



DET KONGELIGE
KULTUR- OG KIRKEDEPARTEMENT

Sivilombudsmannen
Postboks 3 Sentrum
0101 OSLO

Deres ref.
2003-0179B-1BDA

Vår ref.
2003/244 ME LAB:elt

Dato
26.02.2003

**TILDELING AV KONSESJON FOR RIKSDEKKENDE REKLAMEFINANSIERT
RADIO - KLAGE FRA P4 RADIO HELE NORGE ASA**

1. INNLEDNING

Det vises til klage fra P4 Radio Hele Norge ASA (P4) av 23. januar 2003 til Stortingets ombudsmann for forvaltningen, og til ombudsmannens brev til Kultur- og kirke departementet (KKD) av 5. februar, der fristen for svar er satt til den 26. februar.

I klagen anfører P4 at KKD's vedtak av 20. desember 2002 om å tildele konsesjonen for det fjerde riksnettet i FM-båndet fra 1. januar 2004 til selskapet Kanal 4 AS er ugyldig. Klagen er omfattende, både med hensyn til faktum og juss, og som ugyldighetsgrunner anføres feil rettsanvendelse, uriktige skjønnsforutsetninger (herunder feil faktum), brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art 10, og mangelfull begrunnelse.

I sitt brev av 5. februar har ombudsmannen forelagt klagen for KKD til uttalelse, og i den forbindelse bedt om svar på en rekke nærmere angitte spørsmål. Departementet vil med dette besvare ombudsmannens anmodning. Det synes imidlertid hensiktsmessig å gjøre dette som ledd i en helhetlig fremstilling av saken, slik departementet vurderer den. Svarene på de spørsmål ombudsmannen særskilt har reist, vil med andre ord inngå løpende i det følgende.

Innledningsvis i P4s klage er det begrunnet hvorfor selskapet ikke har benyttet seg av muligheten til å klage vedtaket inn for Kongen i statsråd, men i stedet har brakt den inn

for ombudsmannen. Dette har P4 adgang til å gjøre. Departementet vil imidlertid ta avstand fra påstanden om at en slik klage ikke ville blitt underlagt reell toinstansbehandling. Dersom P4 i stedet hadde adressert sitt utførlige klageskrift til Kongen i statsråd, ville det ha blitt underlagt en grundig og nøytral behandling. Avhengig av klagebehandlingens utfall, ville P4 også kunnet få en mer utførlig begrunnelse for departementets standpunkt i saken, slik det nå etterlyses.

Departementet vil videre vise til at P4 ved ikke å klage innen fristens utløp selv har innsnevret myndighetenes rettslige handlingsrom i saken. En omgjøring av det vedtak som er truffet, til skade for Kanal 4, vil nå bare kunne skje dersom departementet skulle komme til at det er ugyldig, jf forvaltningsloven § 35.¹

I forbindelse med klagen til ombudsmannen har KKD på bakgrunn av P4s anførsler likevel valgt å foreta en ny rettslig og faktisk gjennomgang av saken, som langt på vei tilsvarende den behandling man hadde måttet foreta ved en forvaltningsklage. Forskjellen er at saken ikke er forelagt for Kongen i statsråd. Men så langt departementet har kunnet vurdere saken, på bakgrunn av de anførsler og nye innspill som har kommet fra P4, er det ikke fremkommet noe som rokker ved gyldigheten av vedtaket.

Innenfor de rammer som påstanden om ugyldighet setter, har det – i mangel av en ordinær forvaltningsklage – verken vært foranledning til eller adgang for departementet til å revurdere hensiktsmessigheten av det skjøn som vedtaket bygger på. Departementet vil imidlertid understreke at det fortsatt anser vedtaket for ikke bare å være formelt gyldig, men også for å utgjøre den mediepolitisk beste og mest korrekte løsning på saken.

I klagen fremhever P4 at det haster med å få en avklaring, og anmoder derfor ombudsmannen om en så rask behandling som mulig. Departementet deler i utgangspunktet P4s ønske om en snarlig avklaring, men vil påpeke at det dreier seg om en sak som etter sin karakter egner seg dårlig for raske vurderinger. Det relevante faktum er omfattende, og de rettslige spørsmål til dels kompliserte. Saken har også vokst gjennom klagen fra P4, som tar opp forhold og retts spørsmål ut over det departementet hadde plikt eller foranledning til å vurdere under vedtaksprosessen. Departementet vil ikke unnlate å bemerke at klagen fra P4 langt på vei har karakter av en bredt anlagt stevning til retten, som – dersom den hadde gått til domstolene – ville ha måttet kreve at det ble satt av mange dager til dokumentasjon, vitneføring og prosedyre, dersom det skulle vært mulig å gi saken en forsvarlig kontradiktorisk behandling. Ved å legge opp saken så bredt, har P4 selv medvirket til at behandlingen nødvendigvis må ta noe tid. Klagens karakter gjør det også nødvendig for departementet å gi en beskrivelse av den mediepolitiske bakgrunn for vedtaket, herunder de viktigste utviklingstrekkene på området i de senere år.

¹ Slik omgjøring vil for øvrig kreve at departementet må være sikker på at vedtaket virkelig er ugyldig, siden muligheten for at det ville bli møtt med rettslige reaksjoner fra Kanal 4 vil være stor. Dersom omgjøringen skulle resultere i at P4 fikk konsesjonen, med henvisning til en etablert særrettighet etter nåværende konsesjon pkt 4, vil dette også kunne lede til reaksjoner fra EFTAs Overvåkningsorgan.

For ordens skyld bemerkes at departementet ikke har formelle innsigelser mot at ombudsmannen tar klagen til behandling. Samtidig bør ombudsmannen etter departementets syn utvise varsomhet med å etterprøve de sentrale mediepolitiske vurderinger som vedtaket bygger på. Dette vil bli nærmere begrunnet nedenfor.

Samme dag som P4 sendte sin klage til ombudsmannen ble det også sendt en "Anmodning om utsatt iverksettelse av vedtak" til departementet. I klagen er det opplyst om dette, og samtidig bes det om at også ombudsmannen skal anmode departementet om utsatt iverksetting. Etter at klagen ble sendt, har det vært en løpende korrespondanse om spørsmålet.² Departementet har her konkludert med at det etter fvl § 42 første ledd på det nåværende tidspunkt ikke har hjemmel til å gi en "utsatt iverksettelse", som kan stenge for Kanal 4s adgang til å forberede seg på å starte sendinger fra 1. januar 2004.

Etter at vedtaket var truffet den 20. desember 2002, anmodet P4 departementet om innsyn i sakens dokumenter. Ved brev av 5. januar 2003 (bilag 4 til klagen) ble det gitt delvis innsyn, etter forvaltningslovens regler om partsoffentlighet. I klagen har P4 anført at ombudsmannen bør kreve ytterligere innsyn i "alle relevante saksdokumenter". Dette er tatt opp av ombudsmannen i brevet av 5. februar, der det bes om at departementets saksdokumenter oversendes, med unntak av det som gjelder prosessrisikovurderinger (s. 6).

Vedlagt dette brev følger de interne dokumentene i saken som har vært avgjørende for utfallet, herunder KKD's beslutningsnotat av 4. desember 2002 i sin helhet. Disse dokumentene vil, i den grad det er nødvendig, i det følgende bli referert til som de "interne dokumentene" i saken, uten nærmere spesifisering. Departementet vil understreke at dokumentene fortsatt er å anse som interne, og anmode ombudsmannen om at de ikke gjøres kjent for klager. Videre presiseres det at dokumenter av denne type inngår som en del av statsrådets beslutningsgrunnlag, og at de ikke nødvendigvis er uttømmende for de vurderinger som er gjort. Herunder skal også påpekes at deler av den meget grundige og omfattende behandlingen av saken har foregått i muntlig form (i interne møter m.m.), uten at det er tatt referat fra dette.

Den følgende fremstilling av saken begynner med at det i avsnitt 2 er gitt en oversikt over hovedspørsmålene, og en sammenfatning av departementets syn. I avsnitt 3 presenteres det relevante faktum, som et supplement til klagers fremstilling. Deretter gis det i avsnitt 4 en gjennomgang av den brede skjønnsmessige vurdering departementet foretok av søknadene, og det vises hvorfor departementet kom til at Kanal 4 var vesentlig bedre kvalifisert enn de andre søkerne (herunder P4). Her tilbakevises P4s anførsler om at det er lagt til grunn "feil faktum".

Departementet går så i avsnitt 5 over til å behandle P4s anførsler om "feil rettsanvendelse", som går ut på at selskapet har et særlig rettslig krav på å få

² Det er nærmere redegjort for dette nedenfor i avsnitt 3.9 der den aktuelle korrespondanse også er inntatt som vedlegg.

konsesjonen, fremfor de andre søkerne. Herunder drøftes alminnelige forvaltningsrettslige regler på området, tolkningen av punkt 4 i selskapets nåværende konsesjon, og de EØS-rettslige rammer som departementet har måttet forholde seg til. I avsnitt 6 vises det nærmere hvordan departementet rent faktisk har vurdert P4s særskilte stilling, og hvilken betydning dette har hatt for sakens utfall. Deretter behandles anførselene om brudd på EMK art 10 (avsnitt 7), og mangler ved saksbehandlingen og begrunnelsen (avsnitt 8).

2. OVERSIKT OG SAMMENDRAG

Spørsmålet som er brakt inn for ombudsmannen gjelder gyldigheten av det vedtak som KKD traff den 20. desember 2002. I vedtaket ble Kanal 4 tildelt konsesjon for å drive riksdekkende reklamefinansierte radiosendinger i det fjerde riksnettet i FM-båndet for en periode på 10 år, med oppstart 1. januar 2004 (klagen bilag 1). Samtidig ble de fem andre søkerne, herunder P4, gitt et begrunnet avslag (klagen bilag 2).

Klagen fra P4 går formelt ut på at vedtaket om å tildele konsesjonen til Kanal 4 er ugyldig. Samtidig anføres i realiteten også at P4 har et rettslig krav på å få den. De andre søkerne har ikke påklaget vedtaket, verken til forvaltningen eller ombudsmannen.

Innledningsvis vil departementet understreke at saken gjelder tildeling av en *ny konsesjon*. I klagens anføres det flere steder at P4 er "fratatt" en konsesjon, eller at selskapet har krav på "forlengelse". Dette er misvisende. Den konsesjonen P4 i dag har, og som ble gitt i 1993, er uttrykkelig gjort tidsbegrenset, og utløper den 31. desember 2003. Etter dette har P4 ingen rett til å kringkaste i det fjerde analoge riksnettet, med mindre selskapet får ny konsesjon ("fornyelse"). Kringkastingsloven skiller ikke mellom første gangs tildeling av en konsesjon, og senere tildeling, etter at konsesjonsperioden er utløpt. Forvaltningsrettslig dreier ikke saken seg om at P4 er fratatt en rettighet, men om at selskapet ikke har nådd opp i konkurransen om et gode.

Videre vil departementet påpeke at det ikke synes å være bestridt at det var *adgang til å lyse ut* konsesjonstildelingen, slik det skjedde våren 2002. Det kan ikke sees at P4 i klagen anfører at man hadde et krav på fornyet konsesjon uten utlysning. Snarere er det et spørsmål om ikke departementet etter EØS-retten hadde en *plikt* til å lyse ut, men under enhver omstendighet hadde man en *rett* til å gjøre dette, etter kringkastingsloven og vanlig norsk forvaltningsrett. Dette er viktig, fordi en utlysning nødvendigvis legger føringer på den senere tildelingen. Dersom det er adgang til å lyse ut, må det være adgang til reell konkurranse mellom søkerne.

Vedtaket om å tildele Kanal 4 konsesjonen er truffet med hjemmel i kringkastingsloven § 2-1, som gir departementet et *fritt skjønn*. Dette er en ren fullmaktsregel, som ikke oppstiller noen rettslige kriterier for departementets vurdering. Tildeling av kringkastingskonsesjoner er fra lovgivers side ment å være opp til departementets mediepolitiske og administrative vurdering. Dette betyr at departementets vedtak bare kan kjennes ugyldig av domstolene med de begrensninger som gjelder for overprøving av "fritt skjønn", og som ombudsmannen i denne saken bør forholde seg til. Det følger også av at vedtaket ikke er påklaget administrativt, slik at departementet ikke har omgjøringsadgang med mindre det foreligger klar ugyldighet.

Anførselene fra P4 er direkte knyttet an til vedtakets gyldighet. Grovt sett anføres det tre grunntag for ugyldighet – feil faktum, feil rettsanvendelse, og mangelfull begrunnelse.

I forhold til faktum er kjernen i P4s anførsel at departementet ikke skal ha foretatt en korrekt undersøkelse av det programtilbud selskapet tilbyr i søknaden, og at grunnlaget for sammenlikningen med Kanal 4s søknad derfor er feil. Dette bygger videre på en antagelse om at departementet har (eller burde ha) vektlagt de rent kvantitative sidene ved programtilbudet, og det søkes i klagen påvist at P4 kvantitativt har gitt et bedre tilbud enn Kanal 4.

I forhold til rettsanvendelsen er P4s hovedanførsel at departementet har feiltolket den særskilte rettsstilling som selskapet hevder å ha i henhold til alminnelig forvaltningsrett og punkt 4 i nåværende konsesjonsvilkår, der det bl.a. heter at "...fornyelse vil være det normale". Videre hevdes det at departementet ikke har vurdert og vektlagt særskilte forhold ved P4s stilling som man var forpliktet til å legge til grunn for skjønnet, herunder hensynet til arbeidsplasser og investeringer, samt at heller ikke selskapets tidligere virksomhet er trukket inn. Videre anføres det at P4 også har en beskyttet posisjon etter EMK art 10, som i det minste setter særlige krav til begrunnelse dersom selskapet ikke skal få den nye konsesjonen.

Anførselen om mangelfull begrunnelse er i realiteten langt på vei en videreføring av de to første anførselene, men er også fremsatt som en selvstendig ugyldighetsgrunn.

Departementets syn er at vedtaket er gyldig, og dette er en vurdering som er blitt bekreftet ved den gjennomgang av saken som P4s klage og ombudsmannens henvendelse har foranlediget. Vedtaket bygger på en korrekt rettsanvendelse, og på en korrekt og dekkende forståelse av faktum. Det foreligger ikke noe brudd på EMK, og det er heller ikke mangler ved begrunnelsen som kan ha betydning for gyldigheten.

I forhold til det faktiske grunnlaget for vedtaket vil departementet anføre at P4s kritikk bygger på en misforståelse med hensyn til hvilken vekt rent kvantitative forhold har hatt (eller bør ha) ved den skjønnsmessige vurdering av hvilken søker som var best kvalifisert. Den vurdering departementet foretok var først og fremst av *kvalitativ* karakter, og det måtte den være. Som grunnlag for vurderingen ble alle sider ved P4s søknad grundig behandlet, på den måten selskapet selv hadde gitt anvisning på. Noe brudd på utredningsplikten foreligger ikke, og det faktum som er lagt til grunn er korrekt, både i forhold til P4 og de andre søkerne. Uenigheten mellom departementet og P4 dreier seg ved nærmere ettersyn snarere om hvilken *vekt* de ulike faktiske forhold skal tillegges. Men dette faller inn under forvaltningens frie skjønn, og har ikke betydning for gyldigheten av vedtaket, med mindre det kan påvises at resultatet er grovt urimelig, vilkårlig eller lignende. Departementet kan ikke se at P4 eksplisitt har påberopt seg noen slik ugyldighetsgrunn, og kan heller ikke se at det er noe grunnlag for det.

Konklusjonen på departementets brede skjønnsmessige vurdering av søkerne, var at Kanal 4 fremsto som *den klart best kvalifiserte*. Dette er det nærmere redegjort for i avsnitt 4. Ytterligere anførsler om ugyldighet må derfor bygge på at P4 har en rettslig særstilling som er så sterkt at den gir selskapet et krav på å få konsesjonen, i

konkurransen med en klart bedre kvalifisert konkurrent. Etter departementets vurdering har ikke P4 noen særlig rettslig stilling som er så sterk.

Departementet vil påpeke at saken reiser til dels vanskelige rettsspørsmål, og at man under tildelingsprosessen høsten 2002 fant det vanskelig å fastsette én sikker og "korrekt" rettslig tolkning. Det ble derfor foretatt *alternative* rettslige vurderinger. Etter det ene tolkningsalternativet kom man til at P4 ikke kan gjøre krav på noen særrettigheter av rettslig karakter, blant annet fordi EØS-retten stenger for dette. Etter det andre alternativet kom man til at punkt 4 i den nåværende konsesjonen gir selskapet et rettslig fortrinn, men at dette ikke rekker så langt at det gir noe krav på ny konsesjon i konkurranse med en klart bedre kvalifisert konkurrent. Ut fra sin kvalitative rangering av P4 og Kanal 4 var det på dette grunnlag departementets vurdering at de forskjellige mulige tolkningsalternativene *ikke kunne få betydning for det endelige resultat*.

På bakgrunn av klagen og ombudsmannens henvendelse vil departementet redegjøre noe nærmere for de tolkningsalternativer som er lagt til grunn for vedtaket, og herunder også for det alternativ som ga grunnlag for tvil med hensyn til om punkt 4 i det hele tatt er egnet til å gi P4 et fortrinn av rettslig karakter. Isolert sett kan ordlyden i vilkåret trekke i retning av en slik rettighet. Men alle de andre relevante rettskildene trekker i motsatt retning. Dette er det nærmere redegjort for i avsnitt 5. Samlet sett er det på dette grunnlag intet som støtter P4s anførsler om at departementet har lagt "feil rettsanvendelse" til grunn, eller at selskapet etter en "korrekt" rettsforståelse kan ha noe "krav" på fornyet konsesjon.

Departementet vil vise til at det ved skjønnsvurderingen trakk inn hensynene til P4s etablerte posisjon, herunder eksisterende arbeidsplasser og foretatte investeringer. Disse hensynene ble tillagt den vekt de etter sin karakter måtte ha, men dette ble ikke vurdert som utslagsgivende. Derimot valgte departementet å ikke legge til grunn for beslutningen en vurdering av hvordan P4 i inneværende konsesjonsperiode har oppfylt sine forpliktelser som allmennkringkaster. Dette kunne man ha gjort, men det ble ikke ansett for å være et nødvendig eller hensiktsmessig moment. Dersom departementet hadde vektlagt dette, ville utfallet neppe ha vært i P4s favør. Dette er det nærmere redegjort for i avsnitt 6.

I forhold til anførselen om brudd på EMK art 10, kan departementet ikke se at denne gir P4 noen rettigheter som kan få betydning for utfallet av saken. Vedtaket er fullt i tråd med de krav EMK art 10 stiller, herunder kravet til begrunnelse. Snarere taler hensynet til ytringsfrihet etter departementets vurdering for den løsning som ble valgt, og som innebærer at andre interesserte aktører nå ble gitt en reell anledning til å konkurrere om tilgang til den begrensede kanal for ytringer som konsesjonen innebærer.

Departementets begrunnelse for vedtaket var kortfattet, men inneholder alle de momenter som alminnelig forvaltningsrett krever.

I den følgende fremstilling er de relevante spørsmål i saken behandlet i en rekkefølge som avviker noe fra P4s oppsett, og som derfor krever en kort kommentar. Klagen fra P4 er bygget opp slik at man først anfører å ha en rettslig særstilling, og på dette grunnlag konkluderer med at departementet har lagt feil rettsanvendelse til grunn. Deretter går selskapet ("subsidiært") over til å anføre at vedtaket uansett er bygget på feil faktum, og at P4 også ut fra en konkurranse på ellers like vilkår fremstår som best kvalifisert.

Det er ikke på denne måten departementet gikk frem da det foretok sin vurdering av saken, og det er heller ikke slik fremstillingen i det følgende er bygget opp. For departementet har det fremstått som klart mest hensiktsmessig å begynne med en vurdering av samtlige søkeres kvalifikasjoner, under forutsetning av at de konkurrerte på like vilkår. Bare på denne måten kunne man danne seg et korrekt inntrykk av hvilken søker som i utgangspunktet var best. På dette grunnlag kom departementet, som en foreløpig konklusjon, frem til at Kanal 4 var den klart best kvalifiserte søker. Først deretter gir det mening å spørre om P4 imidlertid har krav på et rettslig fortrinn, som gjør at selskapet likevel måtte få konsesjonen. Dette er den fremgangsmåten som departementet brukte under prosessen, som er reflektert i de interne dokumentene i saken, og som vil bli lagt til grunn for den videre fremstillingen av saken.

3. FAKTUM

3.1 Om bakgrunnen for den første tildelingen av konsesjoner til reklamefinansiert riksdekkende fjernsyns- og radiokanaler

For å forstå saken, slik den står for ombudsmannen, er det nødvendig å kjenne bakgrunnen for at det tidlig på 1990-tallet ble tildelt konsesjoner for riksdekkende reklamefinansierte fjernsyns- og radiokanaler, og hvordan dette skjedde.

Regjeringen Harlem Brundtland foreslo i 1988 overfor Stortinget at fjernsynstilbudet i Norge skulle utvides med en ny riksdekkende fjernsynskanal ("TV 2"), organisert innenfor NRK. Begrunnelsen for forslaget var et ønske om å styrke det norske fjernsynstilbudet, som en motvekt mot økende fjernsynstilbud via satellitt:

"Departementet peikar m.a. på at vi vil få fleire og fleire satellittilbod som vil konkurrere om sjåarane. Departementet konkluderer med at berre eit betre norsk tilbod kan møte denne utfordringa." (St.meld. nr. 44 (1987-88), Om utviding av fjernsynstilbudet i Noreg, s.5)

Kanalen skulle finansieres gjennom en midlertidig ordning med reklamesendinger i Norsk rikskringkasting.³ Stortinget sluttet seg imidlertid *ikke* til forslaget i meldingen om et TV 2 organisert innenfor NRK. Proposisjonen om midlertidig lov om forsøk med reklamesendinger i NRK ble etter dette ikke behandlet av Stortinget.

Ved årsskiftet 1989-90 registrerte departementet at det i økende grad ble sendt reklame for rent norske produkter og tjenester i utenlandske fjernsynskanaler, som rettet sendingene mot det norske markedet, først og fremst gjennom den svenskeide kanalen TV 3. Dette, samt det faktum at regjeringen Syse ønsket et bredere norsk fjernsynstilbud, førte til at det våren 1990 ble satt i gang et arbeid med sikte på å etablere en ny norsk, reklamefinansiert fjernsynskanal, uavhengig av NRK:

"...Senere har det skjedd en rask utvikling på fjernsynsområdet, hvor norske foretak annonserer i kommersielle kanaler som i økende omfang tilbys stadig flere norske seere. Det er derfor ikke lenger spørsmål om å akseptere reklame i fjernsyn, men langt mer om hvilke interesser som skal dra fordel av reklameinntektene.

Når departementet tar initiativ til at en ny fjernsynskanal kan etableres, skjer det ut fra et ønske om at inntektene fra fjernsynsreklame så langt det er mulig kan bidra til å bygge opp et fjernsynstilbud med forpliktende forankring i norsk språk og kultur og norske tradisjoner." (Ot.prp. nr. 55 (1989-90), TV 2, s. 3)

³ Jf. Ot.prp. nr. 72 (1987-88), Midlertidig lov om forsøk med reklamesendinger i Norsk rikskringkasting m.v.

Et hovedformål med forslaget var at den nye private riksdekkende fjernsynskanalen riktignok skulle være kommersiell, men at den likevel – i motsetning til, og som motvekt mot de rent kommersielle kanalene produsert i utlandet – skulle pålegges en *allmennkringkastingsrolle*. Det ble derfor formulert som en klar forutsetning at programprofilen i TV 2 skulle baseres på prinsippene om allmennkringkasting:

”Et sentralt mål med allmennkringkasting er å gi publikum et bredt og kvalitativt godt programtilbud. Kommersielle kanaler som for en stor del ensidig sender masseproduserte underholdningsprogram, gir ikke publikum et godt grunnlag for valg mellom ulike typer program. Allmennkringkasteren skal tilby program innen et vidt spekter av programkategorier. Det er på denne måten det reelle mangfoldet og den reelle valgfriheten oppstår.” (Ot.prp. nr. 55 (1989-90, TV 2, s. 9)

Dette formålet fremgår også tydelig av en noe senere stortingsmelding:

”Allmennkringkastarane i Europa har m.a. gjennom utviklinga av satellitteknologien i aukande grad fått konkurranse frå reine kommersielle kanalar som ikkje har plikt til å velje desse prinsippa. Det er ein tendens til at allmennkringkastarane vel å møte denne konkurransen ved å sende den same typen program som dei kommersielle kanalane, og såleis meir og meir kjem til å likne dei i programtilfanget.

Dette kan få den konsekvensen at heile grunntanken om allmennkringkasting forsvinn. Allmennkringkastarane er blant dei viktigaste kulturelle berejlkane - i vid tyding - i eit moderne samfunn. Dersom allmennkringkastaren som nasjonal kulturberar forsvinn, forsvinn òg noko av sjølv grunnlaget for dei einskilde nasjonale europeiske kulturane. Det er ein risiko for at den europeiske kulturelle identiteten blir utviska og bleiknar. [...]

Også i Noreg må allmennkringkastinga sikrast. I dag er NRK den viktigaste allmennkringkastaren vår. Når TV 2 tek til med sendingar, får vi en kringkastar til med allmenne plikter. Så vel den internasjonale som den nasjonale utviklinga inneber – og vil framleis innebere – at allmennkringkastarane får konkurranse frå kommersielle kanalar utan slikt ansvar.” (St.meld. nr 26 (1991-92), Kringkasting og dagspresse 1990) s. 2-3).

Forslaget om å etablere en riksdekkende reklamefinansiert *radiokanal* ble lansert kort tid etter, gjennom en stortingsmelding høsten 1990.⁴ Det ble forutsatt at tilnærmet de samme prinsipper skulle gjelde for etableringen av radiokanalen som for etableringen av TV 2:

⁴ Jf. St.meld. nr. 39 (1990-91), Virksomheten i Norsk rikskringkasting m.v., punkt. 9, s. 5-6. Forslaget fikk tilslutning fra Stortinget, jf. Innst. S. nr. 163 (1990-91).

”Tilnærmet samme premisser bør legges til grunn for etablering av P 4 som er lagt til grunn for TV 2. Dette innebærer at kanalen skal være privateid, og at virksomheten skal finansieres med reklame. Offentlige midler skal ikke benyttes i finansieringen av kanalen. Programprofilen i kanalen skal baseres på allmennkringkastingsprinsippene, som blant annet innebærer at kanalen vil måtte sende program av interesse for såvel brede som smale lyttergrupper, og at det opprettes en egen nyhetsavdeling.” (s. 6)

Også dette fikk tilslutning i Stortinget. Departementet startet deretter arbeidet med å forberede etableringene, gjennom bruk av konsesjonsordninger. Fra før hadde man en viss erfaring fra tildeling av konsesjoner til lokalfjernsyn og –radio, men utformingen av riksdekkende konsesjoner med krav til allmennkringkasting m.m. reiste nye utfordringer, og fikk nødvendigvis noe preg av en prøveordning. Utlysningen av fjernsynskonsesjonen skjedde i januar 1991, og utlysningen av radiokonsesjonen i november samme år. I begge tilfelle skjedde dette gjennom en åpen kunngjøring, lyst ut på en slik måte at alle interesserte aktører kunne søke, og slik at det skulle konkurreres på like vilkår (se nedenfor).

Lovgrunnlaget for etableringen av de nye riksdekkende fjernsyns- og radiokanalene var den gamle kringkastingsloven av 13. juni 1980 nr 36, som opprinnelig bare i begrenset grad hadde gitt adgang til å fravike NRKs enerett, men som ut over på 1980-tallet i flere etapper var blitt liberalisert,⁵ slik at den i 1991 ga hjemmel for etablering av nye riksdekkende kanaler i konkurranse med NRK. På dette tidspunkt var det også gitt en ny lov om reklame i kringkasting, av 21. desember 1990 nr 77. Samtidig var det samlede lovgrunnlaget på mange måter uhensiktsmessig, og dette ble rettet opp gjennom den nye kringkastingsloven av 4. desember 1992. Arbeidet med å forberede denne loven foregikk parallelt med etableringen av de første riksdekkende kanalene, og de to prosessene må sees i sammenheng.

Et eksempel på at loven av 1980 var mangelfull, var at det i § 1 nr 4 ikke sto noe krav om at konsesjoner måtte være tidsbegrenset. Under forberedelsen av de nye riksdekkende kanalene var det likevel en klar forutsetning at de måtte være det, og at det ikke kunne være tale om å etablere nye stedsevarende kanaler (slik som NRK). Med den nye loven fra 1992 ble dette presisert i § 2-1.

3.2 Utlysingen og tildelingen av den første TV2-konsesjonen

Som påpekt i klagen er den prosessen som ledet til TV2-konsesjonen relevant for den foreliggende sak fordi den dannet mal for den senere utlysningen og tildelingen av P4-

⁵ Opprinnelig sto det i 1980-lovens § 1 nr 1 at NRK hadde enerett til å drive kringkasting, og etter § 1 nr 4 var det bare ”i særlige tilfelle” at Kongen kunne gi andre ”løyve til begrenset kringkastingsvirksomhet”. I 1984 ble det tilføyd at dette også kunne skje ”i forsøksvirksomhet”, og at det kunne settes vilkår for slikt løyve. Ved en endring i 1987 ble henvisningen til NRKs ”enerett” fjernet, og adgangen til å gi andre konsesjon etter nr 4 og 5 utvidet. Samtidig ble det vedtatt en egen lov om nærkringkasting (lov av 12. juni 1987 nr 70).

konsesjonen. Herunder var det i forbindelse med TV2-prosessen at spørsmålet om tidsbegrensning og vilkår for senere fornyelse av konsesjonen første gang ble drøftet.

De relevante forarbeidene til TV2-konsesjonen er i første rekke NOU 1985:11 om TV2, St.meld. nr 44 (1987-88) Om utviding av fjernsynstilbudet i Noreg, og Ot.prp. nr 55 (1989-90). Allerede i NOU 1985:11 var det foreslått en tidsbegrenset konsesjonsordning, der myndighetene skulle ha mulighet til å følge opp konsesjonærens etterlevelse av konsesjonsvilkårene. I den forbindelse var det flere av høringsinstansene som fremhevet at TV2-konsesjonen ikke måtte bli et nytt monopol, når hensikten med etableringen av en slik kanal nettopp var å bryte opp NRK-monopolet.

Dette ble også lagt til grunn da departementet i 1990 la frem forslag om en lov om reklame i kringkasting for Stortinget, og under Stortingets påfølgende vurdering av denne. De relevante utdragene fra Ot.prp. nr. 55 (1989-90) og Innst. O. nr. 2 (1990-91) er sitert i klagen på s. 14-15. Som påpekt der, var det enighet om at konsesjonen skulle være tidsbegrenset til ti år, og at det ikke skulle være noen automatikk i fornyelse etter periodens utløp. Samtidig ble det uttalt at fornyelse burde være "det normale" dersom regler og vilkår var oppfylt i perioden. Det fremgår av forarbeidene at grunnen til dette var at etableringen av en ny riksdekkende fjernsynskanal ville være meget kostnadskreven, og at konsesjonæren derfor trengte en viss beskyttelse *for å sikre sine investeringer*. Noen annen begrunnelse for å gi forventninger om fornyelse fremgår ikke av forarbeidene.

Utlysningen av TV2-konsesjonen skjedde i januar 1991:

Bilag 1: Innbydelse til å søke om konsesjon til å etablere og drive norsk TV2

Bilag 2: Pressemelding fra departementet av 31.01.1991 og kunngjøringsannonse vedrørende fjernsynskonsesjonen.

Som det vil fremgå, var det under punkt 4 i utlysningen inntatt utkast til vilkår for konsesjonen, men slik at de endelige vilkårene først ble fastsatt i forbindelse med tildelingen. Blant vilkårene var det også satt krav om at programprofilen skulle baseres på prinsippene om allmennkringkasting. I noen grad var disse spesifisert, men ikke særlig langt. I forhold til prinsippet om allmennkringkasting ble det ikke lagt opp til noen egentlig konkurranse på kvalitet, i den forstand at søkerne skulle angi og konkurrere om å beskrive et så godt programtilbud som mulig. Snarere fremgikk det at det viktigste ved konkurransen ville være vurderingen av søkerens kvalifikasjoner for øvrig, deres finansielle grunnlag, lokaliseringen av hovedkontor m.m.

Det meldte seg fem søkere til TV 2-konsesjonen da søknadsfristen gikk ut 30. april 1991. Fordi etablering og drift av en riksdekkende fjernsynskanal åpenbart ville være sterkt kapitalkrevende, la departementet ved behandlingen i tillegg til selskapenes programplaner, vekt på økonomisk soliditet ved utvelgelsen av kandidatene.

Kravet til økonomisk soliditet gjorde at tre av søkerne ganske raskt i prosessen kunne sjaltes ut som uaktuelle.

Dermed gjensto to søkere, som fremsto som nokså like. Dette gjaldt i forhold til programkravene, og også i forhold til kravet om økonomisk soliditet. Men – en av disse to søkerne la til grunn at en ikke ubetydelig del av den kapital som skulle skytes inn i selskapet besto av verdier som eksempelvis visningsrettigheter til filmer og TV-serier. På denne bakgrunn valgte departementet å benytte seg av to uavhengige selskaper til å foreta en økonomisk analyse av hvilke verdier de to søkerne faktisk disponerte. Begge analysene konkluderte likt – den ene søkeren (TV 2 A/S under stiftelse) disponerte 400 mill. kroner. Den andre søkeren disponerte et langt lavere beløp – som følge av at verdien av visningsrettigheter var stipulert for høyt av søkeren.

Resultatet av konkurransen var at konsesjonen ble tildelt TV2 den 14. november 1991.

Under prosessen var det kontakt mellom TV2 og departementet om den nærmere utformingen av vilkår, på flere punkter. Ett av disse gjaldt vilkåret om fornyelse etter konsesjonsperiodens utløp. Dette førte imidlertid ikke til noen endringer, og punkt 4 om tidsbegrensning og fornyelse fikk den utforming som departementet hadde lagt opp til (og som er identisk med punkt 4 i P4s senere konsesjon).

3.3 Utlysningen og tildelingen av den første p4-konsesjonen

Adgangen til å søke P4-konsesjonen ble kunngjort den 20. november 1991, med søknadsfrist 15. februar 1992. Selve kunngjøringen var en enkel henvisningsannonse, hvor det ble opplyst at nærmere opplysninger kunne fås ved henvendelse til Kulturdepartementet. Disse nærmere opplysninger var utformet som en innbydelse til å søke om konsesjon til å etablere *"privat riksdekkende radiokanal (P 4)"*.

Bilag 3: Kunngjøringsannonse 20.11.1991

Bilag 4: Innbydelse til å søke om konsesjon til å etablere og drive privat riksdekkende radiokanal (P 4)

I innbydelsen ble det i forhold til programprofil bl.a. presisert følgende:

"Programprofilen i radiokanalen skal baseres på prinsippene om allmennkringkasting (public service-kringkasting). Disse prinsippene innebærer bl.a. at kanalens programprofil skal være av allmenn karakter og interesse, og at den vil måtte sende program av interesse for såvel brede som smale lyttergrupper, herunder den samiske befolkningsgruppen og minoriteter.

Det skal opprettes en egen nyhetsavdeling.

Departementet vil ved vurderingen av søknadene legge vekt på realistiske planer for en programprofil i samsvar med prinsippene om allmennkringkasting.”

Da søknadsfristen var utløpt, hadde det meldt seg 2 søkere: P 4 A/S og Radio Hele Norge A/S. Begge søknadene ble forelagt Nitschkes Revisjonskontor for en finansiell vurdering. På samme måte som i TV 2-saken ble dette gjort for å fremskaffe sikkerhet om søkerens økonomiske soliditet og evne til utbyggingen av virksomheten. Videre ønsket departementet avklart om søkergruppenes eierstruktur var i overensstemmelse med de kravene som ble stilt i kunngjøringen.

Denne eksterne vurderingen, samt departementets egen vurdering, konkluderte med følgende:

1. Begge søkerne disponerte den nødvendige kapital for å kunne gjennomføre prosjektet,
2. Begge søkerne tilfredsstilte departementets krav med hensyn til programplaner, teknisk utbygging av sendernet, samt lokalisering av hovedkontoret utenfor Oslo,
3. Eierforholdene i Radio Hele Norge A/S var ikke i strid med kunngjøringen, mens eierforholdene i P 4 A/S ble ansett som noe uoversiktlige der det til dels var et utstrakt interessefellesskap og krysseierskap mellom tre av de største eierne, samt krysseierskap i forhold til nærradiosektoren.

På grunnlag av dette ble det bestemt å gi Radio Hele Norge A/S retten til å forhandle med Televerket om utbygging av sendernet for P 4. Departementets begrunnelse var todelt:

1. For det første ville man ved å gi konsesjonen til Radio Hele Norge A/S unngå en enda sterkere tendens til eierkonsentrasjon i det norske mediemarkedet.
2. For det andre ville denne konsesjonstildelingen føre til et system med klart atskilte sektorer innen det private radiomarkedet i Norge – en nærradiosektor og en sektor for privat landsdekkende radio.

På samme måte som i TV2-saken var det ikke ved utlysningen ikke lagt opp til noen egentlig konkurranse i forhold til den nærmere oppfyllelsen av kravene til allmennkringkasting, og det fremgår også av saksdokumentene at det ikke ble foretatt noen nærmere kvalitativ vurdering av deres programprofiler opp mot hverandre, ut over en konstatering av at begge ville være i stand til å oppfylle kravene. Dette ble også presisert av departementet i brev til Stortinget:

Bilag 5: Brev av 11. september 1992 fra departementet til Stortingets kirke- og undervisningskomité.

På s. 2 i brevet heter det bl.a.:

*"Departementets gjennomgang av søknadene viste at begge søkerne tilfreds-
stilte de gitte krav med hensyn til programplaner," (understreket her)⁶*

Etter at Radio Hele Norge AS og Televerket hadde forhandlet seg frem til en avtale om de økonomiske vilkår for utbygging av sendernettet, fikk selskapet 15. januar 1993 konsesjon til å etablere og drive den riksdekkende reklamefinansierte radiokanalen. Selskapet endret deretter navn til P4 Radio Hele Norge AS. Vilkårene for konsesjonen er inntatt som bilag 8 til klagen. Disse var i realiteten på alle vesentlige punkter de samme som var satt for TV 2, dog med de særlige tilpasninger radiomediet tilsier, og i forhold til de lavere investeringsbehov. Det ble ikke gjennomført særskilte drøftinger med selskapet om utformingen av og det materielle innholdet i vilkårenes punkt 4 om tidsbegrensning og fornyelse.

3.4 Utviklingen 1992-2002

Som vist var en viktig del av bakgrunnen for etableringen av de nye riksdekkende reklamefinansierte kringkastingkanalene tidlig på 1990-tallet et politisk ønske om å styrke allmennkringkastingen, gjennom å sette som vilkår for de norske kommersielle kanalene at også de måtte ivareta en slik rolle, ved siden av NRK. Opprinnelig var det imidlertid en viss usikkerhet om hva som nærmere skulle legges i begrepet "allmennkringkasting", for å sikre at dette i utgangspunktet kulturpolitiske begrepet skulle få et innhold som lot seg operasjonalisere, som et klarere krav til de nye kanalene. Om dette foregikk det en løpende debatt på 1990-tallet, som bl.a. uttrykt i St.meld. nr., 32 (1992-93), Media i tida, på s. 126:

"Det tredje sentrale elementet inneber at allmennkringkastinga skal tene publikum. Den engelske nemninga kan også lesast som "kringkasting i publikums teneste". Denne tydinga av ordet viser til publikum som mediebrukrarar. Slik sett inneheld omgrepet òg et marknadsbasert element. Med auka konkurranse frå kommersielle kanalar, er det no ein tendens til å vektleggje dette elementet noko sterkare enn tidlegare.

⁶ Tilsvarende er gjentatt under punkt 5 i brevet side 6.

I denne sammenhengen har det vore ein klar føresetnad at allmennkringkastarane skal tilby program både til breie og smale grupper av lyttarar og sjåarar. Dette inneber at populærprogram og underholdningsprogram har ein sjølvstøtt plass i programtilbodet frå allmennkringkastarane. Føresetnaden har likevel òg vore at slike program ikkje skal ha nokon dominerande plass i det samla programtilbodet, men dei skal vere ein av fleire programkategoriar. Det er ikkje i samsvar med omgrepet allmennkringkasting dersom berre popularitetskriterium blir lagde til grunn.

NRK og TV 2 er dei kringkastarane som i dag driv allmennkringkasting på landsbasis. P 4 har fått konsesjon på vilkår av å drive allmennkringkasting. P 4 vil venteleg ta til med sendingane i september i år. [...]

Den einaste realistiske måten å møte utfordringa på, er å styrkje allmennkringkastinga. Dette gjer ein ikkje berre ved å styrkje og understreke pliktene til NRK, som er den viktigaste allmennkringkastaren vi har. Ei styrking av allmennkringkastinga kan òg skje ved å opne for eit mangfald av kringkastingskanalar og å stimulere til norske kvalitetsproduksjonar. Departementet viser her særskilt til etableringa av TV2 og P4.”

Etter hvert som man vant erfaring med virksomheten til TV2 og P4, ble det i stigende grad stilt spørsmålsteget ved om disse selskapene i tilstrekkelig grad oppfylte de ideelle krav til slik allmennkringkasting. En annen grunn til dette, var at det etter hvert viste seg at økonomien i selskapene (og særlig i P4) utviklet seg positivt, ikke minst fordi den økonomiske lavkonjunkturen tidlig på 1990-tallet nokså raskt gikk over, og ble erstattet av oppgangstid. På denne bakgrunn ble departementet kritisert for ikke å ha sørget for at selskapene i tilstrekkelig grad brukte av sine overskudd til å forbedre programprofilen.

Dette fikk bl.a. uttrykk i St.prp. nr. 1 (1995-96), på s. 118, der det bl.a. heter at:

”I dag er det tre selskap som har plikt til å drive allmennkringkasting i Noreg: Norsk rikskringkasting, TV 2 og P4. Desse selskapa er i dag dominerande aktørar på den norske rikskringkastingsmarknaden. TV 2 og P4 har kvar for seg konsolidert stillinga som dei største reklamefinansierte kringkastingselskapa i Noreg samstundes som Norsk rikskringkasting i hovudsak held si stilling som den leiande kringkastaren både innanfor radio og fjernsyn. Departementet er ikkje fullt ut nøgd med korleis TV 2 og særleg P4 oppfyller sitt allmennkringkastingsmandat. Ei undersøking som Norsk Gallup har gjort for Norsk kulturråd, viser til dømes at kulturinnslag generelt og særleg det smale kulturstoffet nær sagt er fråverande i sendingane til P4. Departementet vil i samråd med allmennkringkastingselskapa utforme kriterium som grunnlag for å vurdere i kor stor grad kravet til allmennkringkasting er nådd. Dette vil kunne gi klarere svar på korleis

allmennkringkastingsvilkåra blir etterlevde. Det vil bli oppnevnt eit allmennkringkastingsråd.”

På denne bakgrunn ble Allmennkringkastingsrådet opprettet i 1996. Rådet ble sammensatt slik at det skulle ha kompetanse til å kunne foreta en løpende vurdering av i hvilken grad allmennkringkastingshensyn ivaretas. I henhold til mandatet skulle Rådet *"vurdere om programvirksomheten i NRK, TV2 og P4 Radio Hele Norge er i samsvar med prinsippene om allmennkringkasting slik disse fremkommer i TV2s og P4s konsesjonsvilkår og i de overordnede målsettinger som Stortinget har lagt til grunn for NRKs virksomhet"*.⁷ I årene som fulgte, reiste rådet gjentatte ganger kritikk mot P4 for manglende etterlevelse av kravene til allmennkringkasting. Ettersom dette ikke er vektlagt i forbindelse med tildelingsprosessen i 2002, vil departementet i denne omgang ikke gå nærmere inn på denne kritikken, men vil (i en annen sammenheng) komme tilbake til den nedenfor i avsnitt 6.3.

Betydningen av å sikre allmennkringkastingshensyn ble også understreket av departementet ved en rekke senere anledninger, bl.a. i St.meld. nr. 62 (1996-97), Kringkasting og dagspresse 1996 m.v., i statsråd Anne Enger Lahnsteins mediepolitiske redegjørelse for Stortinget 28. mai 1999, samt i statsråd Ellen Horns tilsvarende mediepolitiske redegjørelser 16. mai 2000 og 26. april 2001. Vi viser også til omtale i flere budsjettproposisjoner, jf. St.prp. nr. 1 (1996-97) s. 129, St.prp. nr. 1 (1999-2000) s. 8 og 102 og St.prp. nr. 1 (2002-2003) s. 123.

Mot utløpet av de første konsesjonsperiodene, i 2000, sto det klart for departementet at man måtte benytte seg av anledningen når konsesjonene løp ut, til å sørge for en styrking av allmennkringkastingshensynet, for å sikre allmennheten det best mulige programtilbud.

Dette kunne etter departementets vurdering gjennomføres ved flere virkemidler. For det første måtte begrepet allmennkringkasting gis et mer presist, detaljert og operasjonalisert innhold, og dette måtte så nedfelles i konsesjonsvilkårene for neste periode. Dette ble bl.a. påpekt i St. meld. nr. 57 (2000-2001), I ytringsfrihetens tjeneste, under pkt. 4.3.2:

⁷ Det er derfor misvisende når det i professor Jon Bings uttalelse til WMB av 27.08.2002 om "Fornyelse av P4s konsesjon for lydkringkasting" (klagen bilag 19) på s. 8 heter at rådets vurderinger ikke er "knyttet til det allmennkringkastingsbegrep som er nedfelt i P4s konsesjon, men til begrepet slik det brukes i den alminnelige kulturdebatt".

"Kulturdepartementet har i samråd med allmennkringkasterne satt i gang et arbeid med å avgrense og definere allmennkringkastingsoppdraget nærmere. Hensikten er å avklare hvilke programkategorier og -tjenester kringkastingsavgiften skal bidra til å dekke og dermed hvilket tilbud som skal nå hele befolkningen og på hvilke sendeplattformer. Dette er for det første viktig for å kunne legitimere det statlige engasjementet i allmennkringkastingen. Det har dessuten sammenheng med et arbeid som Europakommisjonen har satt igang med sikte på å avgrense de konkurransemessige betingelsene mellom kommersielle kringkastere og allmennkringkastere, først og fremst mht. finansieringen av allmennkringkasterne. Det er selvsagt ikke tale om å gripe inn i redaksjonelle programprioriteringer.

I utlysningen av fornyet konsesjon til riksdekkende reklamefinansiert fjernsyn formidlet via analoge bakkesendere er det lagt opp til mer konkrete og omfattende programforpliktelser enn det som fremgår av TV2s nåværende konsesjonsvilkår. Dette gjelder bl.a. tilbudet til barn og unge, minoriteter og hørselshemmede.

Det vil bli lagt opp til en tilsvarende innskjerping av programkravene i den kommende utlysningen av konsesjon for riksdekkende reklamefinansiert radio."

Som vi skal se, ble dette i forhold til P4-konsesjonen gjennomført ved at det i utlysningen våren 2002 ble inntatt langt mer spesifiserte og detaljerte krav til programprofil enn i den første konsesjonen fra 1992 (se nedenfor avsnitt 4.2).

For det andre ble det gjennom den nye utlysningen i en helt annen grad enn første gang lagt opp til at søkerne skulle *konkurrere på programinnhold*, og måles ut fra hvem som kunne presentere det kvalitativt beste og mest forpliktende tilbudet. Dette er nærmere beskrevet i avsnitt 4.2. Departementet la med andre ord opp til at man denne gangen skulle benytte seg av de muligheter en konsesjonsordning gir til ikke bare å sikre oppfyllelse av visse minstekrav, men også optimalisere den "gevinst" fellesskapet bør kunne hente ut (i form av best mulig programtilbud), når myndighetene tildeler innbringende rettigheter av den typen som disse konsesjonene innebærer.

Slik departementet oppfatter det, innebar den prosess som man på denne måten la opp til i forbindelse med utlysning og tildeling av de nye konsesjonene i 2000-2002 et bevisst *mediepolitisk kursskifte*. Den første konsesjonsperioden kan i noen grad sees som en prøveperiode, der både myndigheter og aktører har vunnet erfaringer med hvordan reklamefinansiert riksdekkende kringkasting kan fungere, kulturelt og økonomisk. For selskapene (TV2 og P4) har dette vært en økonomisk gunstig periode, men samtidig kan det etter departementets syn stilles spørsmål ved om en tilstrekkelig del av overskuddet på enerettighetene har kommet allmennheten til gode, i form av best mulige programmer, målt opp mot allmennkringkastingskravene. Ved inngangen til de nye konsesjonsperiodene hadde departementet grunnlag for og mulighet til å endre

dette, både gjennom skjerpede vilkår og gjennom å bruke en fremgangsmåte for tildeling som er egnet til å optimalisere tilbudet til allmennheten.⁸ Det er denne muligheten departementet benyttet seg av, ved å utlyse konsesjonene i form av en åpen konkurranse, der de interesserte aktører ble bedt om å presentere sine programprofiler, på en mest mulig presis og forpliktende måte.

Departementet vil for øvrig påpeke at dette mediepolitiske kursskiftet faller sammen med andre viktige utviklingstrekk i norsk forvaltning på 1990-tallet. For det første sammenfaller det med en viktig endring i *bruken av konsesjonsordninger* generelt, som nærmere beskrevet nedenfor i avsnitt 5.2 For det andre er det i tråd med de krav som ikrafttreddelsen av *EØS-avtalen* i 1994 setter til fri konkurranse og likebehandling av økonomiske aktører (se avsnitt 5.5). Og for det tredje er det i tråd med det krav til *pluralisme i media* som i de senere år i stigende grad har vært utledet av prinsippet om ytringsfrihet, både i forhold til EMK art 10 (se avsnitt 7), og i forhold til ytringsfriheten slik den er nedfelt i den norske grunnloven. Slik pluralisme tilsier etter departementets syn at i den grad kringkastingskanaler (som her) er et fysisk begrenset gode, så må det ved jevne mellomrom legges til rette for åpen konkurranse mellom de aktører som har evne til og ønske om å få tilgang til å ytre seg gjennom kanalene.⁹

3.5 Utlysningen av radiokonsesjonen våren 2002

Utlysningen av ny konsesjon til å drive radio i det fjerde riksnettet ("P4") ble kunngjort den 31. mai 2002, som en åpen konkurranse, der alle interesserte aktører hadde adgang til å delta. Dette var i tråd med hvordan TV2-konsesjonen var utlyst et drøyt år tidligere, og både fremgangsmåten og utformingen av søknadsdokumentet var langt på vei det samme, med de endringer som var naturlig i forhold til radiomediet. I forhold til TV2-konsesjonen var det opprinnelig (i 1999) en viss usikkerhet med hensyn til om det var hensiktsmessig å lyse ut til ny åpen konkurranse, men dette ble avklart i 2000. I forhold til P4-konsesjonen var det ingen tilsvarende drøftelse av om det skulle lyses ut. Det ble heller ikke ansett som tvilsomt at departementet hadde *adgang* til å lyse ut, og dette synes heller ikke å være bestridt i klagen fra P4.¹⁰

Utlysningen skjedde i form av en pressemelding, og samtidig ble søknadsdokumentet gjort tilgjengelig på departementets hjemmeside, og annonsert i Norsk Lysningsblad. Pressemeldingen følger vedlagt, mens søknadsdokumentet er inntatt som vedlegg 12 til P4s klage. Av dokumentene fremgår det at søkerens planer for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget ville være det primære ved tildelingen av konsesjonen (se nærmere avsnitt 4.2).

⁸ I tillegg ble det også lagt opp til å sikre fellesskapets *økonomiske* interesse, ved å innføre konsesjonsavgift, som gjenytelse for den enerett som en konsesjon innebærer.

⁹ Se i den forbindelse Ytringsfrihetskommisjonens merknader i NOU 1999:27 i punkt 4.2.4 om offentlige myndigheters ansvar for å legge til rette for "et mangfold av ytringer og meningsbrytninger", og pkt 7.4.3 om det legitime i å pålegge private aktører et allmennkringkastingsoppdrag, i lys av at de er gitt innbringende eneretter til bruk av knappe fellesressurser.

¹⁰ Spørsmålet er snarere om ikke departementet etter EØS-retten hadde en *plikt* til å lyse ut konsesjonen. Dette er behandlet i avsnitt 5.5.2.

Bilag 6: Pressemelding av 31. mai 2002.

Den anbudslignende fremgangsmåten som ble valgt, la visse føringer på departementets håndtering av søknadsprosessen. For å sikre konkurranse på like vilkår, ble det ansett som nødvendig å sikre alle interessenter samme tilgang på informasjon. Alle svar på de spørsmål og henvendelser som departementet mottok i perioden mellom utlysingen og søknadsfristen, samt annen relevant informasjon, ble derfor løpende gjort tilgjengelig på departementets hjemmeside.

Av samme grunn la departementet til grunn at det var de skriftlige søknadene som skulle danne grunnlaget for vurderingen, og det ble ikke lagt opp til møter med søkerne enkeltvis. Den eneste av søkerne som departementet hadde kontakt med i perioden mellom utlysning og søknadsfrist var P4. Kontakten med P4 gjaldt et møte mellom departementets Medieavdeling og selskapet den 17. juni 2002 om endringer i sendernettet for radiokonsesjonen i den nye konsesjonsperioden. P4 ba også om presiseringer av et punkt i søknadsdokumentet. I tillegg hadde P4 møte med statssekretær Slettholm 19. august 2002. Selskapet hadde i lengre tid ønsket dette møtet for å kunne presentere seg for departementets nye politiske ledelse. Forut for møtet ble det presisert at konsesjonsutlysingen ikke ville være tema i møtet.

Bilag 7: Referat fra møte i Kultur- og kirkedepartementet 17.06.02

Bilag 8: Referat fra møte i Kultur- og kirkedepartementet 19.08.02

Departementet besvarte for øvrig to henvendelser fra TV Invest AS om utlysningsteksten.¹¹

Departementet hadde i utlysingen av konsesjonen varslet at det i løpet av 2003 ville bli utlyst og tildelt konsesjon til en ny radiokanal i FM-båndet. For å finne frekvensressurser til den nye kanalen måtte frekvensmyndighetene foreta visse endringer av frekvensplanen som P4s sendernett er organisert etter i inneværende periode. Endringene i sendernettet skal gjelde fra den nye konsesjonsperioden starter 2004. Informasjon om de planlagte sendernettsendringene ble også lagt ut på departementets hjemmeside (notat av 26. august 2002).

I tiden før søknadsfristen var det visse spekulasjoner og antakelser i media om hvilke aktører som planla å søke konsesjonen. Departementet hadde imidlertid ingen visshet om hvem som ville søke konsesjonen før fristen den 4. september 2002. Samtlige av de seks søknadene om konsesjon ble innlevert til departementet samme dag. Søkerne til konsesjonen var følgende:

1. Kanal 2 AS ved TV 2 Gruppen AS
2. Kanal4 Norge AS
3. Norsk Akademisk Radio Råd ved Studentradioene i Oslo, Bergen og Trondheim

¹¹ Jf TV Invests brev av 22. juli og 27. august 2002 og departementets svar av 16. august og 27. september 2002.

4. P4 Radio Hele Norge ASA
5. Radio 2 ved Radio 2 Digital AS
6. Radio VG ved Verdens Gang AS

3.6 Departementets håndtering av søknadene

Forut for søknadsfristen hadde departementet internt utformet et opplegg for håndtering av søkerne og søknadene fram til tildeling. Dette ble senere fulgt, med unntak av at utkast til konsesjon ikke ble forelagt konsesjonær før konsesjonen ble tildelt, som opprinnelig tenkt.

Straks konsesjonssøknadene ble mottatt ble de gjennomgått for å avklare om de inneholdt taushetsbelagte opplysninger, jf offentlighetsloven § 5a og forvaltningsloven § 13. De offentlige delene av søknadene ble deretter gjort tilgjengelige på departementets hjemmeside.

Departementet sendte dagen etter mottak av søknadene brev til samtlige søkere om at søknaden var mottatt og hvordan den videre saksgangen ville være. P4 og Kanal 2 hadde i sine søknader satt visse forbehold og forutsetninger. I brev av 30. september 2002 til disse søkerne ba departementet om enkelte opplysninger og presiseringer i forhold til dette. Departementet mottok svar fra P4 den 3. oktober 2002 og fra Kanal 2 den 7. oktober 2002. Både departementets brev til disse to søkerne og søkerens svar ble lagt ut på departementets hjemmeside.

Fra oktober 2002 vurderte konsulentfirmaet eScienza søkerens finansielle og organisatoriske forutsetninger for å gjennomføre planene sine i henhold til det de skisserte i søknaden. Konsulentfirmaet hadde møter med samtlige av søkerne, med unntak av Norsk Akademisk Radio Råd, som ikke ville kunne oppfylle vilkåret om å innbetale et konsesjonsvederlag på 160 mill. kroner. I slutten av november 2002 overleverte eScienza sin rapport om søkerne til departementet.

Med unntak av den kontakt som er beskrevet ovenfor, fant departementet etter en vurdering at samtlige søknader - med unntak for Norsk Akademisk Radio Råd - var så klare og utfyllende at de kunne legges til grunn for vurderingen, uten behov for ytterligere avklaringer.

På grunnlag av interne vurderinger av søknadene, eScienzas rapport og andre relevante forhold utformet departementets Medieavdeling den 4. desember 2002 et omfattende beslutningsnotat med innstilling om tildeling av konsesjonen. Dette dokumentet er delvis gjort kjent for P4, og i sin helhet overlevert ombudsmannen. Den interne saksbehandlingen i avdelingen er nærmere beskrevet nedenfor i avsnitt 4.3 - 4.7. Deretter fulgte beslutningsprosessen de vanlige prosedyrer for administrativ og politisk behandling av viktige saker.

3.7 Vedtaket av 20. desember 2002

Den 20. desember 2002 fattet Kultur- og kirkedepartementet vedtaket om å gi Kanal4 AS konsesjonen til riksdekkende reklamefinansierte radiosendinger i det fjerde riksnettet i FM-bandet for perioden 1. januar 2004 til 31. desember 2013. Vedtaket ble offentliggjort på en pressekonferanse 20. desember 2002. Samme dag sendte departementet ut brev med orientering om vedtaket, både til Kanal 4 og til de øvrige søkerne (jf klagen vedlegg 1 og 2).

I vedtaksbrevet blir det for det første orientert "Generelt om kriteriene for vurderingen". Dette er hovedsakelig å forstå som en generell orientering om utlysningen og departementets behandling. I neste avsnitt ("Nærmere begrunnelse for vedtakene") gir departementet en konkret angivelse av hva som ble ansett som utslagsgivende i valget mellom søkerne. Departementet konkluderer her med at "Kanal 4 er den søkeren som i størst grad legger opp til å tilby et programformat som ivaretar kravene til allmennkringkasting". Videre følger en redegjørelse for hvorfor departementet kom til denne konklusjonen. Begrunnelsen er relativt kortfattet, men gjengir de hovedpunkter som har vært avgjørende ved vurderingen.

3.8 Reaksjoner på vedtaket

Som ombudsmannen vel er klar over, utløste vedtaket en omfattende debatt i media, og en rekke ulike reaksjoner. Dette har ingen direkte betydning for vurderingen av klagesaken, men departementet finner det likevel hensiktsmessig å gjøre kort rede for enkelte av disse reaksjonene, da de indirekte kan bidra til å kaste lys over den mediepolitiske virkelighet som vedtaket et truffet innenfor. Videre viser de hvilke alternativer P4 har vurdert i forhold til å klage til ombudsmannen, samt hvilke ytterligere tiltak som vil kunne ventes etter at ombudsmannen har avgitt sin uttalelse.

De første umiddelbare reaksjonene fra ledelsen i P4 tydet på at vedtaket kom overraskende på selskapet. Meget sterke uttrykk ble brukt og det ble rettet til dels alvorlige beskyldninger både mot Kulturministeren, departementet og til dels også Kanal 4.

I tiden etter den 20. desember 2002 har P4 varslet at vedtaket vil bli angrepet på ulike måter og på ulike grunnlag. Umiddelbart etter offentliggjørelsen ble det uttalt at vedtaket ville bli påklaget til Kongen i statsråd. Dersom klagen ikke skulle føre fram, ble det varslet et søksmål på mellom en halv og en milliard kroner. På en pressekonferanse den 8. januar 2003 presenterte P4 en bredere strategi for å angripe vedtaket:

1. Påklage vedtaket til Kongen i statsråd
2. Søke P5-konsesjonen, forutsatt at utlysning og søknadsbehandling skjer raskt.

3. Klage konsesjonstildelingen inn for ESA. Ifølge P4 nyter seks av de åtte Kanal4-eierne direkte eller indirekte godt av pressestøtte. P4 mener at dette kan være problematisk i forhold til EØS-avtalens regler om statsstøtte.
4. Gå til sak for å få kjent konsesjonstildelingen ugyldig, kombinert med krav om en midlertidig forføyning for å hindre at Kanal 4s konsesjon trer i kraft før det foreligger en rettskraftig dom.
5. Arbeide for at Stortinget tar konsesjonstildelingen opp til behandling.
6. Bringe saken inn for Konkurransetilsynet og/eller Eierskapstilsynet.
7. Erstatningssøksmål mot staten for det tilfelle at klagen ikke fører fram.

Bilag 9: "P4 vil holde Kanal4 unna eteren", Dagens Næringsliv, 09.01.03

Ingen av de øvrige søkerne om P4-konsesjonen har påklaget avslaget eller på andre måter angrepet det. Til dels har disse også uttalt støtte til departementet i debatten:

Bilag 10: "Fnyser av Rune Brynhildsens utspill", intervju med konserndirektør Rune Indrøy i TV2, Kampanje 20.12.2002.

Bilag 11: "En TV-sjefs fornemmelse av jul", Kåre Valebrokk, Aftenposten 22.12.02.

Bilag 12: "P4s vrengebilde", Jan Tore Endresen (direktør i Clear Channel, en av eierne i Radio 2 Digital), Aftenposten 3.01.03.

Også i den mer generelle mediedebatten om saken, var de første reaksjonene preget av overraskelse, og til dels også av kritikk mot departementets avgjørelse. I den grad det ble reist kritikk var dette imidlertid i mindre grad rettet mot selve avgjørelsen, men snarere i de fleste tilfellene mot i at det var KKD, som eier av NRK, som fattet vedtaket, og ikke en uavhengig instans. Etter hvert – og særlig etter at det ble kjent at Kulturministeren faktisk hadde fulgt anbefalingen fra embetsverket – er det imidlertid departementets klare inntrykk at hovedvekten av de som har kommentert saken har støttet Kulturministerens avgjørelse, eller i alle fall de prinsippene som ble lagt til grunn for avgjørelsen. Som illustrasjon vedlegger departementet et utvalg av kommentarer. Det understrekes at artiklene er ment som eksempler og ikke tar sikte på å gi noe helhetlig eller representativt bilde av mediedebatten.

Bilag 13: "Et vågestykke på radio", Hans Hjellemo, Kampanje 20.12.2002

Bilag 14: "Modig gjort!", Bjørgulv Braanen, Klassekampen 23.12.2002

Bilag 15: "Vel valgt, Valgjerd!", Hans Fredrik Dahl, Dagbladet 29.12.2002

Bilag 16: "P4 er ikkje uerstatteleg", Lars Nye, Bergens Tidende 30.12.2002

Bilag 17: "P4 vil se mappa si", Sven Erik Omdal, Stavanger Aftenblad 04.01.2003

Bilag 18: "Professor støtter P4", intervju med professor Helge Østbye, Klassekampen 09.01.03

3.9 Saksbehandlingen etter den 20. desember 2002

Etter at vedtaket ble fattet 20. desember 2002 har P4 framsatt krav overfor departementet om dokumentinnsyn og oppsettende virkning for vedtaket av 20. desember. I tillegg er vedtaket om konsesjonstildeling påklaget til Sivilombudsmannen.

Den 22. desember framsatte P4 gjennom advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech et krav om innsyn i alle dokumenter relatert til departementets behandling av P4-konsesjonen. På grunn av mengden saksdokumenter og varslet søksmål fra P4, la departementet i utgangspunktet til grunn at anmodningen ikke kunne besvares før i uke 2 i 2003. Departementets saksbehandling ble på dette grunnlaget klaget inn for Sivilombudsmannen, og etter anmodning fra ombudsmannen aksepterte departementet å avgjøre saken i løpet av uke 1. Departementet besluttet deretter i brev av 5. januar 2003 å gi delvis innsyn i de interne saksdokumentene, i tråd med kravene i forvaltningsloven og offentlighetsloven, herunder prinsippet om meroffentlighet. Det legges til grunn at ombudsmannen har mottatt kopier av den korrespondanse som gjelder spørsmålet om innsyn.

På bakgrunn av omfanget av P4s innsynsbegjæring og behovet for en grundig gjennomgang av sakens dokumenter i departementet, vedtok departementet å gi utsatt klagefrist til mandag 27. januar 2003. I motsetning til hva som opprinnelig ble antydnet, har P4 imidlertid valgt ikke å klage til Kongen i statsråd. I stedet ble vedtaket klaget inn for Sivilombudsmannen den 23. januar 2003.

Bilag 19: Brev av 23.12.02 fra Kultur- og kirke departementet.

Samme dag som vedtaket ble klaget inn for Sivilombudsmannen ba P4 om utsatt iverksettelse av departementets vedtak.

Bilag 20: Brev av 23.01.03 fra Wiersholm, Mellbye & Bech

I brev av 3. februar 2003 stilte departementet spørsmål ved grunnlaget for å vedta utsatt iverksettelse i denne saken i og med at Kanal 4s konsesjon først løper fra den 1. januar 2004. På denne bakgrunn ble P4 bedt om å utdype begrunnelsen for sin anmodning. Departementets brev gikk i kopi til Kanal 4 og Sivilombudsmannen.

Bilag 21: Brev av 3. februar 2003 fra Kultur- og kirke departementet

P4 besvarte henvendelsen den 10. februar og viste til at Kanal 4s innrettelse etter vedtaket kan bli et moment som kan tillegges vekt ved vurderingen av vedtakets

gyldighet, og at vedtaket derfor kan *"få betydelige skadelige rettsvirkninger for P4 i perioden fremover"*.

Bilag 22: Brev av 10. februar fra Wiersholm, Mellbye & Bech

I brev av 11. februar har Kanal 4 kommentert P4s anmodning om oppsettende virkning. Kanal 4 mener det ikke er grunnlag for å gi vedtaket oppsettende virkning og kan for øvrig *"ikke se at P4 kan ha noen aktverdig grunn for å forsøke å forhindre kanal 4 i å innrette seg etter konsesjonsvedtaket"*.

Bilag 23: Brev av 11.02.03 fra Stein Gauslaa i Kanal 4, vedlagt brev av samme dag fra advokat Ida Espolin Johnson.

I brev av 25. februar 2003 har departementet avslått anmodningen om utsatt iverksettelse. Begrunnelsen er at departementet på det nåværende tidspunkt ikke kan se at fvl § 42 gir hjemmel for å treffe en slik beslutning.

Bilag 24: Brev av 25.02.03 fra Kultur- og kirke departementet.

4. VURDERINGEN AV SØKERNE

4.1 Innledning

Som beskrevet innledningsvis foregikk departementets vurdering av søknadene i to etapper. Den første besto i at man underla samtlige seks søknader den samme vurdering, først for å se om søkerne i det hele tatt var kvalifisert, og deretter opp mot hverandre, for å finne den beste. I denne prosessen ble alle seks vurdert *på like vilkår*, basert på søknadene, og uten at P4 ble gitt noe særskilt fortrinn. Den foreløpige konklusjonen ble at Kanal 4 var klart best kvalifisert av søkerne. Deretter gikk departementet over til å vurdere om det likevel var *andre* (rettslige) forhold som tilsa at P4 hadde et krav på konsesjonen.

Under avsnitt 4 er det i det følgende denne første etappen av vurderingen som er behandlet. Deretter vil departementet i avsnitt 5 gå over til spørsmålet om P4 har en rettslig særstilling, og under avsnitt 6 redegjøre for hvordan P4s særskilte forhold faktisk ble vurdert.

Departementets foreløpige konklusjon på den første del av vurderingen er sammenfattet i vedtakets begrunnelse (vedlegg 1 til klagen):

"Departementet konkluderer med at Kanal4 er den søkeren som i størst grad legger opp til å tilby et programformat som ivaretar kravene til allmennkringkasting. Dette innebærer bl.a. at Kanal4 legger opp til en større tematisk og sjangermessig bredde enn de andre søkerne. Søkerens programplaner fremstår som de som i størst grad vil gi både brede og smale grupper i befolkningen et attraktivt radiotilbud. Kanal4 har i større grad enn de andre søkerne dokumentert og underbygget en ambisjon og målsetning om å tilby sendinger med et analytisk og fordypende perspektiv. Kanal4 er dessuten den kanalen som har den mest forpliktende søknaden i form av en konkret angivelse av antall innslag og sendetimer for de fleste program- og stoffkategoriene. Dette gir sikkerhet mht. at søkeren vil følge opp sine egne redaksjonelle ambisjoner og fylle allmennkringkastingsrollen på en god måte i konsesjonsperioden.

Kanal4 anses å ha sannsynliggjort evne til å finansiere etablering og drift av radiovirksomheten."

Denne vurderingen har P4 angrepet i klagen, med anførsel om at den bygger på et "feil faktum". For det første hevdes det å være feil ved departementets vurdering av hvilket programtilbud P4 tilbød i søknaden, som skal ha ført til at sammenligningen med Kanal 4 skjedde på "et mangelfullt faktisk grunnlag". Videre anføres som en mangel ved departementets skjønnsutøvelse at det ikke er lagt tilstrekkelig vekt på hensynene til finansiering og medieeierskap.

Til dette vil departementet innledningsvis vise til at vurderingen av søkeres kvalifikasjoner er et spørsmål som etter loven hører inn under forvaltningens frie skjønn. Dersom det kan godtgjøres at departementet har bygget på faktiske feil, kan dette være en ugyldighetsgrunn, hvis dette med en viss sannsynlighet kan ha påvirket utfallet. Men i den grad uenigheten bare dreier seg om vektleggingen av faktisk korrekte forhold, vil det bare kunne medføre ugyldighet dersom det har ført til et grovt urimelig, klart usaklig eller vilkårlig resultat, eller dersom det påviselig er tatt utenforliggende hensyn. Departementet kan ikke se at P4 eksplisitt har anført noen av disse ugyldighetsgrunnene, og det er det heller ikke grunnlag for.

Videre vil departementet anføre at det faktiske grunnlag som vedtaket bygger på var korrekt. Dette er blitt bekreftet under den nye gjennomgang av saken som klagen til ombudsmannen har foranlediget. Gjennom søknadene hadde departementet et fullt tilstrekkelig grunnlag for å vurdere søkerne opp mot hverandre, og dette ble gjennomført på en korrekt måte. Sammenligningen mellom P4 og Kanal 4 (og de andre søkerne) innebar nødvendigvis til dels vanskelige skjønnsmessige vurderinger og avveininger. Men det faktum som ble lagt til grunn var korrekt og relevant. Hva angår forholdet til finansiering og medieeierskap ble også dette vurdert, på grunnlag av et korrekt faktum, og slik at disse hensynene ble tillagt den vekt de etter sin sammenheng burde ha.

Dette er nærmere gjennomgått i det følgende. Innledningsvis skal det redegjøres for de kriterier for tildelingen som var angitt i søknadsdokumentet, og som deretter lagt til grunn for vurderingen (4.2). Videre har departementet funnet det riktig å gi en kort beskrivelse av hvordan man internt gikk frem for å sikre en best mulig vurdering (4.3). Deretter redegjøres det nærmere for vurderingen av søkeres programplaner (4.4), hensynet til finansiering (4.5) og hensynet til medieeierskap (4.6), samt for andre momenter som også ble trukket inn i den bredere vurderingen (4.7). Endelig er det gitt en kort sammenfatning (4.8).

4.2 Kriteriene for tildelingen

De kriterier som ble anvendt ved vurderingen var fastsatt på forhånd, og kom til uttrykk i søknadsdokumentet (klagen vedlegg 12), slik at de var kjent av samtlige aktører. Kriteriene var klart utformet, saklige, og lå godt innenfor den kompetanse departementet etter loven må ha til å fastsette hva som skal være avgjørende for tildeling av kringkastingskonsesjoner. Samtlige søkere har etter departementets syn gjennom sine søknader vist at de forsto hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn.

I vedtaket har departementet oppsummert de tre viktigste av de kriterier som ble lagt til grunn:

"Departementet har primært lagt vekt på realistiske og forpliktende planer for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget, jf. utlysningsteksten pkt 4. Videre er det bl.a. lagt vekt på planene for finansiering, etablering og drift av radiovirksomheten, samt de formål og prinsipper som ligger til grunn for lov 13. juni 1997 nr 53 om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting."

Som det vil fremgå, var disse kriteriene ikke sidestilt. Det mest sentrale var oppfyllelsen av allmennkringkastingsoppdraget. Dette er i samsvar med utlysningen, der det i punkt 4 heter at:

"Ved tildelingen vil det primært bli lagt vekt på realistiske og forpliktende planer for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget. Departementet vil videre legge vekt på bl.a. planer for finansiering av etablering og drift av kringkastingsvirksomheten."

Kravet til allmennkringkasting var også utdypet flere andre steder i søknadsdokumentet, på en slik måte at ingen kunne være i tvil om dets betydning eller innhold. Blant annet var det i pkt 3 bokstav b presisert at søker måtte dokumentere kringkastingskompetanse, og i bokstav c at:

"Søker må detaljert redegjøre for hvordan man planlegger å oppfylle de allmennkringkastingsforpliktelsene som er omtalt under pkt 5 nedenfor, herunder hyppighet og omfang av ulike programkategorier og -tjenester, og distribusjon. Søkeren må også detaljert gjøre rede for hvordan øvrige deler av kringkastingsvirksomheten skal organiseres og drives."

Under punkt 5 bokstav a om "programprofil" ble det så nærmere presisert hva departementet mente med "prinsippene om allmennkringkasting". For det første måtte dette innebære en programprofil "av allmenn karakter og interesse", med programmer "for så vel smale som brede lyttergrupper". I forhold til de "Overordnede krav" ble dette presisert som følger :

- tematisk og sjangermessig bredde, både hva gjelder sammensetningen av programkategorier og innenfor den enkelte programkategori
- at sendeflaten skal inneholde programmer og musikk for brede og smale lyttergrupper
- at sendingene har analytiske, kritiske og fordypende perspektiv
- at sendingene skal bidra til å styrke norsk språk, identitet og kultur

Videre ble det under punkt 5 stilt en rekke "Spesifikke krav", som også utgjorde en utdyping og presisering av kravet til allmennkringkasting.

På denne måten anga departementet hvilket innhold begrepet "allmennkringkasting" nærmere skulle ha i forhold til radiokonsesjonen. Opprinnelig er begrepet av

kulturpolitisk snarere enn av rettslig karakter, og det har vært brukt, og kan brukes, med noe forskjellig innhold.¹² Kjernen er relativt klar, men hva det mer nøyaktig omfatter vil kunne variere. I den grad det benyttes lov- eller forskriftstekster vil det, som påpekt av professor Bing "vel nærmest være en rettslig standard som låner sitt innhold fra den relevante kulturpolitiske forståelsen av uttrykket". Som rettslig standard har begrepet på den måten et innhold som vil kunne variere over tid, og som er blitt gradvis utviklet og presisert gjennom den kulturpolitiske debatt, samt (ikke minst) gjennom departementets meldinger og proposisjoner til Stortinget, og den oppfølging de har fått.

Den generelle forståelsen av begrepet "allmennkringkasting" er likevel bare et utgangspunkt. Dertil kommer at myndighetene, når de bruker det i rettslig sammenheng, for eksempel som et kriterium eller vilkår for konsesjon, selvsagt står fritt til å presisere nærmere hvilket innhold det i denne spesielle sammenheng skal ha. Det er dette departementet har gjort i utlysningen. Denne spesifikasjonen ligger, som påpekt av professor Bing (s. 7), "trygt innenfor den forståelse som "allmennkringkasting" har i den politiske diskusjonen".

Som professor Bing videre påpeker, gjorde departementet begrepet også mer "detaljert og operasjonalisert" enn det var i den forrige utlysningen (i 1992), og i P4s nåværende konsesjonsvilkår. Det er en korrekt observasjon, og som vist i avsnitt 3.4, skyldtes dette et mediepolitisk valg. Kravene ble heller ikke bare "operasjonalisert", men de ble også *hevet*. Dette fremgikk tydelig av utlysningen på en slik måte at ingen av søkerne kunne være i tvil.

Et viktig poeng i forhold til begrepet "allmennkringkasting", slik dette ble brukt i utlysningen er for øvrig ikke bare at det ble presisert, men også at det ble lagt opp til *konkurransen* om hvordan det best kunne oppfylles. Selv om det et sted er karakterisert som et "minimumsvilkår", fremgår det likevel klart at *graden* av oppfyllelse (herunder realisme og forpliktelse) ville bli vektlagt. Som vist i avsnitt 4.2, var også dette et valg fra departementets side, for å få søkerne til å strekke seg, og derigjennom optimalisere deres programtilbud.

I sin klage går ikke P4 egentlig inn på noen tolkning av begrepet "allmennkringkasting", men det drøftes likevel implisitt på s. 30-34, og der ut fra en nokså rendyrket *kvantitativ* innfallsvinkel. Det synes ikke bare forutsatt at begrepets innhold lar seg måle kvantitativt, men også at dette må være den mest legitime forståelsen av det.

Dette er departementet uenig i. For det første er det ikke slik begrepet er presisert i søknadsdokumentet. Der fremgår det tvert imot tydelig at det først og fremst er

¹² Se professor Jon Bings uttalelse til WMB av 27.08.2002 om "Fornøyelse av P4s konsesjon for lydkringkasting" (klagen bilag 19) s. 5-8 om begrepet "allmennkringkasting", og hvordan det er brukt i ulike sammenhenger. Se også bl.a. de uttalelser om begrepet som har kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 55 (1989-90) s. 9, St.meld. nr. 39 (1990-91) s. 1, St.meld. nr. 26 (1991-92) s. 2-3, St.meld. nr. 32 (1992-93) s. 126, og St.meld. nr. 57 (2000-2001) kap. 3.7.

kvalitativt innhold departementet er ute etter, for eksempel gjennom kravet til at sendingene skulle ha "analytiske, kritiske og fordypende perspektiv". For det andre er det heller ikke i mer generelle drøftelser av begrepet noe grunnlag for å si at det normalt tillegges en primært kvantitativ karakter. Tvert imot er det i de fleste sammenhenger fokusert på det kvalitative, jf omtale i avsnitt 4.4.2 nedenfor.

På dette grunnlag er det etter departementets syn intet belegg for å hevde at begrepet "allmennkringkasting" primært skal eller bør gis et kvantitativt uttrykk. Ved departementets vurdering av søkerne ble det da heller ikke fokusert på det kvantitative, som det er redegjort for nedenfor i avsnitt 4.4.

De to andre kriteriene som ble ansett sentrale – økonomi og mediepluralisme – var til sammenligning ikke bare sekundære, men også av en annen *karakter*.

Dette er særlig klart hva gjelder kriteriet "finansiering, etablering og drift av radiovirksomheten". Fra et kulturpolitisk ståsted er konsesjonærens økonomi ikke et sentralt moment så lenge man har en tilfredsstillende sikkerhet for at vedkommende har tilstrekkelig økonomisk fundament til å oppfylle sine programforpliktelser. Slik sett kan økonomihensynet snarere sees som et terskelmoment som kan telle negativt inntil man kommer over et visst nivå. Er man over dette nivået, vil momentet ikke lenger ha noen vekt. Da har det ingen betydning hvilket selskap som kan tjene mest, eller generere størst overskudd.

I noen grad gjelder det samme for hensynene bak medieeierskapsloven. Her kan det riktignok være noe større rom for gradering. Men så lenge ingen av søkerne representerer noen klar trussel mot prinsippet om mediepluralisme, er heller ikke dette et moment som trenger å tillegges særskilt stor vekt, sammenlignet med hensynet til programinnhold.

4.3 Departementets fremgangsmåte for vurderingen av søknadene

Slik departementet leser P4s anførsler om "feil faktum", synes dette å bygge på en påstand om at departementet ikke har oppfylt sin utredningsplikt på en skikkelig måte, med det resultat at P4s søknad ikke ble underlagt en tilstrekkelig grundig vurdering. Til dette vil departementet anføre at denne saken ble gjort til gjenstand for en *særlig* grundig saksbehandling, slik den også etter sin karakter tilsa. Departementet har hele tiden ansett dette som en både viktig og vanskelig sak, og satte derfor særlige ressurser inn på å gi den en forsvarlig behandling. Dette vil fremgå av de deler av beslutningsnotatet som ombudsmannen nå har tilgang til, men departementet ser behovet for at det også, på bakgrunn av sakens karakter, gjøres kjent.

Saksbehandlingen startet med at 4 medarbeidere med ulik fagbakgrunn i departementets Medieavdeling umiddelbart etter søknadsfristens utløp ble utpekt for å

¹³ Jf. NOU 1999:26 s. 165 (understrekert her), som også sitert av professor Bing i hans uttalelse på s. 6.

vurdere søkerens programplaner, målt opp mot kriteriene i utlysningsteksten. Disse medarbeiderne fikk i første omgang ikke adgang til å diskutere søknadene seg imellom. Etter at de hadde hatt i overkant av en uke til å vurdere søknadene ble det avholdt et plenumsmøte, ledet av en medarbeider som ikke deltok i selve vurderingen. De fire medarbeiderne kom der med sine vurderinger av de forskjellige søkerne i forhold til på forhånd gitte kriterier. Utvalget av kriterier ble særlig basert på utlysningsteksten punkt 4 andre avsnitt samt punkt 5a. Kriteriene som ble vurdert var:

1. Bredde i tilbudet
2. Analytisk perspektiv
3. Livssynsprogrammer
4. Programmer for barn
5. Programmer for unge
6. Tilbud til den samiske befolkning
7. Tilbud til etniske minoriteter
8. Regionale nyheter
9. Riksnyheter
10. Utenriksnyheter
11. Andel verbalinnslag
12. Målformer
13. Andel norsk musikk

På alle disse punktene søkte medarbeiderne i fellesskap å rangere søkerne fra 1 til 5, der 1 var best. I den grad medarbeiderne var uenige ble dette løst ved diskusjon. Det ble lagt vekt på å ikke trekke klarere konklusjoner enn det vurderingsmaterialet gav grunnlag for. Derfor ble forskjellige søkere i flere tilfeller vurdert likt i forhold til en bestemt kategori og dermed gitt samme poengsum. Totalt sett fikk Kanal 4 klart færre poeng enn de andre søkerne i denne vurderingen. Med andre ord ble denne søkeren ansett for å være klart best.

I tillegg til den nevnte vurdering var de enkelte medarbeidere også bedt om å foreta en personlig rangering av søkerne basert på totalinntrykket av de presenterte programplaner. Samtlige medarbeidere kom uavhengig av hverandre til at Kanal 4 hadde presentert det beste tilbudet. Samlet sett fremsto dermed Kanal 4 som den klart beste søkeren.

Det er grunn til å understreke at de vurderinger medarbeiderne gjorde var direkte basert på de innleverte søknader. Ved vurderingen av P4s søknad ble beskrivelsen av P4s fremtidige planer holdt opp mot det tilbudet P4 allerede har etablert. Ved behandling av søknader fra en etablert aktør er dette en naturlig fremgangsmåte. Fremgangsmåten var i samsvar med det P4 selv la opp til i søknadens kapittel 4 og 5.

Resultatet av medarbeidernes vurderinger fremgår av beslutningsnotatet i form av en skriftlig oppsummering av de vurderinger som ble foretatt. I denne oppsummeringen er det bl.a. for å illustrere ulikheter mellom søkerne gitt en viss sammenlikning av de kvantitative elementene ved enkelte programkategorier. Disse kvantitative elementene ble ikke tillagt stor vekt. Departementet vil understreke at dokumentet var ment for internt bruk i departementet, og kan ikke ses på som en del av den begrunnelse som er gitt for vedtaket av 20. desember 2002.

Etter at beslutningsnotatet var ferdig, gikk saken videre til vurdering på politisk nivå i departementet, etter de prosedyrer som er vanlige for behandling av administrativt og politisk viktige saker. Også denne behandlingen var meget grundig. Grunnlaget for beslutningen på politisk nivå var basert på drøftelser i møter med avdelingen, med utgangspunkt i det skriftlige materialet som ble framlagt. Under møtene ble det særlig fokusert på en *helhetlig* kvalitativ vurdering av søkerens allmennkringkastingstilbud.

4.4 Nærmere om departementets vurdering av søkerens programplaner

4.4.1 Innledning – kvantitet eller kvalitet?

I klagen fra P4 anføres det at "*departementet har lagt betydelig vekt på kvantiteten bak søkerens programkategorier*" (klagen s. 32). Deretter legges det stor vekt på å vise at P4s søknad kvantitativt var bedre enn søknaden fra Kanal 4. Til dette formål har selskapet utarbeidet en detaljert tabell over "Programleveranse timer pr år".

Etter departementets mening bygger P4s argumentasjon på dette punktet (s. 30-34) på en misforståelse. Det var ikke slik at det rent kvantitative i seg selv ble tillagt "betydelig vekt". Det var ikke lagt opp til dette i utlysningen, det var ikke slik det ble vurdert under prosessen, og det er ikke dette som er fremhevet i begrunnelsen for vedtaket. Tvert imot fremgår det hele veien klart at det primært var det *kvalitative* innhold i søkerens programplaner som ble tillagt vekt. Dette er da også det mediepolitisk fornuftige og forsvarlige.

Det framgår klart av utlysningsteksten at det viktigste i departementets vurdering av programprofilen ville være kvalitative forhold. Under det som står om "Overordnede krav til sendingene" er det ingen av kriteriene som på noen fornuftig måte kan reduseres til et spørsmål om antall sendetimer. Også blant de "Spesifikke krav til sendingene" var enkelte vurderingskriterier i seg selv kvalitative, for eksempel "bredde i tilbudet" og "analytisk perspektiv". I disse vurderingene er det kanalenes totaltilbud

som må være gjenstand for vurdering. Men også innenfor de enkelte programkategoriene er disse kriteriene sentrale for kvalitetsvurderingen.¹⁴

Før departementet kommenterer P4s anførsler om kvantitet, vil det derfor redegjøre for hvilke faktiske vurderinger som i første rekke ble gjort, av kvaliteten på søkerens opplegg.

4.4.2 *Generelt om bruk av kvalitetskriterier*

Det er både prinsipielle og praktiske årsaker til at departementet har lagt hovedvekten på kvalitative forhold i vurderingen av konsesjonssøknadene.

For det første er dette klart best i overensstemmelse med de overordnede mediepolitiske målene slik disse er fastlagt av Stortinget. Begrepet "allmennkringkasting" (eller det mer medienøytrale begrepet "public service") er særlig knyttet til det mediepolitiske målet om innholdsmangfold i mediene, slik det bl.a. blir drøftet i St.meld. nr. 57 (2000-2001) "I yttingsfrihetens tjeneste" pkt. 3.3.2. Det blir her lagt til grunn at begrepet "public service" dels innebærer krav til fysisk tilgjengelighet og dels et krav til "bredde og mangfold i innholdet". Når det gjelder forståelsen av innholdskravet uttaler regjeringen bl.a.:

"Innholdsaspektet i public service blir gjerne formulert slik at tjenestene må ha et innhold som tilfredsstillende informasjonbehovet til "såvel brede som smale seergrupper", jf TV2-konsesjonen. Dette betyr at mediet må tilby ulike grupper i samfunnet nyheter, aktualiteter og kulturstoff med utgangspunkt i deres egen virkelighet og synsvinkel. Videre må det være et viktig element at ulike grupper selv kommer til orde i samfunnsdebatten og dermed synliggjøres overfor samfunnet for øvrig.

[...]

En public service-funksjon forutsetter også at mediene bidrar til å beskytte og styrke norsk språk, identitet og kultur. Selve vår kultur og vår kulturelle utvikling preges i dag i stor grad av massemediene. Dersom vi ikke har medier som i vesentlig grad speiler nasjonal kultur og nasjonale særtrekk, er det fare for at disse særtrekkene viskes bort."

Det følger klart av dette at allmennkringkastingsbegrepet hovedsakelig knytter seg til kvalitative aspekter ved mediens tilbud. Det avgjørende i vurderingen av en søkers nyhetsdekning i et allmennkringkastingsperspektiv vil derfor ikke være antall timer, men *innholdet* i tilbudet, dvs. i hvilken grad programmene gir et tilbud som er forankret i brede og smale grupper "egen virkelighet og synsvinkel" osv. Tilsvarende vil det avgjørende i vurderingen av en søkers kulturdekning ikke være antall timer, men bl.a.

¹⁴ En slik tilnærming finner man for øvrig igjen i TV2s konsesjon. Her står det i § 3-2 bokstav a at: "programmenyen skal ha tematisk og sjangermessig bredde, både hva gjelder sammensetningen av programkategorier og sammensetningen innenfor den enkelte programkategori."

hvordan programmene "speiler nasjonal kultur og nasjonale særtrekk" og dermed "bidrar til å beskytte og styrke norsk språk, identitet og kultur".

Denne vekten på kvalitative elementer gjenspeiles også i tidligere politiske dokumenter som omtaler allmennkringkasting. Vi kan bl.a. vise til Ot.prp. nr. 55 (1989-90) "TV 2" s. 9:

"Et sentralt mål med allmennkringkasting er å gi publikum et bredt og kvalitativt godt programtilbud."

Et annet eksempel er St.meld. nr. 39 (1990-91) "Virksomheten i Norsk rikskringkasting m.v." s. 1:

"En viktig forutsetning for at NRK klarere skal kunne profilere seg som en kringkaster i allmennhetens tjeneste, er en kvalitetsmessig opprustning av tilbudet både på radio- og fjernsynssiden."

Vi kan for øvrig vise til St.meld. nr. 26 (1991-92) "Kringkasting og dagspresse 1990" s. 2-3 og St.meld. nr. 32 (1992-93) "Media i tida" s. 126.

I tillegg kan vi nevne at kvalitet i mediens tilbud er ansett som et viktig mediepolitisk mål i seg selv, jf St.meld. nr. 57 pkt. 3.7. Selv om man av prinsipielle grunner har vært tilbakeholden med å formulere konkrete politiske målsetninger for kvalitet i mediene, understreker departementet her at *"kvalitet og troverdighet, slik disse begrepene er beskrevet ovenfor, er forutsetninger for at mediene skal kunne oppfylle sin samfunnsoppgave og legge til rette for ytringsfrihet og demokrati."* Tanken er at for at mediene skal fylle sin rolle som infrastruktur for utveksling av informasjon og meninger må tilbudet være av høy *kvalitet*. For eksempel ligger mediens demokratiske rolle hovedsakelig i at de gjennom sin formidling av informasjon og meninger bidrar til å gjøre befolkningen i stand til å ta selvstendig og informert stilling til politiske eller andre samfunnsspørsmål. Forutsetningen for at mediene skal kunne fylle denne rollen er at tilbudet er preget av kvalitet (i betydningen troverdighet, nøytralitet, fullstendighet osv.).

Den viktigste grunnen til at departementet var forsiktig med å tillegge de rent kvantitative angivelsene særlig vekt var derfor at de sier svært lite om hvor (kvalitativt) godt søkerens allmennkringkastingstilbud vil bli. For eksempel vil kategorien "ungdomsprogram" omfatte både programmer med pop-musikk og "plateprat", og debattprogrammer som tar opp politikk, samfunnsliv og kultur i et ungdomsperspektiv e.l. Men i et allmennkringkastingsperspektiv vil det ikke ha noen mening å anse disse programtypene som likeverdige, og dermed veie disse programtypene mot hverandre time for time. At et program er beregnet "for barn" eller dreier seg om "livssyn" sier i seg selv svært lite om innholdet i programmet og den reelle verdien av tilbudet i forhold til allmennkringkastingsmålene. For å sette det på spissen: En bok på 400 sider vil ikke nødvendigvis være dobbelt så god som en bok på 200 sider.

Mange av de oppsatte kriteriene må anses som konkretiseringer av det overordnede mediepolitiske målet om innholdsmangfold. Ønsket om et *"mangfold av informasjonstilbud og ytringsmuligheter for smale og brede grupper i samfunnet; inkludert barn og ungdom, den samiske befolkningen og ulike minoritetsgrupper"*¹⁵ er et sentralt politisk mål som ivaretas på flere måter innen mediepolitikken, bl.a. gjennom kravene til allmennkringkasting.

Når frekvensressursene er begrenset, kan den riksdekkende kanalen ses på som en fellesressurs. Da er det viktig å ivareta lytternes krav på variasjon og å unngå at begrensningen i frekvensressurser fører til forflatning. Økt variasjon vil også gjøre at flere temaer får oppmerksomhet og kan føre til at flere grupper i samfunnet får mulighet til å la sin stemme bli hørt over eteren. Det siste er av stor verdi i et ytringsfrihetsperspektiv.

På samme måte vil et mangfoldig tilbud forutsette programmer som har en særlig appell til bestemte aldersgrupper eller etniske grupper. Hvis enkelte programmer spisses i forhold til bestemte grupper vil dette gjerne føre til en høyere verdsettelse av programmet hos disse gruppene. I et kvalitativt perspektiv må dette betraktes som positivt.

En del av mangfoldet i eteren vil også avhenge av at man i enkelte programmer graver seg ned i dybden og etterstreber kritiske, analyserende og fordypende perspektiver. Dette krever ofte redaksjonell innsats og ressursbruk utover det alminnelige. Fra et kommersielt ståsted er det ikke gitt at det finnes incentiver til å ivareta dette hensynet ut fra en betraktning om at det er kostbart, at lytterne uansett vil høre på og at denne type programmer endog kan føre til at enkelte velger ikke å lytte. På en landsdekkende kanal er det imidlertid viktig at det finnes programmer som også har et slikt perspektiv. Den andelen av lytterne som liker slike programmer vil gjerne verdsette dem desto høyere. Videre er ivaretagelse av slike perspektiver viktige for samfunnsdebatten. Det danner kjernen i medias viktige funksjon som en kontrollør av statsmaktene og samfunnsforholdene. Ensretting i en analytisk retning vil for øvrig heller ikke være bra, men dette vil markedskreftene bidra til å motvirke.

Når det gjelder den nærmere rangering av enkeltkategorier ble derfor vurderingen av søkerens programplaner basert på en kulturpolitisk og mediefaglig kvalitetsvurdering, med basis i de ovennevnte betraktningene.

For en kommersiell kanal vil lyttertall være svært viktige. Også i et kulturpolitisk perspektiv er det selvfølgelig ønskelig at kanalen er populær. Ofte vil imidlertid en for stor grad av kommersialisering kunne lede til at radiokanalen får et tilbud som svært mange velger å lytte til, men som mange lyttere ikke verdsetter spesielt høyt. For departementet er variasjon viktig, slik at det også må være programmer som kanskje ikke appellerer til like mange, men som den enkelte lytter til gjengjeld verdsetter langt

¹⁵ Jf St.meld.nr. 57 (2000-2001) "Ytringsfrihetens tjeneste", pkt. 3.10

høyere. Mangfold har også en viktig funksjon som strekker lenger enn til den enkelte lytters tilfredshet. Det bidrar til en bredt sammensatt samsfunnsdebatt. Produksjon av programmer av høy kvalitet som retter seg mot en mindre gruppe av lyttere kan være bedriftsøkonomisk lite attraktivt fordi de "verdiene" som skapes i større grad tilfaller de enkelte lyttere eller samfunnet som sådan, og ikke kommer kanalen til gode i form av økt overskudd. Et sentralt formål med konsesjoner er derfor å stimulere til en variasjon og pluralisme som markedet selv ikke ville skaffet til veie. De kvalitative aspektene departementet vektlegger vil derfor være preget av at konsesjonsvilkårene først og fremst vil ha en faktisk realitet når de fungerer som motvekt til markedskreftene og ivaretar hensyn som markedet ikke selv bidrar til å oppfylle.

I tillegg er det mer praktiske årsaker som tilsier at kvantitative sammenligninger er lite egnet. For det første vil kvantitative angivelser ofte være usikre. Videre kan ulike beregningsteknikker vanskeliggjøre en rettfærdig sammenlikning. For eksempel vil det gi store utslag om beregningen kun baserer seg på verbalinnslag, eller om en også tar med musikk, reklameinnslag og egenpromotering. Det kan også være grunn til å skille mellom innslag og montasjer som er løseverne deler av en større sendeflate i motsetning til faste programposter innenfor en bestemt programkategori. For den som virkelig er interessert i en bestemt type programmer kan det ha langt større verdi om dette programstoffet kommer på et på forhånd annonsert tidspunkt i stedet for å være plassert som tilfeldige innslag i løpet av en lengre sending.

Videre kan det ikke oppstilles noen fasit på hvordan de kvantitative beregningene skal foretas. For enkelte programkategorier *kan* det for eksempel være riktig å medta musikken som spilles mellom verbalinnslagene, for eksempel folkemusikk i et program om dette temaet. Hvis alle søkere for øvrig har samme mengde musikk, reklame og egenpromotering, vil det neppe spille stor rolle hvordan omfanget beregnes – så lenge det gjøres på samme måte for alle. Ofte er dette imidlertid ikke tilfelle. I slike tilfeller kan direkte sammenlikning bli urettferdig. Omregninger kan på sin side lett bli unøyaktige.

4.4.3 *Departementets konkrete kvalitative vurdering av søknadene*

Departementet tok i sin vurdering av de kvalitative aspektene ved søknadene utgangspunkt i utlysningsteksten. Innenfor hver kategori ble det vurdert hvilke søkere som hadde det beste tilbudet. Dette var en krevende oppgave, sett mot bakgrunn av søknadenes omfang, og det faktum at begrepet "kvalitet" selvsagt alltid kan problematiseres.

Prinsippene for departementets kvalitative vurdering kan i noen grad operasjonaliseres gjennom begrepene "bredde" og "dybde". "Bredde" referer til i hvilken grad søkerne innenfor hver kategori hadde planer som representerte et bredt spekter av sjangre, temavalg, og målgruppedifferensiering. Dette kommer klart til uttrykk i punkt 5 a i utlysningsteksten hvor det i første og andre kulepunkt fremgår at departementet vil vektlegge:

- tematisk og sjangermessig bredde, både hva gjelder sammensetningen av programkategorier og innenfor den enkelte programkategori
- at sendeflaten skal inneholde programmer og musikk for både brede og smale lyttergrupper

Kanal 4s tilbud til barn kan illustrere dette. Kanal 4 har i sin søknad differensiert sitt tilbud etter ulike aldersgrupper. Kanal 4 skal ha egne sendinger for barn mellom 4 og 8 år og barn mellom 9 og 12 år. Videre varsler Kanal4 at man i sine barnesendinger vil tilby et bredt spekter av sjangre (opplesninger, føljetonger, dramatiseringer, barns egne fortellinger, aktualitetsmagasiner etc). Både hensynet til målgruppedifferensiering og sjanger-/temabredde gjorde at Kanal 4 her kom gunstig ut, sammenlignet med andre søkere innen kategorien barneprogram. Tilsvarende vurderinger ble gjort i forhold til andre kategorier.

Begrepet "dybde" reflekterer kulepunkt 3 i utlysingsteksten punkt 5a hvor det fremgår at departementet vil legge vekt på "*at sendingene har analytiske, kritiske og fordypende perspektiv*".

Dette er skjønnsmessige begreper. De peker hen mot i hvilken grad søkerne gjennom sine planer signaliserer vilje til og ambisjoner om å sette av tid til programmer preget av redaksjonell ressursinnsats, fordypning, refleksjon, kunnskapsspredning etc. Dybdebegrepet forstås kanskje enklest ved henvisning til programtyper som ikke preges av dybde, for eksempel såkalte "brede sendeflater", der en programleder spiller musikk og prater med lyttere. Slike lettere programtyper har en naturlig plass et kommersielt radiotilbud, men i et allmennkringkasterperspektiv vil de ikke ha like stor vekt som programmer som preges av større redaksjonell ressursinnsats. Departementet fant at Kanal 4 gjennomgående presenterte en profil som i større grad enn de andre søkerne indikerte at de vil sette av tid til å gå i dybden ved behandlingen av de tema som fokuseres.

Det som kanskje er best egnet til å illustrere dette er de mange konkrete eksemplene på programmer innenfor de forskjellige kategoriene som Kanal4 presenterer. I og med at dybdebegrepet omfatter en del vage kriterier, vil programeksemplene konkretisere radioens profil og til en viss grad bidra til å fiksere graden av dybde og analytisk perspektiv kanalen sikter mot. Det store flertallet av de programmene Kanal4 beskriver er programmer med et så vidt spisset innhold at det vil kreves en betydelig redaksjonell innsats. Programbeskrivelsene bærer preg av en rød tråd gjennom hele sendeflaten. Dermed kommer det verbale elementet klart i fokus og utgjør det bærende elementet i sendingen. Med andre ord unngår man at verbalinnslagene kun blir fyllstoff mellom musikkinnslagene i form av småprat eller løsrevne anekdoter. Kanal4s eksempler viser vilje til grundighet og til å sette klart definerte temaer i fokus gjennom alternative, utfyllende og dyptgående vinklinger. For en nærmere beskrivelse vil departementet vise til beskrivelsen i Kanal4s søknad som er tatt inn som en del av konsesjonsvilkårene.

Beskrivelsen i avsnittene ovenfor gir en illustrasjon av departementets metodiske tilnærming til det skjønnet som ble gjort. Departementet vil tilføye at kulturpolitiske og mediefaglige vurderinger av kvalitativ karakter må ligge i kjerneområdet for det diskresjonære skjønn som tilligger departementet som konsesjonsmyndighet. Slike kvalitative vurderinger kan aldri bli en eksakt vitenskap og det vil alltid være mulig å reise faglig baserte motargumenter. En slik type debatt er imidlertid ikke relevant i den *rettslige* prøvelsen som det her er snakk om.

4.4.4 *Departementets vurdering av kvantitative forhold*

For departementet spilte det rent kvantitative til sammenligning først og fremst en rolle når det gjaldt å dokumentere at søkerne virkelig vil ha et seriøst tilbud innenfor alle de relevante sjangre. Dette viste seg å ikke være noe stort problem i forhold til noen søkere, i noen kategorier, og slett ikke for Kanal 4 og P4.

Utover dette skal det mye til før det kvantitative i seg selv påvirker vurderingen innenfor de forskjellige kategorier, selv om det ikke kan utelukkes. Så lenge alle kategorier har en rimelig representasjon og det totale tilbudet fremstår som balansert i forhold til kravet om allmennkringkasting, ble det kvantitative aspektet vurdert å være av en mer underordnet betydning. Når departementet i ettertid har gått gjennom sine vurderinger er det kun på ett punkt det rent kvantitative har hatt direkte betydning for rangeringen innenfor en kategori, nemlig i kategorien unge. Det kvantitative omfanget av P4s satsinger på dette området var så betydelig at det måtte bli utslagsgivende i vurderingen.

På side 32 i klagen foretar P4 en *"sammenlignende gjennomgang av Kanal4 og P4s programleveranser"* og setter opp en tabell som har til hensikt å vise at P4 *"har tilbudt en mer omfattende oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget enn Kanal4"*.

Under departementets vurdering av søknadene ble det ikke forsøkt satt opp noen slik "tabell" eller lignende som det P4 nå har gjort. Det betyr imidlertid ikke at departementet forsømte noen utredningsplikt, og langt mindre at "feil faktum" ble lagt til grunn. Ved vurderingen av P4s tilbud ble det eksisterende programtilbudet (søknadens kapittel 4) sammenholdt med planene for fremtidig virksomhet (kapittel 5), slik som selskapet i søknaden klart hadde angitt at det måtte gjøres. Vurderingsgrunnlaget var derfor korrekt. Men noen foranledning til å foreta en rent kvantitativ detaljsammenligning hadde departementet ikke. For det første fordi dette som vist ikke ble ansett for å være sentralt for vurderingen, og for det andre fordi det ville vært en meget usikker og problematisk øvelse.

Når departementet i ettertid har gjennomgått P4s tabellariske oppstilling, er vurderingen at denne først og fremst illustrerer det dypt problematiske i slike kvantitative sammenligninger. Departementet har ikke full oversikt over kriteriene for P4s tabelloppsett. For en sammenlikning med Kanal 4 fremstår imidlertid materialet som uegnet, fordi Kanal 4 og P4 tilsynelatende har basert sine oppsett på ulike

premisser. Kanal 4 synes for eksempel i større grad enn P4 å legge sine "smale" programmer til grunn for vurderingen. Hvis det sendes programinnslag innen en bestemt kategori i "bredere" sendeflater har Kanal 4 kun lagt innslagets lengde til grunn. Det kan se ut som P4 ikke trekker det samme prinsipielle skillet mellom "brede" og "smale" programmer. Kanal 4 fremstår i det hele tatt som mer kritisk til hva som er et "smalt" program og som dermed i sin helhet kan tas i betraktning ved utarbeidelsen av regnskapet. Konsekvensen er at P4s tall i langt større grad enn tallene fra Kanal 4 innbefatter formatert musikk, reklame og egenpromotering. Dermed blir det bildet tabellen forsøksvis tegner fordreid.

Hvis beregningen foretas på de samme premisser, kan departementet ikke se at man ut fra tabellen kan konkludere med at P4 har tilbudt et større antall timer enn Kanal 4. Utgangspunktet er at P4 sender hele døgnet hele året, dvs. totalt 8760 timer per år. Den oppsatte tabellen omfatter dermed uansett bare en del av tilbudet til P4. Det samme vil gjelde for Kanal 4 når selskapet får etablert sitt tilbud. Forskjellen i summene gjenspeiler derfor først og fremst utvalget av programkategorier, hvordan de to selskapene selv har definert de oppsatte kategoriene, og ikke minst metoden for beregning av timeantall.

Ut over å påpeke de betydelige svakhetene som hefter ved P4s metodikk finner departementet på denne bakgrunn ikke grunn til å foreta en detaljert gjennomgang av tallene i tabellen. Departementet baserte sin vurdering på kvalitative kriterier som var fastlagt i utlysingssteksten, og basert på allmennkringkastingsbegrepet. Dette gjør at tabellen etter departementets syn ikke fremstår som særlig relevant i forhold til den vurdering som skulle gjøres.

4.4.5 Nærmere om departementets vurdering av søknadenes forpliktende karakter

Departementet skal bemerke at P4s vektlegging av det kvantitative kan synes å henge sammen med at selskapet leser for mye inn i departementets formulering i vedtaksbrevet hvor det står:

"Kanal 4 er dessuten den kanalen som har den mest forpliktende søknaden i form av konkret angivelse av antall innslag og sendetimer for de fleste program- og stoffkategoriene. Dette gir sikkerhet mht. at søkeren vil følge opp sine egne redaksjonelle ambisjoner og fylle allmennkringkasterrollen på en god måte i konsesjonsperioden."

Departementet finner grunn til å utdype dette punktet. Som det fremgår av opplistingen av vurderingskriterier ovenfor, var søknadens grad av forpliktelse ikke et punkt hvor departementet gjennomførte en særskilt rangering. Momentet spilte først og fremst en rolle i den mer generelle helhetsvurderingen som departementets medarbeidere foretok, i tillegg til vurderingen av de spesifikke kategorier. Momentet er relevant å vektlegge fordi søknadene tas inn som en del av konsesjonen. Et kjent problem med såkalte "skjønnhetskonkurranser" er at søkerne i ettertid ikke står ved sine

forpliktelser. Jo mer konkrete forpliktelsene er, jo vanskeligere vil de være å gå fra. Kanal 4s angivelse av leveransemål er mer direkte og transparente enn P4s angivelse. Dette forenkler etterprøvingen.

Departementets utgangspunkt var at alle søkerne gjennomgående hadde en balansert fordeling mellom de aktuelle kategorier. Jo mer forpliktende og klar en søknad er, jo vanskeligere blir det å fravike denne balansen når planene skal settes ut i livet. Dette kan i noen grad vurderes som positivt. Det vil imidlertid være å gå for langt hvis man på grunn av departementets understreking av det forpliktende ved Kanal 4s søknad, utleder at de kvantitative aspektene spilte en meget betydelig rolle. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom de to. Rent generelt og teoretisk kan man lett se for seg at to søkere vurderes som like rent kvantitativt, uavhengig av om det har voldt betydelig større vanskelighet å avdekke den enes leveransemål sammenliknet med den andres.

For øvrig vil departementet påpeke at P4s søknad til en viss grad er preget av vaghet og varsomhet ved angivelsen av programløftene. Dette omtales ofte i former som at P4 "tar sikte på" eller "ønsker å". Det totale inntrykket er at søknaden fremstår som mer forbeholden enn Kanal 4s. I søknadens punkt 5.1 sies det f. eks. følgende;

"Vi ber om forståelse for at vi må ta hensyn til en naturlig planleggingshorisont i etermediene, og vi kan derfor ikke binde oss for mye i detalj til konkrete programposter i årene som kommer."

Et samlet uttrykk for dette kommer frem i søknadens punkt 10.2. Her heter det:

"...salget avhenger av at man har et produkt som er salgbart – og det er en direkte sammenheng mellom antall lyttere og våre inntektsmuligheter. Derfor må det kontinuerlig foretas en vurdering av hva som er kommersielt forsvarlig å sende på kanalen."

Departementet har forståelse for de økonomiske realiteter en kommersiell kringkaster står overfor. Samtidig kan det være store meningsforskjeller knyttet til spørsmålet om hva som er en nødvendig økonomisk avkastning. Forbehold av slik karakter som over har en uklar rekkevidde og innslagspunktet for når man kan henvise til denne typen forbehold blir dermed uklart. En søknad som er mindre forbeholden rundt slike forhold vil derfor fremstå som klarere og mer forpliktende. Departementet vil her særskilt vise til at det i utlysningensdokumentet ble uttalt at søknaden ville være bindende for søkeren i den forstand at samtlige forhold vedrørende (bl.a.) programplaner som omtales i søknaden kunne bli fastsatt som vilkår for konsesjonen. Dette ble også gjennomført i forhold til Kanal4. Ut fra hensynet til konsesjonsvilkårene klarhet og myndighetenes senere håndheving av disse var det følgelig naturlig for departementet å se hen til søknadens presisjonsnivå. Slik ble dette (skjønnsmessig) vurdert av departementet. Vekten av momentet kan selvsagt diskuteres. Men noe "feil faktum" er det heller ikke her tale om.

4.4.6 Sammenfatning

På denne bakgrunn var det departementets samlede vurdering at søknaden fra Kanal 4 i forhold til kravene til allmennkringkasting var *kvalitativt klart bedre* enn søknaden fra P4. Ingen av de kvantitetsmessige innsigelser som P4 har fremsatt i klagen er egnet til å rokke ved denne konklusjonen. Det P4 anfører som "feil faktum" er ved nærmere ettersyn snarere en uenighet om hva som skulle være det relevante vurderingstema. Men dette var det opp til departementet å fastsette, slik det ble gjort ved utlysningen. Og vektleggingen av det kvalitative fremfor det rent kvantitative er etter departementets syn ikke bare legitimt, men også det mest fornuftige og hensiktsmessige kriterium.

Som vist ovenfor i avsnitt 4.2 var det departementets målsetning med utlysningen av konsesjonen å legge grunnlag for en viss kursendring i neste konsesjonsperiode i forhold til den inneværende, med høyere krav til konsesjonærens rolle som allmennkringkaster. Søknaden fra Kanal 4 er preget av at selskapet har forstått og innrettet seg etter dette. Til sammenligning fremstår søknaden fra P4 i bunn og grunn mer som en noe videreutviklet versjon av det samme konseptet som selskapet har hatt i inneværende periode.

Departementet vil avslutningsvis understreke det *mediepolitiske* element i den skjønnsmessige vurdering som er gjort. Dette handler ikke først og fremst om en detaljpreget sammenligning mellom to (eller seks) søknader, men om et helhetlig vurdering av hvilken søker som er best egnet til å fylle den fjerde riksdekkende radiokanalen med innhold i samsvar med prinsippene for allmennkringkasting i de neste ti år. Vurderingen er foretatt av statsråden, etter innstilling fra embetsverket i det departement som er satt til å forvalte medieområdet, og på bakgrunn av en grundig saksbehandling.

4.5 Vurderingen av planenes økonomiske realisme

Basert på innsyn i rapporten fra eScienza, legger P4 i klagen på s. 29 til grunn at selskapet "i økonomisk forstand var et bedre alternativ enn Kanal 4".

Det er en antagelse som på samme tid er korrekt og ikke korrekt. Det som er riktig, er at P4 rent økonomisk ble vurdert som sterkere enn Kanal 4. Dette vil også være det naturlige, i og med at P4 er et selskap som har vært i full drift i snart ti år. Det som er galt, er at P4 av den grunn skulle være et "bedre alternativ". Som angitt ovenfor i avsnitt 4.2 ble hensynet til finansiering og økonomisk realisme av departementet vurdert som et terskelhensyn. Så lenge søkeres økonomiske planer fremsto som tilstrekkelig realistiske til at de med en betryggende grad av sannsynlighet vil kunne være i stand til å leve opp til sine programforpliktelser, ble det ikke foretatt noen rangering ut over dette. Departementets vurdering på dette punkt er gitt uttrykk i vedtaket på side 2:

”Kanal4 anses å ha sannsynliggjort evne til å finansiere etablering og drift av radiovirksomheten.”

Som det vil fremgå av rapporten fra eScienza, samt de relevante deler av det interne beslutningsnotatet, er dette en vurdering som bygger på grundig utredning. Ettersom departementet ikke selv hadde tilstrekkelig primærkompetanse til fullt ut å foreta de grunnleggende økonomiske beregningene ble det her innhentet ekstern hjelp, og dette ble så fulgt opp med en videre vurdering fra departementet selv. Slike vurderinger av fremtidig økonomisk inntjening vil nødvendigvis måtte være basert på prognoser, men det er intet i saken som tyder på at prognosene er mangelfulle, og langt mindre på at det er lagt ”feil faktum” til grunn.

På denne bakgrunn kan ikke departementet se at det er noe ved P4s anførsler under dette punktet som er egnet til å så tvil om vedtakets gyldighet.

4.6 Vurderingen av hensynet til mediepluralisme

I vedtaket er det vist til at departementet har blant annet har vurdert de formål og prinsipper som ligger til grunn for medieeierskapsloven, men det er korrekt som påpekt av P4 i klagen (s. 29-30) at vedtaket ikke gjengir hovedinnholdet i den vurdering som ble foretatt. I ettertid kan departementet være enig i at dette med fordel kunne vært gjort. Som det vil fremgå av de interne dokumentene i saken, ble dette hensynet imidlertid vurdert, og de fakta som departementet la til grunn var korrekte, og avviker ikke fra det faktum P4 presenterer i sin søknad, selv om vurderingen av dets betydning og vekt nok er noe ulik.

Den vurdering departementet foretok, var at P4s eierforhold var uproblematiske i et medieeierskapsperspektiv. I forhold til Kanal 4 var det derimot nødvendig med en grundigere vurdering, ettersom en tildeling til dette selskapet indirekte ville styrke Schibsteds og Orklas posisjoner på riksbasis. Dette er selskaper som allerede er sterke medieeiere i Norge. På den annen side ble det lagt vekt på at deres eierskap i Kanal 4 er indirekte, og at eierskapet i kanalen var spredt, på syv eiergrupperinger. Videre ble det lagt vekt på at de fleste eierne i Kanal 4 til nå har drevet virksomhet på lokalt og regionalt plan, og at en eventuell konsesjonstildeling til kanalen derfor ville stimulere det nasjonale mediemangfoldet, ved at lokale og regionale redaksjonsmiljøer gis adgang til et riksdekkende medium.

På denne bakgrunn var det departementets vurdering at P4 og Radio 2 var de best kvalifiserte av søkerne ut fra hensynet til mediepluralisme, men at dette hensynet samtidig ikke var så problematisk i forhold til Kanal 4 at dette kunne tillegges noen avgjørende vekt. Departementet vil anføre at det var en forsvarlig skjønnsmessig vurdering, basert på et korrekt faktisk grunnlag.

4.7 Andre vurderinger som departementet foretok

Som det vil fremgå av de interne dokumentene i saken, foretok departementet også vurderinger av en rekke andre momenter i saken. Felles for dem er imidlertid at de var av sekundær karakter, og at ingen av dem ble funnet å være særlig tungtveiende i noen retning, verken generelt eller spesielt i forhold til rangeringen av Kanal 4 og P4.

For det første vurderte departementet hensynet til *lokalisering*, som ved den første konsesjonstildelingen i 1992 ble tillagt en viss vekt. Denne gang fikk det mindre betydning. Både P4 og Kanal 4 hadde oppgitt at de ville ha hovedkontor på Lillehammer, og dette ble ansett for å være et positivt valg.

For det andre vurderte departementet *konkurrans hensyn*, ut fra tankegangen om at man burde unngå en konsesjonstildeling som ville kunne begrense konkurransen i noe berørt marked. I forhold til enkelte av søkerne ble dette ansett som noe problematisk, men dette gjaldt verken Kanal 4 eller P4.

For det tredje vurderte departementet forholdet til *press støtten*. Dette ble særlig gjort i forhold til Kanal 4, siden flere av eierne bak kanalen mottar slik støtte. Departementets vurdering var at dette ikke kunne slå ut negativt for Kanal 4, ettersom reglene om pressestøtte sikrer at den kun benyttes til sitt tiltenkte formål (produksjon av dagsaviser), og hindrer en subsidiering av annen virksomhet, f.eks. radiodrift. Videre ble det også sett hen til at eScienza har konkludert med at Kanal 4 etter all sannsynlighet uansett vil kunne drive lønnsomt.

For det fjerde ble det foretatt en kort vurdering av forholdet til den pågående utbyggingen av det digitale radionettet (DAB). Uten at det ble tillagt særlig vekt, la departementet her til grunn at samtlige av søkerne har stilt seg positive til å utnytte DAB-kapasitet, men at dette forutsetter en frivillig deltagelse, som myndighetene ikke har til hensikt å legge føringer på. I forhold til P4 ble det ikke lagt nevneverdig vekt på at selskapet i dag deltar i DAB-utbyggingen.¹⁶

Endelig ble det lagt til grunn som en forutsetning at den som ville få den utlyste konsesjonen i løpet av kort tid vil møte konkurranse fra den nye femte radiokanalen ("P5"). Departementet vurderte her ulike scenarier for dette, men det ble samtidig påpekt at det ikke var et hensyn som kunne tillegges vekt ved tildelingen.

Ved siden av den vurdering som var felles for samtlige av de seks søkerne, ble det som angitt også foretatt en særskilt vurdering av hensynet til P4s etablerte posisjon, herunder av selskapets investeringer og arbeidsplasser. Dette er det redegjort for i avsnitt 6.

¹⁶ Se nærmere nedenfor i avsnitt 5.4.3.

4.8 Sammenfatning – departementets vurdering

Samlet sett var det på denne bakgrunn departementets konklusjon at Kanal 4 var klart bedre kvalifisert enn de andre søkerne på det viktigste av kriteriene, som var planene for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget. Ingen av de andre momentene som også ble trukket inn i vurderingen var egnet til å rokke ved dette resultatet. Ut fra en fri og åpen konkurranse var det etter departementets syn åpenbart at Kanal 4 burde få konsesjonen. Dette er en vurdering som nå er bekreftet av den kritiske gjennomgang av saken som P4s klage til ombudsmannen har foranlediget. Slik departementet ser det, er vedtaket så langt ikke bare gyldig i forhold til P4s anførsler om "feil faktum", men det er også uttrykk for den mediepolitisk kvalifisert beste løsningen.

Dette innebærer at dersom man likevel skulle komme til at vedtaket er ugyldig, så må det være fordi P4 i kraft av sin nåværende konsesjon har en rettslig særstilling (et privilegium) i forhold til de andre søkerne. Og denne særstillingen må være så sterk at den vil slå igjennom også overfor en klart bedre kvalifisert konkurrent. Det er dette som skal drøftes i det følgende.

5. P4S ANFØRSLER OM RETTSLIG SÆRSTILLING

5.1 Innledning

Etter kringkastingsloven § 2-1 er det departementet som gir konsesjon til drift av kringkasting, etter fritt skjønn. Dette er en ren fullmaktsregel. Bestemmelsen setter ikke opp noen nærmere kriterier eller vilkår for tildelingen. Det er opp til departementet å avgjøre hvem som skal få konsesjon, og det står også fritt til å sette vilkår for konsesjonen. Det er heller ikke noe i forarbeidene til loven som legger føringer på skjønnet, verken ved første gangs tildeling eller ved fornyet tildeling av en konsesjon som har løpt ut.¹⁷ Det er ikke adgang for andre enn NRK til å drive kringkasting uten konsesjon, og konsesjonene skal være tidsbegrenset.

En slik regel om fritt skjønn kan ikke gi private rettssubjekter noe rettslig "krav" på å få konsesjon. En kringkastingskonsesjon er et (begrenset) gode, som myndighetene deler ut, men ikke noe man kan gjøre formelt krav på. En privat aktør kan for eksempel ikke kreve realitetsdom for et krav på konsesjon, og dersom en søknad om konsesjon avslås, kan gyldigheten av vedtak om dette bare angripes med de vanlige begrensninger som gjelder for domstolenes etterprøving av fritt skjønn.

Det synes ikke å være uenighet mellom departementet og P4 om dette. På s. 12 i klagen erkjenner P4 at tildeling av radiokonsesjonen i utgangspunktet er opp til departementets frie skjønn. Deretter går selskapet over til å argumentere for at skjønnet i denne saken likevel langt på vei er bundet opp. Grunnlaget for dette hevdes dels å være eksisterende konsesjonærs stilling etter alminnelig forvaltningsrett, men først og fremst punkt 4 i P4s nåværende konsesjon, som innledningsvis slår fast at konsesjonen er tidsbegrenset, og at konsesjonæren ikke er garantert fornyelse, men der det deretter heter at "fornyelse vil være det normale".

Departementet fant det under tildelingsprosessen vanskelig nøyaktig å fastsette én sikker og "korrekt" løsning på de rettsspørsmål saken reiser. På den ene siden kan vilkåret i punkt 4 i P4s nåværende konsesjon tolkes i retning av at det i 1992 var meningen å gi konsesjonæren et fortrinn ved vurderingen av fornyelse. På den annen side er det uklart hvor langt dette kan rekke, både etter ordlyden, og i lys av den senere mediepolitiske og forvaltningsrettslige utvikling. Sterke reelle hensyn taler også etter departementets vurdering imot å tillegge punkt 4 rettslig betydning, og dertil kommer at det i forhold til EØS-retten er uklart i hvilken grad det faktisk er *adgang* til å gjøre dette.

¹⁷ Forarbeidene til lovens § 2-1 er knappe, jf Ot.prp. nr. 78 (1991-92) på s. 6. Under merknadene til paragrafen er det kun angitt "at konsesjonen skal være tidsavgrenset, jf. § 2, første ledd i lov om nærkringkasting". Denne henvisningen er imidlertid av en viss interesse. I forarbeidene til den tidligere nærkringkastingsloven, Ot.prp. nr. 47 (1986-87) heter det nemlig på s. 12 at: "Departementet foreslår at konsesjonsmyndigheten må stå fritt når det gjelder fornyelse av konsesjoner. En konsesjonær kan ikke ha krav på automatisk fornyelse av konsesjonen, men må akseptere at spørsmålet vurderes også i forhold til eventuelle nye konsesjonssøknader".

Denne rettslige usikkerheten førte til at departementet høsten 2002 foretok *alternative* rettslige vurderinger, som det er nærmere redegjort for nedenfor. Herunder ble det både utredet et tolkningsalternativ som går ut på at punkt 4 ikke kan tillegges rettslig betydning (bl.a. fordi EØS-retten setter skranke mot det), og et annet alternativ, der vurderingen var at punkt 4 riktignok ikke gir P4 noe materielt "krav", uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner, men likevel legger rettslige føringer på skjønnet. Departementets samlede vurdering var imidlertid klar. Og det var at punkt 4 *uansett* ikke kan rekke så langt at den gir P4 noe krav på fortrinn fremfor en *klart bedre* kvalifisert konkurrent. Ut fra den kvalitative rangeringen av P4 og Kanal 4 som er beskrevet ovenfor, var det med andre ord departementets vurdering at de forskjellige mulige tolkningsalternativene *ikke kunne få betydning for det endelige resultat*.

Det er denne rettslige vurderingen som i kortfattet form har kommet til uttrykk i begrunnelsen for vedtaket, der det heter at punkt 4 i konsesjonen ikke har "blitt utslagsgivende i totalvurderingen". Og det var på denne bakgrunn Kanal 4 ble tildelt konsesjonen.

På bakgrunn av anførselene i klagen fra P4, samt ombudsmannens henvendelse, skal departementet i det følgende gi en redegjørelse for hvordan det oppfatter de rettsspørsmål som saken reiser. Herunder vil det først bli drøftet hvilken stilling en tidligere konsesjonær generelt må antas å ha etter alminnelig norsk forvaltningsrett (5.2). Deretter behandles spørsmålet om hvordan punkt 4 i P4s nåværende konsesjon må tolkes (5.3). Videre drøftes enkelte andre grunnlag som P4 har anført til støtte for sin sak (5.4). Så langt er dette en gjennomgang av de rent "norske" rettskildene i saken. Disse må så suppleres med de krav EØS-retten stiller (5.5). Endelig er det gitt en kort sammenfatning av departementets syn på anførselene om at P4 skal ha en særskilt beskyttet rettslig stilling (5.6).

5.2 Tidligere konsesjonshavers stilling etter alminnelig forvaltningsrett

I alminnelig forvaltningsrett er det, så langt departementet kjenner til, skrevet relativt lite om hvilken stilling innehaver av en tidsbegrenset konsesjon har, når denne løper ut, og en ny konsesjon skal tildeles. I Eckhoff/Smiths Forvaltningsrett er det imidlertid et avsnitt om dette på s. 348-49, som er sitert i klagen (s. 12), som støtte for det syn at P4 står i en særlig rettslig stilling. Avsnittet lyder:

"Den som har fått en tidsbegrenset tillatelse, kan søke om fornyelse, og vil ofte få det. Men hvis det dreier seg om en tillatelse som han ikke hadde krav på å få, har han som regel ikke krav på å få den fornyet. Det faktum at han har drevet virksomheten i den tid tillatelsen sto ved makt, må imidlertid tas i betraktning ved den skjønnsmessige vurdering av forlengelsesspørsmålet. Forvaltningen må f. eks ta hensyn til at han har foretatt betydelige investeringer for å kunne utføre virksomheten, og at han har drevet den på en uklanderlig måte."

Departementet har vært kjent med dette standpunktet, og er enig i at det et stykke på vei kan legges til grunn som et generelt forvaltningsrettslig utgangspunkt. Spørsmålet er imidlertid hva det nærmere innebærer, og hvor langt det kommer til anvendelse på den foreliggende sak.

For det første vil departementet påpeke at siste del av det siterte avsnitt på et viktig punkt er endret, i forhold til tidligere utgaver av boken. I Eckhoffs Forvaltningsrett fra 1992 heter det:

"Den som har fått en tidsbegrenset tillatelse, kan søke om fornyelse, og vil ofte få det. Men hvis det dreier seg om en tillatelse som han ikke hadde krav på å få, har han som regel ikke krav på å få fornyet den. Det faktum at han har drevet virksomheten i den tid tillatelsen sto ved makt, må imidlertid tas i betraktning ved den skjønnsmessige vurdering av forlengesspørsmålet. ~~Det kan bli ansett som myndighetsmisbruk om forvaltningen ikke tar hensyn til at han f eks har foretatt betydelige investeringer for å kunne utføre virksomheten, og at han har drevet den på en uklanderlig måte. Et eksempel på fornyelsesnekting (av drosjebevillinger) ble påstått å være usaklig og urimelig, hadde en i Rt. 1955 s. 1162, ... Påstanden ble i dette tilfellet ikke tatt til følge, men det var dissens om spørsmålet.~~"¹⁸ (s. 325, understreket her)

Denne forskjellen er av betydning. I den opprinnelige versjonen hevder ikke Eckhoff annet enn at manglende vurdering av den tidligere konsesjonærs forhold "kan bli" ansett som "myndighetsmisbruk". I dette ligger for det første at det ikke trenger å være noe obligatorisk hensyn, men bare at det vil kunne være det, alt etter forholdene i saken. For det andre er manglende vurdering koblet opp til læren om "myndighetsmisbruk", med den høye terskel dette etter forvaltningsretten setter for å kjenne et vedtak ugyldig.

I den senere utgaven av boken har altså professor Eivind Smith endret dette, slik at det nå hevdes at dette er noe forvaltningen "må" ta hensyn til. Det kan leses slik at Smith anser hensynet som obligatorisk, og terskelen for senere ugyldighet dermed lavere.

Departementet vil anføre at den utlegning Eckhoff i sin tid ga må være den mest korrekte. Spørsmålet er snarere om ikke også den i dag går for langt i å påpeke hensynet til den tidligere konsesjonærens forhold.

Som det fremgår, gjelder sitatet situasjoner der eksisterende konsesjonær i utgangspunktet ikke har noe "krav" på fornyelse, men der dette er opp til forvaltningens skjønn. Det synes ikke å være uenighet mellom partene om at dette er utgangspunktet også i denne saken. Det Eckhoff anfører, er kun at forvaltningen ved utøvelsen av skjønnen i slike tilfelle skal ta "i betraktning" det faktum at konsesjonæren har drevet en

¹⁸ Se f eks Eckhoff Forvaltningsrett (4. utg. 1992) s. 325 (understreket her). De relevante delene av sitatet har stått uendret siden førsteutgaven i 1978.

virksomhet, og herunder blant annet ta hensyn til de investeringer som er gjort. Sitatet sier intet om hvilken vekt dette momentet skal gis, og det søker åpenbart heller ikke å angi noen uttømmende liste. Det er med andre ord intet i veien for at andre momenter ved den skjønnsmessige vurderingen vil kunne veie tyngre.

Sitatet er videre relativt kortfattet, og gir ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor hensynet til tidligere virksomhet skal være et obligatorisk moment ved skjønnsvurderingen. Det synes likevel å fremgå at det særlig er hensynet til foretatte investeringer som bør vurderes. Hvorvidt en tidligere konsesjonær generelt kan sies å ha beskyttelsesverdige forventninger ut over dette, er etter departementets vurdering mer tvilsomt. Det forhold at virksomheten er drevet på "en uklanderlig måte" er først og fremst av betydning for om den kan tilbakekalles (i konsesjonsperioden). Videre kan det være et argument mot fornyelse dersom det er noe å bebreide den tidligere konsesjonær. Departementet har vanskeligere for å se begrunnelsen for at tidligere "uklanderlig" opptreden i seg selv skal måtte være et obligatorisk moment i favør av eksisterende konsesjonær.

Videre er sitatet unyansert i den forstand at det ikke tar opp situasjonen der den nye konsesjonen utlyses på andre (og eventuelt mer forpliktende) vilkår enn den tidligere, slik tilfellet er i den foreliggende sak (se ovenfor under avsnitt 4.2). I slike tilfelle er betydningen av å tillegge den tidligere konsesjonsutøvelsen vekt etter departementets syn langt svakere enn dersom det bare gjelder en ren videreføring på samme vilkår. Poenget er at den tidligere virksomheten i en slik situasjon vil være av begrenset betydning for å kunne fastslå hvordan virksomheten vil bli drevet under den nye konsesjonen.

Sitatet nyanserer heller ikke etter hvor attraktive konsesjonene er. I forhold til lønnsomme og attraktive konsesjoner, som tidligere konsesjonær allerede har tjent godt på i den forrige perioden, er det liten grunn til å gi ham noe privilegert fortrinn ved den nye utlysningen. Dette må særlig gjelde dersom konsesjonen i realiteten gir en enerett, slik det her er tale om. Annerledes vil det kunne være dersom konsesjonen i første periode har vært lite lønnsom, slik at konsesjonæren ennå ikke har rukket å oppnå overskudd, eller tjene inn sin investering.

En annen svakhet ved sitatet, er at det ikke drøfter betydningen av at den nye konsesjonen legges ut til åpen konkurranse, gjennom en ny utlysning. Tidligere var det ikke uvanlig at konsesjoner ble forlenget uten utlysning, men i de senere år har det blitt stadig vanligere å gjøre dette (se nedenfor). Når forvaltningen først velger å gå til et slikt skritt, taler hensynet til en åpen og effektiv konkurranse imot å tillegge tidligere virksomhet særlig stor vekt. Tvert i mot vil hensynet til konkurrentene da tale sterkt for at det anlegges et fremadrettet perspektiv, der alle de interesserte får lik sjanse til å vise hvem som er best kvalifisert til å få den nye konsesjonen, og til å konkurrere på like vilkår.

Departementet vil i den forbindelse påpeke at sitatet har stått uendret gjennom flere utgaver av Eckhoffs lærebok i forvaltningsrett, helt tilbake til 1978, og således er

skrevet i en tid da det ikke var vanlig at tidsbegrensete konsesjoner ble fornyet gjennom åpen utlysning.

I de senere år har dette endret seg. Konsesjonsordninger anvendes i dag generelt på en annen og mer bevisst måte enn før. Mens konsesjoner tidligere ble brukt på en relativt statisk måte, og ofte ble fornyet nokså automatisk, anlegges det i dag oftere et mer dynamisk perspektiv, der tildeling av konsesjoner bevisst brukes som et styringsmiddel. Dette er en utvikling som både skyldes en nasjonal forvaltningspolitisk kursendring – i retning av økt konkurranse, verdiskapning og effektivitet, og også er påvirket av de føringer som EØS-retten legger (se avsnitt 5.5). Tankegangen er at det er åpen konkurranse som best sikrer en effektiv oppfyllelse av de allmenne hensyn på det aktuelle forvaltningsområdet. Gjennom fri konkurranse skjerpes effektiviteten, og det skapes også mulighet for nye aktører på markedet, som kan utfordre eksisterende konsesjonærer, og hindre stagnasjon. Et annet, beslektet forhold er at det er blitt vanligere å sette krav om konsesjonsvederlag eller avgifter som konsesjonær skal betale til det offentlige. Også dette er ment å spore til økt effektivitet, samt sikre at fellesskapet får del i de verdier som konsesjonen innebærer.

Denne nye måten å betrakte konsesjoner på har nær sammenheng med utviklingen av reglene om offentlige anskaffelser. Som kjent er dette et rettsområde som har utviklet seg kraftig på 1990-tallet, dels pga. av EØS-retten, men også som en videre norsk lovgivningsprosess. Disse reglene stiller krav om utlysning av offentlige kontrakter, og detaljerte krav til saksbehandling og tildeling, som skal sikre at alle interessenter får adgang til å konkurrere på like vilkår. Tildeling av konsesjoner er ikke direkte omfattet av anskaffelsesreglene, verken etter EØS-retten eller etter vanlig norsk rett, og de detaljerte prosedyrene for dette gjelder derfor ikke direkte.¹⁹ Men samtidig er det klare likhetstrekk mellom tildeling av en konsesjon og utlysning av en kontrakt med det offentlige. De hensyn som gjør seg gjeldende er langt på vei de samme, og det er derfor naturlig at man også ved utlysning av konsesjoner bruker prosedyrer som kan minne om en anbudskonkurranse. Etter anskaffelsesretten er det klart at det relevante ikke er hvordan en privat part tidligere har oppfylt kontrakter med det offentlige (det vil normalt være et ulovlig hensyn), men kun hvem som leverer det beste tilbudet på den nye kontrakten. Den samme tankegangen bør anvendes ved tildeling av konsesjoner.

Denne utviklingen i synet på konsesjoner er tydelig på flere områder. Som eksempel kan vises til ordningen med bruk av anbud ved tildeling av løyver og tilskudd i samferdselssektoren. Det ble i den tidligere samferdselsloven av 4.06.1976 nr 63 i 1991 i § 24a nr 7, jf § 24c innført en prøveordning med tildeling av konsesjon og tilskudd til riksvegfergedrift ved anbud. Forutsetningen var (og er) at sambandet er subsidiert. Konkurransen foregår ved at driften av sambandet utlyses på faste vilkår, slik at den søker som angir laveste tilskuddsbeløp, tildeles konsesjonen. Ved forskrift gitt i 1994

¹⁹ Innenfor EU/EØS-retten har det derimot vært drøftet om de ikke burde være det, og her finnes det både rettspraksis fra EF-domstolen og en meddelelse fra Kommisjonen som slår fast at de grunnleggende hensynene bak anskaffelsesreglene i betydelig grad også vil komme til anvendelse på tildeling av konsesjoner. Dette er rettskilder av direkte relevans for norsk rett. Se nedenfor avsnitt 5.5.

ble det fastsatt hvordan anbudsprosessen skulle foregå. Det er her tale om tildeling av rent offentligrettslige posisjoner (konsesjon og tilskudd),²⁰ der man har tatt i bruk anbudsinstutttet for å sikre økt effektivitet og derved i tråd med lovens formål tjene allmennheten på en bedre måte. I den nye yrkestransportloven, som trådte i kraft 1. januar 2003, er anbudsadgangen nå noe utvidet og gjort permanent.²¹

En sak fra fergesektoren som illustrerer utviklingen i retning økt konkurranse ved tildeling av konsesjoner som utgjør eneretter, er Gokstad-saken, som ble pådømt ved Oslo byretts dom 29. april 1998.

Bilag 25: Oslo byretts dom av 29.04.1998 i sak 96-00103 A/82: Gokstad AS mot staten v/Samferdselsdepartementet (rettskraftig)

Her var forholdet at konsesjonæren Gokstad hadde en tidsbegrenset konsesjon etter samferdselsloven for riksveifergesambandet Horten-Moss, som utløp etter ti år den 31. desember 1995. Konsesjonen var ikke omfattet av de nevnte anbudsreglene, men det oppsto likevel en konkurransesituasjon da en konkurrent innleverte søknad om å få overta sambandet. Denne konkurransen førte til at konkurrenten fikk tildelt konsesjonen. For retten gjorde den opprinnelige konsesjonær forgjeves gjeldende anførsler om at han hadde et særskilt fortrinn.²²

Et annet eksempel er den fremgangsmåten som ble nyttet da det ved kgl res av 1. desember 2000²³ ble tildelt tredjegenasjons mobiltelefonkonsesjoner (UMTS). Tildelingen skjedde med hjemmel i teleloven av 23. juni 1995 nr. 39 § 2-1 første ledd og forskrift av 3. oktober 2000 nr. 994. Ved vurderingen av søknadene ble det lagt særlig vekt på søkerens tilbud om geografisk og befolkningsmessig dekning av nett og tjenester samt hastigheten på slik utbygging. Ved slik å sørge for konkurranse mellom søkerne, tilsiktet man oppfyllelse av lovens formål ved at man optimaliserte ytelsen til allmennheten.

²⁰ Dette bekreftes av førstvoterendes uttalelse i Rt 2000 side 1076 der tilfellet i Torghattendommen (Rt 1998 side 1398) omtales som "et tilfelle av offentlig myndighetsutøvelse". Den saken gjaldt konsesjons- og tilskuddstildeling etter daværende samferdselslov § 24a.

²¹ Jf lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy, av 21. juni 2002 nr 45 §§ 8, 22(6), 24 og 27. Paragraf 27 om hvor lenge et løyve skal gjelde, bestemmer bl.a. at behovsprøvd løyve etter §§ 6 og 7 skal gjelde for 10 år, at løyve kan gis for kortere tid hvis det nyttes anbud ved tildelingen, og at løyvemyndigheten kan ta tilbake et løyve før løyvetiden er ute i samband med innføring av anbud for vedkommende rute eller ruteområde

²² Byrettens utgangspunkt (side 20) var at tildelingen av konsesjonen berodde på en bred, skjønnsmessig avveining som domstolene i alminnelighet vil utvise tilbakeholdenhet med å overprøve. Samferdselslovens regel om at konsesjon som hovedregel skulle gis for 10 år av gangen forutsatte at det deretter skulle foretas en ny, selvstendig avgjørelse mht om konsesjonen skulle forlenges ytterligere en periode (side 21). Et publisert rundskriv som kunne indikere at sittende konsesjonær hadde et forsprang ved sammenligning av søknadene, utgjorde etter rettens syn kun interne retningslinjer og ikke andre rettslige innskrenkninger i forvaltningens skjønnsetøvelse enn hva som følger av at det ikke må tas usaklige hensyn (side 21). Lovens system med tidsbegrensede konsesjoner måtte antas å forutsette en stor grad av frihet for konsesjonsmyndighetene til å vurdere om ny konsesjon skulle gis ved utløpet av en konsesjonsperiode (side 22). Det var i vedtaket lagt til grunn et "overvektsprinsipp" (side 24), og retten kunne ikke gå nærmere inn på den konkrete grenseoppgangen mht hva som skulle til for at en klar overvekt av hensyn kunne anses å foreligge. Saksøkerens anførsel om at foretatt investeringer - som i det tilfellet var vesentlige og som for en stor del ikke ville kunne gjenvinnes uten at konsesjonen ble fornyet - ga et særlig beskyttelsesbehov (side 25), representerte ikke spesielle forhold som tilsa at vedtaket ikke var saklig begrunnet. Vedtaket ble ikke bedømt som sterkt urimelig i henhold til myndighetsmisbrukslæren (side 29).

²³ Se <http://www.odin.dep.no/sd/norsk/regelverk/lover/028021-990012/index-dok000-b-n-a.html>

På medieområdet har den samme utviklingen gjort seg gjeldende. Som en følge av liberaliseringen av kringkasting, har departementet lyst ut konsesjoner både på riksplan og lokalplan, til radio og fjernsyn. Dette har i langt de fleste tilfellene foregått ved åpen utlysning og konkurranse. Da den første riksdekkende kommersielle fjernsynskonsesjonen ble gitt i 1991, var dette som vist gjennom en åpen utlysning, der TV2 fikk konsesjonen i konkurranse med en annen søker. Da den første riksdekkende kommersielle radiokonsesjonen ble gitt året etter, var også dette gjennom utlysning, som endte med at det nåværende P4 fikk konsesjonen, igjen i konkurranse med en annen. Da TV2-konsesjonen var i ferd med å utløpe i 2000, ble det lagt til grunn at den ikke kunne forlenges uten ny utlysning og reell konkurranse. Samtidig ble det innført konsesjonsvederlag, og vilkårene for virksomheten ble skjerpet. Det hører med at TV2 i sin første konsesjon hadde et vilkår tilsvarende punkt 4 i P4s nåværende konsesjon.

De samme vurderinger ligger som vist bak departementets beslutning om å lyse ut den nye tildelingen av den konsesjon på riksdekkende radio som P4 har hatt, og som utløper ved utgangen av 2003. I tråd med den generelle utvikling i synet på konsesjoner, er tanken at dette ikke bare skal være en ren "forlengelse", men også en reell kursendring, med nye krav til effektivisering, kvalitetsheving og konkurranse. Og da er det hensynet til den *fremtidige* virksomhet som er det sentrale, ikke hvordan nåværende konsesjonær tidligere har drevet.

Samlet sett vil departementet på denne bakgrunn anta at det neppe lenger er grunnlag for det tradisjonelle syn på konsesjoner, slik det ble beskrevet første gang av Eckhoff i 1978, og langt mindre for det tilløp til innskjerping som Smith synes å ha lagt opp til i den senere utgaven. Tanken om at en konsesjon skaper en vedvarende rettighetsposisjon for konsesjonæren kan ikke lenger sies å ha støtte verken i nyere praksis eller i reelle hensyn. Dette betyr at det ikke kan være noe alminnelig krav om at forvaltningen skal ha en obligatorisk plikt til å vektlegge den eksisterende konsesjonærs etablerte stilling og tidligere virksomhet.

Sagt med andre ord er det etter departementets syn grunnlag for å snu den presumpsjon som Eckhoff og Smith kan sies å oppstille, og ta som utgangspunkt at den tidligere konsesjonær bare kan gis en særskilt privilegert stilling *dersom særlige hensyn tilsier dette*. Og vekten av slike eventuelle hensyn må generelt anses være mindre enn tidligere antatt.

På denne bakgrunn er det departementets syn at P4 ikke kan gjøre noe krav på noen særskilt privilegert rettslig stilling kun med henvisning til alminnelig forvaltningsrett.

5.3 Betydningen av punkt 4 i P4s nåværende konsesjon

5.3.1 Om punkt 4s betydning for vurderingen av saken

I den konsesjonen P4 ble tildelt i 1992 (klagen bilag 8) heter det som kjent i vilkårenes punkt 4 under overskriften "Konsesjonsperiode" at:

"Konsesjon gjelder til og med 31. desember 2003. Konsesjonæren er ikke garantert fornyet konsesjon etter utløpet av konsesjonsperioden, men fornyelse vil være det normale. Ved vurdering av spørsmålet om fornyet konsesjon vil det bli tatt i betraktning i hvilken grad konsesjonæren har fulgt og oppfylt konsesjonsvilkårene og annet relevant regelverk knyttet til kringkastingsvirksomheten.

Ved fornyelse av konsesjonen kan vilkårene bli endret, bl.a. på bakgrunn av endrede mediepolitiske forutsetninger.

Kulturdepartementet skal ta stilling til spørsmålet om fornyet konsesjon senest når det gjenstår ni måneder av konsesjonsperioden.

Konsesjonen kan ikke overdras."

Det sentrale i dette vilkåret er etter departementets syn at konsesjonen er *tidsbegrenset*, og ikke har noen virkning ut over 31. desember 2003. For å kunne sende på den aktuelle radiokanalen etter dette tidspunkt, kreves det en *ny* konsesjon. Den som har hatt konsesjon i den forutgående perioden (P4), er som andre avhengig av å bli tildelt konsesjon, og vedkommende *har ikke rettslig krav på fornyelse* for den kommende perioden. Det synes ikke å være uenighet mellom partene om at dette er det (selvsagte) utgangspunktet. Derimot er det uenighet om hva som rettslig sett følger av fortsettelsen, om at "fornyelse vil være det normale", samt om relevans, vekt og betydning av de forhold som etter tredje setning "vil bli tatt i betraktning".

Anførselen fra P4 er, slik departementet forstår det, at punkt 4 første ledd gir selskapet en særlig beskyttet rettslig posisjon, som gjør at det i en "normalsituasjon" vil ha et rettslig krav på å få konsesjonen. Dette anføres som "kjernen" i selskapets argumentasjon for at vedtaket om tildeling til Kanal 4 var ugyldig (klagen s. 14). P4 anfører med andre ord at det har et krav på konsesjonen, uavhengig av om det var den best kvalifiserte av søkerne eller ikke.

For øvrig er det noe uklart hva som nærmere ligger i P4s rettslige anførsler, og hvor langt det hevdes at kravet rekker. Dette er nærmere drøftet nedenfor i avsnitt 5.3.3.

Ved departementets vurdering av punkt 4 under tildelingsprosessen høsten 2002 var det i utgangspunktet en viss usikkerhet om hvilken betydning den skulle tillegges. Det gjaldt for det første spørsmålet om hvordan den skal tolkes – isolert sett, og på bakgrunn av den forvaltningsrettlige utvikling på området. For det andre var det tvil om det etter EØS-avtalens regler i det hele tatt var adgang til å tillegge punkt 4 vekt, eller om dette ville være et brudd på EØS-retten (som gjennomført i norsk rett), som ville kunne utløse klage eller søksmål fra de andre konkurrentene, eller gransking og traktatbruddssøksmål fra EFTAs Overvåkningsorgan.

Departementets gjennomførte derfor to alternative vurderinger. Den første vurderingen tilsa at EØS-avtalen antagelig setter en skranke mot å tillegge punkt 4 noen vesentlig betydning. Dette ble ansett å være den mest korrekte tolkning av EØS-retten, og den

som de håndhevende kontrollorganer (EFTAs Overvåkningsorgan og EFTA-domstolen) med størst sannsynlighet vil komme til. Men samtidig ble det antatt å være en berettiget tvil om resultatet, på et område der EU/EØS-retten vanskelig kan sies å være entydig.

Departementet gikk derfor videre, og foretok (som det vil fremgå av de interne dokumentene) en alternativ ("subsidiær") vurdering, av hvilken betydning punkt 4 måtte tillegges etter en rent nasjonal vurdering, dersom EØS-retten likevel ikke må antas å sette en skranke. Her ble det lagt til grunn at punkt 4 ikke kunne gi noen krav på fornyelse uten utlysning, eller tildeling uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner. Samtidig kunne uttrykket "vil være det normale" forstås slik at P4 måtte tilkjennes et fortrinn fremfor de andre søkerne, som kunne gi selskapet et krav på konsesjonen, selv om andre var bedre kvalifisert. Det ble imidlertid konstatert at en slik beskyttelse av P4 uansett ikke kunne strekke seg så langt som å gi forrang fremfor en *klart bedre* kvalifisert konkurrent. I motsatt fall ville det bety at P4 hadde en garanti for fornyet konsesjon, og det vil stride mot ordlyden i punkt 4.

Konklusjonen på departementets to alternative vurderinger var altså at de ville føre til samme resultat. Dette utgjorde til sammen grunnlaget for det vedtak som ble truffet, som det vil fremgå av de interne dokumentene i saken. Departementet vil anføre at dette var en forsvarlig og fornuftig måte å håndtere de kompliserte rettsspørsmål som punkt 4 reiste.

Så langt om hvordan departementet under tildelingsprosessen rent faktisk gikk frem for å avklare P4s posisjon etter punkt 4, og hvor langt man gikk i å tolke vilkåret, isolert sett og i lys av den nasjonale og EØS-rettslige bakgrunnsretten. Det anføres her at departementet med god margin har oppfylt de krav til å utrede og avklare rettsgrunnlaget for sitt vedtak som gjelder etter alminnelig forvaltningsrett.

Noe annet er at P4 i sin klage til ombudsmannen har brakt opp ytterligere momenter og anførsler i forhold til tolkningen av punkt 4, som gjør det naturlig å gå noe grundigere inn i tolkningen av dette vilkåret. Dette er gjort i det følgende. Herunder vil departementet først kort kommentere bakgrunnen for vilkåret (5.3.2.), og deretter gå nærmere inn på hvordan den må tolkes (5.3.3). Videre drøftes andre forhold som P4 har anført til støtte for at selskapet skal ha en rettslig særstilling (5.4). Dette må så sammenholdes med de krav EØS-retten stiller, som både er et moment ved tolkingen av vilkåret, og kan sette skranke mot å gi det virkning. Dette er drøftet i avsnitt 5.5. I avsnitt 5.6 er det gitt en kort sammenfatning.

Departementet vil presisere at det må sondres mellom hvilken relevans og vekt punkt 4 som sådan er gitt, og spørsmålet om i hvilken grad man under skjønnsutøvelsen (uansett) har vurdert og vektlagt P4s etablerte posisjon som nåværende konsesjonær – herunder hensynene til investeringer, arbeidsplasser og tidligere virksomhet. Dette er behandlet i avsnitt 6.

5.3.2 Bakgrunnen for vilkåret i punkt 4

Vilkår av samme type som punkt 4 er generelt ikke vanlig i offentlige konsesjoner. Det er normalt at konsesjoner er tidsbegrenset, og at konsesjonær ikke har noe rettslig krav på fornyelse. Etter alminnelig forvaltningsrett har det som vist vært antatt at hensynet til tidligere konsesjonærs investeringer m.m. må vektlegges ved den nye tildelingen, men det har normalt ikke vært ansett nødvendig å nedfelle dette i konsesjonsvilkårene.

På medieområdet ble dette imidlertid gjort ved den første tildelingen av TV2-konsesjonen i 1991. Det er korrekt som påpekt i klagen (s. 14-16) at punkt 4 i P4s nåværende konsesjon er en kopi av et tilsvarende vilkår i TV2s opprinnelige konsesjon. De sitater som i klagen trekkes frem fra forarbeidene, både i TV2-saken og P4-saken, er i det store og hele dekkende for hva som offentlig ble uttalt om dette av departement og Storting.

Anvendelsen av slike vilkår ved den første tildeling av kommersielle kringkastingskanaler på riksplan må etter departementets syn forstås på bakgrunn av den mediepolitiske situasjon tidlig på 1990-tallet (se ovenfor avsnitt 3.1 - 3.3).

Videre må vilkårets utforming forstås ut fra TV2-tildelingen. Det var i den forbindelse det ble drøftet og vurdert. Bakgrunnen var at man antok at etablering og drift av en ny riksdekkende TV-kanal ville være meget kostnadskreven. Myndighetene (og Stortinget) ønsket også at TV2 skulle investere betydelige beløp i fjernsynsdriften.

I forhold til utlysningen og tildelingen av den radiokonsesjon som P4 Hele Norge fikk i 1992 ble det ikke i samme grad gjort slike vurderinger. Snarere ble vilkåret i punkt 4 kopiert over fra TV2-konsesjonen, uten nærmere drøftelser, verken internt eller med søkerne. Det var på visse punkter kontakt mellom (det senere) P4 og departementet om andre sider ved vilkårene, men den nå omstridte bestemmelsen i punkt 4 første ledd ble, så langt departementet har kunnet kartlegge det, ikke drøftet.

Det er derfor ingen holdepunkter for å hevde at punkt 4 har en "avtalelignende" karakter, slik det antydes i klagen. Den er ikke resultat av noe krav fra søker, eller av noen "forhandling" mellom søker og departementet. En konsesjon av denne typen er generelt en rent offentligrettslig form for myndighetsutøvelse, og det er intet ved punkt 4 som tilsier at den skal vurderes annerledes enn de andre vilkårene. Det er ikke grunnlag for å hevde at forvaltningen her har avgitt noen form for privatrettslig

dispositivt utsagn overfor P4. Den må tolkes og forstås som en rent ensidig offentligrettslig tilkjenneivelse av et vilkår.²⁴

Videre vil departementet påpeke at bruken av punkt 4 i radiokonsesjonen nok var mindre gjennomtenkt enn i TV2-konsesjonen. Etablering av en riksdekkende radiokanal av den typen som P4 fra starten la opp til, var betraktelig mindre kostnadskrevende enn etableringen av en fjernsynskanal.²⁵ Slik konkurransen i 1992 var mellom Radio Hele Norge AS (senere P4) og den andre søkeren, "P4 AS", og med den interesse begge søkere la for dagen, er det heller intet grunnlag for å hevde at noen av dem ville unnlatt å søke dersom punkt 4 hadde vært utformet annerledes. Konsesjonsperioden ble for øvrig satt til ti år, i stedet for fem år, som er det vanlige ved nærradio, nettopp for å gi en bedre mulighet for å tjene inn de ekstra investeringer som etableringen av en riksdekkende kanal ville medføre.

Det er korrekt, som påpekt av klager, at innholdet i punkt 4 ikke har vært drøftet mellom departementet og P4 i løpet av konsesjonsperioden. Dette har det ikke vært foranledning til.

Det skal nevnes at vilkår av denne typen ikke lenger brukes ved tildeling av kringkastingskonsesjoner. Det ble verken gjort i den nye TV2-konsesjonen i 2001, eller den radiokonsesjonen som nå er gitt til Kanal 4.

5.3.3 Nærmere om tolkningen av pkt 4

For departementet er det ikke helt klart hvilken rettslig posisjon P4 hevder å ha etter punkt 4. På s. 27 i klagen heter det først at vilkåret ikke gir selskapet noen "rettslig garanti for fornyelse", men at det legger "sterke juridiske føringer" på skjønnet ved en ny tildeling. Videre heter det imidlertid at punkt 4 "binder departementet til å fornye konsesjonen" dersom P4 har oppfylt vilkårene i inneværende periode, og tilfredsstillende kravene som stilles for den nye perioden. Dette er andre steder formulert slik at P4 har et "krav" på fornyelse dersom man befinner seg i en "normalsituasjon".

Disse anførselene er ikke umiddelbart enkle å forene. Anførselen om at punkt 4 legger føringer på skjønnet kan isolert forstås slik at P4 mener det er plikt til å legge vekt på

²⁴ Antydningen i klagen på side 13 om at punkt 4 er av "avtaleliggende" karakter, skjer under henvisning til avgjørelsen i Rt 1985 side 1355 (Phillipsdommen). Spørsmålet var der om staten kunne endre bestemmelser om betalingsregler og betalingsfrister for produksjonsavgift med virkning for en løpende utvinningstillatelse. Det forelå ikke noen fornyelsessituasjon slik som i nærværende sak. Førstvoterendes tok ikke standpunkt til om visse bestemmelser i utvinningstillatelsen var en del av en avtale mellom staten og rettighetshaverne, eller om utvinningstillatelsen i sin helhet måtte anses som et forvaltningsvedtak der bestemmelsene om avgifter inngikk som en del av vilkårene for rettighetene etter tillatelsen. Begrunnelse i dommen for begrensning i statens adgang til å skjerpe enkelte av de fastsatte vilkår, hvilte på en samlet vurdering av karakteren av de forhandlinger som gikk forut for resolusjonen og tillatelsene, på ordlyden i tillatelsen, spesielt generelle bestemmelser om vilkårene, og på oppfatningen både hos rettighetshaverne og statens forhandlere. Den karakter av forhandlinger tilblivelsen hadde og partenes forutsetninger ble tillagt betydning ved vurderingen av statens adgang til å endre vilkårene. Forhandlinger om vilkår ble funnet å ha vært avgjørende for selskapenes vilje til å innlate seg på oljeutvinning på norsk kontinentalsokkel, hvilket også syntes å ha preget forhandlingene.

²⁵ Dette illustreres ved at TV 2 i søknaden om konsesjon for perioden 1992-2002 la til grunn et behov for egenkapitaldekning på 500 millioner kroner. P4s behov for investeringer var bare en liten brøkdel av dette.

dets etablerte stilling og tidligere virksomhet, men at man aksepterer at det bare er ett element i en bredere skjønnsmessig vurdering. I så fall må P4 godta at andre søkere vil kunne få konsesjonen, i alle fall dersom de er vesentlig bedre kvalifisert. Neste del av anførselen, om at P4 etter punkt 4 har et "krav" på konsesjonen så lenge det har oppfylt de tidligere vilkår, og tilfredsstillende de nye, er derimot av en annen karakter. Her vises det kun til P4s *egne* forhold. Dette kan vanskelig leses annerledes enn at P4 hevder at de andre søkeres kvalifikasjoner må være irrelevante så lenge selskapet selv oppfyller visse minstekrav. I så fall ville det i realiteten ikke vært rom for noen åpen utlysning i det hele tatt. Dette har P4 imidlertid ikke hevdet.

Departementet skal ikke spekulere i hva P4 har ment å anføre, og vil i det følgende holde seg til sin egen forståelse av punkt 4. Det skal dog bemerkes at dersom P4 hevder å ha et materielt krav, uavhengig av andre søkeres kvalifikasjoner, er dette etter departementets syn uriktig. Dersom det kun anføres at punkt 4 legger føringer på skjønnet, er uenigheten mer av et gradsspørsmål, om hvorvidt P4s tidligere virksomhet er et obligatorisk eller fakultativt hensyn, og om hvilken vekt det kan eller må tillegges.

Da departementet høsten 2002 vurderte betydningen av punkt 4, kom man til at det rettslige innholdet i vilkåret vanskelig kunne sies å være helt klart. At det etter sin ordlyd er egnet til å skape visse forventninger, fremsto som klart. Hvorvidt disse forventningene kan sies å være av *rettslig* karakter ble ansett for å være mer usikkert. Departementet la til grunn at punkt 4 under ingen omstendighet kunne stenge for at det ble foretatt en åpen utlysning, eller for at det ved tildelingsvurderingen ville være adgang til også å legge vekt på de andre søkeres kvalifikasjoner. Når det gjaldt vekten av punkt 4 i en slik bredere skjønnsvurdering, ble det lagt til grunn at den i hvert fall isolert sett (uavhengig av EØS-rettens føringer) måtte tillegges betydning i P4s favør. Dette ble også gjort, slik det vil fremgå av de interne dokumentene i saken. Men utfallet av vurderingen var som nevnt at dette ikke var nok til å gi P4 noe krav på konsesjonen, i konkurranse med den klart bedre søknaden fra Kanal 4.

I sin utførlige klage til ombudsmannen hevder P4 at punkt 4 gir en rettslig beskyttelse som går lenger enn det departementet har kommet til at den kan gjøre, også etter det for selskapet gunstigste tolkningsalternativ.

På denne bakgrunn finner departementet det hensiktsmessig å gi en bredere redegjørelse for de momenter som må være av relevans for tolkningen av punkt 4. Dette er momenter som i det minste taler for at vilkåret etter en presiserende tolkning må gis et noe snevrere innhold enn ordlyden isolert sett skulle tilsi, men som også kan tale for at det ikke (lenger) har noe klart rettslig innhold. Dette siste er det for øvrig ikke nødvendig å ta stilling til, ved en vurdering av vedtakets gyldighet.

Det naturlige utgangspunkt for tolkningen av punkt 4 er etter departementets syn at tildeling og forlengelse av konsesjoner etter kringkastingsloven er underlagt

forvaltningens frie skjønn.²⁶ Et første spørsmål er da i hvilken grad forvaltningen i det hele tatt har *adgang til å forhåndsbinde* et skjønn som lovgiver har ment at den skal utøve, og det ved en binding ti år frem i tid. Dersom man anlegger den mest vidtrekkende av de tolkninger P4 anfører, at selskapet skal ha et krav på fornyelse kun basert på egen oppfyllelse av vilkårene, er det etter departementets syn tvilsomt om det ville vært adgang til en slik binding. I så fall vil punkt 4 innebære at konsesjonæren i realiteten får en stedsevarig rettighet, så lenge de formelle rammevilkår bare er oppfylt. Dette er vanskelig forenelig med lovgivers klare forutsetning om at konsesjoner skulle være tidsbegrensede, og med en ordlyd i loven som legger opp til et fritt og ubundet skjønn, både ved første gangs tildeling og senere fornyelse.

Selv om man mot formodning skulle akseptere en forvaltningsrettslig adgang for til å binde opp (eller fraskrive seg) en lovpålagt skjønnsutøvelse, har det videre formodningen mot seg at departementet i 1992 faktisk skulle ha *ment* å gjøre dette, da man utformet punkt 4. En slik klar forhåndsbinding har ikke støtte i ordlyden, og måtte for øvrig fremstå som mediepolitisk helt uhensiktsmessig. Dette skaper en presumpsjon for at punkt 4 ikke er ment å være rettslig bindende, eller i hvert fall for en innskrenkende tolkning, der graden av binding ikke strekkes lengre enn det ordlyd og reelle hensyn klart tilsier.

Videre må betydningen av punkt 4 vurderes i lys av at den nye utlysningen og tildelingsprosessen i 2002 som vist i avsnitt 3.4 var resultat av en mediepolitisk kursendring. Dersom de mediepolitiske rammevilkårene fortsatt hadde vært de samme som i 1992, kunne man talt om en "normalsituasjon". Men når myndighetene ut fra en overordnet politisk og forvaltningsmessig vurdering har behov for å bruke den nye konsesjonstildelingen til å foreta en samfunnsmessig nyttig kursendring, taler reelle hensyn sterkt imot at et uklart vilkår av denne typen skal kunne stenge for det. Dette kan også formuleres som en presumpsjon for at departementet i 1992 ikke kan ha ment å fraskrive seg adgangen til å foreta slike endringer.

Ved tolkningen av punkt 4 er det også nødvendig å se nærmere på de *formål* som vilkåret kan være ment å skulle oppfylle. Og da er det klart ut fra alle de tilgjengelige forarbeidene, som først og fremst gjelder TV2-konsesjonen fra 1991, at formålet var å sikre konsesjonærens *investeringer*. Bl.a. var dette bakgrunnen for at det i konsesjonsvilkårenes pkt. 4 tredje ledd ble tatt inn en formulering om at departementet senest når det gjenstår ni måneder av konsesjonsperioden skal ha tatt stilling til spørsmålet om fornyet konsesjon. Etableringen av en ny riksdekkende fjernsynskanal var meget kostnadskrevende, og den gang ble det i forhold til TV2 ansett nødvendig å gi en eller annen form for sikkerhet for at investeringene ville kunne tjenes inn, med rimelig avkastning. I forhold til P4 var dette formålet som vist allerede opprinnelig mindre tungtveiende, siden behovet for investeringer var langt mer beskjedent. Men dertil kommer at P4-konsesjonen viste seg å være meget inntektsbringende, slik at de

²⁶ Dette følger av tidligere kringkastingslov, av 13.06.1980 nr. 36, § 1 nr 4, som gjaldt da konsesjonen til P4 ble gitt i 1992, og av nåværende kringkastingslov § 2-1.

opprinnelige investeringene var inntjent allerede etter kort tid. Dette betyr at det opprinnelige formålet med punkt 4 for lengst er oppfylt, og at det rettslige rasjonale bak vilkåret er uttømt.

Det eneste som etter dette kan tale for å tillegge punkt 4 første ledd rettslig betydning er faktisk ordlyden. Og ved første blick er det vanskelig å se at ordlyden ikke må ha i hvert fall en viss rettslig betydning. Ved nærmere ettersyn er det imidlertid ikke lenger like opplagt.

Ordlyden i punkt 4 starter som vist med å presisere at konsesjonen er tidsbegrenset. Dette er utgangspunktet, og det skaper i seg selv en presumpsjon for at vilkåret ikke er ment å gi rettigheter ut over konsesjonsperioden.

Videre heter det altså i annet punktum at "*Konsesjonæren er ikke garantert fornyet konsesjon etter utløpet av konsesjonsperioden, men fornyelse vil være det normale*". Her fremstår hovedsetningen som det sentrale. Hvilken rettslig betydning bisetningen kan gis er mer uklart. For det første kan enhver innfortolkning av et rettskrav i bisetningen hevdes å stå i et spenningsforhold til hovedsetningen. For det andre er "det normale" ikke noe presist uttrykk, og særlig vagt blir det på et område som her, der det ikke eksisterer noen fast tidligere praksis.

Sagt på en annen måte kan det reises spørsmål om bisetningen i annet punktum ikke er for vag og uforpliktende til å kunne være bærer av et rettslig operativt utsagn. Snarere kan den like godt hevdes å ha preg av en politisk tilkjennegivelse av god vilje, som kan skape forventninger, men som ikke skaper noen rettslig forpliktelse.

I tredje setning i punkt 4 heter det så at "*Ved vurdering av spørsmålet om fornyet konsesjon vil det bli tatt i betraktning i hvilken grad konsesjonæren har fulgt og oppfylt konsesjonsvilkårene og annet relevant regelverk knyttet til kringkastingsvirksomheten*". Denne setningen har mer karakter av et operativt utsagn, men går samtidig mye kortere. Her legges til grunn at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering. Ved denne "vil" det "bli tatt i betraktning" om vilkår og regelverk er "fulgt og oppfylt".

Setningen angir etter sin ordlyd åpenbart *ikke noen uttømmende* liste over relevante momenter ved tildelingsskjønnet. Snarere synes den å forutsette at det skal foretas en bredere vurdering, etter andre kriterier, men at *også* hensynet til tidligere oppfyllelse av vilkår og regelverk vil bli tatt i betraktning.

Videre sies det intet om hvilken *vekt* dette hensynet skal tillegges, i seg selv, og veid opp mot andre momenter, dersom de trekker i motsatt retning. Det står bare at det vil bli tatt "i betraktning". Det har også formodningen mot seg at forvaltningen skulle binde seg på forhånd til å måtte tillegge ett spesielt hensyn en særskilt vekt, ved en fri skjønnsmessig vurdering. Og det gjelder særlig et hensyn av denne karakter, som kun går på om de formelle rammer for virksomheten – regelverk og konsesjonsvilkår – er fulgt og oppfylt. Slik etterlevelse må snarere sees som et minstekrav, enn som noe konsesjonæren særskilt skal belønnes for. Tanken må være at graden av tidligere

oppfyllelse er relevant ikke som belønning for utført tjeneste, men snarere fordi det kan si noe om konsesjonærens evne til å følge vilkår og regler i *fremtiden*, i den neste konsesjonsperioden. Og da må en slik vurdering like godt kunne slå ut i den tidligere konsesjonærs disfavør.

Etter ordlyden kan det vurderes ikke bare om de formelle krav er "fulgt og oppfylt", men også "i hvilken grad" dette har skjedd. Dreier det seg om et skjønnspreget vilkår, vil dette kunne være oppfylt i ulik grad, godt eller dårlig, selv om det ikke er brutt. Det gjelder ikke minst vilkåret om at "Programprofilen skal baseres på prinsippene om allmennkringkasting", som er inntatt (og utdypet) i konsesjonens punkt 5. Dersom konsesjonæren har hatt en dårlig allmennkringkastingsprofil, betyr ikke det nødvendigvis at punkt 5 er brutt, men etter punkt 4 må det altså kunne legges vedkommende til last i den neste søkerrunden.

Vekten av det moment som er nevnt i punkt 4 første ledd tredje setning vil også måtte kunne variere, avhengig av om den nye konsesjonen er en ren videreføring av den gamle, eller om det innføres nye regler eller vilkår. I punkt 4 annet ledd er det presisert at "*Ved fornyelse av konsesjonen kan vilkårene bli endret, bl.a. på bakgrunn av endrede mediepolitiske forutsetninger*". Jo større disse endringene er, desto mindre indikasjon vil oppfyllelsen (eller mangelen på sådan) av de tidligere vilkårene gi på konsesjonærens evne til å etterleve de *nye* vilkårene, som er det sentrale. Det gjelder særlig når vilkårene skjerpes. Dersom konsesjonæren bare så vidt har klart å oppfylle de tidligere konsesjonsvilkårenes kvalitative krav, vil det tvert imot kunne være en indikasjon på at vedkommende vil få problemer med å etterleve skjerpede krav i fremtiden.

På denne bakgrunn er det vanskelig å se hvordan punkt 4 første ledd tredje setning kan hevdes å binde forvaltningen til å tillegge konsesjonærens oppfyllelse av sine rammevilkår i forrige periode noen *spesiell* vekt, eller legge noen spesielt "sterk føring". Vekten vil kunne være stor eller liten, og slå ut positivt eller negativt, alt etter forholdene. Dette må det fortsatt være opp til forvaltningens frie skjønn å avgjøre.

Det som etter dette rettslig sett kan utledes av punkt 4 første ledd tredje setning er et utsagn om at det nevnte moment "vil bli" tatt i betraktning. Selv om dette ikke sier noe om vekten, kan dette tolkes slik at momentet i hvert fall må vurderes, eller med andre ord at det er obligatorisk. Noen nødvendig tolkning er dette ikke, siden ordlyden bruker "vil bli", og ikke imperativ ("skal"). Men den er nærliggende. Noe annet er hvor langt dette rekker. Å ta noe "i betraktning" betyr at det må undersøkes og vurderes. Men noen forpliktelse til å la det inngå i beslutningsgrunnlaget kan vanskelig oppstilles, dersom vektleggingen skal være fri. Og forpliktelsen til vurdering er heller ikke mulig å kvantifisere. Dersom departementet etter en foreløpig vurdering kommer til at dette ikke bør inngå i beslutningsgrunnlaget, for eksempel fordi det etter forholdene ikke sier noe om fremtidig evne til å oppfylle de nye vilkårene, så må det være adgang til det.

Etter en slik tolkning av punkt 4 første ledd tredje punktum, kan denne snarere sies å være en presisering av departementets utredningsplikt enn en "føring" på selve skjønnen.

Samlet sett er det på denne bakgrunn vanskelig å utlede noen klare rettslige krav av punkt 4 første ledd. Vilkåret gir ikke noe rettskrav på forlengelse, og legger neppe heller "føringer" på skjønnet av en slik karakter at de kan gi tidligere konsesjonær noen juridiske rettigheter. Og departementet står fritt til å la andre hensyn være avgjørende. De forventninger punkt 4 etter sin ordlyd vil kunne skape, er neppe av juridisk karakter.

At punkt 4 verken direkte eller indirekte kan sies å forutsette forlengelse, fremgår også når første ledd sammenholdes med tredje ledd, der det heter at departementet "*skal ta stilling til spørsmålet om fornyet konsesjon senest når det gjenstår ni måneder av konsesjonsperioden*". Begrunnelsen for dette vil først og fremst være å gi konsesjonæren rimelig tid til å innrette seg, for det tilfelle at han *ikke får fornyelse*.

Så langt har departementet kommentert tolkningen av punkt 4 ut fra ordlyden, i lys av at dette gjelder et spørsmål som etter loven er underlagt forvaltningens frie skjønn. Etter departementets syn er det tale om en *presiserende* tolkning, av det *rettslige* innhold i vilkåret.

En slik tolkning av punkt 4 har også støtte i den mediepolitiske utvikling siden vilkåret opprinnelig ble fastsatt i 1992, samt i utviklingen av synet på konsesjoner. Ved tolkning av et offentligrettslig vilkår vil slike forhold legitimt kunne trekkes inn.

Mediepolitisk innebærer inngangen til en ny konsesjonsperiode fra januar 2004 som vist (avsnitt 3.4) en bevisst kursendring. Da konsesjonen første gang ble tildelt i 1992, var dette på mange måter en prøveordning, og andre hensyn sto den gang mer sentralt enn hensynet til allmennkringkasting. Gjennom konsesjonsperioden har da også allmennkringkastingskravet i konsesjonens punkt 5 fungert mest som et nokså beskjedent minstekrav, både i forhold til P4s etterlevelse og departementets oppfølging.²⁷ Slik var det mulig at man ved utformingen av punkt 4 første ledd i 1992 også så for seg at det ville fortsette. Men på bakgrunn av erfaringene fra første periode, var det departementets mediepolitiske siktemål med den nye konsesjonsrunden å skjerpe kravene til allmennkringkasterrollen.

Dette har ikke bare fått klart uttrykk i de nye vilkårene, men også kommet til uttrykk gjennom den tildelingsmåte som ble valgt. Dessuten måtte det nødvendigvis legges føringer på tildelingsvurderingen. De kvalitative krav til programprofil m.m. ble ikke lenger (bare) ansett som minstekrav fastsatt av departementet. Søkerne skulle formulere sine *egne* ytelser, slik at de konkurrerte om hvem som kunne fremme den beste søknaden ut fra hensynet til å fremme allmennkringkastingsformål. Valget av konsesjonær ble i 2002 – til forskjell fra i 1992²⁸ – i hovedsak et resultat av den sammenligningen av søknadene på programsiden som det ble lagt opp til. I motsetning til i 1992, var samtlige søkere i 2002 klar over at ytelsene de hadde beskrevet i egen

²⁷ Unntaket er Allmennkringkastingsrådet, som i større grad har søkt å vurdere P4s virksomhet opp mot de standarder som allmennkringkastingsbegrepet setter. Se nedenfor avsnitt 6.3.

²⁸ Den gang sto striden først og fremst om vekten av mediepolitiske hensyn knyttet seg til eierkonstellasjonene, og dernest til finansiering og beliggenheten av hovedsetet.

søknad ville bli sammenlignet med ytelsene beskrevet i søknadene fra de andre konkurrentene. Hensikten var å finne frem til den kvalitativt beste søker. Slik departementet ser det, var det klart i samsvar med kringkastingsloven å legge opp til en slik behandlingsmåte, som leder til at allmennkringkastingsformålet blir forfulgt på beste måte.

På denne bakgrunn var det at man gjennom utlysingsprosessen la opp til en konkurranse på kvalitet, der de interesserte aktører kunne by ikke bare på oppfyllelse av minstekrav, men på hvor langt man ville kunne strekke seg utover dette. På den måten kunne departementet gjennom konsesjonsordningen operasjonalisere og optimalisere hensynet til programkvalitet, for å gi allmennheten et best mulig programtilbud.

Da punkt 4 i P4 sin eksisterende konsesjon ble unnfanget, var det ingen som hadde denne tildelingsmåten for øye. Man så den gangen for seg en tildeling gjennomført under samme forutsetninger som i 1992. Den gang var vilkårene fastsatt av departementet, og de var like for alle søkere. Valget av "skjønnhetskonkurranse" som tildelingsform utvidet de hensyn som ble aktualisert. I 1992 var det naturlig å tenke at når ny konsesjon skulle tildeles om 10 år, så ville departementet på ny formulere vilkårene, hvoretter det ville foreligge én eller flere søknader.²⁹ Alle søknadene ville forutsetningsvis oppfylle de vilkårene som departementet hadde kunngjort i sin utlysning. I denne situasjonen var det naturlig å anta at "det normale" ville bli ny konsesjon til sittende konsesjonær, med mindre særlig hensyn skulle gjøre seg gjeldende, for eksempel fordi denne ikke hadde oppfylt sine forpliktelser etter utløpende konsesjon, eller fordi det av andre grunner var noe å legge ham til last.

De betraktningene som er fremstilt her, taler for at tolkingen og anvendelsen av punkt 4 påvirkes av den forvaltningspolitiske og kringkastingspolitiske utviklingen. Ovenfor er det beskrevet hvordan den forvaltningspolitiske og kringkastingspolitiske situasjonen endret seg vesentlig fram til år 2000. Som på andre forvaltningsområder så man seg om etter mer effektive måter å oppfylle lovgivningens formål. Man opplevde en bevegelse fra passiv styring til utnyttelse av markedslignende mekanismer.

Samlet sett er det på denne bakgrunn departementets vurdering av punkt 4 at ordlyden neppe er så klar som den ved første blick kan synes, og at andre tungtveiende rettskildefaktorer (bakgrunn, formål, reelle hensyn) i dag taler imot å tillegge den rettslig betydning. Dertil kommet at punkt 4 også må tolkes i lys av EØS-rettens krav, som nærmere gjennomgått nedenfor.

²⁹ Om det var de samme eller endrede vilkår er i denne sammenheng av mindre interesse.

5.4 Andre anførte momenter til støtte for en særskilt stilling

5.4.1 Kringkastingsforskriften § 7-5

I klagen har P4 også anført andre momenter til støtte for påstanden om at selskapet skal ha en særlig beskyttet rettslig posisjon. Et av disse er kringkastingsforskriften³⁰ § 7-5, der det under overskriften "Behandling av konsesjonssøknaden om drift av lokalkringkasting" i fjerde ledd heter at:

"Ved behandling av søknad om fornyet konsesjon skal det også legges vekt på om vedkommende konsesjonær har overholdt lov, forskrifter og konsesjonsvilkår for lokalkringkasting."

P4 tilkjenner at forskriften ikke kommer direkte til anvendelse, men synes likevel å mene at den utgjør et tungtveiende argument for å tillegge hensynet til kontinuitet avgjørende vekt.

Departementet er ikke enig i dette. For det første gjelder ikke forskriften for tildeling av riksdekkende konsesjoner, så noen direkte overføringsverdi har den ikke. Tvert imot er det grunn til å merke seg at det ikke er gitt noen tilsvarende regler for riksdekkende konsesjoner.

For det andre er de hensyn som gjør seg gjeldende for lokalradio annerledes enn for riksdekkende radio. På lokalt plan er det en rekke tilgjengelige frekvenser, og tildeling (og fornyelse) er en vanlig foreteelse. Bare i Oslo er det i dag 29 konsesjonærer. Dette fører blant annet til at konkurransen mellom kanalene i seg selv bidrar til mangfold. Videre fastsettes det ved konsesjoner til lokalradio ikke programkrav, samtidig som inntektsmulighetene har vist seg å være langt mer beskjedne enn for de riksdekkende mediene. Dermed er det også mer naturlig – og større spillerom for – å legge vekt på hensynet til kontinuitet.

For det tredje er det slik departementet forstår og praktiserer forskriftens § 7-5 intet i bestemmelsen som tilsier at hensynet til tidligere konsesjonær skal tillegges en bestemt vekt, verken i positiv eller negativ retning. Det at en konsesjonær har overholdt "lov, forskrifter og konsesjonsvilkår" må først og fremst anses som en forutsetning for fornyelse (et kvalifiseringskrav), men ikke noe det skal belønnes særskilt for. En mer nærliggende tolkning er at bestemmelsen etter sin ordlyd åpner for å vektlegge kontinuitetshensyn, men ikke legger direkte føringer på hvordan dette skal gjøres, innenfor myndighetenes frie skjønn.

Leser man bestemmelsen i sin helhet, fremgår det også tydelig at den som ikke har brutt vilkårene i konsesjonsperioden verken har noe krav på fornyet konsesjon, eller

³⁰ Jf. forskrift av 28.02.1997 nr. 153. Forskriften er trukket frem i klagen på s. 20.

noe krav om at kontinuitetshensyn skal tillegges en særskilt vekt. Viktig i den forbindelse er annet ledd:

"Ved behandling av søknader om konsesjon til drift av bakkesendt allment lokalfjernsyn, skal det også særlig legges vekt på om søkeren tar sikte på å etablere et lokalt allmennfjernsynstilbud og å samarbeide med lokale organisasjoner mv. om programutvikling."

I annet ledd heter det altså at det "særlig" skal legges vekt på programtilbudet, mens det til sammenligning i fjerde ledd kun står at det "også" skal legges vekt på overholdelse av konsesjonsvilkår etc. Dermed fremgår det klart at programtilbudet kan (og skal) benyttes som det sentrale vurderingstema for utvelgelse blant de søkere som har kvalifisert seg.

På denne bakgrunn kan departementet vanskelig se at kringkastingsforskriftens § 7-5 gir noen støtte til P4s anførsler.

5.4.2 Forvaltningspraksis

På s. 20-21 i klagen anfører P4 at det ikke noen relevant norsk forvaltningspraksis vedrørende tildeling av riksdekkende kommersielle kringkastingskonsesjoner. Tildelingen av en fornyet konsesjon til TV2 i 2001 hevdes å være uten betydning, siden det her ikke var andre søkere.

Etter departementets syn er dette ikke presist. Det er korrekt at det ved tildelingen av TV2-konsesjonen viste seg ikke å være andre søkere, og spørsmålet om hvorvidt TV2 kunne sies å ha en privilegert rettslig posisjon kom derfor ikke på spissen. Derimot er det av betydning at TV2-konsesjonen ble utlyst, og at dette skjedde ved at man la opp til en åpen og fri konkurranse, uten at det i utlysningsteksten ble antydning noe om at TV2 skulle ha et rettslig fortrinn. Fra departementets side bygget dette på rettslige vurderinger, herunder av EØS-rettens rammevilkår, som senere også ble lagt til grunn ved utlysningen av radiokonsesjonen. Dersom det hadde meldt seg andre kvalifiserte søkere, ville departementet hatt rett og plikt til å foreta en full skjønnsmessig vurdering, slik det ble gjort i den foreliggende sak.

I den grad det foreligger relevant forvaltningspraksis, taler denne derfor til støtte for departementets rettsforståelse.

Til sammenligning har P4 vist til en sak, som gjelder fornyelse av en lokalfjernsynskonsesjon i Hordaland i 2002, og som det anføres at "klart må anses relevant". Argumentet synes å være at departementet ved denne tildelingen tillå kontinuitetshensyn vekt, og at man derfor må gjøre det samme i forhold til P4. I den forbindelse har P4 vedlagt et brev fra Statens medieforvaltning, samt departementets avslag på klagen fra den konkurrerende søker (bilag 25 og 26 til klagen).

Etter departementets syn er det intet ved denne saken som støtter P4s anførsler. For det første er det også i forhold til lokalfjernsyn en rekke forskjeller fra riksdekkende medier, som gjør en sammenligning mindre relevant. For lokalfjernsyn er det slik at kringkastingsforskriften fastsetter at det kun kan tildeles én konsesjon i hvert område. De formelle krav som stilles til programtilbudet er derimot normalt beskjedne. Mens en radio kan leve godt med å kringkaste et mer "enkelt" programformat, for eksempel en ren musikkradio, vil dette ikke være like lett på TV. Fjernsyn er i mindre grad et bakgrunnsmedium. Videre vil de færreste lokal-TV-stasjoner kunne konkurrere med riksdekkende kanaler dersom de satser på en tilsvarende programmering. Markedet vil i større grad fremtvinge at lokal-TV-stasjonene satser på sin nisje, som er lokalt innhold. Når kanalene fyller denne nishen har en fra et kulturpolitisk ståsted ikke sett det nødvendig å kreve en bredere allmennkringkastingsprofil.

Videre skiller lokalfjernsyn seg fra riksdekkende radio også når man ser på inntjeningen. Lokalfjernsynsbransjen har i flere år gått med store underskudd, mens riksdekkende radio som vist har vist seg å gi meget betydelige overskudd. Et visst økonomisk fundament er en forutsetning for å kunne tilby gode programmer. Innen lokal-TV kan derfor en viss vektlegging av kontinuitet i større grad bidra til at konsesjonærene får etablert et nødvendig fundament for videre satsing.

Det referat P4 gir fra klagesaken er også til dels egnet til å gi et noe skjevt inntrykk. Det er korrekt at kontinuitet ble vektlagt i denne saken, slik departementet har adgang (men ikke plikt) til å gjøre. Det er imidlertid viktig å understreke at departementet vurderte søkerens programplaner under saksbehandlingen. Resultatet av denne vurderingen kommer til uttrykk på side 3 i vedtaket:

"Departementet legger til grunn at både TV-Hordaland og Bergensavisen har de nødvendige faglige og økonomiske kvalifikasjoner. Ut over hva som er nødvendig for å betraktes som kvalifisert, vil kvaliteten på programplanene være et moment av vekt. I dette tilfellet er det imidlertid vanskelig å identifisere markante forskjeller mellom de planene søkerne har presentert. Departementet legger derfor til grunn at søkerne står nokså likt på dette punkt."

Det var først etter å ha foretatt denne kvalitetsvurderingen av søkerens programplaner at departementet gikk videre, og konstaterte at det var adgang også å legge vekt på hensynet til kontinuitet. I motsetning til den foreliggende sak, ble det altså først konstatert at søkerne var omtrent likt kvalifisert. Og departementets påfølgende uttalelser kan bare tolkes slik at det var en legitim adgang, og ingen rettslig plikt, til å vektlegge dette hensynet.

På denne bakgrunn vil departementet anføre at det ikke var noe ved denne saken som gir grunnlag for å hevde at skjønnet i den foreliggende sak er utøvet på en måte som strider mot tidligere praksis. For øvrig er en enkelt sak heller ikke tilstrekkelig til å danne noen "praksis", eller gi grunnlag for anførsler om forskjellsbehandling. Videre vil departementet forbeholde seg sin frihet etter loven til ut fra mediepolitiske

betraktninger å utøve forskjellig type skjønnsmessige vurderinger i forhold til forskjellige medier, og herunder til å vektlegge sontringene mellom fjernsyn og radio, og mellom lokal og riksdekkende kringkasting. Dersom departementet ønsker å legge mindre vekt på kontinuitetsbetraktninger i forhold til konsesjoner med stort dekningsområde og høyt inntjeningspotensial, er dette en saklig begrunnet holdning som ligger innenfor den skjønnsmyndighet loven tillegger departementet som konsesjonsmyndighet.

5.4.3 DAB-konsesjonen

På s. 23 i klagen har P4 videre vist til sin konsesjon for digital radiokringkasting (DAB) som et argument for at selskapet også skal ha et særlig krav på fornyelse av sin analoge konsesjon. Med støtte i en betenkning fra professor Jon Bing, avgitt på oppdrag av P4 (klagen bilag 19), anføres det at DAB-konsesjonen får betydning for saken på to måter.

For det første anføres det at P4 har investert (og forpliktet seg til å investere) betydelige summer i DAB-systemet, og at disse investeringene tilsier en særlig beskyttelse også av den analoge konsesjonen. Dette er drøftet nedenfor i avsnitt 6.2, under gjennomgangen av hvilken vekt departementet mer generelt har lagt på P4s investeringer. Som det vil fremgå av de interne dokumenter i saken, er hensynet til de særskilte DAB-investeringene ikke tillagt særlig vekt av departementet. P4s deltagelse i DAB er noe selskapet har gått inn i frivillig, og uten at departementet krevde det. Videre har DAB-konsesjonen en verdi i seg selv, og det er langt fra sikkert at P4 ikke vil kunne nyttiggjøre seg denne, også uten konsesjon på analog sending i den fjerde riksdekkende radiokanalen. Til sammenligning kringkaster selskapet Radio2 Digital sine sendinger over DAB-nettet uten i tillegg å ha konsesjon for analog radio.

For det andre synes P4 (eller i hvert fall professor Bing) å anføre at tildelingen av DAB-konsesjonen i seg selv pålegger departementet eller annen form for forpliktelse til også å forlenge den analoge konsesjonen. Argumentet er at det *"...bare gir forretningsmessig mening å disponere en digital konsesjon i overgangsperioden hvis man samtidig disponerer en analog konsesjon..."*. Ved departementets tildeling av DAB-konsesjonen lå det derfor "en forutsetning" også om forlengelse av den analoge konsesjonen.

Departementet er overrasket over at P4 gjengir en slik anførsel fra professor Bing, med implisitt tilslutning. Som P4 meget vel vet, ble det slett ikke lagt noen slik "forutsetning" til grunn da selskapet fikk sin DAB-konsesjon. Tvert imot.

Bakgrunnen for tildelingen av en DAB-konsesjon til P4 er å finne i St. meld. nr 62 (1996-97), der det fremgår at departementet ønsket å gi de aktører som sender på FM-båndet mulighet til også å sende via DAB. I meldingen heter det (s. 4):

”Departementet ser det som rimelig at dei nasjonale allmennkringkastarane NRK og P4 blir sikra kapasitet i DAB-systemet som i det minste svarar til den kapasiteten dei har i dag.”

Det var altså departementets klare utgangspunkt at P4s rett til DAB-kapasitet tilkom selskapet i kraft av å være allmennkringkaster. I tillegg ble det i meldingen åpnet for å tildele ytterligere en riksdekkende reklamefinansiert DAB-konsesjon til en ny aktør etter utlysning. Statens medieforvaltning (SMF) ble delegert myndighet til å tildele både den konsesjonen som skulle utlyses og den som P4 kunne få i kraft av å være allmennkringkaster. Det var en forutsetning fra departementet at det skulle godkjenne de nærmere konsesjonsvilkårene.

SMF utlyste høsten 1998 den ene DAB-konsesjonen. To aktører søkte konsesjonen. Radio 2 Digital ble tildelt konsesjonen 24. august 1999 for perioden fram til 31. desember 2010.

I 1999 startet SMF drøftinger med P4 om utformingen av deres DAB-konsesjon. SMF hadde da som klart utgangspunkt at P4s DAB-konsesjon skulle være *like lenge som selskapets analoge konsesjon*, siden det var den analoge allmennkringkastingskonsesjonen som satte dem i posisjon til å få rett til å utnytte DAB-kapasitet. Utgangspunktet var derfor at konsesjonen kun skulle løpe til 31. desember 2003. Vilkårene om programprofil og lokalisering skulle også være like de i den analoge konsesjonen.

P4 hadde innsigelser mot dette, og anførte at deres DAB-konsesjon måtte ha like vilkår og like lang varighet som Radio 2 Digital ut fra likebehandlings- og konkurransebetragtninger. P4 hadde allerede inngått en avtale med Norkring om utbygging av DAB-nettet for perioden 1. februar 1999 til 30. april 2013. P4 anførte følgende om varigheten av DAB-konsesjonen i forhold til den analoge konsesjonen:

”Vi kan heller ikke se at P4s digitale konsesjon formelt sett bør ses i noe sammenheng med selskapets eksisterende konsesjon. I vilkårene for P4s eksisterende konsesjon er det allerede regulert hva som skal skje ved utløpet av denne konsesjonsperioden.

Mulighetene for eventuelt å kunne endre konsesjonsbetingelsene ved utløpet av P4s nåværende konsesjon er i konsesjonsvilkårene med Radio 2 Digital ivaretatt i et eget punkt. Dette kan også gjøres på tilsvarende måte i P4s digitale konsesjon.”

Bilag 26: Brev av 14. desember 1999 fra advokat Gulbrandsen.

I brevet argumenterte P4 med andre ord *selv* for at lengden på perioden for DAB-konsesjonen måtte strekke seg ut over perioden for selskapets analoge konsesjon, ut fra likhets- og konkurransebetragtninger i forhold til Radio 2 Digital. Man argumenterte

med andre ord *imot* å ta hensyn til vilkårene i den analoge konsesjonen. Radio 2 Digital har ikke konsesjon til parallelle FM-sendinger.

SMFs behandling av konsesjonstildelingen strakk ut i tid. I møte med statssekretær Slettholm i august 2002 etterlyste P4 DAB-konsesjonen. P4s initiativ ga da klart inntrykk av at selskapet var interessert i å få DAB-konsesjonen selv om man på det tidspunktet visste at den analoge konsesjonen for perioden 2004-2013 var utlyst og at P4 kunne risikere å ikke ha en parallell analog konsesjon fra 2004.

Da departementet tok stilling til SMFs utkast til konsesjonsvilkår for P4s DAB-konsesjon gikk man inn for en konsesjonsperiode fram til 2010 av hensyn til likebehandling i forhold til den andre DAB-konsesjonæren og av hensyn til de investeringene P4 har påtatt seg for DAB-utbyggingen. I den forbindelse så man ikke tildelingen av DAB-konsesjonen til P4 som avhengig av den analoge konsesjonen. Samtidig ble det i konsesjonen (punkt 12) tatt inn at vilkårene for P4s DAB-konsesjon kan endres i forbindelse med at konsesjonsperioden for den analoge konsesjonen utløper 31. desember 2003. En slik endringsadgang ble ansett formålstjenlig både for å kunne endre vilkårene i DAB-konsesjonen i en situasjon der P4 ikke lenger har analog konsesjon fra 2004, og for å kunne tilpasse vilkårene i DAB-konsesjonen til vilkårene i en eventuell ny analog konsesjon. P4 fikk tildelt DAB-konsesjonen ved SMFs vedtak av 7. november 2002. Også her fremgår det at tildelingen skjer uavhengig av behandlingen av søknadene om analog konsesjon.

Bilag 27: SMFs vedtak om tildeling av DAB-konsesjon til P4 av 7.11.2002.

På denne bakgrunn vil departementet understreke at det aldri har angitt som noen forutsetning at de aktørene som har adgang til DAB skal ha mulighet til å sende via FM-båndet. Investeringene i DAB er aktørenes eget ansvar. P4 avviste å bli tildelt en DAB-konsesjon med samme varighet som selskapets analoge konsesjon, og påtok seg forpliktelser i forhold til DAB ut over den perioden de hadde rett til sendinger i FM-båndet. Myndighetene tildelte av rimelighetshensyn og under sterk tvil P4 DAB-konsesjon ut over perioden for deres gjeldende analoge konsesjon nettopp av hensyn til P4s investeringer i DAB. Noe krav på fortrinn ved tildelingen av den nye analoge konsesjonen kan dette på ingen måte gi P4.

5.5 EØS-rettslige rammer for adgangen til å særbehandle P4

5.5.1 Innledning

Så langt har departementet drøftet i hvilken grad vanlig "norsk" forvaltningsrett og vilkårenes punkt 4, tolket ut fra "norske" rettskilder, tilsier at man hadde en plikt til å gi P4 et fortrinn ved konsesjonstildelingen. Dette må imidlertid suppleres med de rammer som EØS-retten setter, for hva nasjonale myndigheter i det hele tatt har adgang til å gjøre. Dette er regler som (i det alt vesentlige) er gjennomført i norsk rett, og som

derfor både legger internrettslige og folkerettslige føringer på myndighetenes handlingsrom.³¹

Det er neppe omtvistet mellom partene at tildelingen av en kommersiell radiokonsesjon faller innenfor EØS-rettens materielle virkeområde. De grunnleggende EØS-rettslige prinsippene om ikke-diskriminering m.m. kommer med andre ord til anvendelse. Like klart er at tildeling av konsesjoner ikke er direkte regulert på detaljplan i EU/EØS-rettens sekundærlovgivning. Spørsmålet blir derfor hvilke krav de grunnleggende prinsippene setter til slike tildelinger.

Disse prinsippene er enten direkte nedfelt, eller innfortolkes, i EØS-avtalens hoveddel, som er gjort til norsk lov. I forhold til norsk forvaltningsrett vil de kunne komme inn på forskjellig måte. I den grad det er direkte motstrid med vanlig norsk rett, vil EØS-retten normalt ha forrang, og sette en rettslig skranke mot at forvaltningen fortar seg noe som den hadde plikt til etter vanlig norsk rett. Vanligere er det at EØS-retten setter forbud mot at forvaltningen gjør noe som den etter vanlig norsk rett hadde rett (kompetanse), men ikke plikt til.

Hensynet til korrekt etterlevelse av EØS-retten kan også komme inn på andre måter. For det første som et relevant og tungtveiende moment ved *tolkning* av vanlig norsk rett. Og for det andre som et sentralt hensyn ved forvaltningens *skjønnsutøvelse*. Etter lojalitetsprinsippet, som er nedfelt i EØS-avtalens hoveddel art 3, har ikke norske myndigheter bare plikt til å unngå klare, direkte brudd på avtalen, men også til å treffe "tiltak som er egnet til å oppfylle" forpliktelsene etter avtale, til å avstå fra "alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare", og til "å lette samarbeidet innen rammen av denne avtale".³²

Som det vil fremgå, ble kravet til etterlevelse av EØS-retten grundig vurdert av departementet i forbindelse med utlysningen og tildelingen av konsesjonen i 2002. Langt på vei bygget man på tidligere EØS-vurderinger, foretatt i forbindelse med TV2-utlysningen i 2000, men disse ble også gjennomgått på nytt. Dette fremgår i noen grad av de interne dokumentene i saken, og hovedpunktene i departementets syn er behandlet i det følgende.

Grovt sett reiser EØS-retten to spørsmål. Det først er om departementet hadde adgang til å tildele/forlenge konsesjonen uten åpen utlysning. Dersom man kommer til at det var plikt til å lyse ut, blir spørsmålet så hvilke føringer dette legger for den videre tildelingsvurderingen.

I klagen fra P4 er dette omtalt på s. 26-27. Her anføres at det er "usikkert" om konsesjonen måtte utlyses, men at dette er uten betydning, siden spørsmålet kun er om

³¹ Videre er EØS-reglene, som gjennomført i norsk rett, langt på vei gitt forrang fremfor "vanlige" norske regler, jf EØS-loven av 27.11.1992 nr 109 § 2. Brudd på EØS-regler kan både forfølges (internrettslig) av private rettssubjekter for nasjonale domstoler, og (folkerettslig) av EFTAs Overvåkningsorgan, gjennom en traktatbruddsprosedyre, som kan lede til dom i EFTA-domstolen.

³² Artikkel 3 i EØS-avtalens hoveddel er kopiert fra EF-traktaten art 10 (tidl. art 5), og gjelder som norsk lov. Både i forhold til tolkning og skjønnsutøvelse setter den antagelig noe strengere krav enn det som ellers ville fremgått av norsk rett.

departementet var forpliktet etter EØS-retten "til å se bort fra" vilkåret i punkt 4. Og noen slik plikt hevder P4 at EØS-retten ikke oppstiller.

Departementets syn, som utdypet nedenfor, er at EØS-retten stiller krav om at kommersielle offentlige konsesjoner av viss størrelse og verdi antagelig må lyses ut, på en åpen og gjennomsiktig måte. Og dette vil nødvendigvis legge føringer på den videre tildelingsprosessen, og de vurderinger nasjonale myndigheter legitimt kan foreta. Detaljene er overlatt til nasjonal rett. Men konkurransen må være reell, og dette setter skranker mot hvor langt en tidligere konsesjonær etter EØS-retten kan gis en forhåndsprivilegert posisjon.

Etter EØS-retten er det med andre ord tvilsomt om, og i så fall hvor langt, departementet hadde adgang til å særbehandle P4, fremfor de andre konkurrentene. Dette er et vanskelig spørsmål, uten noe helt sikkert og entydig svar. Men departementet har under prosessen søkt å håndtere det i tråd med det lojalitetskrav som etter EØS-avtalen art 3 gjelder for nasjonale offentlige organer.

5.5.2 Hadde departementet plikt til å utlyse konsesjonen?

Det første spørsmålet er om EØS-retten setter forbud mot at nasjonale myndigheter tildeler konsesjoner, uten en eller annen form for åpen kunngjøring eller utlysning, som kan gi andre aktører (nasjonale og utenlandske) en mulighet til å konkurrere om dem.

Dette var en problemstilling departementet først møtte under prosessen med ny tildeling av TV2-konsesjonen. På et tidlig stadium (i 1999) ble det diskutert å forlenge TV2s konsesjon uten ny utlysning. Da dette ble kjent, førte det til en umiddelbar reaksjon fra daværende president i EFTAs Overvåkningsorgan (ESA), Knut Almestad, som i intervju med Aftenposten uttalte at en fornyelse uten åpen konkurranse ville reise problemer, og at *"...ikke bare prinsippet om likebehandling, men også statsstøtteregler, kan komme inn i bildet"*.

Bilag 28: Artikkel fra Aftenposten 31. mars 2000.

Det kan for øvrig nevnes at omtrent på samme tid engasjerte også Konkurransetilsynet seg i saken, og sendte et brev til Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) der det ut fra (norske) konkurranserettslige betraktninger ble anbefalt at AAD burde ta kontakt med KKD, for å vurdere *"å innføre konkurranse for riksdekkende reklamefinansierte fjernsynssendinger"*.

Bilag 29: Brev fra Konkurransetilsynet til AAD av 18. januar 2000.

Trusselen om reaksjoner fra ESA førte til at det i april 2000 ble foretatt omfattende juridiske vurderinger internt i forvaltningen, for å kartlegge hvilke krav EØS-retten stilte. Herunder ble både statsstøttereglene (art 61 m.m.), reglene om fri flyt av tjenester (art 36 m.m.), og betydningen av det alminnelige ikke-diskrimineringsprinsippet (art 4 m.m.) drøftet. Det var enighet om at statsstøttereglene

neppe kom til anvendelse. I forhold til reglene om fri flyt av tjenester (herunder fjernsynstjenester) var det større usikkerhet, og her ble det fra kompetent hold antatt at de antagelig ville komme til anvendelse. Dette ble imidlertid ikke forfulgt videre, da det var enighet om at det generelle ikke-diskrimineringsforbudet, som utlagt i nyere retts- og forvaltningspraksis, antagelig uansett innebar en plikt til utlysning.

Det var på denne bakgrunn kulturminister Ellen Horn i sin redegjørelse til Stortinget den 16. mai 2000 uttalte at *"EØS-avtalens ikke-diskrimineringsprinsipp kan innebære at staten har plikt til å lyse ut konsesjonen"*, som sitert i klagen på s. 26. Konsesjonen ble senere lyst ut.

De vurderinger av EØS-retten som forvaltningen foretok våren 2000 ble utdypet senere på året, i forbindelse med utformingen av utlysningsteksten for fjernsynskonsesjonen. Og da spørsmålet om radiokonsesjonen kom opp i 2002, ble de igjen trukket frem, og lagt til grunn.

Kjernen i departementets syn er at plikten til utlysning følger av EU/EØS-rettens alminnelige prinsipper om ikke-diskriminering m.m., slik disse særskilt må antas å komme til anvendelse i forhold til tildeling av konsesjoner fra det offentlige.

For å forstå bakgrunnen for dette, er det viktig å være klar over likhetene mellom tildeling av konsesjoner, og tildeling av kontrakter med det offentlige. Selv om det også er forskjeller, er de hensyn som gjør seg gjeldende langt på vei de samme, og det vil særlig gjelde i forhold til økonomisk gunstige konsesjoner, av primært kommersiell karakter. Som kjent er tildeling av offentlige kontrakter nøye regulert i EU/EØS-retten, med en rekke krav til hvordan prosessen må foregå, og hva som er det legitime vurderingstema ved tildelingen.³³ I direktivene er det fastsatt en rekke detaljkrav, hvorav de fleste sikter mot å oppfylle det som kan sies å være de grunnleggende prinsippene – at det skal være en åpen og reell konkurranse, på like vilkår, og at den best kvalifiserte tilbyder skal få kontrakten.

Da direktivene om offentlige anskaffelser opprinnelig ble gitt, var det mange som mente at de også måtte utformes slik at de også skulle gjelde for tildeling av konsesjoner. Det var imidlertid motstand mot dette, og med ett unntak ble det ikke gjort.³⁴ Derimot har det lenge vært antatt at de alminnelige prinsippene i EU/EØS-retten (som anskaffelsesdirektivene er et detaljert uttrykk for) også gjelder for tilgrensende områder, som formelt faller utenfor direktivene.³⁵ Det har med andre ord ikke vært

³³ Jf. bl.a. EØS-avtalen art 65 og vedlegg XVI, der de relevante direktivene er inntatt. De er gjennomført (og supplert) i norsk rett ved lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr 69, og forskrift om offentlige anskaffelser av 15.06.2001 nr 616.

³⁴ Unntaket er Rdir 93/37 om offentlige bygge- og anleggskontrakter, som også gjelder for tildeling av konsesjoner på dette området.

³⁵ For tidligere rettspraksis, se bl.a. sak C-243/89 Kommisjonen mot Danmark (Storebælt-saken). Den danske regjering hadde der anført at direktivene selv ikke oppstiller noe krav om likebehandling, men EF-domstolen avfeide dette med å vise til at prinsippet om likebehandling av tilbydere lå "at the very heart of the directive", og at formålet var å sørge for utviklingen av effektiv konkurranse. Selv om direktivene ikke selv fastslo noe prinsipp om likebehandling, var dette altså en selvsagt del av bakgrunnsretten. På samme måte er det for eksempel antatt at ikke-diskrimineringsprinsippet får anvendelse også under anskaffelsesdirektivenes terskelverdier, jf Sejersted m.fl., EØS-rett s. 336 (note 325).

antatt at det faktum at konsesjoner ikke er formelt detaljregulert, skal være noe argument imot at de mer generelle prinsippene gjelder.

Det viktigste av de EU/EØS-rettslige prinsipper som på denne bakgrunn vil komme til anvendelse også på tildeling av konsesjoner er prinsippet om *ikke-diskriminering*, som er nedfelt i EØS-avtalens hoveddel art 4 (jf EF-traktaten art 12). Dette er et vidtrekkende prinsipp, som ikke bare rammer direkte nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, men også enhver skjult forskjellsbehandling, som ved bruk av andre kriterier reelt kan føre til samme resultat. Med mindre det er saklig grunn, vil dette prinsippet forby enhver offentlig bruk av prosedyrer og kriterier som (aktuelt eller potensielt) vil kunne gjøre det lettere for egne statsborgere enn for utlendinger å oppnå en fordel eller slippe en plikt.

Hvilke nærmere krav som kan utledes av ikke-diskrimineringsprinsippet m.m. i forhold til utlysning av konsesjoner var nok likevel inntil nylig ikke helt klart. I april 2000 utstedte Kommisjonen i EU imidlertid en omfattende "Fortolkningsmeddelelse" om bruk av konsesjoner,³⁶ som detaljert går inn på dette.

Bilag 30: Fortolkningsmeddelelse om koncessjoner i EU-lovgivningen, av 29.04.2000

En slik meddelelse er uttrykk for det som i EU-retten gjerne kalles "soft law", som er mye brukt, og som spiller en viktig rolle på flere områder (herunder statstøtte). Meddelelsene er ikke i seg selv uttrykk for bindende regler, men kan enten gi uttrykk for hvordan Kommisjonen vil utøve sitt skjønn, eller for hvordan den vil tolke eksisterende regler. I dette tilfellet dreier det seg om en tolkningsmeddelelse, om forståelsen av regler som allerede gjelder, både i EU-retten, og etter EØS-avtalen. Slike meddelelser blir ofte tillagt betydelig vekt av EF-domstolen, men praktisk like viktig er at de angir tersklene for når Kommisjonen vil gripe inn med gransking og kritikk av nasjonale myndigheter.³⁷ Dette gjelder også i forhold til ESA. Det hender ofte at ESA i eget navn utsteder meddelelse tilsvarende de Kommisjonen har gjort, men også der dette ikke skjer, er det fast praksis at ESA (bl.a. ut fra hensynet til homogenitet) anlegger samme tolkninger som Kommisjonen.

På denne bakgrunn har departementet antatt at Kommisjonens tolkningsmeddelelse er en sentral rettskilde også i forhold til tolkningen av hvilke plikter som her påligger norsk forvaltning etter EØS-avtalen. Dertil kommer at meddelelsen på flere punkter er fulgt opp i senere rettspraksis fra EF-domstolen, som vi skal se.

Hva angår innholdet i meddelelsen, vil departementet innledningsvis vise til pkt 2.4 om anvendelsesområdet, der det heter at alle konsesjoner er *"underkastet traktatens regler og prinsipper, for så vidt de tildeles ved akter, der kan tilregnes staten, og vedrører*

³⁶ Jf Kommissionens Fortolkningsmeddelelse om koncessjoner i EU-lovgivningen, av 29.04.2000, EF-Tidende 2000 C 121/2.

³⁷ Se for eksempel Kommisjonens pressemeddelelse av 17.10.2002 (IP/02/1509), som omtaler en formell anmodning rettet til Italia om å rette seg etter EU-retten ved tildeling av veddeløpskonsesjoner. I pressemeddelelsen heter det bl.a. at "When a major public concession is awarded without the contract being opened up to all potential European tenderers [...] European enterprises are unfairly deprived of their right to submit a bid".

udøvelse af økonomiske aktiviteter”. Og videre at *”en koncessionskontrakt, der fornyes, er at betragte som en ny koncessionskontrakt, hvilket betyder, at den er omfattet af meddelelsen*”. Det er således ikke tvil om at den omstridte radiokonsesjonen faller inn under meddelelsens virkeområde.

Som et generelt utgangspunkt fastslås det deretter i meddelelsen (pkt 3) at EU-retten ikke begrenser medlemsstatenes frihet til å benytte seg av konsesjoner. Men da må tildelingen skje etter fremgangsmåter som er forenlige med felleskapsretten:

”Koncessionskontrakter er imidlertid, ligesom enhver statslig akt, der fastsætter betingelserne for udøvelse af økonomiske aktiviteter, underkastet bestemmelserne i traktatens artikel 28-30 (tidl. 30, 34 og 36) og 43-55 (tidl. 52-66) og de principper, der er udledt af Domstolens retspraksis på området. Det drejer sig især om principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og proportionalitet.”

Kommisjonen drøfter deretter de nærmere kravene ut fra prinsippene om likebehandling og proporsjonalitet, samt ut fra prinsippet om ”gjennomsiktighet”, som henger nøye sammen med likebehandling.

Under drøftelsen av proporsjonalitet (pkt 3.1.3), slår Kommisjonen videre fast at:

”Proportionalitetsprinsippet kræver også, at man forener konkurrence og finansiel bæredygtighed; koncessionens varighed skal derfor fastsættes på en sådan måde, at den ikke indskrænker den frie konkurrence mere end nødvendigt for at sikre afskrivningen på investeringerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital, under bibeholdelse af en med driften forbundet risiko for koncessionshaveren.”

Slik departementet forstår dette, betyr det et krav om at den fordel en konsesjon innebærer ikke må gis på lengre varighet enn hensynet til forholdsmessighet tilsier, og at det deretter må skje ny utlysning og tildeling. Videre er det interessant at vurderingstemaet i følge Kommisjonen her må være hvilken tid som er nødvendig for å sikre og få en rimelig avkastning på den investerte kapital (se avsnitt 5.3.3).

I avsnittet om gjennomsiktighet (3.1.2) går Kommisjonen nærmere inn på kravet til utlysning. Herunder heter bl.a. at:

"Gennemsigtighed kan sikres ved ethvert passende middel, herunder offentliggørelse, som funktion af og under hensyn til de berørte sektors specifikke karakter. Hvordan det skal ske, overlades til de koncessionsgivende myndigheder. Disse former for offentliggørelse indeholder almindeligvis tilstrækkelige oplysninger til, at potentielle koncessionshavere kan afgøre, om de er interesserede i at deltage i proceduren (f.eks. udvælgelses- og tildelingskriterier mv.). Herudover anføres emnet for koncessionen samt arten og omfanget af de ydelser, der forventes af koncessionshaveren."

Slik departementet forstår dette, innebærer det et krav om at offentlige konsesjoner må lyses ut, på en slik måte at alle interesserte aktører får en reell anledning til å delta i konkurransen. De nærmere prosedyrene for en slik utlysning er det (til forskjell fra etter anbudsreglene) opp til nasjonale myndigheter å fastsette. Men kravet om utlysning er grunnleggende.

Kommisjonens vurderinger i meddelelsen har også støtte i EF-domstolens rettspraksis, bl.a. i den såkalte *Telaustria*-saken.³⁸ Her ble EF-domstolen spurt om hvilke prinsipper som gjelder for tildeling av kontrakter situasjoner der oppdragsgiver er omfattet av anskaffelsesdirektivene (som KKD vil være), men forholdene for øvrig medfører at direktivene ikke kommer til anvendelse. Domstolen uttalte:

"2. Selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

3. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske."

Det kan også nevnes at da de nye norske reglene om offentlige anskaffelser ble gitt, ble de EØS-rettslige reglene på området supplert med utfyllende rent "norske" bestemmelser. I den forbindelse var det heller ikke etter norsk rett aktuelt å la disse omfatte konsesjoner. I den veiledning som Nærings- og handelsdepartementet har utgitt til anskaffelsesforskriften heter det imidlertid om dette bl.a. at:

³⁸ Sak C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, Sml. 2000 s. I-10745. Se også bl.a. sak C-57/01, *Makedoniko Metro*, dom av 23. januar 2003 (foreløpig ikke publisert), særlig premiss 69.

*"Tjenestekonsesjoner er ikke omfattet av regelverket. Konsesjonene kan derfor tildeles uavhengig av anskaffelsesreglene. EØS-avtalens alminnelige prinsipper, likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet, proporsjonalitet mv., gjelder imidlertid fortsatt."*³⁹

I lys av rettskildene på området, fremstår P4s anførsel om at det er "usikkert" hvorvidt EØS-retten stiller krav til utlysning (klagen s. 26) som svakt fundert. Det samme gjelder de kilder selskapet påberoper seg til støtte for et slikt syn. For det første vises det til et brev fra en ansatt i Den Europeiske Kringkastingsunionen, som departementet vanskelig kan se hvordan kan tillegges noen rettskildemessig autoritet. For det andre siteres en setning fra Kommisjonens "Grønnbok" om Radio-Spektrum, som kun fastslår at de nærmere lisensvilkår og tildelingskriterier varierer mellom medlemsstatene. Dette er ikke omstridt, og følger av myndighetenes handlingsrom, innenfor de rammer EU/EØS-retten setter. Dertil kommer at setningen er løsrevet fra sin sammenheng. I de foregående avsnittene heter det tvert imot at:

"Tildeling af frekvenser er den proces, hvorved myndighederne giver individuelle brugere tilladelse til at anvende radiostationer eller til at udbyde radiotjenester inden for udpegede frekvensbånd. Tildelingen af radiospektrum til individuelle brugere og udstedelse af licenser til radiokommunikationsoperatører er underlagt Det Europæiske Fællesskabs retsprinsipper, herunder konkurrencereglerne. De sigter mod at skabe et ensartede forskriftsmæssige betingelser for alle brugere af radiospektrum, som bygger på åbenhed, objektivitet, ikke-diskrimination og gennemsikuelighed, og som støtte teknologiinnovation og konkurrence. (understrevet her)

Tildeling af radiospektrum og licenser inden for Fællesskabet foregår således:

Tildeling af licenser til individuelle operatører sker i medlemsstaterne, men er underlagt Fællesskabets retsprinsipper, herunder navnlig konkurrencereglerne og licensdirektivets bestemmelser."

Slik departementet leser dette, bekreftes her det syn som Kommisjonen har anført i sin tolkningsmeddelelse, og som også er lagt til grunn av EF-domstolen.

Samlet sett tilsier dette etter departementets syn at man i 2002 i denne saken antagelig hadde en plikt etter EØS-retten til å lyse ut konsesjonen, slik det ble gjort. Bare gjennom en slik utlysning var det mulig å tilfredsstille kravene til likebehandling og gjennomsiktighet, som er en forutsetning for en reell og åpen konkurranse mellom de interesserte aktørene. En slik EØS-rettslig forpliktelse står ikke i motstrid til alminnelige "norske" forvaltningsrettslige regler, eller til punkt 4 i P4s nåværende konsesjon.

³⁹ Jf Veileder til forskrift om offentlige anskaffelser (NHD) s. 17.

Det bør også nevnes at dersom man ikke hadde lyst ut konsesjonen, ville det etter departementets vurdering vært en nærliggende risiko for at dette ville utløst gransking og kritikk fra EFTAs Overvåkningsorgan, og antagelig i siste omgang også traktatbruddssøksmål for EFTA-domstolen. Denne antagelsen bygger både på daværende president Almestads reaksjoner i mars 2000 i TV2-saken, og på Kommisjonens skjerpede holdning til konsesjoner i de senere år, som det er grunn til å tro at ESA vil videreføre.

Videre ville risikoen for klage eller søksmål fra interesserte aktører (Kanal 4 eller andre) som på grunn av manglende utlysning ikke fikk anledning til å inngi søknad antagelig også vært stor. I den forbindelse kan nevnes at dette var fremme på et tidlig tidspunkt i TV2-saken, da det fortsatt var vurdert å forlenge konsesjonen uten utlysning. Dette fikk en av de potensielt interesserte aktørene, TV Invest AS, til å henvende seg til departementet, både selv og gjennom sin advokat (som er den samme advokat som nå representerer P4).

Bilag 31: Kopi av brev datert 24. september 1999 fra TV Invest AS.

Bilag 32: Kopi av brev datert 21. september 1999 fra Wiersholm, Mellbye & Bech ved advokat John S. Gulbrandsen, på vegne av TV Invest AS.

Som det vil fremgå, anføres det i denne korrespondansen at det allerede etter vanlig norsk forvaltningsrett var en plikt til å lyse ut TV2-konsesjonen. Episoden illustrerer den nærliggende risikoen for at manglende utlysning ville blitt møtt med reaksjoner fra andre interesserte aktører.

5.5.3 EØS-rettslige føringer på den videre tildelingsvurderingen

Dersom det antas at EØS-retten forpliktet departementet til å utlyse konsesjonen, blir neste spørsmål hvilken betydning dette får for den påfølgende tildelingsvurderingen, og for den privilegerte posisjon P4 hevder å ha etter punkt 4 m.v.

I klagen har P4 avvist at utlysningsplikt her kan ha noen betydning. I stedet vises det til at EØS-landene står fritt til å oppstille og håndheve nasjonale konsesjonsvilkår, og at "Et vilkår om at "fornyelse vil være det normale", og at man derfor skal se hen til konsesjonshavers oppfyllelse av konsesjonsvilkår i en foregående konsesjonsperiode, strider ikke mot noen bestemmelse i EØS-regelverket..." (s. 27).

I denne passusen kommer uklarheten i P4s anførsler vedrørende punkt 4 igjen til syne. Dersom det kun hevdes at EØS-retten ikke stenger for at kontinuitetshensyn kan ha *relevans*, er det neppe stor uenighet mellom partene. I så fall gjelder nok uenigheten bare spørsmålet om hvilken vekt slike hensyn legitimt kan tillegges, på bekostning av en konkurranse på ellers like vilkår. Men dersom P4 hevder at punkt 4 gir selskapet et materielt krav på konsesjon i en "normalsituasjon", uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner, vil dette etter departementets syn åpenbart være i strid med EØS-retten. Og uansett fremstår P4s argumentasjon på dette punkt som altfor enkel og unyansert.

Etter departementets syn er det klart at en pliktig og gjennomført utlysning nødvendigvis må legge visse føringer på den senere tildelingsprosessen. Det ligger i sakens natur. Dersom en av søkerne på forhånd skulle være gitt et krav på å få konsesjonen, uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner, ville hele utlysningen være fiktiv. Noe slikt absolutt krav, basert utelukkende på P4s egne forhold, kan det derfor under ingen omstendighet være tale om. Men videre må det også gjelde begrensninger på hvilken *vekt* hensynet til tidligere konsesjonær legitimt kan tillegges. Enhver aksept av et (større eller mindre) fortrinn for den eksisterende konsesjonær vil etter sin karakter innebære et fravik fra prinsippet om likebehandling, og hindre den frie konkurranse, ved at det blir vanskeligere for nye aktører å vinne innpass.

Til sammenligning er det etter anskaffelsesreglene et klart forbud mot å vektlegge tidligere posisjoner ved tildeling av nye offentlige kontrakter, og selv om disse reglene ikke kommer direkte til anvendelse, er de hensyn de bygger på relevante også for tildeling av konsesjoner.

Dertil kommer at det også finnes konkrete holdepunkter i Kommisjonens tolkningsmeddelelse av betydning for adgangen til å vektlegge hensynet til tidligere konsesjonær.

For det første er det klart at meddelelsen er ment å legge føringer ikke bare på plikten til utlysning, men også på den senere tildelingen. Dette fremgår i avsnitt 2.4 om meddelelsens anvendelsesområdet, der det bl.a. heter at:

”Desuden er den måde, hvorpå disse enerettigheder tildeles, underkastet traktatens bestemmelser og kan dermed falde ind under denne meddelelses anvendelsesområde.”

Av dette følger at også tildelingsfasen i følge Kommisjonen er underlagt de generelle kravene til likebehandling, åpenhet og proporsjonalitet.

Under avsnitt 3.1.1 om likebehandling heter det videre bl.a. at:

”Ligebehandlingsprincippet indebærer bl.a., at spillets regler skal være kendt af alle potentielle koncessionshavere, ligesom de skal være ens for alle. Det fremgår af Domstolens retspraksis, især af dommen Raulin og dommen Parlamentet/Rådet, at overholdelse af ligebehandlingsprincippet ikke blot indebærer ikke-diskriminatorisk adgang til en økonomisk aktivitet, men ligeledes at de offentlige myndigheder træffer alle nødvendige foranstaltninger med henblik på udøvelse af denne aktivitet. Efter Kommissionens opfattelse følger det af denne retspraksis, at princippet om fri konkurrence skal overholdes.” (understreket her)

Og videre litt lenger ned at:

"Anvender man dette princip på koncessjoner (hvilket naturligvis kun er muligt, når den ordregivende myndighed forhandler med flere potentielle koncessionshavere), kan koncessionsgiveren frit vælge en passende procedure for tildelingen, især under hensyn til den pågældende sektors karakteristika, og fastsætte de krav, som ansøgerne skal opfylde i procedurens forskellige faser. Det indebærer imidlertid, at valget mellem ansøgerne skal ske på grundlag af objektive kriterier, og at proceduren skal afvikles i overensstemmelse med de regler og fundamentale krav, som er fastsat fra starten. Hvis sådanne regler ikke er blevet fastsat, kræver princippet om ligebehandling under alle omstændigheder, at ansøgerne udvælges på et objektivt grundlag." (understreket her)

Det sentrale i disse sitatene, slik departementet leser dem, er kravet om at tildelingen skal skje på grunnlag av objektive kriterier, på vilkår som er like for alle, og med respekt for prinsippet om fri konkurranse. Dette er EU/EØS-rettslige krav som er vanskelige å forene med tanken om at den tidligere konsesjonær skal kunne gis en særskilt privilegert stilling.

Departementet vil samtidig ikke bestride at hensyn knyttet til den tidligere konsesjonærs virksomhet etter omstendighetene legitimt må kunne tillegges en viss vekt. Dette følger av prinsippet om beskyttelse av berettiget forventning, som er et anerkjent ulovfestet prinsipp i EU/EØS-retten, og som må kunne trekkes inn, og veies opp mot andre hensyn i saken. Spørsmålet er imidlertid hvilken vekt det kan gis. For det første kan det neppe i seg selv gis altfor stor vekt, uten at dette vil stride mot kravene til likebehandling og fri konkurranse. For det andre må men se nærmere på hvilke beskyttelsesverdige forventninger som foreligger. I dette tilfellet er det tale om ny utlysning av en tidsbegrenset konsesjon, og da er det klart at forventningen om forlengelse nødvendigvis ikke kan være altfor sterk.

Videre har Kommisjonen under avsnittet om proporsjonalitet som vist ovenfor angitt at konsesjoners varighet ikke må strekkes lengre enn nødvendig av hensyn til å sikre investert kapital og en rimelig avkastning. Så langt kan nok hensynet til beskyttelse av forventninger strekkes. Men dersom den investerte kapital er inntjent, og det med rimelig avkastning (eller mer), er det mer usikkert hvor langt det er adgang til å favorisere den tidligere konsesjonær.

Samlet sett taler dette etter departementets vurdering for at EØS-retten godtar at hensynet til beskyttelse av investert kapital vektlegges ved en tildelingsvurdering, selv om det i noen grad vil kunne favorisere tidligere konsesjonærer. Ut over dette må det imidlertid antas at EØS-retten legger føringer på vurderingen, og setter forbud mot kriterier som vil hindre fri konkurranse og likebehandling av søkerne. Den nøyaktige rekkevidden av disse føringene er ikke helt klar, men under enhver omstendighet ville det ikke vært adgang for forvaltningen til å gi punkt 4 den betydning som P4 anfører at den må ha.

5.5.4 Forholdet mellom EØS-retten og konsesjonens punkt 4

Den tolkning av EØS-rettens krav til utlysning og tildeling av konsesjoner som her er angitt, er i tråd med hvordan departementet ovenfor har vurdert rettstilstanden etter alminnelig norsk forvaltningsrett generelt, og det rettslige innholdet i punkt 4 spesielt. Dertil kommer at hensynet til EØS-konform tolkning, og det mer generelle lojalitetsprinsippet i art 3, i seg selv er et moment av betydelig vekt når vanlig "norsk" rett skal tolkes. Det gjelder ikke bare forståelsen av de alminnelige forvaltningsrettslige krav, men også ved tolkningen av offentligrettslige utsagn av den karakter som punkt 4 i konsesjonsvilkårene utgjør. Sagt på en annen måte er EØS-retten et tungtveiende argument for innskrenkende tolkning av punkt 4.

Videre må EØS-retten antas også å legge føringer på hvilke hensyn departementet legitimt hadde adgang til å trekke inn ved sin skjønnsmessige tildelingsvurdering, og på hvilken vekt disse hensynene kunne tillegges.

Dette er slik departementet har forstått EØS-rettens krav, og dette er grunnen til at man lyste ut konsesjonen, og ved tildelingen hadde som et rettslig alternativ at P4 ikke kunne gis noen særskilt privilegert stilling, til foretrengsel for en bedre kvalifisert konkurrent.⁴⁰

Dersom man på tross av dette likevel skulle komme til at punkt 4 gir P4 et klart rettslig beskyttet fortrinn fremfor de andre søkerne, eller sågar et materielt krav så lenge tidligere formelle rammevilkår bare er oppfylt, foreligger det imidlertid en motstrid med EØS-retten.

I en slik situasjon anføres det at departementet like fullt ville hatt en plikt etter EØS-retten til å tildele konsesjonen til den klart best kvalifiserte søker. Dette følger av at EØS-retten uansett ville måttet gå foran de rettigheter som kan utledes av vanlig "norsk" rett. Det er etter EØS-retten ikke adgang til å forlenge traktatstridige nasjonale offentligrettslige særrettigheter, slik tilfellet ville vært dersom man ga P4 et fortrinn i den nye tildelingsrunden. Og dette innebærer, så langt departementet kan se, at et slikt eventuelt "brudd" på punkt 4 ikke i seg selv kan utgjøre noen forvaltningsrettslig ugyldighetsgrunn. Den eneste kompensasjon P4 i så fall kan ha krav på er erstatning. Etter departementets vurdering foreligger det her for øvrig ikke ansvarsgrunnlag, men dette er et spørsmål som det i denne omgang ikke er nødvendig å gå nærmere inn på.

5.6 Sammenfatning – en særskilt beskyttet stilling for P4?

Som vist fant departementet høsten 2002 spørsmålet om P4s eventuelle rettslige særstilling så uklart at det ble foretatt alternative vurderinger, for å ta høyde for ulike tolkningsløsninger. Dette fikk ikke betydning for utfallet av saken, siden den særstilling

⁴⁰ Det må her imidlertid minnes om at departementet også anla en alternativ ("subsidiær") vurdering, for det tilfelle at EØS-retten ikke stengte for å tillegge punkt 4 vekt. Men som vist i avsnitt 5.6 ble heller ikke dette vurdert som tilstrekkelig til å gi P4 noe krav på konsesjonen, siden søknaden fra Kanal 4 ble vurdert som kvalitativt klart bedre.

P4 eventuelt måtte tilkjennes under ingen omstendighet kunne være så sterk at den stengte for å tildele konsesjonen til en klart bedre kvalifisert konkurrent.

De fornyede rettslige vurderinger som departementet nå har gjort endrer ikke denne konklusjonen. Isolert sett kan ordlyden i vilkåret trekke i retning av at P4 bør gis et rettslig fortrinn. Men ordlyden er ved nærmere ettersyn ikke klar. Og dertil kommer at alle de andre relevante rettskildefaktorene i saken klart taler imot. Det gjelder for det første vilkårets forhistorie og formål. For det andre utviklingen i alminnelig norsk forvaltningsrett, i synet på bruk av konsesjonsordninger, og forhåndsbinding av lovpålagt skjønn. For det tredje kommer EØS-retten inn, om ikke som en klar skranke, så i hvert fall som et tungtveiende tolkningsmoment. Og endelig er det sterke reelle hensyn som taler imot P4s anførsler, både av mediepolitisk og konkurransepolitisk karakter.

Samlet sett er det på dette grunnlag intet som støtter P4s anførsler om at departementet har lagt "feil rettsanvendelse" til grunn, eller at det selskapet etter en "korrekt" rettsforståelse skal ha noe "krav" på fornyet konsesjon.

6. DEPARTEMENTETS VURDERING AV P4S SÆRSKILTE STILLING

6.1 Oversikt over departementets vurderinger av P4s særstilling

Så langt har departementet i avsnitt 4 redegjort for hvordan man vurderte søknadene fra alle de seks aktørene, under forutsetning av at de konkurrerte på like vilkår. Videre er det i avsnitt 5 redegjort for departementets syn på de anførsler P4 har fremsatt om at selskapet har en særlig beskyttet rettslig posisjon.

Det som gjenstår, er å vise hvordan departementet *faktisk* vurderte de forhold i saken som er særegne for P4, og som etter selskapets syn skulle tilsi at det hadde en særlig beskyttet stilling. Ble dette vurdert, og i så fall på hvilken måte? Spørsmålet har nær sammenheng med drøftelsene ovenfor, men det er likevel en forskjell.

Departementet forstår P4s anførsler på dette punktet slik at det hevdes å være visse hensyn knyttet til selskapets etablerte posisjon som var *obligatoriske*, og som departementet hadde plikt til å vurdere, men som ikke ble vurdert. Dels hevdes det at departementet ikke har vurdert betydningen av punkt 4. Og dels hevdes det at man, uavhengig av punkt 4, ikke har vurdert hensynet til selskapets ansatte, og til de investeringer som er gjort.

Til dette vil departementet for det første vise til at det bare gir mening å tale om et obligatorisk hensyn ved skjønnsutøvelsen dersom det både er en *plikt* til å vurdere det, og en *adgang* til å gjøre dette. Rekkevidden av departementets plikter er som vist ovenfor omstridt. Og enkelte av de momenter P4 mener måtte trekkes inn, er slike som det etter EØS-retten ikke uten videre er adgang til å tillegge avgjørende vekt.

For det andre vil departementet understreke forskjellen mellom plikten til å vurdere et moment, og spørsmålet om hvilken *vekt* det skal tillegges. Dersom et pliktig moment ikke er vurdert, vil dette kunne være en feil ved skjønnet, som kan (men ikke trenger) å føre til ugyldighet. Dersom anførselen derimot er at det aktuelle hensyn ikke ble tillagt tilstrekkelig vekt, er man over i hensiktsmessighetsvurderingen, på et område der departementet etter loven har fritt skjønn. I så fall kan dette bare utgjøre en ugyldighetsgrunn dersom det påvises myndighetsmisbruk (grov urimelighet, vilkårlighet, usaklig forskjellsbehandling).

6.2 Vurderingen av hensynet til P4s ansatte og investeringer

I klagen anføres det på s. 7 at departementet ikke har lagt vekt på de negative konsekvenser en manglende fornyelse vil få for selskapets ansatte, og for de investeringer det har gjort. I forhold til investeringene er dette utdypet på s. 23-24.

Departementet vil påpeke at dette er galt. Disse forholdene ble vurdert, som vist til i avslaget der det heter at "Hensynet til P4s eksisterende virksomhet har inngått i den

helhetsvurdering departementet har foretatt". De videre vurderinger fremgår av de interne dokumentene i saken, som ombudsmannen har fått tilgang til.

Noe annet er spørsmålet om hvilken *vekt* departementet har tillagt disse hensynene. Her har P4 utvilsomt et annet syn enn departementet, uten at det vil kunne ha betydning for vedtakets gyldighet. I det følgende skal hovedinnholdet i vurderingene likevel kort beskrives.

I forhold til de *ansatte* i P4 var departementet selvsagt klar over at et avslag ville få en negativ effekt. Dette ble vurdert, og tillagt vekt, men ble likevel ikke ansett for å være avgjørende. For det første vil vedtaket ikke føre til noen reduksjon i det totale antallet ansatte som driver med kommersiell radio i Norge. De arbeidsplassene som måtte gå tapt i P4 vil antagelig mer enn oppveies ved de nye arbeidsplassene som blir skapt i Kanal 4 og når den femte riksdekkende radiokonsesjonen ("P5") etableres, vil dette også medføre en økning i det samlede antallet arbeidsplasser. For det andre la departementet til grunn at flere av de som i dag arbeider i P4 utvilsomt også vil kunne få jobb i Kanal 4, dersom de ønsker det. Og endelig la departementet til grunn at virksomheten i dagens P4 ikke nødvendigvis vil forsvinne selv om selskapet ikke får fornyet sin konsesjon på det "fjerde" riksnettet. Den vil, alt etter utviklingen, kunne fortsette, slik selskapet i ettertid også har sagt at den vil gjøre.

I forhold til de *investeringer* P4 har gjort, ble også dette vurdert, men resultatet var at dette ikke ble tillagt vekt i P4s favør. Selv om det for P4 som selskap ville være negativt økonomisk å ikke få konsesjonen for en ny periode, ble det lagt vekt på at selskapet i løpet av inneværende periode har hatt en meget god avkastning. Selskapets årsregnskaper i perioden har vært åpent tilgjengelige, og var kjent for departementet. Og de viser at P4 har hatt et positivt driftsresultat helt tilbake til første driftsår i 1994. Fra og med 1995 har driftsmarginen ligget på over 20 %, som er meget høyt sammenlignet med andre mediebedrifter. Selskapet har hvert eneste år hatt positive årsresultater, med unntak av 2001, da man fikk et negativt resultat, som følge av store nedskrivninger på aksjer og avsetninger til tap på utlån til datterselskap. I løpet av perioden 1993-2001 har P4 til sammen utbetalt ca 205 millioner kroner i utbytte.⁴¹

Dersom det mot formodning hadde vist seg at P4 i perioden 1993-2002 hadde hatt problemer med å tjene inn sine investeringer (med rimelig avkastning), ville dette kunne vært vektlagt i selskapets favør. Det er som vist også et moment som EØS-retten åpner for å vektlekke. Slik forholdene er, har selskapet imidlertid for lengst tjent inn de opprinnelige investeringene, og har deretter gitt sine eiere en meget betydelig avkastning. På denne bakgrunn var det ikke grunnlag for å legge vesentlig vekt på hensynet til P4s investeringer.

I klagen har P4 trukket frem enkelte særskilte investeringer, som det hevdes må tillegges vekt. Departementets syn er at det først og fremst er de totale investeringer,

⁴¹ Det inkluderer året 2001, da resultatet var negativt, men da det likevel ble utbetalt et utbytte på 32 millioner. P4 har for øvrig engasjert seg i diverse virksomhet ut over radiodriften. Tap på slike investeringer har redusert selskapets resultat merkbart over flere år.

målt opp mot inntjening, som må være avgjørende. Videre vil departementet påpeke at P4 selv har fortatt sine investeringer, og påtatt seg andre forpliktelser, vel vitende om at konsesjonen var tidsbegrenset.⁴² Og dertil kommer at de "investeringer" det vises til for det meste er slike som var nødvendige for å drive virksomheten i konsesjonsperioden, men som ikke kan gi grunnlag for noen særskilt beskyttet posisjon ut over denne. Det gjelder for det første de ca 50 millionene som P4 angir å ha investert i lokaler, driftsmidler, infrastruktur m.v. Videre gjelder det de ca 200 millionene som selskapet angir å ha betalt til Norkring, og som etter departementets syn vel snarere må sees som en samlet leiekostnad for bruken av denne infrastrukturen i konsesjonsperioden.

I forhold til investeringene i DAB-nettet legger departementet som vist til grunn at dette er en virksomhet som P4 frivillig har gått inn i, og som ikke har noen direkte tilknytning til driften av den analoge konsesjonen, eller som kan gi noen form for krav i ved spørsmålet om forlengelse av denne.

For ordens skyld vil departementet presisere at det forhold at P4 i løpet av konsesjonsperioden har vist seg å være en økonomisk meget fordelaktig virksomhet, med store overskudd på investeringene, heller ikke ble tillagt noen betydning i selskapets disfavør.

6.3 Plikt til å vurdere P4s virksomhet 1993-2002?

Det neste spørsmålet er om departementet har vurdert den virksomhet som P4 har drevet i konsesjonsperioden. Dette spørsmålet er knyttet til punkt 4 i konsesjonsvilkårene. Kjernen i punkt 4 første ledd er etter ordlyden et tilbakeskuende perspektiv, dels ved den uklare henvisningen til "det normale", men særlig ved at det i tredje punktum vises til at det *"vil bli tatt i betraktning i hvilken grad konsesjonæren har fulgt og oppfylt konsesjonsvilkårene og annet relevant regelverk knyttet til kringkastingsvirksomheten"*.

Dette reiser for det første spørsmålet om punkt 4 som sådan ble vurdert – det vil si om departementet foretok en vurdering av innholdet i vilkåret, og om det kunne gi P4 noen særlige rettigheter. Og svaret er, som det vil fremgå av de interne dokumentene i saken, at dette ble vurdert nøye. Det fikk uttrykk i avslaget, der det heter at:

⁴² At P4 på denne bakgrunn også kan ha *unnlatt* å påta seg forpliktelser fremgår av pkt 5.1 i selskapets søknad (klagen vedlegg 13, s. 14), der det heter at "Usikkerheten rundt konsesjonsfornyelse har også gjort det uforsvarlig å inngå langtidskontrakter med eksterne samarbeidspartnere, herunder også produksjonsmiljøer".

"Hensynet til P4s eksisterende virksomhet har inngått i den helhetsvurderingen departementet har foretatt. Selv om formuleringen i nåværende konsesjon § 4 ikke gir P4 noe rettskrav på ny konsesjon, og med det heller ikke var til hinder for at konsesjonen ble utlyst, har departementet tatt i betraktning at formuleringen kan bidra til å skape en viss forventning om fornyelse. For departementet har imidlertid ikke momentet blitt utslagsgivende i totalvurderingen. Kanal4 har presentert så vidt mye bedre planer for allmennkringkasting i kommende konsesjonsperiode at dette har vært avgjørende. Når frekvensressursene avsatt til radio er begrenset, er det helt sentralt å sikre at de benyttes på den kulturpolitisk mest optimale måte."

Sitatet gir et beskrivende uttrykk for den vurdering departementet foretok. Innholdet i punkt 4 ble vurdert, men man kom til at det ikke ga P4 noe "rettskrav" på ny konsesjon. I dette lå at punkt 4 ikke kunne gi P4 noe materielt krav, uavhengig av de andre søkernes kvalifikasjoner. Denne vurderingen var både basert på en tolkning av punkt 4, og på en gjennomgang av EØS-retten. I den grad punkt 4 kunne tillegges betydning, var det eventuelt bare som et moment ved skjønnet. Men dette ble ikke vurdert som utslagsgivende, ettersom søknaden fra Kanal 4 var så vidt mye bedre at det måtte være avgjørende.

Det kan med andre ord ikke anføres at departementet valgte å se bort fra spørsmålet om P4 hadde noen særskilt beskyttet posisjon etter punkt 4. Det ble vurdert. Og vurderingen var at selskapet ikke hadde noen rettslig beskyttet stilling som ga det krav på ny konsesjon fremfor Kanal 4.

Som det vil fremgå av de interne dokumentene i saken, stoppet departementet imidlertid ikke der. Det ble også foretatt en alternativ vurdering, for det tilfelle at punkt 4 måtte antas å legge rettslige føringer, og at EØS-retten ikke var til hinder for dette. Men også her ble resultatet at føringene uansett ikke kunne være så sterke at de kunne gi selskapet noe krav, så lenge en annen søker var klart bedre kvalifisert.

Den kritikk P4 gjør gjeldende på dette punktet er imidlertid ikke primært at departementet så bort fra punkt 4s betydning, men snarere at hensynet til at vilkår og regelverk var oppfylt ikke ble tillagt avgjørende betydning i selskapets favør.

Til dette vil departementet presisere at det rent faktisk ble sett hen til at P4 ikke formelt har overtrådt "konsesjonsvilkårene og annet relevant regelverk" i konsesjonsperioden. Det er ikke bestridt fra departementets side at de formelle minstekrav i perioden stort sett har vært oppfylt.⁴³ Dette var man klar over, og det ble lagt til grunn. Noe annet er at dette ikke ble tillagt særlig vekt i selskapets favør. Hadde P4 overtrådt vilkår eller regelverk ville det ha kunnet slå negativt ut, fordi det kunne reist berettiget tvil om selskapets evne og vilje til å oppfylle regler og vilkår i fremtiden. Men ettersom det ikke forelå slike brudd, ble dette ikke gjort. At det formelle rammeverk tidligere er oppfylt,

⁴³ Et unntak er kravet til programtilbud for den samiske befolkning og for smale lyttergrupper, der departementet flere ganger tidligere har påpekt at P4 ikke oppfylte konsesjonsvilkårene, se bl.a. St. meld. nr. 62 (1996-97) pkt 4.5.2.

er som vist i avsnitt 5.3.3 snarere et minstekrav enn noe konsesjonæren bør belønnes særskilt for. Men uansett ble dette vurdert. At P4 er uenig i vektleggingen, er en annen sak.

Det departementet derimot *ikke* la til grunn for sin endelige vurdering, var hvordan P4 har utøvet sin radiovirksomhet i inneværende konsesjonsperiode, ut over den nødvendigste oppfyllelse av de formelle rammevilkår. Eller med andre ord hvordan programprofilen har vært, i hvilken grad kravene til allmennkringkasting har vært oppfylt, etc. Dette ble – som P4 har understreket en rekke steder i klagen, og belyst med sitater fra statsråden – bevisst ikke tillagt vekt. Det ble vurdert å gjøre det, og departementet satt med det nødvendige materiale som i så fall skulle vært vektlagt, men man kom til at det verken var nødvendig eller hensiktsmessig å trekke det inn i beslutningsgrunnlaget.

I klagen synes dette å være anført som en mangel ved skjønnsutøvelsen. Det er en anførsel som departementet har vanskeligheter med å se det nærmere innholdet i, eller hvilken betydning P4 antar at det ville hatt for utfallet. Slik departementet ser det, og på bakgrunn av det foreliggende materialet, var det tvert imot til P4s klare *fordel* at dette ikke ble trukket inn.

Dersom departementet først skulle ha sett bakover i tid, og vektlagt P4s programvirksomhet i konsesjonsperioden 1993-2002, ut over oppfyllelsen av de formelle minstevilkår, ville det ha måttet anlegge en bredere mediepolitisk vurdering, slik det utvilsomt ville hatt adgang til. Punkt 4 kan som vist ikke hevdes å inneholde noen uttømmende liste over relevante hensyn, og det er heller ikke andre rettslige skranker som ville hindret departementet i å anlegge en bredere kvalitativ vurdering, dersom man først kom til at det var legitimt å legge vekt på tidligere virksomhet.⁴⁴ Dersom tidligere virksomhet først skal gis betydning ved vurdering av en søkers fremtidige kvalifikasjoner til å drive radiokanal, er det åpenbart ikke nok å se hen til oppfyllelse av formelle vilkår. Da må det også vurderes hvordan virksomheten kvalitativt har vært drevet.

Ved en slik vurdering ville P4 generelt ikke ha kommet heldig ut. På enkelte punkter kan selskapet utvilsomt vise til kvaliteter ved sine sendinger, og dette er da også påpekt i søknaden. Det relevante materialet som departementet for øvrig sitter med, og som ville ha blitt lagt til grunn, er imidlertid først og fremst egnet til å kaste tvil over i hvilken grad selskapet, til tross for at det har drevet i ni år, med betydelige økonomiske ressurser, i særlig grad har klart å oppfylle de kvalitetskrav som følger av allmennkringkastingsoppdraget.

⁴⁴ Slik også professor Jan Fridthjof Bernt, i hans betenkning av 11.10.1998 om "Konsesjonssøknad og konsesjonsvilkår. Følger av brudd på konsesjonsvilkår eller på forutsetninger for konsesjonstildeling", på s. 5. Betenkningen er inntatt som bilag 17 til klagen fra P4. I betenkningen drøfter professor Bernt bl.a. innholdet i pkt 4 i TV2s tidligere konsesjon, som tilsvarte pkt 4 i P4s konsesjon. Og hans vurdering er at departementet ved spørsmål om fornyelse ikke kunne være bundet av pkt 4 til å foreta en snever formell vurdering, men at det "må foretas en ganske bred vurdering av konsesjonshavers evne og vilje til å oppfylle de forutsetninger konsesjonen er gitt på".

Dette materialet er i første rekke årsmeldingene fra Allmennkringkastingsrådet, som er departementets rådgiver i allmennkringkastingsspørsmål. Departementet finner grunn til å vedlegge de relevante delene av disse rapportene. De har ikke hatt betydning for vedtaket, men de viser at en bredere vurdering av P4s virksomhet ikke ville ha kunnet lede til noe annet utfall i saken.

Bilag 33: Allmennkringkastingsrådets rapport for 1996 (utdrag)

Bilag 34: Allmennkringkastingsrådets rapport for 1997 (utdrag)

Bilag 35: Allmennkringkastingsrådets rapport for 1998 (utdrag)

Bilag 36: Allmennkringkastingsrådets rapport for 1999 (utdrag)

Bilag 37: Allmennkringkastingsrådets rapport for 2000 (utdrag)

Bilag 38: Allmennkringkastingsrådets rapport for 2001 (utdrag)

I klagen søker P4 å så tvil om relevansen av den kritikk som Allmennkringkastingsrådet gjentatte ganger har fremsatt, ved å vise til at rådets mandat er å foreta en "kulturpolitisk" vurdering av kringkastingsaktørenes programvirksomhet, og ikke noen juridisk vurdering (s. 10). Men etter departementets syn er det nettopp dette som ville vært det relevante vurderingstemaet, dersom man først skulle ha trukket inn tidligere programvirksomhet som et moment i tildelingsvurderingen. Som vist var det sentrale punkt i den nye utlysningen i hvilken grad søkerne kunne dokumentere sine kvalifikasjoner i forhold til de krav som allmennkringkastingsbegrepet setter. I den forbindelse ville det ikke vært nok kun å se hen til om P4 har oppfylt de minstekrav som har vært stilt til virksomheten. Minst like viktig ville det ha vært å vurdere hvordan selskapet har oppfylt sin rolle som allmennkringkaster. Og dette er det Allmennkringkastingsrådet som er det mest sentrale organ til å vurdere.

Departementet vil videre vise til at det ikke bare er gjennom Allmennkringkastingsrådets årsmeldinger at det formelt er reist kritikk mot P4s programvirksomhet m.m. Som det fremgår av et internt notat som P4 har fått utlevert deler av, har også departementet selv ved flere anledninger stilt spørsmål ved virksomheten. Dette har både vært gjort i forbindelse med meldinger og redegjørelser til Stortinget, og direkte i brev form til P4.

Bilag 39: Internt notat datert 27.08.2002 om "P4s oppfyllelse av konsesjonsvilkår".

Bilag 40: St.prp. nr. 1 (1995-96) "for budsjetterminen 1996, Kulturdepartementet" s. 117 og 118

Bilag 41: St.meld. nr. 62 (1996-97) "Kringkasting og dagspresse 1996 m.v." pkt. 4.5.2

Bilag 42: Mediepolitisk redegjørelse i Stortinget 28. mai 1999, pkt. 4.1

Bilag 43: Mediepolitisk redegjørelse i Stortinget 16. mai 2000 (utdrag)

Av notatet fremgår også en oversikt over den kritikk som Statens medieforvaltning (SMF) har reist mot P4 i perioden. SMF har riktignok prioritert tilsynet med fjernsyn fremfor tilsynet med radio, så noen dekkende oversikt over potensielt klanderverdige forhold er dette ikke. Men i flere saker har SMF tatt opp forhold som det fant grunn til å kommentere nærmere. Vedlagt følger den relevante korrespondansen, herunder P4s svar.

Bilag 44: Brev av 12. april 1994 fra SMF, med videre korrespondanse.

Bilag 45: Brev av 15. juli 1994 fra SMF, med videre korrespondanse.

Bilag 46: Brev av 31. august 1994 fra SMF, med videre korrespondanse.

Bilag 47: Brev av 11. august 1998 fra SMF, med videre korrespondanse.

Bilag 48: Brev av 1. november 1999 fra SMF, med videre korrespondanse.

Bilag 49: Brev av 4. januar 2002 fra SMF, med videre korrespondanse.

Departementet vil understreke at det med dette ikke søker å ta stilling til kritikken i de enkelte saker som har vært påpekt av departementet, Allmenkringkastingsrådet og Statens Medieforvaltning, eller hvilken vekt de ville ha blitt tillagt dersom de først hadde vært trukket inn i beslutningsgrunnlaget. Enkelte av sakene er så gamle at de ikke lenger ville ha hatt betydning, og i andre har P4 fulgt opp kritikken på en tilfredsstillende måte. Men sett under ett, er det klart at dette materialet ikke ville ha trukket i P4s favør, og at det sannsynligvis ville ha hatt en klart negativ effekt.

Departementet vil for øvrig vise til at det interne oversiktsnotatet er datert august 2002, og ble utarbeidet som ledd i prosessen med utlysning av konsesjonen. Det viser at departementet på dette tidspunkt hadde oversikt over den kritikk som var fremsatt mot P4 i konsesjonsperioden, og det viser hvilke momenter som ville ha blitt lagt til grunn dersom dette hadde vært trukket inn i tildelingsvurderingen. Det er derfor misvisende å si at departementet ikke har "vurdert" denne virksomheten. Det korrekte er at man har skaffet seg en foreløpig oversikt over den kritikk som offentlig har vært reist mot P4s virksomhet, og at det ble vurdert å trekke dette inn i beslutningsgrunnlaget i forbindelse med den nye konsesjonsrunden.

Når dette likevel ikke ble gjort, var det blant annet fordi departementet var usikker på om det var adgang til å gjøre dette etter EØS-retten. Men viktigere var at dette etter departementets syn var av underordnet betydning i forhold til det relevante vurderingstemaet, som var hvordan søkerne kunne dokumentere sine kvalifikasjoner med hensyn til *fremtidig* drift. I den forbindelse vil departementet for øvrig ta avstand fra de påstander som enkelte kommentatorer i pressen har fremsatt, om at man på denne måten gjorde bruk av vikarierende motiver, og at P4s tidligere virksomhet i realiteten spilte en rolle for vurderingen, selv om dette ikke ble åpent uttalt. Det er reelt

at dette ikke ble trukket inn. Og begrunnelsen var at det ikke ble ansett verken som hensiktsmessig eller nødvendig for vurderingen.

På denne bakgrunn vil departementet anføre at det ved tildelingsvurderingen både var legitimt og hensiktsmessig å se bort fra hvordan P4 i inneværende konsesjonsperiode har drevet sin virksomhet. Samtidig anføres det at dersom man hadde gjort dette, ville det ikke ha hatt noen betydning for utfallet av saken, eller for det vedtak som ble truffet.

7. EMK ART 10

7.1 Innledning

På s. 34 flg i klagen gjør P4 gjeldende at departementet har krenket EMK art 10 ved ikke å tildele selskapet ny konsesjon.

Etter departementets syn må enhver vurdering av saken i lys av prinsippet om ytringsfrihet ta som utgangspunkt at dette gjaldt tildeling av konsesjon til *én tilgjengelig* radiofrekvens. Kun én søker kunne få denne adgangen til å ytre seg. Begrensningen i antallet tilgjengelige frekvenser er en gitt størrelse, som departementet ikke kan gjøre noe med. På samme måte som tildelingen av konsesjon til P4 i 1992 begrenset andre interessenters ytringsmuligheter, vil den tildeling som nå er foretatt begrense ytringsmulighetene for andre enn Kanal 4. Ytringsfriheten er i utgangspunktet verken mer eller mindre berørt enn den ville ha vært dersom P4 hadde fått konsesjonen, i stedet for Kanal 4.

Ved tildeling av én tilgjengelig frekvens, må myndighetene velge konsesjonær ut fra saklige grunner. De hensyn som vektlegges må være saklige etter norsk rett, og de må være legitime etter EMK art 10. Departementet vil som utgangspunkt ikke bestride at konsesjonstildelingsprosessen i denne saken måtte skje innenfor rammen av EMK art 10.⁴⁵ Det betyr at tildelingen må være i henhold til lov, at den må forfølge legitime formål og at den må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Under tildelingsprosessen oppfattet ikke departementet forholdet til EMK art 10 som problematisk. Konsesjonen ble tildelt etter saklige kriterier, og gitt til den søkeren som ble vurdert å være best kvalifisert til å ivareta allmennkringkastingsoppdraget. For øvrig kan det nevnes at departementet ved tildelingen ikke foretok en vurderingen av kvaliteten av den radio P4 har stått for i sin konsesjonsperiode, jf avsnitt 6.3 ovenfor. Det oppsto dermed ikke noe spørsmål om sensur av P4 som kan hevdes å være i strid med EMK art 10.

For øvrig vil departementet påpeke at hele P4s klage i forhold til art 10 er basert på at selskapet er "fratatt" sin konsesjon. Som tidligere nevnt er dette sterkt misvisende. P4s eksisterende konsesjon utløper den 31. desember 2003. Saken gjelder tildeling av en *ny* konsesjon, for en *ny* tiårs konsesjonsperiode. Rettslig sett dreier ikke saken seg om at P4 er "fratatt" en rettighet, men om at selskapet ikke har nådd opp i konkurransen om et gode. Dette legger viktige føringer for vurderingen under art 10, og gjør at den får en helt annen karakter enn det P4 legger opp til i klagen.

⁴⁵ Se for eksempel Informationsverein Lentia and Others mot Østerrike, series A no. 276.

7.2 P4s klagepunkter

Slik departementet leser klagen, bestrider ikke P4 at lovskravet i EMK art 10 (2) er oppfylt, eller at avslaget forfølger legitime formål, slik kriteriet er utviklet av EMD. Forfølgelse av allmennkringkastingsformålet godtas i utgangspunktet (klagen s. 37). P4 fremhever imidlertid at selskapet uten ny konsesjon ikke kan fortsette sin radiovirksomhet. Dette resultatet er etter P4s syn så inngripende at det krever *"en tungtveiende ... og gyldig begrunnelse"*. Ordbruken synes å dekke to ulike anførsler.

For det første synes P4 å hevde at selskapet, fordi det i dag besitter konsesjon, etter art 10 har en beskyttelse som andre søkere ikke har. Dette fordi andre søkere ikke vil oppleve avbrudd i radiovirksomhet. P4 krever på den bakgrunn at tildeling av konsesjon til andre enn P4, må begrunnes med en spesiell overvekt av hensyn. En tildeling til P4 krever altså etter selskapets syn ikke en tilsvarende overvekt, men kan tvert om være nødvendig av hensyn til art 10 selv om P4 skulle være dårligere kvalifisert enn beste konkurrent. Dette vil bli kommentert nedenfor under avsnitt 7.4.

For det andre anfører P4 at departementets begrunnelse ikke tilfredsstillende de krav som kan oppstilles etter art 10 (2). Det fremstår ikke som klart for departementet om dette anføres som et selvstendig punkt, uavhengig av den første anførselen. Det er heller ikke klart om anførselen er avhengig av at man kommer til at det er lagt "feil faktum" til grunn. Anførselen om utilstrekkelig begrunnelse er behandlet i avsnitt 7.5. Før dette vil departementet behandle P4s generelle syn på kravene til hvilke kriterier en konsesjonstildeling kan skje i henhold til, og hvilke krav art 10 måtte stille til selve avveiningen (avsnitt 7.3).

7.3 Konsesjonstildelingen – kriteriene og avveiningen

P4 anfører (s. 37) at vurderingen av hvem som skal tildeles konsesjon etter art 10 kun kan skje etter "objektive og etterprøvbare innholdskriterier". Nederst på samme side går selskapet langt i å bestride at en konsesjonsmyndighet kan legge vekt på kvalitative forskjeller mellom søkerens programtilbud.⁴⁶ Etter departementet syn er det klart at så vel kvalitative som kvantitative vurderinger gyldig kan foretas etter art 10 (2) i denne typen saker. Departementet kan ikke se at P4 har dekning i rettskildene for det snevre kriterium selskapet oppstiller.

I henhold til praksis fra EMD er det, ved tildeling av kringkastingskonsesjoner, også tillatt å se hen til andre legitime hensyn enn de som er angitt i EMK art 10 (2). I korthet kan statene legge vekt på hensynet til å sikre pluralisme i eteren, arten og formålet til den planlagte kringkastingsstasjonen, hensynet til konkurransesituasjonen til andre

⁴⁶ Se dog note 27, men også der reduserer P4 kvalitetsorienterte vurderinger kraftig. Departementet kan for øvrig ikke slutte seg til at bredden i de forskjellige programkategorier kan karakteriseres som "kvantitet ...", jf nederst s. 37.

kringkastere, søkerens økonomiske bæreevne, samt søke å avverge privat mediemonopoldannelse.⁴⁷

I denne saken er det primært allmennkringkastingshensynet som er tillagt vekt ved vurderingen av søknadene, som vist i avsnitt 4. At en konsesjonstildeling legitimt kan bygge på kvalitative vurderinger av søknadene, er akseptert av EMD. I dommen Demuth mot Sveits, datert 5. november 2002, legger EMD i § 37 til grunn at det sveitsiske lisenssystemet var basert på et legitimt hensyn da det var "capable of contributing to the quality and balance of programs".⁴⁸ I den forbindelse kan det også vises til oppsummeringen i Eggen, Ytringsfrihet, på side 626:

"Myndighetene kan således ved sin lisenstildeling gi preferanser til visse typer kringkastingsvirksomhet som i lys av hensynene bak ytringsfriheten vurderes kvalitativt høyere enn andre typer kringkastingsvirksomhet."(understreket her)

Departementet vil presisere at det ved utlysningen ble oppstilt klart utformede kriterier for tildelingen. At avveiningen av de konkurrerende søknadene berodde på skjønn, kan ikke stride mot art 10 (2). Det forhold at kvalitet ikke uten videre kan kvantifiseres, er ikke ensbetydende med at vurderingene ikke er "objektive" eller at utvelgelses-kriteriene ikke er "innholdsnøytrale". For øvrig bemerkes at heller ikke kvantitative kriterier alltid er "objektive og etterprøvbare", i den forstand at de kan kvantifiseres tallmessig uten utøvelse av skjønn.⁴⁹

Når det gjelder den konkrete avveiningen av tildelingskriteriene, fremheves det at konsesjonen er tildelt på en ikke-diskriminerende og saklig måte, i tråd med art 10 (2). I den forbindelse vises det til Eggen, Ytringsfrihet, på side 625:

"Når det finnes flere lisenssøkere enn ledige frekvenser er myndighetene nødt til å prioritere enkelte lisenssøkere på bekostning av andre. Så lenge myndighetene fordeler de ledige frekvensene på en ikke diskriminerende og saklig måte, må det antas at avslag på lisenssøknader er i overensstemmelse med EMK art 10. Hvorvidt myndighetenes fordeling er saklig eller ikke, må vurderes på bakgrunn av EMK art 10 (2) og art 10 (1), 3 pkt. Det praktiske problem blir derfor hvilke skranker disse bestemmelsene setter for hvilke kriterier myndighetene kan vektlegge ved sin prioritering av hvem som skal få lisens..."

For øvrig må departementet ha en vid skjønnsmargin ved avveiningen av de ulike hensyn ved konsesjonstildelingen, da særlig sett hen til at det her er tale om tildeling av konsesjon til kommersiell radiokanal.⁵⁰

⁴⁷ Se for eksempel Informationsverein Lentia and Others mot Østerrike, series A no. 276, Groppera mot Østerrike, series A no. 173, og Demuth vs. Sveits, datert 5.11.02.

⁴⁸ Inngrepet ble i den saken akseptert av EMD uansett om tilgangen til frekvenser var begrenset eller ikke, jf dommens § 49.

⁴⁹ Se klagen nederst s. 32 der det fremgår at P4s tallmessige oppstilling også er basert på "skjønsmessige vurderinger".

⁵⁰ Se i denne forbindelse EMD, Demuth vs Sveits, datert 5.11.02 og EMD, Skyradio vs. Switzerland, partial decision as to the admissibility, datert 27.09.01.

I forbindelse med vurderingen av søkerne i henhold til de tillatte hensyn ("nødvendighetsvilkåret"), ber ombudsmannen om departementets syn på om det foreligger særegne forhold ved det norske samfunn eller spesielle trekk ved vårt offentlige styringssystem som har betydning for konsesjonstildelingen og forholdet til EMK art 10.

Etter departementets syn er det *i denne saken* ikke særegne norske forhold som gjør seg gjeldende ved vurderingen av EMK art 10 (2). Det er en kjent problemstilling for alle europeiske land at det både nasjonalt og regionalt er et begrenset antall frekvenser, og at man da ønsker å sikre best mulig allmennkringkasting. Videre er det, som redegjort for ovenfor, allment akseptert at statene, ved tildeling av de begrensede antall frekvenser må kunne ta hensyn til behovet for å sikre en tilstrekkelig bredde i programtilbudet.

At det i denne forbindelse må foretas til dels vanskelige avveininger, er også akseptert av EMD. Til illustrasjon kan nevnes en avvisningsavgjørelse fra EMD; Skyradio m.fl. mot Sveits, avsagt den 27.09.01. Saksforholdet var her at Skyradio AG var én av flere søkere på en konsesjon til å sende lokalradio i Zürich-området. Selskapet planla å sende radioprogrammer rettet mot ungdommer. Konsesjonen ble imidlertid tildelt Radio Tropic, blant annet under henvisning til det allerede var en lang rekke radiokanaler som rettet seg mot unge mennesker, mens Radio Tropic rettet seg mot hele befolkningen. Selskapet skulle sende program på ulike språk og ble vurdert å representere et reelt alternativ til andre radiokanaler. Skyradio AG gjorde overfor EMD gjeldende at Sveits ved dette hadde krenket selskapets rettigheter iht EMK art 10. I avvisningsavgjørelsen la EMD til grunn at avslaget innebar et inngrep etter EMK art 10 (1). I tillegg til at lovskravet og kravet til legitime hensyn var tilfredsstillende, fant EMD at avslaget var nødvendig i et demokratisk samfunn. Klagen ble derfor på dette punkt avvist som "manifestly ill-founded". Når det gjelder den konkrete avveiningen av hensynene ved konsesjonstildelingen, uttalte domstolen:

"Furthermore, in refusing to attribute the available frequency to the applicants, it does not appear unreasonable if the domestic authorities considered, inter alia, that in the area covered by the broadcasting concession there existed already different radio stations catering for young persons, whereas the radio station which eventually obtained the concession, aiming at the entire population and broadcasting music from different world regions as well as news in different languages, contributed to the integration of different segments of society.

Having regard to the margin of appreciation which is left to States in such matters and to the care with which the domestic authorities balanced the various interests, the Court finds that the interference with the applicants rights under Article 10 of the Convention was proportionate to the aims pursued and could, therefore, reasonably be considered "necessary in a democratic society" within the meaning of § 2 of this provision."

Etter departementets syn er denne avgjørelsen interessant da den viser at EMD i hvert fall ikke går lenger enn til å prøve om hensynene ved avveiningen av søknadene er legitime eller "unreasonable" og hvorvidt avveiningen av interessene var gjort med omhu ("with care"). Når det gjelder selve valget av konsesjonsinnehaver, viser EMD til statenes skjønnsmargin.

7.4 Betydningen av at P4 søkte om fornyelse av eksisterende konsesjon

Ombudsmannen ber om departementets syn på betydningen av at P4s søknad gjaldt fornyelse av en eksisterende konsesjon, og altså ikke søknad om en tildeling av en tidligere ubrukt frekvens.

Etter departementets syn er det ikke noe ved EMK art 10 som krever at en tidligere konsesjonær skal ha krav på fortrinn ved en ny tildeling, etter utløpet av første konsesjonsperiode. En slik konsesjonstildeling kan utvilsomt utlyses, og vurderingstemaet i forhold til art 10 er kun om tildelingen skjer på grunnlag av legitime hensyn, og etter en saklig avveining av disse. Det er intet rettskildemessig grunnlag for hevde at tidligere konsesjonsinnehaver ved en ny konsesjonstildeling skal ha en særegen posisjon, til fortrensel for andre, ved den nødvendighetsvurderingen som skal foretas. Det faktum at P4 allerede har hatt anledning til å sende riksdekkende radio har, som følge av frekvensknapphet, per definisjon medført at andre ikke har fått en slik mulighet. Slik sett kunne man tvert i mot argumentere for at P4, i forhold til EMK art 10 (2), i hvert fall ikke kan stå sterkere enn nye søkere. Men som det fremgår av vedtaket, la departementet blant annet vekt på hensynet til P4s etablerte posisjon. Dette antas å være et legitimt (tillatt) hensyn under EMK art 10.

I klagen hevder P4 (på s. 35) at den påståtte "nedleggelsen" av P4 får konsekvenser for allmennhetens ytringsfrihet, det vil si dens rett til å motta informasjon. Til dette er kort å si at allmennheten uansett ikke vil kunne motta informasjon gjennom mer enn én riksdekkende, analog radiokanal. Dersom P4 tildeles konsesjonen, blir allmennheten forhindret å motta sendinger fra et annet selskap. Vedtaket som er truffet er derfor ikke "konsekvensfylt" for den norske befolkning. Departementet ser det tvert om slik at allmennheten i et informasjonsperspektiv er klart bedre tjent med at konsesjonen tildeles Kanal 4 enn P4. Dette er nettopp vedtakets hovedbegrunnelse.

Departementets konsesjonstildeling kunne representert en krenkelse av EMK art 10 dersom man tenker seg at vedtaket var basert på en uholdbar motivasjon, for eksempel at staten med dette ønsket å kvitte seg med en brysom kritiker. P4 har ikke påstått at det foreligger noe slikt motiv, og det er det da heller ikke grunnlag for. Departementet fattet det aktuelle vedtaket etter en grundig vurdering av søknadene, hvor det avgjørende først og fremst var hvordan søkerne tok sikte på å oppfylle allmennkringkastingskravene. Disse kravene har grunnlag i de overordnede målene for

mediepolitikken slik de ved flere anledninger er blitt fastsatt av Stortinget.⁵¹ De politiske målsetningene er i sin tur forankret i grunnleggende prinsipper om ytringsfrihet og demokrati. Det avgjørende etter art 10 er dermed at P4s søknad ble avveid mot de øvrige søknadene, og i lys av de legitime hensynene var Kanal 4 en klart bedre kvalifisert søker. Konesjonsvedtaket utgjør derfor etter statens syn ikke en krenkelse av EMK art 10.

Skulle man mot departementets formodning komme til at art 10 inneholder et element som ved ny tildeling bidrar til å favorisere den som har innehatt en tidsbegrenset konsesjon, vil under enhver omstendighet de klare forskjellene mellom søknadene fra P4 og Kanal 4 begrunne det resultatet som departementet har kommet til.

7.5 Saksbehandlingsanførselen – mangelfull begrunnelse

I forbindelse med klagepunktene knyttet til art 10, etterlyser P4 en begrunnelse for hvorfor Kanal 4 i størst grad vil gi "et attraktivt radiotilbud" samt et "analytisk og fordypende perspektiv". P4 etterlyser også en konkret angivelse av hvorfor Kanal 4 er vurdert bedre å oppfylle allmennkringkastingsoppdraget enn P4 samt hvorfor departementets forståelse av dette oppdraget skal gå foran "lytternes – allmennhetens – smak". Det hevdes at en slik begrunnelse er et minimumskrav i henhold til art 10 (2), og nødvendighetskriteriet med dette ikke er tilfredsstillt.

Til dette vil departementet understreke at det krav til "begrunnelse" som gjelder etter EMK art 10 ikke må forveksles med begrunnelseskravet etter fvl § 25. Kravet etter EMK art 10 er at myndighetenes vedtak må bygge på et legitimt og reelt *grunnlag*. Som vist ovenfor, blant annet i avsnitt 4, kan det ikke være tvil om at departementet hadde et slikt grunnlag. Derimot stilles det etter art 10 ikke noe tilsvarende krav til utformingen av den "begrunnelse" som forvaltningen utad gir til partene i saken. Dette er regulert av nasjonal forvaltningsrett, og er behandlet nedenfor i avsnitt 8.2.

7.6 Forholdet mellom P4s konsesjonsvilkår punkt 4 og EMK art 10

Som det vil ha fremgått ovenfor, er departementets tildeling av konsesjonen til Kanal 4 godt innenfor de rammer som EMK art 10 oppstiller. Snarere kan man snu problemstillingen, og spørre om det etter art 10 ville ha vært adgang til å gi P4 en slik privilegert rettslig særstilling som selskapet etter punkt 4 i vilkårene hevder å ha.

Departementet finner det ikke nødvendig å ta stilling til dette, men vil påpeke at man ved håndteringen av punkt 4 uansett ikke vil kunne gå ut over de hensyn som det etter art 10 er tillatt å legge vekt på.

⁵¹ Jf bl.a. behandlingen av St.meld. nr. 57 (2000-2001) "I ytringsfrihetens tjeneste" og Regjeringens årlige budsjettproposisjoner

Som redegjort for i avsnitt 5.3.3 ovenfor, hadde punkt 4 til formål å sikre selskapets investeringer. All den tid P4 meget raskt tjente inn disse, gjorde dette hensynet seg ikke gjeldende ved den nye konsesjonstildelingen. Det var således ikke nødvendig å ta stilling til om dette ville ha vært legitimt i henhold til EMK art 10.

Som det fremgår av avsnitt 6 ovenfor, har departementet, blant annet som følge av punkt 4, også sett hen til om P4 har brutt sine formelle rettslige rammevilkår i forrige periode. I den grad dette kan si noen om selskapets fremtidige evne til å etterleve regler og vilkår, må det være legitimt etter art 10.

Ut over dette er det for departementet ikke åpenbart hvilke andre anførte sider ved punkt 4 som det etter art 10 ville ha vært legitimt å legge vekt på. Sagt med andre ord, er det etter departementets vurdering snarere P4 som må vise at selskapets tolkning av punkt 4 er forenlig med art 10.

⁵² Se for eksempel Demuth vs. Sveits, datert 5.11.02, para.33 og 34.

⁵³ Klagen side 38, 2 avsnitt.

⁵⁴ Se for eksempel Informationsverein Lentia and Others mot Østerrike, series A no. 276.

⁵⁵ Se for eksempel admissibility-avgjørelsen Skyradio m.fl. mot Sveits, avsagt den 27.09.01

⁵⁶ Se i denne forbindelse EMD, Demut vs Sveits, datert 5.11.02 og EMD, Skyradio vs. Switzerland, partial decision as to the admissibility, datert 27.09.01.

⁵⁷ Jf bl.a. behandlingen av St.meld. nr. 57 (2000-2001) "I ytringsfrihetens tjeneste" og Regjeringens årlige budsjettproposisjoner

⁵⁸ Eggen, Vernet om ytringsfriheten etter art 10 i EMK s 173

8. DEPARTEMENTETS SAKSBEHANDLING OG BEGRUNNELSE

8.1 Departementets saksbehandling

I klagen fra P4 er ikke feil ved saksbehandlingen eksplisitt anført som noen ugyldighetsgrunn. I anførselene om "feil faktum" ligger det imidlertid implisitt at P4 mener at departementet ikke har undersøkt grundig nok det programtilbud selskapet tilbød i sin søknad. Slik er dette også oppfattet i ombudsmannens brev av 5. februar, der det på s. 3 heter at anførselen "reiser spørsmål knyttet til departementets saksbehandling og utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 første ledd om å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes".

Etter departementets syn er det ikke grunnlag for å hevde at utredningsplikten skal være brutt i denne saken. Som det vil fremgå av avsnitt 4 ovenfor, og særlig avsnitt 4.3, har saken tvert i mot vært gjenstand for en *særlig grundig* behandling og utredning. Departementet anså dette for å være en omfattende og viktig sak. Den ble høyt prioritert, og det ble internt satt av store ressurser for å gi den en forsvarlig og uttømmende behandling. Dette vil også fremgå av de interne dokumentene i saken. Ved vurderingen av P4s programtilbud fulgte man det opplegget som selskapet selv la opp til i søknaden, og sammenholdt det eksisterende programtilbudet (søknaden kapittel 4) med "Programplaner og -profil i neste konsesjonsperiode" (kapittel 5). Til sammen ga dette et godt grunnlag for å vurdere P4s programtilbud for konsesjonsperioden 2004-2013, både i forhold til kvalitet og kvantitet.

Det P4 egentlig anfører, er at departementet skulle ha foretatt en full, kvantitativ omregning, og deretter sammenholdt P4s tilbud med tilbudet fra Kanal 4, kategori for kategori, og time for time. Som vist i avsnitt 4 var det sentrale vurderingstema for departementet imidlertid ikke en kvantitativ sammenligning, men en bredere *kvalitativ* vurdering. I forhold til et slikt vurderingstema er en rent kvantitativ oppstilling av mindre interesse. Dertil kommer at en omregning av den typen som P4 nå selv har gjennomført (i tabellen på s. 32 i klagen) som vist i avsnitt 4.4.4 er problematisk, og i stor grad vil påvirkes av hvilke premisser som legges til grunn for beregningene. Noen foranledning til å gå inn på en slik vanskelig og usikker øvelse, i forhold til samtlige søknader, kan departementet ikke se at det hadde. Det er heller ikke noe ved den tabell P4 nå har utarbeidet som tilsier at resultatet i saken ville ha blitt annerledes.

På denne bakgrunn vil departementet anføre at man fullt ut har oppfylt de utredningskrav som generelt følger av forvaltningsloven § 17 første ledd.

Når dette er sagt, vil departementet påpeke at det her dreier seg om en forvaltningsprosess som ble gjennomført gjennom utlysning og åpen konkurranse, på grunnlag av et detaljert "søknadsdokument" (vedlegg 12 til klagen). Selv om konsesjonen ikke ble lagt ut på "anbud", ble det brukt en prosessform av anbudslignende karakter. Dette må etter departementets syn legge føringer på omfanget av forvaltningens utredningsplikt. Ved en slik prosess er det i første rekke

opp til søkerne selv å gi et fullstendig og forpliktende tilbud, slik de også ble oppfordret til. Hensynet til likebehandling setter grenser for hvor langt departementet deretter på egen hånd bør gå i å "tolke inn" elementer i søknaden som ikke er beskrevet, og for adgangen til å gi de enkelte søkerne anledning til substansielt å utfylle sine søknader, etter at de har blitt gjort kjent med konkurrentenes tilbud. Noe formelt "forhandlingsforbud" gjelder ikke, slik som i anskaffelsesretten, men de grunnleggende hensyn er langt på vei de samme, og dette må ha betydning for rekkevidden av utredningsplikten etter fvl § 17 første ledd.

Dersom ombudsmannen likevel skulle komme til at saken burde ha vært utredet ytterligere, på den måten som P4 legger opp til i klagen, vil departementet (subsidiært) anføre at dette uansett ikke ville ha fått noen betydning for resultatet i saken, jf fvl § 41. Vurderingstemaet må fortsatt være av kvalitativ karakter, og da er det intet ved de kvantitative beregninger P4 nå har presentert som gir grunnlag for å anta at vurderingen ville ha fått et annet utfall.

8.2 Begrunnelsen for vedtaket

På s. 39-40 i klagen anfører P4 at begrunnelsen for departementets vedtak ikke tilfredsstillende de krav som Høyesterett har stilt til vedtak av inngripende karakter. Som grunnlag for dette trekkes det frem tre forhold som etter selskapets vurdering skulle vært nærmere begrunnet.

For det første hevder P4 at begrunnelsen ikke sier noe om hvorfor departementet har "sett bort fra" punkt 4. Som det vil fremgå av vedtaket (og av det avslag P4 mottok) er dette ikke korrekt. I vedtaket er det presisert at hensynet til P4s eksisterende virksomhet har inngått i helhetsvurderingen, og det er videre vist til at punkt 4 har vært vurdert, men ikke ble funnet å være "utslagsgivende i totalvurderingen", siden Kanal 4 hadde presentert et så vidt mye bedre tilbud at det måtte være avgjørende. Dette er i korte, men beskrivende, trekk nettopp kjernen i departementets forståelse av hvilken betydning punkt 4 måtte ha i saken.

For det andre anfører P4 at vedtaket burde ha redegjort for "vurderingen ut fra medieeierskapslovens formål og prinsipper". Her heter det imidlertid allerede på første side i vedtaket at departementet blant annet har lagt vekt på "de formål og prinsipper som legger til grunn for" medieeierskapsloven. Etter alminnelig forvaltningsrett er det ikke noe krav om at de nærmere vurderinger som ligger til grunn for et vedtak må ha kommet eksplisitt til uttrykk i begrunnelsen. Det avgjørende er å vise til hva som rent faktisk har vært vurdert av departementet, se f. eks. Rt 1993 s. 587. Som det vil fremgå av redegjørelsen ovenfor i avsnitt 4.6, samt av de interne dokumentene i saken, har departementet foretatt en vurdering av hensynet til mediepluralisme m.m., og i den forbindelse er det lagt et korrekt faktum til grunn. Som vist kom man etter en konkret vurdering til at dette hensynet ikke ville være utslagsgivende i saken, og da er det heller ikke noen plikt til å begrunne dette nærmere.

Som en siste anførsel gjør P4 gjeldende at det ikke fremgår av vedtaket at departementet har foretatt en forsvarlig vurdering av forholdet til EMK art 10, og at det derfor ikke er mulig å avgjøre om det er lagt en riktig rettsoppfatning til grunn.

Til dette vil departementet påpeke at det ikke hadde noen plikt til å uttale seg om forholdet til EMK art 10, eller for den saks skyld Grunnlovens § 100. Disse regelsettene oppstiller ytre skranker for skjønnsutøvelsen, og vedtaket er ikke hjemlet i bestemmelsene. Det er derfor ingen plikt til å vise til dem, jf forvaltningsloven § 25. For fullstendighetens skyld kan det også påpekes at departementet kun har plikt til å gjøre oppmerksom på hjemmelen dersom parten ikke er kjent med dem. P4 er utvilsomt kjent med eksistensen av og innholdet i EMK art 10, som det også fremgår av punkt 6 i klagen.

Generelt vil departementet vise til at et hovedformål med forvaltningens begrunnelsesplikt er å sette sakens parter i stand til å vurdere grunnlaget for vedtaket, for på den måten å kunne ta stilling til om det skal angripes, ved klage eller på annen måte. Etter departementets syn er P4s omfattende og utførlige klage til ombudsmannen det beste bevis på at selskapet har vært i stand til å gjøre dette. Gjennom denne klageprosessen, og det svar departementet med dette avgir til ombudsmannen, vil P4 få ytterligere grunnlag for å vurdere og ta stilling til vedtaket.

Samtlige av de anførsler som P4 gjør gjeldende mot vedtakets begrunnelse går først og fremst ut på at departementet skulle ha redegjort nærmere for sine rettslige vurderinger, og har således nær sammenheng med anførselen om "feil rettsanvendelse". Ovenfor under avsnitt 5 har departementet gjort nærmere rede for hvilke rettslige vurderinger som ble lagt til grunn for vedtaket. Dersom ombudsmannen kommer til at departementets rettsanvendelse har vært korrekt, er det uansett ikke noe grunnlag for å hevde at eventuelle mangler ved begrunnelsen kan ha hatt noen betydning for sakens utfall.

På denne bakgrunn kan departementet ikke se at det er mangler ved vedtakets begrunnelse som skulle ha noen betydning for dets gyldighet. Vedtaket er kortfattet, men det viser til de momenter som har vært avgjørende for utfallet av saken, og det har satt P4 i stand til å vurdere sin rettsstilling, og til å bringe saken inn for ombudsmannen, til etterprøving.

Avslutningsvis vil departementet vise til at P4 i klagen også har trukket frem enkelte løsrevne sitater fra de uttalelser statsråden har avgitt i tiden *etter* at vedtaket ble truffet, slik disse er gjengitt i pressen. Hensikten med dette synes å være å så tvil om den reelle begrunnelsen for vedtaket. Selv om det ikke har noen betydning for vurderingen av vedtakets gyldighet, finner departementet det på denne bakgrunn hensiktsmessig å vedlegge de skriftlige utspill som statsråden i ettertid har avgitt i saken.

Bilag 50: "Kanal 4 har den beste søknaden", Valgerd Svarstad Haugland, Dagens Næringsliv 27.12.2002

Bilag 51: "Den beste søkeren fikk konsesjonen", Valgerd Svarstad Haugland, VG, 7.01.2003.

Som det vil fremgå, er statsrådets uttalelser her i samsvar med den begrunnelse som ble gitt for vedtaket, og som nå er utdypet ved departementets svar til ombudsmannen. Kjernen i saken er at Kanal 4 etter en bred skjønnsmessig totalvurdering ble ansett for å være den klart best kvalifiserte søkeren, og at P4 ikke har en rettslig særstilling som er så sterk at det da kunne gi selskapet noe krav på å få konsesjonen. På denne bakgrunn er ingen av de anførsler som P4 har fremsatt i klagen av en slik karakter at de kan rokke ved vedtakets gyldighet.

Med vennlig hilsen

Roy Kristiansen e.f.
ekspedisjonssjef

Øyvind Christensen
avdelingsdirektør

Kopi m/bilag er sendt til P4 v/advokalfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech og Kanal 4.