informasjonspålegg etter konkurranseloven § 24 som enkeltvedtak. Som nevnt over er § 24 en videreføring av tilsvarende hjemler fra tidligere lover. Bestemmelsen selv gir ikke svar på om påleggene den hjemler er enkeltvedtak, men både bestemmelsens forarbeider⁹ og langvarig forvaltningspraksis har forutsatt at de ikke er det. Departementet legger dette til grunn og mener at hensynet til konsistens i bruken av § 24 taler for at alle pålegg etter denne bestemmelsen behandles likt med hensyn til hvilke saksbehandlingsregler som kommer til anvendelse, jfr. Rt. 2011 s. 1433 (avsnitt 53).

Departementet kan ikke se at Konkurransetilsynets bruk av saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak i enkelte pålegg etter § 24 gir grunnlag for å endre på den forvaltningsrettslige plasseringen av pålegg etter denne bestemmelsen, slik klager har anført.

Også forvaltningsloven forutsetter at pålegg om opplysningsplikt som hovedregel regnes som prosessledende avgjørelser som skal behandles etter særskilte saksbehandlingsregler i § 14. Forarbeidene skiller mellom enkeltvedtak som er en ”*realitetsavgjørelse som avslutter saken*”¹⁰ og prosessledende avgjørelser, som er beslutninger som treffes under ”*sakens gang.*”¹¹ Forvaltningslovkomiteens innstilling fastslår på s. 272 at beslutning om å innhente

⁸ NUT 1958: 3 Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltningen.

⁹ Ot. prp. nr. 41 (1992-1993) Om A. Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) B. Lov om pristiltak s. 112, se også Ot. prp nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) s. 134. Se også Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 129-130.

¹⁰ Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) s. 92.

¹¹ Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) s. 32.

opplysninger ikke er enkeltvedtak, selv om det samme sted også understrekes at en beslutning om å kreve opplysninger eller granskning som kan innebære at en sak blir reist, kan føre til at reglene for enkeltvedtak kommer til anvendelse. Høyesterettsdommen i Rt. 2011 s. 1433 viser at et pålegg om utlevering av pasientjournaler rettet mot en lege ikke var enkeltvedtak overfor en av pasientene, i tråd med den hovedregel som forarbeidene gir uttrykk for.

Departementet legger etter dette til grunn at den klare hovedregelen i norsk forvaltningsrett er at informasjonspålegg ikke er enkeltvedtak, og at påleggshjemmelen i konkurranseloven § 24 følger denne hovedregelen. Departementet vil dessuten bemerke at pålegget som ble gitt i denne saken er et vanlig prosessledende pålegg, der Konkurransetilsynet ber om enkle opplysninger om foretakssammenslutninger som ikke er meldepliktige, for å vurdere om det skal pålegges langt mer omfattende meldeplikt etter konkurranselovens § 18 tredje ledd. Pålegget er en oppfølging av e-post av 25.01.13 fra departementet til tilsynet, der tilsynet bes om å vurdere hvilke næringer eller aktører som bør gis utvidet meldeplikt etter konkurranseloven § 18 niende ledd for å sikre en effektiv fusjonskontroll under terskelverdiene. Denne instruksjonen ble gitt som en oppfølging av særmerknadene i lovproposisjonen, som presiserer at *”[s]ærlige hensyn vil kunne foreligge når markeder eller næringer er sårbare for ytterligere konsentrasjonsøkninger, og når hensynet til forbrukerne taler for at Konkurransetilsynet har en mer aktiv kontroll med fusjoner og oppkjøp enn det de generelle terskelverdiene legger opp til.”*¹²

Konkurransetilsynet har besluttet å pålegge en enkel informasjonsplikt om foretakssammenslutninger for en rekke selskaper med sterk markedsposisjon i allerede konsentrerte markeder, slik Telenor er vurdert å ha i det markedet denne saken gjelder, som grunnlag for å vurdere om det skal pålegges meldeplikt i enkelttilfeller. Departementet anser dette som en enklere ordning for foretakene enn en utvidet meldeplikt i forskrift.

5.4 Saksbehandlingsregler

Klager anfører at pålegget ikke oppfyller forvaltningslovens regler for saksbehandlingen av enkeltvedtak, og særlig da kravet til skriftlig forhåndsvarsel.

Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at saksbehandlingsreglene for pålegg om opplysningsplikt som regnes som prosessledende avgjørelser, er uttømmende regulert i forvaltningsloven § 14.

Som nevnt over i punkt 5.2 har departementet vurdert at det aktuelle pålegget har nødvendig hjemmel. Pålegget er etter departementets vurdering i punkt 5.3 ikke et enkeltvedtak, og saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV kommer ikke til anvendelse. Det er således ikke noe krav til å varsle om at det kan bli aktuelt med et informasjonspålegg, selv om Konkurransetilsynet har gjort dette i møtet med Telenor per telefon 02.12.13, telefonmøter 06.12.13 og 10.12.13 og e-post 13.12.13. Pålegget angir hjemmel for informasjonspålegget, hva det kan klages over samt klagefristen. Etter departementets vurdering oppfyller derfor pålegget saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven § 14.

¹² Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven s.146.

5.5 Myndighetsmisbruk

Klager har anført at pålegget er uforholdsmessig.

Som vist til over kan et informasjonspålegg påklages, men klageretten er begrenset til lovligheten av pålegget. At klager mener pålegget er urimelig, unødvendig eller uhensiktsmessig er ikke relevante klagegrunner etter forvaltningslovens § 14.¹³ Departementet viser til at Konkurransetilsynet etter konkurranselovens § 24 har en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om det er nødvendig å pålegge opplysningsplikt eller kreve utlevert informasjon, og hva slags informasjon som er nødvendig å innhente.¹⁴ Denne vide skjønnsmarginen er begrunnet i at det er tilsynet som er nærmest til å vurdere hvilke opplysninger som er nødvendige for å utføre dets oppgaver. Konkurransemyndighetenes adgang til å kreve opplysninger begrenses imidlertid av alminnelige prinsipper om myndighetsmisbruk.¹⁵

Departementet kan ikke se at det aktuelle informasjonspålegget er et resultat av myndighetsmisbruk fra Konkurransetilsynets side. Det aktuelle pålegget har nødvendig hjemmel og er gitt fordi tilsynet mener dette er nødvendig for å kunne utføre lovpålagte oppgaver. Tilsvarende pålegg er også gitt til flere aktører i markedet. Et informasjonspålegg vil nødvendigvis påføre foretaket arbeid som kan oppleves som byrdefullt og unødvendig for foretaket, men det er ikke tilstrekkelig til at pålegget er et myndighetsmisbruk. At pålegget som anført kan virke begrensende på Telenors ønske og vilje til å gjennomføre foretakssammenslutninger under terskelverdiene i dette markedet, er etter departementets vurdering ikke en konsekvens av dette pålegget, men eventuelt av adgangen til å pålegge meldeplikt etter § 18 tredje ledd, og deretter fatte vedtak etter § 16 dersom vilkårene her er oppfylt.

¹³ Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, Oslo 2011, s. 328.

¹⁴ Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven s. 72, jfr. Ot. Prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven), s. 144. og, s.133.

¹⁵ Ot.Prp. nr. 41 (1992-1993) Om A. Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) B. Lov om pristiltak s.112, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) s. 144, se også Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, Oslo 2011 s. 328.

6. Konklusjon og avgjørelse

Departementet har kommet til at det påklagede pålegget er lovlig, og finner ikke grunnlag for å oppheve dette.

På denne bakgrunn har departementet truffet følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge.

Med hilsen

Nils-Ola Widme (e.f.)
avdelingsdirektør

Tone Cecilie Høgestøl
rådgiver

Kopi til:
Konkurransetilsynet