

# KANAL 4

- stemmer fra hele landet -

Oslo, 1. november 2002

Til:  
Kultur- og kirkedepartementet  
v/ ekspedisjonssjef Roy Kristiansen  
Postboks 8030 Dep.  
0030 Oslo

## **Juridiske kommentarer vedrørende radiokonsesjon**

Kanal4 AS har i sin konsesjonssøknad for riksdekkende reklamefinansiert radiovirksomhet et "Vedlegg 1" som tar for seg juridiske spørsmål knyttet til konsesjonen til P4 Radio Hele Norge ASA. Utredningen er foretatt av advokatfirmaet BA-HR. Etter at vår søknad var levert har P4 Radio Hele Norge ASA offentliggjort en juridisk utredning av professor dr. juris Jon Bing. På bakgrunn av dette har Kanal4 Norge AS gitt advokatfirmaet BA-HR i oppdrag å vurdere utredningen fra Jon Bing.

På vegne av Kanal4s styreleder Stein Gauslaa oversender jeg herved utredningen fra BA-HR, datert 18. oktober 2002.

Vennlig hilsen

Anne Jortveit  
Kanal4 Norge AS

Kanal 4 AS  
c/o Jørgen Randers  
Abbedisvingen 6  
0280 Oslo  
Norge

Deres ref:

Vår ref:  
#140506/1

Saksansvarlig advokat:  
Rolf Johan Ringdal

Dato:  
Oslo, 18. oktober 2002

## **KONSESJONSRUNDEN VEDRØRENDE P4 – KOMMENTARER TIL JON BINGS BETENKNING**

### **1. Innledning**

Vi er anmodet av Kanal 4 AS om å vurdere og kommentere en nylig offentligjort betenkning datert den 27. august 2002 fra Bing & Partners ved Jon Bing. Denne betenkningen behandler dels spørsmålet om Radio Hele Norge AS (P4) har krav på fornyet konsesjon, og dels spørsmålet om Staten kan bli erstatningsansvarlig overfor P4 hvis konsesjonen ikke skulle bli fornyet.

I vår betenkning for Kanal 4 AS datert den 22. august i år konkluderte vi med at P4 ikke har noe rettskrav på å få fornyet konsesjonen, og at Staten ikke ville bli erstatningsansvarlig hvis konsesjonen ikke ble fornyet. Jon Bing inntar for sin del det motsatte standpunkt i begge spørsmål.

Vi oppsummerer nedenfor de rettslige hovedpunktene i Bings betenkning, og knytter noen kommentarer til enkelte spørsmål. Siden intet av det som fremkommer i betenkningen har fått oss til å endre oppfatning på noe punkt, blir kommentarene forholdsvis korte.

### **2. Hovedpunktene i Bings betenkning**

Hovedpunktene i Bings betenkning oppsummeres under egne overskrifter. Våre kommentarer følger deretter.

#### **(a) Generelt om relevant regelverk og «prinsippene om allmennkringkasting»**

I betenkningens pkt. 2 og pkt 3.2 redegjøres det generelt for spørsmålet om fornyelse av konsesjon på bakgrunn av lovverket og konsesjonsvilkårene, mens forståelsen av uttrykket «prinsippene om allmennkringkasting» analyseres i pkt. 3.3. Blant annet skiller Bing mellom «prinsippene om allmennkringkasting» som et minimumskrav, og som et begrep som kan etterleves i større eller mindre grad. Videre skiller han mellom allmennkringskasting i kvalitativ og kvantitativ forstand, se særlig s. 7-8.

#### **BA-HR's kommentar:**

De vurderinger Bing gjør her kan vi stort sett slutte oss til, og de er langt på vei sammenfallende med vurderingene i vår egen betenkning. De ytterlige presiseringer som Bing foretar med hensyn til minimumskrav/grad av etterlevelse og kvalitet/kvantitet synes imidlertid å være uten direkte relevans for forståelsen av konsesjonsvilkårene. Særlig skal det bemerkes at de ikke leder til noen presisering av innholdet i konsesjonsbestemmelsens pkt. 5 om allmennkringkasting.

(b) **Generell historisk og kulturpolitisk bakgrunn**

Bing har i betenkningens pkt. 3.3 og pkt. 3.6 med en del generelt bakgrunnsstoff blant annet av historisk og kulturpolitisk art.

**BA-HR's kommentar:**

Heller ikke denne del av redegjørelsen gir spesielle holdepunkter for noen ytterligere presisering av begrepet «prinsippene om allmennkringkasting» eller andre relevante bestemmelser i konsesjonen.

(c) **Betydningen av Allmennkringkastingsrådets kritikk**

Bing uttaler at de kritiske kommentarene fra Allmennkringkastingsrådet «har knyttet seg til enkelte programmer snarere enn programprofil, og basert seg på den dynamiske, kulturpolitiske allmennkringkastingsbegrepet snarere enn begrepet slik det er spesifisert i konsesjonens pkt. 5», se s. 9, jf. også lignende formuleringer på s. 8.

**BA-HR's kommentar:**

Som nevnt i vår tidligere betenkning har Allmennkringkastingsrådet (Rådet) ingen juridisk myndighet, og uttalelser fra Rådet er ikke bindende i seg selv. Det er likevel slik at Rådet er det eneste offentlige organ som er satt til å overvåke at prinsippene om allmennkringkasting etterleveres hos allmennkringkasterne. Rådet er videre sammensatt ut fra mediepolitisk ekspertise. Dette medfører at uttalelser som angår P4's programprofil må tillegges vekt ved forståelsen av konsesjonsvilkårenes bestemmelser om allmennkringkasting. Vekten blir særlig stor når uttalelser knytter seg direkte til innholdet i konsesjonsvilkårene. – Så vidt vi kan se, drøfter ikke Bing nærmere den rettskildemessige betydningen av uttalelsene fra Rådet.

Det er ikke riktig at Allmennkringkastingsrådet kun har uttalt seg om enkeltprogrammer. Tvert i mot er det den generelle programprofilen som har stått i fokus for kritikken. Det var nettopp programprofilen som foranlediget den generelle konklusjon fra Rådet, senest for 2001, at P4 som den eneste av allmennkringkasterne ikke har fulgt prinsippene om allmennkringkasting, se f.eks. s. 63, 65-66 og s. 99-100 i Rådets rapport for 2001. Vi viser også til s. 8 og s. 42 i rapporten for 2000 med videre henvisninger.

Det er heller ikke riktig at Allmennkringkastingsrådet bare har hatt en kulturpolitisk forståelse av begrepet «allmennkringkasting». Rådet har hevdet det syn at begrepet må forstås ut fra konsesjonsvilkårene sammenholdt med konsesjonsutlysningen og konsesjonssøknaden, og har basert sin kritikk av TV2 og P4 på dette syn. På bakgrunn av dette innhentet Rådet en betenkning fra professor Jan Fridthjof Bernt i 1998 for å få avklart hvilke tolkingsmomenter det må tas hensyn til ved fastleggelsen av innholdet i konsesjonsvilkårene til TV2, som var omtrent likelydende med P4's konsesjonsvilkår. Bernt uttaler her at vurderingen av om konsesjonsvilkårene er fulgt må skje ikke bare ut fra en streng fortolking av ordlyden i konsesjonsvilkårene, men også ut fra konsesjonsutlysningen og konsesjonssøknaden. Dette syn er vi enige i. – Bernts betenkning er overhodet ikke nevnt av Bing.

Vi opprettholder på denne bakgrunn de synspunkter vi ga uttrykk for i vår betenkning.

(d) **Betydningen av at Kulturdepartementet ikke har påtalt brudd på konsesjonsvilkårene**

Det forhold at Kulturdepartementet ikke har påtalt brudd på konsesjonsvilkårene, tillegges stor vekt, se særlig s. 9-10 i Bings betenkning.

**BA-HR's kommentar:**

Kulturdepartementets kompetanse i løpet av konsesjonsperioden er i henhold til konsesjonsvilkårene begrenset til å frata P4 konsesjonen i tilfelle av «gjentatte alvorlige brudd på vilkårene», jf. pkt. 11. Dette er annet vurderingstema enn det som legges til grunn ved departementets behandling av eventuell fornyelse av konsesjonen etter pkt. 4. Det er både naturlig og vanlig at det legges andre og strengere kriterier til grunn dersom det er tale om å frata noen en rettighet, enn når noen skal tildeles en rettighet. Dette relevante og viktige skillet nevnes ikke av Bing.

For øvrig er det Allmennkringkastingsrådet som er satt til å overvåke om prinsippene for allmennkringkasting etterleves. Rådet har ingen sanksjoner til rådighet. I praksis vil det derfor ikke bli tale om sanksjoner mot brudd på konsesjonsvilkårene i løpet av konsesjonsperioden med mindre det foreligger «gjentatte alvorlige brudd på vilkårene». Det forhold at departementet ikke har benyttet denne særlig inngripende sanksjon kan rimeligvis ikke tas til inntekt for at det ikke kan ha forekommet brudd på vilkårene.

(e) **Om konsesjonsvilkårene skal anses brutt**

Ut fra forutsetningene som er nevnt foran legger Bing til grunn at P4 har fulgt konsesjonsvilkårenes bestemmelser om allmennkringkasting, og at alle vilkår for øvrig er tilfredsstillende oppfylt, se s. 9-10 og s. 13-14.

**BA-HR's kommentar:**

Etter vårt skjønn har Bing oversett følgende forhold, i tillegg til de forhold vi har nevnt i de to foregående punkter:

- 1) Bing nevner ikke konsesjonsinnbydelsen fra 1991 og P4's egen konsesjonssøknad, herunder hvilken betydning disse dokumentene skal ha for forståelsen av konsesjonsvilkårene.
- 2) Hvilken betydning det kan ha for konsesjonsforpliktelsene at P4 har monopol på reklamefinansiert, riksdekkende allmennkringkasting, vurderes ikke. Dette forholdet tilsier etter vårt skjønn at P4 ikke har adgang til å legge opp et rendyrket kommersielt programtilbud.

På bakgrunn av disse to forhold, samt de forhold vi ellers har nevnt – i særdeleshet Allmennkringkastingsrådets gjentatte, klare uttalelser – fastholder vi vår konklusjon om at det er grunnlag for å hevde at P4 har brutt konsesjonsvilkårene.

(f) **Betydningen av P4's investeringer:**

Bing tillegger hensynet til de investeringer P4 har foretatt og skal foreta stor vekt, både foretatte investeringer til det jordbundne nettet og fremtidige investeringer i det digitale nettet, se pkt. 3.2 og pkt. 3.5.

**BA-HR's kommentar:**

Utviklingen fremover vil kreve store investeringer i radiokanalen som P4 i dag har konsesjon til å drive. Så vidt vi kan forstå er imidlertid de investeringer som P4 per i dag har foretatt av begrenset størrelse. Vi konstaterer videre at P4 over en årrekke har gått med betydelig overskudd, noe som blant annet har medført vesentlige utbetalinger av utbytte til P4's aksjonærer. Dette forholdet nevnes ikke av Bing, noe som etter vår oppfatning svekker vekten av hans argumenter på dette punkt. Under ingen omstendighet kan det være relevant å se hen til investeringer som ennå ikke er foretatt.

(g) **Betydningen av at P4 er gitt konsesjon til digital radio**

I sammenheng med det foregående punktet tillegger Bing konsesjonen for digital lydkringkasting en viss vekt som argument for ny konsesjon også for det jordbundne nettet, nærmere bestemt slik at førstnevnte konsesjon vil være uten særlig verdi uten fornyelse av den sistnevnte, se pkt. 3.5. Bing nevner også at P4 har betalt ca. NOK 12.000.000 til utbygging av det digitale jordbundne nettet, se s. 2.

**BA-HR's kommentar:**

Utgangspunktet er at konsesjoner til digital og analog radiodrift er to ulike forhold som skal vurderes etter ulike kriterier. At det er gitt konsesjon til digital radiodrift vil derfor i seg selv ikke legge avgjørende føringer på vurderingen av om P4 skal få fornyet konsesjonen til analog radiodrift. Det forhold at konsesjonsmyndighetene i år har valgt å gi P4 en ti-årig konsesjon til digital radiodrift kunne vel få en viss betydning, hvis det skulle vise seg at myndighetene ved denne konsesjonstildelingen direkte eller indirekte hadde vurdert sannsynligheten for at P4 også skal få fornyet konsesjonen til analog radiodrift. Det foreligger imidlertid ingen holdepunkter for å anta at dette har vært tilfelle. Tvert imot uttalte kulturministeren den 25. april i år i Stortinget at det ved tildeling av konsesjon til digital radiodrift nettopp ikke er lagt føringer på hvem som skal få P4-konsesjonen. Det har ikke kommet signaler i motsatt retning fra de politiske myndigheter.

Dersom det skulle være slik at P4 allerede har investert et større beløp i utbyggingen av et digitalt nett, kan nok dette etter omstendigheten tillegges en viss vekt i vurderingen av spørsmålet om fornyelse av konsesjonen. En investering i digitalnettet er imidlertid under ingen omstendighet avgjørende for konsesjonsspørsmålet.

Vi peker for øvrig på at i den grad P4 allerede har foretatt investeringer har Kanal 4 AS, for det tilfelle at konsesjonen gis til selskapet, holdt muligheten åpen for å overta det digitale nettet mot en viss kompensasjon til P4, se Kanal 4 AS' søknad s. 29. Det kan således ligge til rette for å finne praktiske og rimelige løsninger, noe som i seg selv kan bidra til ytterligere å redusere betydningen av eventuelt foretatte investeringer.

Vi presiserer at vi ikke har fått tilgang til konsesjonsvilkårene eller andre offentlige dokumenter om konsesjonen til digital radiodrift, til tross for henvendelse til Statens Medieforvaltning om dette.

(h) **Bings konklusjon om fornyelse**

Bing konkluderer med at departementet ikke har saklig grunn til å nekte fornyelse av konsesjonen, og at P4 derfor har rettskrav på fornyelse.

**BA-HR's kommentar:**

Som det har fremgått av punktene foran er vi ikke enig i dette, og vi fastholder vår konklusjon om at P4 ikke har noe rettskrav på fornyelse.

(i) **Erstatningsansvar for Staten**

Bing drøfter også spørsmålet om eventuelt erstatningsansvar for Staten, dersom P4 ikke får fornyet konsesjon. Han bygger her på sin egen konklusjon om at P4 har rettskrav på konsesjon, og kommer til at Staten vil bli erstatningsansvarlig, selv om det skulle foreligge såkalt rettsvillfarelse.

**BA-HR's kommentar:**

Spørsmålet om erstatningsansvar angår kun forholdet mellom P4 og Staten, og berører ikke Kanal 4 AS' rettsstilling. Vi vil likevel helt kort peke på tre forhold:

- 1) Bing bygger erstatningsspørsmålet på den forutsetning at P4 har et rettskrav på å få fornyet konsesjonen. Som det har fremgått er vi av den oppfatning at denne forutsetning er uriktig. Etter vår vurdering vil Staten derfor ikke være erstatningsansvarlig.
- 2) Gitt at Bings forutsetning likevel skulle være riktig, vil det foreligge tilstrekkelig ansvarsgrunnlag i forhold til Staten. Her er vi som utgangspunkt enig med Bing. Videre drøfter Bing spørsmålet om mulig ansvarsgrunnlag for det tilfelle at departementet treffer et uriktig vedtak på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. Dette spørsmålet har blitt gjenstand for omfattende analyser i juridisk teori, men etter vårt skjønn har denne problemstillingen neppe relevans i denne saken. Vi går derfor ikke nærmere inn på Bings drøftelse på dette punkt.
- 3) Det erstatningsmessige tap som P4 eventuelt vil lide vil være tapte, fremtidige inntekter i den forestående konsesjonsperioden. Det kan også tenkes at det kan oppstå erstatningsmessig tap på foretatte investeringer, men vi vet ikke dette er relevant i forhold til P4. Det å tallfeste tapte, fremtidige inntekter er en komplisert operasjon som innebærer vesentlige usikkerhetsmomenter. Historisk inntjening kan gi en pekepinn, men er selvsagt ikke avgjørende. Det må foretas en konkret vurdering, som potensielt kan resultere i et betydelig beløp. Vi ser imidlertid ingen foranledning til å gå nærmere inn på dette.

#### **4. Oppsummering**

Betenkningen fra Jon Bing endrer ikke vår oppfatning på noe punkt. Tvert i mot mener vi at betenkningen både inneholder enkelte uriktige forutsetninger og overser viktige forhold. Vi fastholder derfor det vi fremholdt i vår betenkning av 22. august.

Avslutningsvis vil vi bemerke at Kulturdepartementet har gjennomført en bredt anlagt konsesjonsrunde der det er gjennomført en stor grad av åpenhet rundt både konsesjonsinnbydelsen og konsesjonssøknadene. Fra departementet er det også gjort uttrykkelig klart at dette skal være en reell konsesjonsrunde i den forstand at alle søknader skal vurderes på lik linje. Hvis det da skulle være slik at departementet ikke hadde frihet til å gi konsesjonen til andre enn P4, ville det stride ikke bare mot rettslige forhold, men også mot sunn fornuft. Vi ser ikke grunnlag for å hevde at konsesjonsmyndigheten er forpliktet til å opptre i strid med sunn fornuft.

Med vennlig hilsen  
BUGGE, ARENTZ-HANSEN & RASMUSSEN

Rolf Johan Ringdal