

SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSE

I SAK OM

KLAGE FRA P4 RADIO HELE NORGE ASA – SPØRSMÅL OM KONSESJONSTILDELING FOR RIKSDEKKENDE REKLAMEFINANSIERT RADIO

Innholdsoversikt:

- I. Innledning
- II. Ombudsmannens behandling av saken
- III. Beslutningen om å undersøke grunnlaget for P4s klage
- IV. Foreleggelsen for departementet herfra – Partenes anførsler
 - V. Hva kan Ombudsmannen gjøre i saken?
 - VI. Mitt syn på saken – Framstillingen videre
 - VII. Oversikt over saksforholdet
 - VIII. Saksbehandlingen
 - IX. Betydningen av EØS-reglene
- X. Allmennkringkastingsoppdraget – P4s og Kanal4s konsesjonssøknader
- XI. Konsesjonsfornyelse – Alminnelig forvatningsrett – Spesiell forvaltningsrett
 - XII. Konsesjonsbestemmelsen om fornyelse
 - XIII. Betydningen av yringsfriheten – EMK artikkel 10
 - XIV. Sammenfattende vurdering og konklusjon

I. Innledning.

Den 20. desember 2002 traff Kultur- og kirkedepartementet (KKD) vedtak om å gi Kanal4 AS (Kanal4) konsesjon for sending av riksdekkende reklamefinansiert radio i ti år fra 1. januar 2004. P4 – som har konsesjonen for denne typen sendinger fram til og med 31. desember 2003 – fikk i vedtak samme dag avslag på sin søknad om konsesjon / fornyelse av nåværende konsesjon. Den 23. januar 2003 klaget P4 Radio Hele Norge ASA (P4) til Sivilombudsmannen. Klagen ble framsatt av Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS (WMB), på vegne av P4.

Etter å ha undersøkt saken, er min **konklusjon** at jeg på rettslig grunnlag ikke kan rette avgjørende innvendinger mot KKD's vedtak. Nedenfor følger en redegjørelse for behandlingen av saken her, for bakgrunnen for saken og for mitt syn på de spørsmål saken reiser.

II. Ombudsmannens behandling av saken

Etter å ha gjennomgått klagen fra WMB, besluttet jeg å ta saken opp til nærmere undersøkelse. Saken ble tatt opp med KKD i brev herfra 5. februar 2003. Grunnlaget for de spørsmål som ble stilt var hovedsakelig de klagegrunnene WMB hadde framholdt på vegne av P4 i sin klage hit, den begrunnelsen for konsesjonsavgjørelsene som departementet gav i sine brev 20. desember 2002 til Kanal4 og P4 og departementets avgjørelse av P4s innsynskrav i brev til WMB 5. januar 2003. KKD svarte på henvendelsen herfra i brev 26. februar 2003 med vedlegg. KKD gav i brevet en forholdsvis omfattende redegjørelse for sitt syn på konsesjonssakene, og på P4s krav og anførsler. Departementets svar var imidlertid ikke disponert som spesifikke svar på spørsmålene herfra. På grunn av den måten KKD valgte å besvare spørsmålene herfra på, har jeg funnet det hensiktsmessig først å gi et sammendrag av det jeg har oppfattet som partenes hovedanførsler (nedenfor punkt IV). Dernest vil jeg gjengi hovedpunktene i skriftvekslingen mellom partene og ombudsmannen. Som del av min vurdering av saken inngår også skriv 19. mars 2003 fra WMB, brev 3. april 2003 fra KKD, WMBs brev 16. april 2003 og KKD's brev 8. mai 2003. I tillegg til skriftvekslingen mellom P4 og KKD, har Kanal4 og selskapets advokat vært orientert om partenes skriv og selv også inngitt en redegjørelse for Kanal4s syn på sakene i brev 19. februar 2003. Jeg nevner dessuten at WMB på vegne av P4 også påklaget til ombudsmannen KKD's avslag på innsyn i departementets interne saksdokumenter. Denne klagen førte ikke fram, og den saken ble avsluttet ved mitt brev 7. mai 2003 til WMB. Jeg har imidlertid både ved vurderingen av konsesjonssakene og innsynskravet hatt fullt innsyn også i KKD's interne saksdokumenter.

III. Beslutningen om å undersøke grunnlaget for P4s klage

Som nevnt ble departementet tilskrevet i brev herfra 5. februar 2003. I brevet ble det først vist til de forhold som i hovedsak lå til grunn for min beslutning om å undersøke saken nærmere. Blant annet ble det påpekt at «ombudsmannens behandling av en sak forutsetter

som hovedregel at klagemulighetene i forvaltningen har vært benyttet før saken bringes inn for ombudsmannen, jf. ombudsmannsinstruksen av 1980 § 5 første ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom Kongen i statsråd er eneste klageinstans som står åpen, jf. ombudsmannsinstruksen § 5 tredje ledd.» Det var situasjonen i denne saken. P4 hadde etter forvaltningsloven klagerett over konsesjonsavslaget til Kongen i statsråd, men hadde istedet valgt å bringe saken inn for ombudsmannen. Begrunnelsen for unntaksregelen i ombudsmannsinstruksen § 5 tredje ledd er at ombudsmannens arbeidsområde etter ombudsmannsloven § 4 første ledd bokstav b) ikke omfatter avgjørelser «truffet i statsråd». I dette tilfellet var vedtakene om konsesjonstildelingen fattet av Kultur- og kirkedepartementet og saken hørte under ombudsmannens arbeidsområde. Dermed forelå vilkårene for å ta klagen til behandling.

I brevet til departementet ble det videre påpekt at siktemålet med undersøkelsene ville være å søke å avklare om det i forbindelse med behandlingen av og tildelingen av konsesjonen var gjort feil eller begått urett overfor P4, jf. ombudsmannsloven § 3, jf. ombudsmannsinstruksen § 1.

IV. Foreleggelsen for departementet herfra – Partenes anførsler

1. Foreleggelsen

P4's klage 23. januar 2003 bygget anførsler og påstander på en rekke faktiske forhold og rettslige anførsler og vurderinger. De sidene ved saken som ut fra en foreløpig gjennomgang og vurdering framstod som mest sentrale, ble tatt opp med KKD i brev herfra 5. februar 2003. For ordens skyld nevner jeg stikkordsmessig de hovedpunktene som ble tatt opp med departementet i foreleggelsen herfra:

- Økonomiske forutsetninger
- Medieeierskap
- Oppfyllelsen av allmennkringkastingsoppdraget
- P4s oppfyllelse av konsesjonsvilkår mv.
- Investeringer mv.
- Konsesjonsbestemmelsen om fornyelse – utlysning
- EØS-reglene
- Ytringsfrihet – EMK Artikkel 10

2. P4's anførsler:

P4 mener at KKD's vedtak i konsesjonssaken er ugyldige. Dette gjelder både vedtaket om å gi konsesjonen til Kanal4, og å avslå P4s konsesjonssøknad. Som grunnlag for dette anfører P4 fire selvstendige ugyldighetsgrunner: Vedtakets begrunnelse er utilstrekkelig; vedtaket bygger på uriktig rettsanvendelse og skjønnsutøvelse; departementet har lagt til grunn feil faktum og vedtaket er i strid med EMK art. 10. Feilene har virket bestemmende på vedtakets innhold.

P4 har anført å ha et rettskrav på fornyelse av konsesjonen. Punkt 4 i P4s gjeldende konsesjonsvilkår (konsesjonsbestemmelsen), sett i sammenheng med de øvrige relevante rettslige argumenter, medfører etter P4s syn at selskapet hadde et rettskrav på fornyelse av konsesjonen dersom kanalen hadde oppfylt konsesjonsvilkårene, oppfylt kriteriene i utlysningsteksten til den nye konsesjonen, og var villig til å akseptere de vilkår departementet måtte stille for den nye konsesjonsperioden. P4 mener å ha oppfylt sine forpliktelser i konsesjonsperioden, og at det derfor foreligger en «normalsituasjon» hvor P4 har krav på fornyelse. Som utgangspunkt godtas at det er opp til forvaltningens «frie skjønn» å avgjøre hvilken søker som skal få en konsesjon. Forvaltningen står imidlertid ikke like fritt ved vurderingen av om tidsbegrensede konsesjoner med enerett til radiovirksomheten skal fornyes etter utløpet av (den første) konsesjonsperioden. I denne saken er departementets skjønnsfrihet sterkt begrenset, særlig på grunn av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse som normalsituasjonen. Det er derfor feil rettsanvendelse når departementet har sett bort fra punkt 4 i konsesjonsvilkårene, og ikke lagt tilbørlig vekt på P4s virksomhet i konsesjonsperioden.

Når departementet var i tvil med hensyn til forståelsen av hva konsesjonsbestemmelsen punkt 4 innebar, tilsier forvaltningens alminnelige veiledningsplikt at P4 og andre aktuelle aktører eller interessenter i ny konsesjonsperiode i forkant av utlysningen og konsesjonssøknadene skulle ha vært gjort oppmerksom på dette.

Departementet har heller ikke vektlagt andre hensyn det hadde plikt til å vurdere, særlig hensynet til forutberegnlighet og beskyttelse av interessene knyttet til P4s investeringer og ansatte. Kanal4 var – ut fra KKD's egen vurdering og argumentasjon – å foretrekke i forhold til bare ett enkeltstående hensyn; planene for løsningen av allmennkringkastingsoppdraget. Dette innebærer at departementet har truffet et vilkårlig vedtak. Dette har også hatt som følge at departementet ikke har maktet å gi en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor Kanal4s konsesjonssøknad var «kvalitativt klart bedre» enn P4s søknad.

EØS-avtalen innebærer ingen begrensninger for forvaltningens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i saken. Konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse til P4 som normalsituasjonen er virksom etter sitt innhold uten at EØS-reglene innebærer at den skulle være ugyldig, eller at EØS-avtalen for øvrig reduserer bestemmelsens rettslige innhold og betydning. EØS-avtalen medfører ingen plikt til å lyse ut fornyelse av konsesjoner, og i alle fall ikke for denne typen konsesjoner og myndighetsutøvelse. Fornyelsesordninger finnes i en rekke EØS-land, og dette er ikke i strid med EØS-retten. Det vil heller ikke være i strid med EØS-avtalens diskrimineringsforbud (art. 4) å vektlegge fornyelsesklausulen; en eventuell forskjellsbehandling i favør av P4 ville i tilfelle skje på grunn av P4s gjeldende konsesjon og selskapets stilling som eksisterende konsesjonær, og ikke på grunn av nasjonalitet.

KKD har bygget på feil eller mangelfulle faktiske omstendigheter som grunnlag for sin skjønnsmessige vurdering av hvilken søker som skulle tildeles konsesjon, når det har lagt til grunn at Kanal4 i sin konsesjonssøknad har beskrevet og lovet et programtilbud som kvalitets- og kvantitetsmessig er «vesentlig eller klart bedre» enn innholdet av P4s konsesjonssøknad. Departementet har i liten grad undersøkt hvilket programtilbud P4 har presentert, og sammenligningen med Kanal4 bygger på et sviktende faktisk grunnlag. En korrekt sammenligning fra departementets side ville vist at P4s programtilbud er bedre enn Kanal4s tilbud. I tilnærmet alle programkategorier har P4 framsatt et kvantitetsmessig bedre tilbud enn Kanal4. Det er vanskelig i forhold til de aktuelle programkategorier å se noen klar kvalitetsmessig forskjell. Dessuten er det vanskelig å forstå hvordan KKD med så stor sikkerhet kan legge til grunn at kvaliteten på programtilbudet fra Kanal4 som en «papirkanal» er klart bedre kvalitetsmessig enn P4s søknad som tar utgangspunkt i nesten ni års faktisk radiodrift.

Det anføres også at det var på det rene at P4 var en bedre søker enn Kanal4 i forhold til de økonomiske forutsetningene for å gjennomføre allmennkringkastingsoppdraget. Også når det gjaldt sammenligningen av eierkonstellasjonene i selskapene, sett i forhold til de hensyn medieeierskapsloven av 1997 skal ivareta var P4 er bedre søker.

Vedtaket om ikke å fornye P4s konsesjon innebar et inngrep fra KKD i P4s ytringsfrihet, jf. P4s rettigheter etter EMK art. 10 og inkorporeringen av bestemmelsen i og med menneskerettsloven av 1999. Et vedtak om ikke å fornye konsesjonen til en eksisterende konsesjonær er mer konsekvensfylt for ytringsfriheten enn å nekte en førstegangssøker konsesjon. Dette innebærer at det for ikke å medføre brudd på EMK art. 10 må stilles strenge krav til departementets begrunnelse for å vise at vedtaket var nødvendig i et demokratisk samfunn. Noen slik forsvarlig begrunnelse er ikke gitt, og vedtaket tilfredsstillende ikke EMKs nødvendighetskrav. P4 bestrider ikke at departementet etter EMK art. 10 lovlig kan legge vekt på i hvilken utstrekning konsesjonssøkerne oppfyller en allmennkringkastingsforpliktelse ved en vurdering som er basert på objektive og innholdsneutrale kriterier. Det avgjørende kriterium for tildeling av konsesjonen til Kanal4 var imidlertid departementets subjektive syn først og fremst på kvaliteten på programtilbudet, uten forankring i objektive kriterier. Slike subjektive og ikke-etterprøvbare kvalitetskriterier og vurderinger utgjør ingen forsvarlig begrunnelse i forhold til nødvendighetskriteriet i EMK art. 10.

Dersom departementet ikke engang vurderte forholdet til EMK art. 10 i prosessen knyttet til konsesjonsavgjørelsene, har departementet dessuten oversett et hensyn eller en regel det har plikt til å vurdere. Dette er en selvstendig ugyldighetsgrunn.

I norsk rett stilles det, ut over de krav som følger av EMK art. 10, selvstendige og strenge krav til begrunnelsen ved særlig inngripende vedtak. Formålet med begrunnelsen er å «gjøre det mulig å vurdere om departementet har lagt en riktig rettsoppfatning til grunn». Begrunnelsen i denne saken tilfredsstillende ikke disse kravene. Vedtakene etterlater tvil om alle relevante forhold har vært overveid. KKD's rettsanvendelse og skjønnsetteelse er først

begrunnet i ettertid gjennom departementets svar til ombudsmannen. Det er ikke mulig å avgjøre om departementet har lagt en riktig rettsoppfatning til grunn. Begrunnelsen gjør det også umulig å vurdere i hvilken grad departementet har vurdert forholdsmessigheten av vedtaket. Det er blant annet vist til Høyesteretts dom i den såkalte Isene-saken, inntatt i Rt. 1981 s. 745.

3. Kultur- og kirkedepartementet har i det vesentlige anført:

Vedtakene er gyldige. De bygger på en korrekt rettsanvendelse, og på en korrekt og dekkende forståelse av de aktuelle faktiske omstendigheter. Det foreligger ikke noe brudd på EMK, og det er ikke mangler ved begrunnelsen for avslaget overfor P4, i alle fall ikke av en slik karakter at det kan ha betydning for gyldigheten av konsesjonsavgjørelsene.

Saken gjelder tildeling av en ny konsesjon som danner grunnlaget for riksdekkende reklamefinansiert radio i en tiårs periode. Departementet understreker at P4 ikke har blitt «fratatt» noen konsesjon. P4s søknad har vært vurdert å tilfredsstillere mer enn de minstekrav som måtte legges til grunn for å tildele konsesjon. Det riktige er å si at P4 ikke nådde helt opp i konkurransen om et gode fordi søknaden fra Kanal4, ut fra en samlet vurdering, var klart bedre.

KKDs vurdering var hovedsakelig av kvalitativ karakter. Det mest sentrale kriteriet i vurderingen var oppfyllelsen av allmennkringkastingsoppdraget. Departementet er ikke enig i at dette kan gis et rent kvantitativt innhold, og det er ikke riktig at det rent kvantitative ble tillagt betydelig vekt, slik P4 har hevdet. Allmennkringkastingsbegrepet knytter seg hovedsakelig til kvalitative aspekter ved innholdet av mediernes programmer. Departementet foretok en vurdering av de kvalitative aspektene av søknadene med utgangspunkt i utlysningsteksten for konsesjonen, og vurderte hvilke søkere som hadde det beste tilbudet innenfor hver enkelt av de forhåndsfastsatte kategoriene. Programtilbudene ble vurdert både i forhold til bredde og dybde. Vurderingen var at Kanal4 kom gunstigst ut i forhold til de andre søkerne for så vidt gjelder bredde, og at de presenterte en profil som i større grad enn de andre søkerne indikerte vilje og forpliktelse til å gå i dybden. Departementet har også understreket at kulturpolitiske og mediefaglige vurderinger av programplanenes kvalitet ligger i kjerneområdet for departementets diskresjonære myndighet eller frie skjønn.

KKD har i sine vurderinger også tatt hensyn til søkerens økonomi og formålet med medieeierskapsloven. Hensynene ble imidlertid nærmest ansett som «terskelmomenter». P4 og Kanal4 måtte begge anses å oppfylle minimumskravene. Det har hele tiden vært framhevet fra departementets side at hensynet til oppfyllelsen av allmennkringkastingsoppdraget – med andre ord det kvalitative og kvantitative innholdet i programplanene for konsesjonsperioden – var det sentrale vurderingstemaet i saken. Av den grunn kan det da vanskelig være «uforholdsmessig» eller «ensidig» at det er lagt stor, og under gitte forutsetninger, avgjørende vekt på dette hensynet.

Utfallet av vurderingene av konsesjonssøkernes programplaner for allmennkringkastingsoppdraget var at Kanal4 framstod som «den klart best kvalifiserte» søkeren med et vesentlig mer forpliktende og bedre programinnhold. Vurderingen av søkernes kvalifikasjoner hører uansett under forvaltningens frie skjønn, jf. kringkastingsloven av 1992 § 2-1. Det innebærer at både domstolene og ombudsmannens adgang til å gå inn i og etterprøve de nærmere skjønnsmessige vurderingene her, er sterkt begrenset. Så lenge departementets avgjørelser bygger på riktige og dekkende faktiske forhold, og en forsvarlig saksbehandling, kan vedtak bare kjennes ugyldig ut fra den såkalte myndighetsmisbrukslæren. Myndighetsmisbrukslæren medfører at avgjørelsen må anses ugyldig dersom beslutningene er truffet på en vilkårlig måte, at det i forhold til lovens formål er tatt utenforliggende eller usaklige hensyn eller at resultatet i sakene framstår som grovt eller sterkt urimelig. Etter KKD's mening synes P4s uenighet og innvendinger i stor grad å rette seg mot departementets skjønnsmessige vurderinger og vektlegging av enkeltmomenter knyttet til sitt diskresjonære skjønn. Dette kan ikke få betydning for vedtakets gyldighet.

Under tildelingsprosessen var KKD i tvil om punkt 4 i P4s konsesjonsvilkår kunne gi P4 et rettslig fortrinn ved konsesjonstildelingen. Ordlyden i konsesjonsbestemmelsen punkt 4 kunne tale for dette, men de øvrige rettskildene trakk etter departementets syn i motsatt retning. Departementets kvalitative vurdering av konsesjonssøkernes planer for løsningen av allmennkringkastingsoppdraget innebar at et eventuelt rettslig fortrinn for P4 uansett ikke rakk langt nok; konsesjonens punkt 4 kunne ikke rekke så langt at den gav P4 noe krav på konsesjonsfornyelse i konkurranse med en søker som tilfredsstilte minimumsvilkårene og i tillegg hadde inngitt en programplan som beskrev en klart bedre løsning av allmennkringkastingsoppdraget. Dersom P4 skulle hatt krav på fornyelse dersom visse vilkår var oppfylt, ville konkurransen mellom søkerne blitt fiktiv. En slik framgangsmåte ville departementet ikke hatt rettslig adgang til, og det ville da overhodet neppe vært adgang til å lyse ut konsesjonen.

Etter departementets oppfatning er det ikke noe alminnelig krav etter loven eller konsesjonsvilkårene at forvaltningen ved utlysning av en tidsbegrenset konsesjon har en plikt til å vektlegge den eksisterende konsesjonærens etablerte stilling og tidligere virksomhet. Blant annet taler hensynet til en åpen og effektiv konkurranse mot det. Den tidligere konsesjonæren kan bare gis en særskilt privilegert stilling dersom særlige hensyn skulle tilsi dette. P4s eksisterende konsesjonsvilkår er ikke tilstrekkelig i så måte. Ordlyden i konsesjonsvilkårene er egnet til å skape visse forventninger, men det er tvilsomt om disse forventningene kan sies å være av rettslig karakter. Det øvrige rettskildebildet skaper en formodning for at klausulen ikke er ment å være rettslig bindende. Klausulen gir ikke noe rettskrav på fornyelse av konsesjonen, og legger neppe heller rettslige føringer på departementets skjønn.

EØS-retten begrenser departementets handlefrihet. Departementet må ta hensyn til EØS-rettens krav til åpenhet, objektivitet, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. EØS-rettens alminnelige prinsipp om ikke-diskriminering, jf. art. 4, stiller sannsynligvis krav

om at offentlige konsesjoner av en viss størrelse og verdi som danner en nødvendig forutsetning for kommersiell virksomhet, må lyses ut på en åpen og gjennomslutlig måte. Departementet hadde derfor plikt til, og i alle fall en rett til, å lyse ut konsesjonen på en måte som gav alle interesserte aktører en reell anledning til å delta i konkurransen. Plikten og adgangen til utlysning må også legge føringer på den videre tildelingsprosessen. Det er begrensninger i hvilken vekt som kan legges på hensynet til tidligere konsesjonær, selv om dette hensynet er relevant. En aksept av et rettslig fortrinn for eksisterende konsesjonær – i dette tilfellet P4 – er ikke i samsvar med krav til likebehandling og vil begrense eller hindre den frie konkurransen. Å gi P4 et rettskrav på fornyet konsesjon ville være forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalens diskrimineringsforbud på grunnlag av nasjonalitet i art. 4; for overtredelse av denne bestemmelsen er det tilstrekkelig at P4s særstilling potensielt kan stille en utenlandsk aktør svakere i konkurransen. EØS-retten er derfor et tungtveiende argument for en innskrenkende tolkning av konsesjonsbestemmelsen om fornyelse som normalsituasjonen i punkt 4 i P4s konsesjonsvilkår.

KKD anfører videre at det ved tildelingsvurderingen både var legitimt og hensiktsmessig ikke å legge vekt på eller vurdere P4s søknad ut fra hvordan P4 har drevet sin virksomhet i inneværende konsesjonsperiode. Dersom dette hadde blitt vektlagt, ville det ikke tjent P4s sak, og uansett ikke hatt noen betydning for utfallet av saken. Departementet har vist til og lagt fram de aktuelle rapporter fra 1996 til og med 2001 fra Allmennkringkastingsrådet og statsrådenes mediepolitiske redegjørelser overfor Stortinget.

Forholdet til EMK art. 10 ble ikke vurdert som problematisk under tildelingsprosessen. EMK art. 10 er for øvrig i seg selv ikke et pliktig hensyn for forvaltningen. Vedtakene er uansett fullt ut i tråd med de krav EMK art. 10 stiller; hensynet til ytringsfrihet taler heller til fordel for den løsning som ble valgt, siden allmennheten i et informasjonsperspektiv er bedre tjent med at konsesjonen tildeles Kanal4 enn å fornye P4s konsesjon. Saken gjelder tildeling av én tilgjengelig frekvens, en enerett til riksdekkende analogsendt reklamefinansiert radio, og departementet må velge konsesjonær ut fra saklige grunner. Både kvantitative og kvalitative vurderinger kan og bør med noen begrensninger gyldig foretas uten å ulovlig gripe inn i P4s ytringsfrihet etter EMK art. 10. Inngrepet i P4s ytringsfrihet er ikke uforholdsmessig, siden avveiningen av de ulike hensynene er foretatt med omhu basert på en ikke-diskriminerende og saklig vurdering. EMK art. 10 gir ikke en tidligere konsesjonær krav på fortrinnsrett ved en ny tildeling. Departementet har ikke vurdert P4s virksomhet i inneværende konsesjonsperiode, og det oppstod derfor ikke noe spørsmål om sensur av P4.

KKD mener saksbehandlingen har vært forsvarlig. Konsesjonsavgjørelsene var gjenstand for en særlig grundig saksbehandling. Departementets begrunnelse var kortfattet, men inneholdt alle de momenter som alminnelig forvaltningsrett krever. Et hovedformål med begrunnelsesplikten er å sette sakens parter i stand til å vurdere grunnlaget for vedtaket. P4s klage til ombudsmannen viser tydelig at selskapet har vært i stand til dette.

V. Hva kan ombudsmannen gjøre i saken?

1. Ombudsmannens undersøkelser og retten til å si sin mening.

Utgangspunktet er at ombudsmannen kan iverksette undersøkelser i saker som etter ombudsmannsloven § 4 faller innenfor hans arbeidsområde. Ombudsmannen kan med andre ord bidra til å oppklare og opplyse saker som har vært behandlet i forvaltningen. På grunnlag av undersøkelsene har ombudsmannen etter ombudsmannsloven § 10 første ledd også «rett til å uttale sin mening». Ombudsmannen står noe friere enn domstolene til hvordan han vil konkludere og i tilfelle formulere sine anbefalinger ved avslutningen av en sak. Dette har sammenheng med at ombudsmannen sier sin mening om saken og i motsetning til domstolene (og for så vidt forvaltningen selv) ikke treffer rettslig bindende avgjørelser. Forvaltningen må selv, ut fra gjeldende regler, eventuelt omgjøre tidligere beslutninger og/eller treffe nye vedtak.

P4 har i saken her *påstått* at konsesjonstildelingen til Kanal4 var *ugyldig*, og at konsesjonsavslaget overfor P4 på samme måte også var *ugyldig*. Jeg har oppfattet P4 slik at de mener at konsesjonsbestemmelsen punkt 4 må innebære at selskapet har *rettskrav på å bli tildelt konsesjonen* for nye ti år. KKD har på sin side fastholdt som sine hovedkonklusjoner at konsesjonstildelingen til Kanal4 og avslaget på konsesjonssøknaden fra P4, var *rettslig holdbare* (og hensiktsmessige/riktige). Anførlene og «påstandene» fra P4 i saken her har vært oppfattet som et ønske om at ombudsmannen skal bevirke tildeling av konsesjon til P4 (*naturaloppfyllelse*). Jeg har ikke oppfattet klagen hit slik at det ønskes at ombudsmannen uttaler seg om mulige *erstatningskrav* som følge av at konsesjonsavslaget innebærer at P4 ikke får drevet den riksdekkende radiovirksomheten konsesjonen er en forutsetning for. Min vurdering av saken har ikke omfattet eventuelle spørsmål om erstatning.

Ombudsmannen har en *større frihet enn domstolene* til å forme sin *konklusjon og anbefaling*, selv om både domstolene og ombudsmannen bygger sine vurderinger av saken på gjeldende rettsregler. Dette framkommer blant annet i ombudsmannsloven § 10 annet ledd der det er angitt at ombudsmannen kan konkludere med at det knytter seg «*begrunnet tvil til forhold av betydning i saken*». En slik konklusjon eventuelt sammen med en anbefaling om ny behandling av saken, er særlig nærliggende om de *faktiske forhold* i saken også etter at undersøkelsene av saken er gjennomført herfra, viser at forvaltningen må ha hatt et uklart beslutningsgrunnlag. Det samme gjelder om det framstår som tvilsomt om de faktiske forhold har vært tilstrekkelig utredet eller tatt i betraktning av forvaltningen ved anvendelsen av de aktuelle rettsreglene. Dette alternativet har etter undersøkelsen av denne klagesaken ikke vært et aktuelt alternativ som min konklusjon i saken. Generelt vil jeg likevel påpeke at ombudsmannslovens åpning for at han kan konkludere med «*begrunnet tvil*» avspeiler en reell forskjell mellom søksmål for domstolene og klage til ombudsmannen. Min behandling av en sak bygger på *skriftlige* dokumenter og skriftlig skiftutveksling uten – som ved domstolbehandling – påfølgende bevisførsel med blant annet *muntlig* parts- og vitneavhør. De begrensninger den skriftlige behandlingen av

klagene hos ombudsmannen medfører, er særlig at jeg ved min konklusjon eller anbefaling vanligvis må ta visse forbehold.

Ombudsmannsloven § 10 annet ledd sier uttrykkelig at ombudsmannen kan uttale at vedtaket «*må anses ugyldig*». Ugyldighet er en konklusjon som P4 har hatt som sitt primære anliggende i klagen hit. Jeg vil knytte noen presiserende merknader til min adgang til å komme med en slik konklusjon:

P4 har hevdet at konsesjonstildelingsvedtaket overfor Kanal4 var og er ugyldig. Ombudsmannens behandling av en klage gjennomføres ved (eventuelt) å ta saken opp med det aktuelle forvaltningsorgan. Partene i saken her vil da være klageren og det aktuelle forvaltningsorgan, i dette tilfellet P4 og KKD som konsesjonsmyndighet. Denne formelle framgangsmåten følges etter fast praksis her også i saker som i sterk grad indirekte involverer *trejdemanns interesser* – i dette tilfellet Kanal4 og konsesjonsvedtaket i favør av selskapet. Kanal4 har, etter på eget initiativ å ha henvendt seg hit, sammen med sin advokat inngitt et skriv 19. februar 2003, og selskapet har også mottatt kopi av P4s og KKD's brev under undersøkelsen av saken her. På tross av at Kanal4 også overfor ombudsmannen i noen grad har redegjort for sin konsesjonssøknad og har vært orientert om saksbehandlingen her, kan jeg vanskelig se at det kunne være aktuelt for ombudsmannen å uttale seg direkte om gyldigheten av KKD's konsesjonsvedtak i forhold til Kanal4. Dette gjelder selv om vedtaket om konsesjon til Kanal4 har nær sammenheng med vurderingen av gyldigheten av KKD's konsesjonsavslag overfor P4. Kanal4 har ikke vært part i saken her. Derimot ser jeg det som klart at jeg – om saken gav grunnlag for det – måtte kunne konkludere med at konsesjonsavslaget overfor P4 var ugyldig, at P4 hadde rettskrav på konsesjonsfornyelse eller at selskapet var urettmessig forbigått i tildelingsprosessen. Dette ville jeg måtte kunne uttale uten å gå inn på de eventuelle konsekvenser dette ville medføre etter forvaltningsrettslige omgjøringsregler eller eventuelle prosessuelle utfordringer det kunne avstedkomme ved en oppfølging av saken i forvaltningen eller ved senere domstolbehandling.

2. Særlig om ombudsmannens prøving av forvaltningens skjønn

P4 har blant annet hevdet at KKD's vedtak bygger på en uriktig anvendelse av de materielle konsesjons- og forvaltningsrettslige regler både i den konkrete rettsanvendelsen og ved *skjønnsutøvelsen*. KKD har på sin side hevdet at vurderingen av om og i hvilken grad Kanal4 eller P4s konsesjonssøknader best oppfylte kravene til å løse allmennkringkastingsoppdraget, var av utpreget skjønnsmessig karakter og etter sin art vurderinger som det tilligger forvaltningen selv å bestemme som såkalt *fritt skjønn*. Med fritt skjønn siktes det i alminnelighet til at vurderingene foretas av forvaltningen selv og at de bare i begrenset grad kan overprøves av domstolene. Et fritt skjønn – eller alternativt et såkalt rettsanvendelsesskjønn med begrenset prøvingsrett for domstolene – er etter sikker rett, på tross av uttrykksmåten «fritt», likevel undergitt rettslig prøving. Høyesteretts praksis de siste ti år bærer i tillegg bud om at domstolene i økende grad ser det som sin oppgave å etterprøve forvaltningsavgjørelser som gjelder konkret rettsanvendelse på et

bestemt saksforhold med bruk av svært skjønnsmessige regler. På tross av denne rettsutviklingen, må det etter min mening være rimelig klart at konsesjonsavgjørelsene overfor Kanal4 og P4 innebar skjønnsmessige vurderinger fra KKD's side som i betydelig grad tilligger forvaltningens eget eller frie skjønn, bare undergitt begrensningene som følger av reglene om myndighetsmisbruk. *Myndighetsmisbrukslæren* omfatter blant annet tilsidesettelse av vedtak som bygger på utenforliggende eller usaklige hensyn, vedtak som er framkommet ved vilkårlig beslutning eller der resultatet av avgjørelsen i det konkrete tilfellet er grovt, sterkt eller åpenbart urimelig. Myndighetsmisbrukslæren har en sikker rettslig forankring, og bygger i forhold til sine enkeltregler særlig på Høyesteretts avgjørelser av konkrete saksforhold. Imidlertid er det nok fortsatt noe usikkert hvor langt domstolene ut fra myndighetsmisbrukslæren kan gå inn i og eventuelt tilsidesette forvaltningens nærmere skjønnsmessige avveining av ellers relevante hensyn, for eksempel om avveiningen framstår som svært ensidig uten å være usaklig motivert eller vilkårlig. I forhold til P4s klagesak her, vil jeg peke på tre mer konkrete forhold:

For det første kan ombudsmannen etter ombudsmannsloven § 10 annet ledd, i forhold til avgjørelser som tilligger forvaltningens frie skjønn, uttale at det skjønnnet som er utøvet har medført en avgjørelse som er «*klart urimelig*». Ut fra ombudsmannslovens forarbeider og fast ombudsmannspraksis kan ombudsmannen i noe større grad enn domstolene overprøve forvaltningens ellers frie skjønn. Det kan være grunn til å framheve at den ulovfestede myndighetsmisbrukslærens regler om «grovt eller sterkt urimelig» avgjørelse leder fram til ugyldighet. Hvis ombudsmannen mener at avgjørelsen er «klart urimelig», vil det lede til en anbefaling til forvaltningen om å vurdere avgjørelsen på nytt, uten at det også må bety at ombudsmannen mener at avgjørelsen er ugyldig.

For det andre vil ombudsmannens prøving av skjønnnet være av ulik intensitet, avhengig av skjønnets og inngrepets karakter. Gjelder det politiske vurderinger, der Stortingets demokratiske kontroll vil være mer framtrødende, er det naturlig at ombudsmannen ser hen til dette i sin kontroll.

For det tredje har undersøkelsene av saken her vist at KKD langt på vei mener konsesjonstildelingen for radiodrift, etter utløpet av P4s nåværende konsesjon, måtte eller i alle fall *burde utlyses*. Det har fra KKD's side vært vist til diskrimineringsforbud på grunn av nasjonalitet, og regler for offentlige anskaffelser og anbud etter EØS-retten og etter intern norsk alminnelig forvaltningsrett. Formålet med utlysning av konsesjonsmulighetene har særlig vært å få en konkurranse mellom konsesjonssøkerne og dermed en best mulig søker og konsesjonær til å løse allmennkringkastingsoppdraget. KKD har nå, i motsetning til da P4 i 1993 fikk sin nåværende konsesjon, også avkrevd konsesjonæren (Kanal4) et ikke ubetydelig «engangsvederlag».

Tildelingsprosessen med utlysning, konsesjonsvederlag og vektlegging av konkurranse om innholdet (kvantitativt og kvalitativt) av konsesjonssøkernes programplaner for å løse allmennkringkastingsoppdraget, kan innebære at ombudsmannen (og for så vidt domstolene) generelt vil kunne gå noe nærmere inn og etterprøve, på lignende måte som

ved anbud, også de skjønnsmessige vurderingene som ellers tilligger forvaltningens frie skjønn. Tildelingen av denne typen kringkastingskonsesjon må – på tross av krav om et ikke ubetydelig engangsvederlag for å få rett til å drive kommersiell virksomhet – likevel måtte vurderes som tilnærmet ren eller ensidig myndighetsutøvelse. Framgangsmåten ved tildelingsprosessen med utlysning og konkurranse kan samtidig tilsi en *noe mer inngående etterprøving*. Jeg viser her til Høyesteretts dom i den såkalte Torghatten-saken, inntatt i Rt. 1998 s. 1398, særlig på side 1406. Saken gjaldt tildeling av konsesjon og anbud til ferjedrift, men synspunktene som ble lagt til grunn i denne dommen har en viss interesse også for den foreliggende saken.

VI. Mitt syn på saken – Framstillingen videre

Det viktigste rettsgrunnlaget for P4s påstand om ugyldighet for konsesjonsavslaget og for kravet om tildeling av konsesjon for kommende tiårsperiode er bestemmelsen i P4s nåværende konsesjonsvilkår punkt 4 om at fornyelse vil være normalt tilfellet om konsesjonsvilkår mv. har vært overholdt i inneværende konsesjonsperiode. Det vises til framstillingen punkt XII nedenfor.

Jeg har videre kommet til at EØS-reglene som grunnlag for å avdempe betydningen av konsesjonsbestemmelsen som et fortrinn for P4, neppe gir særlig støtte for KKDs syn ut over en plikt til å utlyse eller på annen måte bekjentgjøre konsesjonen. Det vises til punkt IX nedenfor.

KKDs standpunkt om at Kanal4 fra 2004 antas å ville løse allmennkringkastningsoppdraget på en ut fra KKDs kringkastingsfaglige og mediepolitiske vurdering, best måte, legger jeg til grunn er et lovlig, relevant og tungtveiende hensyn av allmenn eller samfunnsmessig karakter, se nærmere punkt X nedenfor.

Jeg har i min vurdering av saken foretatt en helhetsvurdering og også gått inn på P4s eventuelle fortrinn til fornyelse av konsesjon som nåværende konsesjonshaver etter alminnelige forvaltningsrettslige regler. Det er i tilknytning til dette blant annet sett hen til P4s økonomi og investeringer (DAB-konsesjonen), betydningen av konsesjonsavslaget for P4s ansatte og de mer spesielle hensyn for kringkasting knyttet til medieeierskap (se nedenfor punkt XI). Videre har jeg vurdert betydningen av EMK art. 10 om ytringsfrihet. (se nedenfor punkt XIII).

P4 har reist innvendinger mot KKDs saksbehandling og angivelig manglende begrunnelse for et for P4 sterkt inngripende vedtak (nedenfor punkt VIII). Før jeg går inn på min vurdering av saksbehandlingen mv., gir jeg et kort sammendrag av de viktigste faktiske forhold som etter undersøkelsen av saken herfra ligger til grunn for min uttalelse (se punkt VII umiddelbart nedenfor).

VII. Oversikt over saksforholdet

Konsesjon til å drive riksdekkende reklamefinansiert analog radio i Norge ble for første gang gitt ved departementets tildeling 14. januar 1993 til P4. Det nærmere innholdet av konsesjonen med tilhørende vilkår må sees i lys av den umiddelbart forutgående konsesjonstildelingen for riksdekkende reklamefinansiert fjernsyn til TV2 AS i 1991.

En viktig side ved etableringen TV2-konsesjonen var at TV-kanalen skulle ha en allmennkringkastingsrolle, ikke bare skulle være kommersiell. Denne forutsetningen for etableringen av en reklamefinansiert TV-kanal kom til uttrykk blant annet i Ot.prp. nr. 55 (1989-90), hvorfra følgende siteres (s. 9):

«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 program. Allmennkringkasteren skal tilby program innen et vidt spekter av programkategorier. Det er på denne måten det reelle mangfoldet og den reelle valgfriheten oppstår.»

Betydningen av allmenkringkastingsoppdraget ble gjentatt i en senere stortingsmelding (St.meld. nr. 26 (1991-92)). Fra stortingsmeldingen siteres (s. 3):

«Også i Norge må allmennkringkastinga sikrast. I dag er NRK den viktigaste allmennkringkastaren vår. Når TV 2 tek til med sendingar, får vi ein 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.»

Høsten 1990 ble det ved St. meld. nr. 39 (1990-91) framsatt forslag om etablering av en riksdekkende reklamefinansiert radiokanal. Den klare koblingen til TV2-konsesjonen og allmennkringkastingsoppdraget kommer godt fram av stortingsmeldingen, hvor det på side 6 heter:

«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 så vel brede som smale lyttergrupper, og at det opprettes en egen nyhetsavdeling.»

Det var med dette som bakgrunn innbydelsen til å etablere «privat riksdekkende radiokanal (P 4)» ble kunngjort 20. november 1991, med søknadsfrist 15. februar 1992. Som kjent ble Radio Hele Norge AS tildelt radiokonsesjonen 14. januar 1993. Fra

konsesjonsvilkårene i konsesjonsbestemmelsen punkt. 4, som (med unntak av tiårsperiodens utløp) er identisk med formuleringen i TV2-konsesjonen, går følgende fram om konsesjonsperioden og fornyelsesspørsmålet:

«Konsesjonen 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.»

Konsesjonsbrevet pkt. 11 regulerer situasjonen ved brudd på konsesjonsvilkårene, og lyder slik:

«Ved gjentatte alvorlige brudd på vilkårene kan konsesjonen bli inndratt i konsesjonsperioden. Det samme gjelder ved brudd på annet regelverk som hjemler slik sanksjon.

Brudd som er av en slik karakter at de kan bli påberopt som grunnlag for inndragning av konsesjonen, skal meddeles skriftlig til styret i Radio Hele Norge A/S uten ugrunnet opphold etter at forholdet er inntruffet.

Dersom Kulturdepartementet overveier å inndra konsesjonen i konsesjonsperioden, skal dette meddeles styret i Radio Hele Norge A/S, som gis en bestemt frist for å rette opp de forhold som er grunnlag for vurdering av inndraging.»

Formålet med konsesjonsbestemmelsen om fornyelse som normalsituasjonen, synes å være utdypet i forhold til stortingkomiteens behandling av proposisjonen om TV2 (Innst. O. nr. 2 (1990-91)). Det heter der blant annet på side 8:

«Etablering og drift av TV2 vil vere svært kostnadskrevande, og det er først etter fleire år at eit TV2 vil vere økonomisk lønsamt. Det er derfor viktig at eigarane av TV2 kan vere trygge på at vidare konsesjon etter ti år er sikra, dersom konsesjonsreglanene og- vilkåra er oppfylte.»

Innbydelsen fra departementet ultimo 1991 til å søke P-4 konsesjonen hadde en kort angivelse av ti års konsesjonsperiode med fornyelse som det normale. Det samme – også

fornyelse som det normale – ble kort opplyst i en pressemelding fra departementet 14. januar 2003 etter at konsesjonene var tildelt P4.

I løpet av den tid som er gått fra Allmennkringkastingsrådet ble opprettet i 1996 til i dag, har det i rådet flere ganger kommet til uttrykk anbefalinger eller kritikk mot P4 for manglende etterlevelse av kravene til allmennkringkasting. Allmennkringkastingsrådet ble opprettet blant annet med sikte på å «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». P4 mottok tildels kritiske merknader fra Allmennkringkastingsrådet i rapportene fra årene 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 og 2001. Selskapet har imøtegått Allmennkringkastingsrådets innsigelser, særlig med henvisning til de tvingende kommersielle hensyn som følger av at P4 er avhengig av reklameinntekter og ikke mottar lisensavgift e.l. Kritikken har imidlertid ikke medført noen reaksjoner fra konsesjonsmyndigheten, med unntak av krav knyttet til nyhetssendinger på samisk.

Spørsmålet om etterlevelsen av allmennkringkastingsoppdraget og ønsket om en nærmere avgrensning og definisjon av begrepet er nærmere omhandlet blant annet i KKD's mediepolitiske redegjørelse til Stortinget, inntatt i St. meld. nr. 57 (2000-2001) med tittelen «I yttringsfrihetens tjeneste». I denne forbindelse skulle det ved kommende utlysning av fornyet konsesjon til riksdekkende reklamefinansiert fjernsyn, legges opp til «mer konkrete og omfattende programforpliktelser enn det som framgår av TV2s nåværende konsesjonsvilkår», jf. stortingsmeldingens pkt. 4.3.2. Det ville også bli lagt opp til en «tilsvarende innskjerping» av programkravene i denne kommende utlysningen av konsesjon for riksdekkende reklamefinansiert radio.

Den nye konsesjonen til å drive reklamefinansiert radio ble utlyst og kunngjort ved pressemeddelelse 31. mai 2002. Søknadsdokumentet med nærmere angivelse av konsesjonen og tildelingskriterier ble gjort allment tilgjengelig på KKD's hjemmeside. Søknadsfristen var satt til 4. september 2002. Det framgår av søknadsdokumentet, under pkt. 4 om søknadsbehandlingen, at det ved tildelingen ville «primært bli lagt vekt på realistiske og forpliktende planer for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget». Videre framgår det at departementet ikke anså seg forpliktet til å tildele konsesjonen dersom søkerne eller de innkomne søknadene ikke tilfredsstilte de kravene som var ønsket oppfylt for den nye konsesjonsperioden. Konsesjonsperioden var satt til ti år, uten noen tilhørende formulering om fornyelse som det normale, slik det ble gjort ved konsesjonstildelingen i 1993.

I konsesjonssøknaden 4. september 2002 fra P4 viser selskapet til at det ikke er mottatt noen henvendelse om brudd på konsesjonsvilkårene eller øvrige regler om kringkastingsvirksomhet i Norge, og at det ikke finnes grunnlag for å fravike det normale, slik at P4 får fornyet sin konsesjon. Videre framgår det av konsesjonssøknaden fra P4 punkt 12 at P4 gjennom hele konsesjonsperioden har ansett forlengelse (fornyelse) av

konsesjonen som et løfte og «som en helt klar intensjon fra myndighetene», samt at det skal «helt spesielle forhold til for å endre konsesjonær». KKD synes forut for utlysningen av radiokonsesjonen i 2002 ikke å ha villet bidra til å avklare meningsinnholdet i formuleringen om at «fornyelse vil være det normale». Jeg viser i denne sammenheng til brev 22. juli 2002 fra TV Invest AS til KKD vedrørende selskapets ønske om å få «klargjort premissene for konkurransen» og KKDs brev 16. august og 27. september 2002 der dette ikke kommenteres av departementet i forhold til konkrete radiobedrifter av «prinsipielle grunner».

KKD tildelte 20. desember 2002 Kanal 4 konsesjonen til å drive reklamefinansiert radio, og avsto samme dag P4s søknad om samme radiokonsesjon. I den nærmere begrunnelsen for vedtakene konkluderer KKD med at «Kanal4 er den søkeren som i størst grad legger opp til å tilby et programformat som ivaretar kravene til allmennkringkasting». Videre gav departementet uttrykk for at Kanal4 legger opp til en større tematisk og sjangermessig bredde enn de andre søkerne, og at Kanal4 i størst grad vil gi både brede og smale grupper i befolkningen et attraktivt radiotilbud. Om hensynet til P4s eksisterende virksomhet framgår følgende i departementets begrunnelse for tildelingsvedtaket:

«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.»

VIII. Saksbehandlingen

1. Oversikt

Det framgår av klagen og etterfølgende korrespondanse at P4 mener det er begått saksbehandlingsfeil på en rekke stadier i prosessen. Feilene har etter P4s syn samlet eller hver for seg betydning for vedtakenes gyldighet.

Jeg forstår P4 slik at det anføres at KKD nærmest har brutt veilednings- og informasjonsplikten – eventuelt etter forvaltningsloven § 11 – særlig knyttet til manglende opplysninger om departementets syn på innholdet av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse, og i forhold til manglende informasjon om en «grunnleggende mediepolitisk utvikling» eller «kursskifte». Videre anfører P4 at departementet ikke har utredet saken godt nok, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd. Dette har medført at feil faktiske omstendigheter er lagt til grunn for departementets skjønnsutøvelse. I tillegg er det hevdet at departementets begrunnelse ikke er tilstrekkelig, jf. forvaltningsloven § 25. P4 har i

tilknytning til krav om begrunnelse også vist til Høyesteretts dom i den såkalte Isene-saken, inntatt i Rt. 1981 s. 745. Dommen gir grunnlag for en mer generell regel og adgang til å konstatere ugyldig vedtak når resultatet i saken framstår som lite rimelig samtidig som den angitte begrunnelsen for vedtaket er knapp og ikke viser i tilstrekkelig grad hvordan en inngrepende avgjørelse har vært vurdert og underbygget. Denne rekkefølgen på anførslene avviker noe fra det partene har lagt opp til i sine framstillinger og i forhold til det som må anses mest sentralt. Jeg vil likevel legge den til grunn i fortsettelsen fordi den samsvarer best med kronologien i departementets saksbehandling under tildelingsprosessen.

2. Veiledningsplikten

Etter forvaltningsloven § 11, jf. veiledningsforskriften 16. desember 1977 nr. 17, har et forvaltningsorgan en «alminnelig veiledningsplikt» innenfor sitt saksområde, med det formål å «gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte». Etter § 11 annet ledd skal forvaltningsorganet «når sakens art eller partens forhold gir grunn til det» blant annet gi veiledning om «gjeldende lover og forskrifter» og «peke på omstendigheter som i det konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet».

Spørsmålet om departementets veiledningsplikt angår to forhold ved denne saken, for det første om departementet skulle informert P4 om tvilen knyttet til den rettslige forståelsen av klausulen om fornyelse, og for det andre om departementet før utløpet av søknadsfristen skulle informert om det mediepolitiske kursskiftet departementet senere har vist til.

Som nevnt ovenfor, er formålet med veiledningsplikten å gi parten adgang til å ivareta sine interesser på best mulig måte. P4 er et selskap som må kunne forventes selv å være i stand til å ivareta sine interesser på en adekvat måte. Både selskapets kompetanse, dets posisjon i norsk media samt selskapets tilgang på juridisk bistand, tilsier at departementets veiledningsplikt i saken ikke kan gå særlig langt. Spørsmålet er imidlertid om det foreligger spesielle omstendigheter som gav departementet en oppfordring til å veilede om forhold av betydning for P4 i denne konkrete saken.

Selv om forvaltningsloven § 11 oppstiller en plikt til å veilede parten om gjeldende lover og forskrifter, kan jeg ikke se at dette også innebærer en plikt til å gå inn i forhåndsdrøftelser med en part med sikte på å gjøre oppmerksom på – eller oppklare – rettslige tvilsspørsmål i den konkrete saken. Jeg legger til grunn at P4 hadde en annen oppfatning enn departementet om betydningen av konsesjonsklausulen om fornyelse. Likevel ser jeg det slik at allerede det faktum at konsesjonen ble lyst ut på nytt, uten at departementet foretok forhåndsdrøftelser med P4 om fornyelse, og sett i sammenheng med at det i P4s konsesjon heter at selskapet ikke er garantert fornyelse, gjør at P4 måtte forstå at departementet la opp til en reell konkurranse om konsesjonen. Jeg peker her på at det i konsesjonen uttrykkelig er henvist til at det ved en «vurdering av spørsmålet om fornyet

konsesjon vil bli tatt i betraktning ... » osv. Den måten P4 utformet sin søknad på, tilsier at selskapet må ha vært innforstått med at det deltok i en konkurranse, selv om det ble lagt til grunn at det forelå et løfte eller en klar intensjon om fornyelse i en normalsituasjon.

Departementet ble før søknadsfristens utløp anmodet om å redegjøre for sin forståelse av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse, uten at dette ble gjort. Mye kan tale for at departementet burde ha benyttet denne anledningen til å signalisere den tvil som forelå. Særlig gjelder dette fordi anmodningen kom fra et selskap og en interessent som ikke hadde konsesjon (TV Invest AS). Ettersom KKD's syn har vært at konsesjonsbestemmelsen bare har en meget begrenset betydning som rettslig fortrinn eller som moment i P4s favør, kunne en redegjørelse for departementets forståelse av P4s rettstilling ha stimulert til økt konkurranse om konsesjonen snarere enn å gi eksisterende konsesjonær noe fortrinn. Det bemerkes likevel at P4 – så vidt jeg kan se – ikke selv har anmodet om en slik oppklaring. Dersom departementets passivitet skulle medføre kritikk i relasjon til veiledningsplikten, ville dette i så fall være på grunn av unnlatt veiledning i forhold til TV Invest AS, ikke i forhold til P4.

KKD har videre framhevet at det er vanskelig å se hvordan departementets standpunkt skulle ha blitt meddelt P4 uten å gå inn i en forhåndsprosedyre om utfallet av saken. Jeg må langt på vei si meg enig i dette. Dersom departementet hadde kommunisert den tvilen som etter departementets syn forelå, kunne dette ha medført både en forhåndsprosedyre fra P4s side som selskapets konkurrenter i liten grad ville kunne delta i, samtidig som det kunne medført rettslige prosesser allerede før utlysningen.

Til spørsmålet om veiledningsplikten vedrørende det mediepolitiske kursskiftet, finner jeg det tilstrekkelig å vise til departementets anførsel om at det «er imidlertid ikke tale om noe paradigmeskifte over natten som kan føres tilbake til ett enkelt vedtak i departementet eller Stortinget, og som kunne vært «meddelt» aktørene som sådant. Snarere er det tale om en gradvis utvikling på området, som har foregått over tid, og som gjenspeiler seg i diverse uttalelser og stortingsdokumenter m.v.» Som en betydelig aktør i norsk media må P4 antas å være godt informert om norsk mediepolitikk til enhver tid. P4 har også kjent til den kritikk som er reist, særlig fra Allmennkringkastingsrådet, mot selskapets programinnhold som allmennkringkaster og som bakgrunn for en eventuell vurdering av etterlevelse av konsesjonsvilkårene. Selv om slik kritikk ikke har kommet direkte fra KKD som konsesjongiver, må den likevel, på bakgrunn av utlysningstekstens krav til programprofil som allmennkringkaster og P4s gjeldende konsesjonsvilkår punkt 4 annet avsnitt om mulig «endrede mediepolitiske forutsetninger», antas å ha gitt P4 en oppfordring til å utforme sitt programtilbud slik at det best mulig kom i samsvar med de krav myndighetene har signalisert at de stiller til en allmennkringkaster.

Avslutningsvis peker jeg på at veiledningsforskriften § 9 stiller krav om at all veiledning må gis på en objektiv og nøytral måte når to eller flere parter har motstående interesser i en sak. Å stille strenge krav til departementets veiledningsplikt overfor P4 ville på grunn av den konkurransesituasjonen som forelå, fort kunne komme i strid med dette

objektivitetskravet. I tillegg må departementets handlemåte sees på bakgrunn av sitt syn på betydningen EØS-reglene knyttet til utlysning og å legge til rette for konkurranse mellom søkerne.

Jeg kan etter dette ikke se at det er grunnlag for å reise rettslige innvendinger mot departementets handlemåte knyttet til veiledningsplikt overfor P4.

3. Utredningsplikten

Etter forvaltningsloven § 17 første ledd skal forvaltningsorganet «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Uttrykket «så godt som mulig» kan ikke tas bokstavelig, men innebærer en forpliktelse til å foreta de undersøkelser som ut fra sakens art og kompleksitet, samt partenes forhold, er nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av saken. Utredningspliktens innhold og omfang må generelt sett sees på bakgrunn av at forvaltningen også har en plikt til å avgjøre saken uten ugrunnet opphold.

I den foreliggende sak med en utlysning og en konkurranse om å finne den konsesjonssøkeren som var best kvalifisert til å fylle allmennkringkastningsoppdraget, kan det neppe stilles særlig omfattende krav til departementets utredningsplikt. P4 har anført at departementet ikke i tilstrekkelig grad har undersøkt hvilket (kvantitets- og kvalitetsmessig) programtilbud P4 har presentert, men jeg kan ikke se at en slik anførsel er særlig treffende. I en sak som denne, hvor flere parter konkurrerer om det samme gode, må forvaltningen i utgangspunktet basere sin avgjørelse på det faktagrunnlaget partene selv skaffer til veie. Partene hadde selv ansvaret for å utforme sine søknader slik at deres syn kom best mulig fram, og departementet kan bare ha hatt svært begrensede muligheter til å foreta undersøkelser utover dette. Selv om det ikke gjelder noe direkte «forhandlingsforbud» slik som i anbudsretten, er det klart at likhetene mellom denne konsesjonstildelingen og offentlige anskaffelser i dette henseende tilsier at tildelende myndighet må være meget forsiktig med å gå inn i drøftelser med en part for å la denne klargjøre og utdype sin søknad. Dette vil fort gi denne parten et fortrinn framfor konkurrentene.

Etter søknadsfristens utløp ble P4 og én annen søker bedt om å presisere enkelte punkter i sine søknader. Dette må departementet ha hatt adgang til, men utover dette ser jeg det slik at departementet bare i svært begrenset grad ville ha hatt rettslig adgang til å gå inn i drøftelser med P4 med sikte på å la P4 utdype sitt programtilbud i forhold til Kanal4s søknad.

Det framgår av sakens dokumenter at departementet har basert sin avgjørelse på partenes søknadsdokumenter med de ovennevnte presiseringer, og at P4s programtilbud i konsesjonssøknaden tok utgangspunkt i dagens programtilbud hos P4. Utover dette, kan jeg ikke se at det kan kreves noen nærmere utredning fra departementets side.

Bakgrunnen for P4s anførelse om at departementet ikke har oppfylt sin utredningsplikt, er at departementet etter P4s oppfatning har hatt manglende faktisk grunnlag for å sammenligne P4 og Kanal4s søknader. Departementets utilstrekkelige utredning skal således ha ført til at departementet har lagt uriktige faktiske omstendigheter grunn for sin skjønnsutøvelse. Jeg finner ikke grunn til å gå særlig inn på dette. Som nevnt er det ikke grunnlag for å kritisere departementets utredning av saken. Det framgår også av sakens dokumenter at departementet har bygget på de faktiske opplysninger som kom fram i partenes søknadsdokumenter, og at departementet synes å ha hatt korrekte og dekkende opplysninger når det gjelder programtilbud, økonomiske forhold og eierforhold. De forhold P4 trekker fram under betegnelsen «feil faktum» er – slik jeg ser det – snarere forhold hvor P4 er uenig med departementets vurdering og vektlegging av korrekte faktiske forhold.

4. Vedtakets begrunnelse

Spørsmålet om hvorvidt den begrunnelsen som er gitt i vedtaket er tilstrekkelig, oppstår i to ulike sammenhenger i denne saken. Et første spørsmål er om begrunnelsen er tilstrekkelig i forhold til de krav som stilles etter alminnelig norsk forvaltningsrett, og dernest må det spørres om begrunnelsen oppfyller de krav som stilles i relasjon til EMK art. 10. I denne omgang begrenser jeg gjennomgangen til å omhandle den alminnelige norske forvaltningsrett. Jeg vil nedenfor, i punkt XIII, komme tilbake til spørsmålet om begrunnelsen holder i forhold til EMK.

Utgangspunktet for krav til begrunnelsens innhold i norsk rett er forvaltningsloven § 25, som sier at begrunnelsen normalt skal angi de reglene og de faktiske forhold vedtaket bygger på. I tillegg «bør» begrunnelsen angi hvilke hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, jf. tredje ledd.

Kravene til begrunnelsens innhold skjerpes ved inngripende eller på annen måte særlig konsekvensfylte vedtak. I dommen i Rt. 1981 s. 745 (Isene-dommen) presiseres det at det må framgå at slike vedtak er truffet etter et «saklig og forsvarlig skjønn». Begrunnelsen må videre ikke etterlate tvil om «alle relevante forhold» har vært overveid, og den må gjøre det mulig å avgjøre om det er lagt til grunn en riktig rettsoppfatning. Disse synspunktene er ytterligere presisert i Rt. 2000 s. 1056 (Gausi-dommen) hvor det i relasjon til forvaltningsloven § 25 tredje ledd – som også vist til av WMB i klagen hit – uttales (på s. 1063):

«Hvor detaljerte krav som skal stilles, må etter min mening bero på vedtakets karakter. Det kan ikke, slik staten anfører, bare oppstilles to kategorier vedtak slik at det alltid er tilstrekkelig å etterleve hva som følger direkte av ordlyden i forvaltningsloven § 25 tredje ledd med mindre vedtaket er så inngripende at det skjerpete begrunnelseskravet som særlig er fastslått i Isene-dommen, Rt. 1981 side 745, kommer til anvendelse. Kravet må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er.»

Jeg er enig med P4 i at man her står overfor et inngripende vedtak i forhold til selskapet, og at det derfor må stilles strenge krav til begrunnelsen. KKD synes ikke på generelt grunnlag å mene noe annet. P4 har i forlengelsen av dette anført at begrunnelsen ikke oppfyller de krav som stilles til begrunnelsen ved slike inngripende vedtak, ved at det er «umulig å etterprøve så vel departementets rettsanvendelse som skjønn for vesentlige elementer av vedtaket».

I en sak som denne, hvor det er flere søkere til én rettighet, stilles det imidlertid ikke så strenge krav til begrunnelsen som ellers. En av søkerne må nødvendigvis foretrekkes framfor de øvrige, og det vil ofte være vanskelig å gi en dekkende begrunnelse ved både å vise hvilke hensyn som har vært relevante og i tillegg antyde hvilken vekt hensyn av ulik karakter skal ha i forhold til hverandre.

I den foreliggende saken må begrunnelsen også ses i lys av utlysningsteksten. Allerede her ble det angitt nokså detaljert hvilke krav som ble stilt til søkerne, hvilke hensyn som ville bli tillagt vekt, og hvilket regelgrunnlag konsesjonstildelingen ville bygge på.

Slik jeg ser det, er departementets begrunnelse i brevene av 20. desember 2002 med konsesjonstildeling til Kanal4 og konsesjonsavslag overfor P4 kortfattet, men konsentrert og innholdsrik. Den gjengir både det sentrale av de faktiske forholdene som er lagt til grunn, og de viktigste hensynene vedtaket bygger på. Det framgår også hvordan departementet har vurdert betydningen av konsesjonsbestemmelsen om fornyelse, og jeg kan ikke se at departementet skulle ha plikt til i begrunnelsen å redegjøre nærmere for de konkrete rettslige vurderingene som var foretatt i den forbindelse. Det er videre vist til at Kanal4s bedre planer for allmennkringkasting «har vært avgjørende», noe som også antyder den innbyrdes vektlegging de mest sentrale hensyn har hatt i departementets vurdering. Slik jeg ser det, oppfyller departementets redegjørelse for betydningen av konsesjonsklausulen og begrunnelsen for øvrig de kravene som ble oppstilt i eller nå følger av prinsippet som ble lagt til grunn i Isene-dommen.

I begrunnelsen opplyses videre at det er lagt vekt på blant annet de formål og prinsipper som ligger til grunn for medieeierskapsloven. Jeg har merket meg at departementet i korrespondansen hit selv har gitt uttrykk for at hovedinnholdet i denne vurderingen burde ha vært gjengitt i begrunnelsen, og jeg kan si meg enig i dette. Det framgår likevel klart, både av utlysningsteksten og av vedtaket, at det er planene for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget som har vært det dominerende hensynet for departementet. Videre framgår det av departementets vedtak under overskriften «generelt om kriteriene for vurderingen» og av de interne saksdokumentene ombudsmannen har hatt innsyn i, at medieeierskap har vært vurdert. Det sentrale hensynet knyttet til programinnhold er det redegjort nokså grundig for, og jeg kan ikke se at det kan stilles like strenge krav til redegjørelsen for de øvrige hensynene som har vært vektlagt.

Selv om begrunnelsen på enkelte punkter med fordel kunne ha vært mer utfyllende, finner jeg det klart at det ikke er slike mangler ved begrunnelsen at dette kan kritiseres på rettslig grunnlag eller at det ut fra prinsippet i Isene-dommen kan føre til ugyldighet.

5. Sammenfatning saksbehandling

Ut fra ovennevnte, har jeg ikke funnet grunn til å reise avgjørende rettslige innvendinger mot departementets saksbehandling. De forholdene eller mindre feilene jeg likevel har pekt på, er ikke av en slik karakter at det er grunn til å regne med at de kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Vedtakene er derfor, på tross av eventuelle mindre saksbehandlingsfeil, likevel gyldige, jf. forvaltningsloven § 41.

IX. Betydningen av EØS-reglene

1. Generelt

P4 hevder at KKD etter EØS-avtalen ikke var forpliktet til å se bort fra konsesjonsbestemmelsen om at «fornyelse vil være det normale». KKD hevder imidlertid at EØS-retten kommer inn som et tungtveiende tolkningsmoment, og eventuelt som et selvstendig grunnlag for at P4 på grunnlag av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse som normalttilfellet, ikke kunne gis et rettslig fortrinn ved konsesjonstildelingen. Mer konkret hevder departementet at diskrimineringsforbudet på grunnlag av nasjonalitet i EØS-avtalen art. 4 innebar en plikt, og i alle fall en adgang til, å lyse ut konsesjonen, for på denne måten å sørge for en reell og åpen konkurranse mellom eventuelle interesserte aktører. Videre hevder departementet at det er «klart at en pliktig og gjennomført utlysning nødvendigvis må legge visse føringer på den senere tildelingsprosessen».

For å kunne ta stilling til EØS-rettens betydning for konsesjonsavgjørelsene i denne saken, må det først undersøkes nærmere hva EØS-retten mer generelt innebærer.

Departementet har forankret sin vurdering i EØS-avtalen art. 4 som setter forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Bestemmelsen tilsvarer EF-traktaten art. 12. Jeg forstår departementet slik at det mener at også de mer spesifikke reglene om fri bevegelse av tjenester i EØS-avtalen art. 36 flg. støtter departementets syn på EØS-forpliktelsene, men at det ikke var nødvendig å ta stilling til dette «all den tid det generelle forbudet mot forskjellsbehandling i artikkel 4 under enhver omstendighet kommer til anvendelse». P4 hevder derimot at art. 4 ikke kommer til anvendelse der andre mer spesifikke bestemmelser i EØS-avtalen regulerer forholdet, og mener at det i denne saken eventuelt måtte være diskrimineringsforbudet i bestemmelsene om retten til fri etablering, jf. EØS-avtalen art. 31.

Det er noe uklart om myndighetenes valg av konsesjonær som får rett og plikt til å drive riksdekkende reklamefinansiert radio i en periode på ti år, omfattes av reglene om fri bevegelse av tjenester eller etableringsretten, og i så fall, hvilken av bestemmelsene

som er anvendelig. Det er imidlertid klart at konsesjonstildeling som gir rett til drift av riksdekkende reklamefinansiert radio, vil innebære utøvelse av en økonomisk aktivitet som faller inn under EØS-avtalens virkeområde. På bakgrunn av den tvil som det kan være med hensyn til hvilke EØS-regler som er mest aktuelle, finner jeg det naturlig å ta utgangspunkt i EØS-avtalens generelle diskrimineringsforbud i art. 4, uten å gå nærmere inn på de spesielle diskrimineringsforbudene i reglene om etableringsretten eller fri bevegelighet av tjenester. En nærmere grensedragnings mellom etableringsretten og reglene om fri bevegelighet av tjenester vil ikke ha betydning for resultatet i denne saken. Jeg finner støtte for å kunne benytte denne framgangsmåten for å vurdere de aktuelle rettsspørsmål i EF-domstolens vurdering i forente saker C-92/92 og C-326/92 (Phil Collins), Sml. 1993 I-5145, premiss 27.

2. KKDs rett og plikt til å utlyse eller bekjentgjøre konsesjonen

Det er enighet mellom partene om at departementet hadde adgang til å lyse ut eller på annen måte bekjentgjøre at det tok sikte på å tildele en ny konsesjon for riksdekkende reklamefinansiert radio når P4s tilsvarende konsesjon utløper i 2003. Etter departementets vurdering innebar EØS-forpliktelsene, og da særlig EØS-avtalen art. 4, ikke bare en adgang (rett), men også en plikt til utlysning. P4 har bestridt at det forelå en slik plikt, og viser i denne forbindelse blant annet til at den nye konsesjonen i så fall skulle ha vært utlyst i hele EØS-området.

Utgangspunktet for vurderingen av plikten eller adgangen til utlysning må tas i EØS-avtalen art. 4 og i EF-domstolens praksis. Det finnes ikke noen sekundærlovgivning innen EU/EØS på dette området, men Kommisjonens praksis, herunder dens fortolkningsmeddelelse om konsesjoner i EU-lovgivningen (EF-Tidende 2000 nr C 121 s. 2) og Grønboken om radiospektrumpolitikk (KOM(1998)596), kan være av betydning for vurderingen.

EØS-avtalen art. 4 lyder slik:

«Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.»

EØS-avtalens forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling er vidtrekkende, og rammer ikke bare åpen diskriminering, som for eksempel krav om at en konsesjonær må ha hovedkontor eller skattemessig forretningssted i Norge, men også såkalt skjult diskriminering. Med skjult diskriminering menes enhver form for forskjellsbehandling, som ved bruk av andre kriterier enn nasjonalitet, fører til det samme resultatet, se allerede EF-domstolens avgjørelse i sak 152/73 inntatt i Sml. 1974 s. 153.

Hvorvidt et nasjonalt tiltak innebærer (skjult) forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet eller ikke, kan være vanskelig å oppdage av de øvrige medlemsstatene og

potensielle interessenter til den ytelse, eller som her konsesjon, det konkurreres om. Slik jeg ser det, er dette i stor grad bakgrunnen for at EF-domstolen har lagt til grunn at forbudet mot nasjonalitetsbestemt diskriminering også innebærer en såkalt gjennomsiktighetsforpliktelse. En slik forpliktelse er etter min oppfatning blant annet ment å lette kontrollen med at diskrimineringsforbudet overholdes. I Telaustria-saken (sak C-324/98, Sml. 2000 s. I-10745), hvor en avtale ble ansett for å falle utenfor anvendelsesområdet til rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon, uttalte EF-domstolen følgende (premiss 60-62):

«60. Det bemærkes i denne forbindelse, at 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.

61. Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

62. 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.»

Generaladvokat Fennelys forslag til avgjørelse i Telaustria-saken kan kaste ytterligere lys over etableringen av og innholdet av gjennomsiktighetsforpliktelsen (premiss 43):

«Det er min oppfattelse, at materiel overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fordrer, at tildeling af koncessioner sker under iagttagelse af et vist mindstemål af offentlighed og gennemsigtighed. Jeg er enig med Kommissionen i, at det med alle midler må undgås, at tildeling af koncessioner kommer til at foregå tilsløret af hemmelighedskræmmeri og uigennemsigtighed. (---) Gennemsigtighed er derfor i denne forbindelse et spørgsmål om at sikre en grundlæggende retfærdighed og åbenhed i tildelingsprocedurerne, navnlig i forhold til mulige budgivere, som ikke har hjemsted i samme medlemsstat som den ordregivende myndighed. Dette indebærer imidlertid ikke efter min oppfattelse, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende bestemmelserne i det fællesskabsdirektiv om indgåelse af offentlige kontrakter, der kommer sagsforholdet nærmest, analogt.»

Som det framgår av EF-domstolens premisser i Telaustria-saken, og som den senere har bekreftet i sakene C-92/00 (Hospital Ingenieure, Sml. 2002 s. I-5553) og C-57/01

(Makedoniko), anser EF-domstolen gjennomskiktighetsforpliktelsen for å utgjøre en del av fellesskapsrettens grunnleggende regler.

Under behandlingen av saken her, har Kommisjonens fortolkningsmeddelelse vært viet mye oppmerksomhet. Det har særlig vært uenighet mellom P4 og KKD knyttet til forståelsen av meddelelsen, herunder om den tar sikte på å regulere mer enn såkalte konsesjonskontrakter, og også om meddelelsens betydning i denne saken. Jeg ser imidlertid liten grunn til å gå inn på dette, da det avgjørende må være EF-domstolens uttalelser om gjennomskiktighetsforpliktelsen som en del av forbudet mot nasjonalitetsbestemt diskriminering og dermed fellesskapsrettens grunnleggende regler. EF-domstolens uttalelser knyttet til gjennomskiktighetsforpliktelsen i Telaustria-saken falt etter at kommisjonen vedtok fortolkningsmeddelelsen. Uttalelsene i Telaustria-saken er etter min mening av generell karakter, og omfatter tilfellene som ikke rammes av noen sekundærlovgivning. Sett i dette lyset er det ikke grunn til å skille mellom rene (tradisjonelle) konsesjoner og konsesjonskontrakter.

I en situasjon hvor P4 ikke hadde et rettskrav på å få fornyet konsesjonen, var departementet etter min oppfatning forpliktet til å sikre offentlighet omkring den forestående konsesjonstildelingen. Dette forutsatte en form for utlysning. Dette betyr – etter min mening – ikke, som P4 synes å mene, at konsesjonen i så fall skulle ha vært utlyst i hele EØS-området. Det sentrale i denne forbindelse er at det i utlysningen/bekjentgjørelsen gis opplysninger som vil gjøre potensielle konsesjonssøkere i stand til å vurdere hva konsesjonen gir rett til, hvilke krav som stilles til konsesjonæren, samt etter hvilken framgangsmåte og hvilke kriterier konsesjonen tildeles. Så lenge disse opplysningene gis, vil myndighetene ha et forholdsvis vidt rom for skjønn med hensyn til på hvilken måte den forestående konsesjonstildelingen meddeles offentligheten.

I dette tilfellet skjedde utlysningen i form av en pressemelding, og søknadsdokumentet med nærmere angivelse av konsesjonen ble gjort allment tilgjengelig på KKDs hjemmeside. Videre ble det annonsert i Norsk Lysingsblad. Etter min oppfatning var denne formen for bekjentgjørelse i samsvar med de ovennevnte EØS-forpliktelsene.

3. Utlysningens betydning for vurderingen av konsesjonssøkerne

Spørsmålet er så hvilke konsekvenser plikten til å bekjentgjøre konsesjonen hadde for departementets adgang til å gi P4 et rettslig fortrinn eller på annen måte legge vekt på konsesjonsbestemmelsen punkt 4 ved valget av konsesjonær.

KKD har som nevnt ovenfor lagt til grunn at det er «klart» at en «pliktig og gjennomført utlysning må legge visse føringer på den senere tildelingsprosessen». Det er imidlertid også gitt uttrykk for at den «nøyaktige rekkevidden av disse føringene ikke er helt klar». Jeg forstår departementet slik at det mener det i hovedsak er EU/EØS-rettens prinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger og hensynet til beskyttelse av investert kapital som kunne ha eller har gitt P4 en preferert stilling ved konsesjonstildelingsvurderingene.

P4 hevder derimot at det ikke ville ha foreligget en forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet om konsesjonens punkt. 4 om fornyelse som normalsituasjonen, ble ansett å gi P4 tilnærmet et krav på fornyelse. En eventuell forskjellsbehandling ville ikke skyldes nasjonalitet, men «at den konsesjonær som fikk konsesjonen for periode 1 gis et fortrinn for periode 2 – uavhengig av nasjonalitet».

Forbudet mot nasjonalitetsbestemt diskriminering, herunder gjennomsiktighetsforpliktelsen som er nærmere beskrevet ovenfor, vil normalt gi føringer for hva departementet kunne legge vekt på ved selve konsesjonstildelingen. Avgjørende for en adgang til å forskjellsbehandle, er i første rekke om det er saklig grunnlag for å stille en aktør (i dette tilfellet P4) i en annen posisjon enn de øvrige. Den nærmere vurderingen av hva som eventuelt ville ha utgjort et saklig grunnlag for å forskjellsbehandle til gunst for P4, må ta utgangspunkt i rettspraksis utledet (særlig) av EF-domstolen og nasjonale bestemmelser, i dette tilfellet særlig kringkastingsloven av 1992.

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om og i tilfelle i hvilken grad KKD etter EØS-retten har hatt adgang til i P4s favør å legge vekt på bestemmelsen om at «fornyelse vil være det normale». Slik situasjonen var etter søknadsfristen utløp 4. september 2002, taler mye for at EØS-retten uansett ikke gjorde seg gjeldende i P4s disfavør ved den konsesjonstildelvurderingen departementet skulle foreta. EØS-retten utgjorde således neppe et grunnlag for ikke å legge vekt på konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse som normalsituasjonen som et i noen grad rettslig fortrinn for P4.

Det er på det rene at det kun var selskaper hjemmehørende i Norge som hadde søkt konsesjonen. Jeg kan da ikke se at departementet kan høres med at det ikke var adgang til å gi P4 et rettslig fortrinn eller på annen måte legge vekt på konsesjonsbestemmelsen, selv om konsesjonen var lyst ut. Plikten til å lyse ut eller på annen måte bekjentgjøre radiokonsesjonen må som nevnt sees på bakgrunn av at utenlandske interessenter skal gis en viss mulighet til å kunne delta i konkurransen om konsesjonen, slik at kontrollen mot blant annet en eventuell skjult forskjellsbehandling skal kunne bli mer effektiv. Da konsesjonen skulle tildeles, stod departementet overfor valget mellom å tildele konsesjonen til et norsk selskap eller ikke å fornye konsesjonen. Jeg kan da vanskelig se at EØS-avtalen art. 4 eller øvrige forpliktelser etter EØS-avtalen medførte skranker for KKDs valg av (en norsk) konsesjonær. At det forut for utlysningen kan ha vært potensielle utenlandske interessenter, endrer neppe dette. EØS-avtalen kommer ikke til anvendelse på rent nasjonale forhold, og begrenser dermed heller ikke statenes adgang til å behandle egne borgere mindre gunstig enn utenlandske. Jeg kan på denne bakgrunnen ikke se at EØS-retten hadde betydning for KKDs konsesjonsavgjørelser ved valg av konsesjonssøker 20. desember 2002.

X. Allmennkringkastingsoppdraget – P4s og Kanal4s konsesjonssøknader

Som tidligere nevnt, framhevet KKD i utlysningen at det ved tildelingen «primært» ville «bli lagt vekt på realistiske og forpliktende planer for oppfyllelse av

allmennkringkastingsoppdraget». Dette er gjentatt i vedtakene 20. desember 2002. Det må være i samsvar med loven og forsvarlig at dette hensynet er lagt til grunn som det dominerende hensynet ved konsesjonstildelingen, og det er fullt ut i samsvar med de signaler som ble gitt, både ved stortingsbehandlingen før konsesjonstildelingen 14. januar 1993, og i løpet av den nåværende konsesjonsperioden.

I vedtakene kom KKD's vurdering av søkerne i forhold til allmennkringkastingsoppdraget slik til uttrykk:

«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. Søkerne 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 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 allmennkringkasterollen på en god måte i konsesjonsperioden.»

Om sammenligningen mellom P4 og Kanal4 het det:

«Kanal4 har presentert så vidt mye bedre planer for allmennkringkasting i kommende konsesjonsperiode at dette har vært avgjørende.»

I korrespondansen hit har KKD karakterisert Kanal4s tilbud som «klart bedre» eller «vesentlig bedre» enn P4s tilbud. En slik sammenligning av søkerne kvalifikasjoner i forhold til allmennkringkastingsoppdraget beror i stor utstrekning på kringkastingsfaglige og mediepolitiske vurderinger. Jeg er enig med KKD i at dette ligger i kjerneområdet for departementets diskresjonære kompetanse, og at ombudsmannen bare i begrenset grad kan etterprøve den vurderingen som er gjort. Ombudsmannen kan bare kritisere slike vurderinger dersom det hefter vesentlige feil ved skjønnnet, for eksempel at det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn eller hvis avveiningen av de ulike skjønnsmessige momenter har vært vilkårlig eller avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd og nærmere ovenfor generelt om fritt skjønn punkt V. Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at det er grunnlag for å knytte en slik karakteristikk til KKD's vurdering.

Jeg finner derfor i hovedsak å måtte legge KKD's syn på forskjellen på innholdet av Kanal4s og P4s konsesjonssøknader når det gjaldt oppfyllelsen av allmennkringkastingsoppdraget til grunn for mine nærmere overveielser. For øvrig er jeg enig i at målsettingen om konsesjonstildeling til den konsesjonssøkeren som ut fra en

kvantitets- og kvalitetsmessig vurdering best oppfylte allmennkringkastingsoppdraget, etter sin karakter er et relevant og tungtveiende allment eller samfunnsmessig hensyn.

XI. Konesjonsfornyelse – alminnelig forvaltningsrett – spesiell forvaltningsrett

1. Utgangspunkt

P4 har argumentert for sitt syn i saken her særlig ut fra betydningen av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse av konsesjonen som normalttilfellet når konsesjonsvilkår mv. har vært overholdt. I tillegg har P4 anført at, ved å inneha konsesjon for og på grunnlag av den ha drevet riksdekkende reklamefinansiert radiovirksomhet i mer enn ni år, vil selskapet også etter alminnelige forvaltningsrettslige regler måtte ha en rett til fornyelse eller at dette forholdet i alle fall må tillegges vekt i P4s favør når kringkastingsmyndighetene har valgt å lyse ut og tildele ny konsesjon for tilsvarende kringkastingsvirksomhet for en ny tiårsperiode.

Når det gjelder betydningen av alminnelige forvaltningsrettslige regler har WMB i klagen hit på vegne av P4 tatt utgangspunkt i det som er skrevet i 6. utgave (1996) av Torstein Eckhoff og Eivind Smiths Forvaltningsrett på s. 348-349 under avsnittet om «konesjonshavers rettsbeskyttelse» i forhold til tidsbegrensede konsesjoner. Det er der vist til at det forhold at en konsesjonær har drevet virksomheten «må imidlertid tas i betraktning ved den skjønnsmessige vurdering av forlengelsesspørsmålet» og at «forvaltningen må for eksempel ta hensyn til at han har foretatt betydelige investeringer for å kunne utføre virksomheten, og at han har drevet den på en uklanderlig måte». KKD mener på sin side at utgangspunktet med et visst fortrinn for nåværende konsesjonær ved ny konsesjonstildeling, ikke lenger er en dekkende beskrivelse av gjeldende rett. Ved spørsmål om fornyelse av konsesjoner nå må det særlige grunner til for at det skal tillegges selvstendig vekt at det er tale om en tidligere konsesjonsinnehaver. Departementet har blant annet vist til en samfunnsutvikling med sterkere fokus på konkurranse med de følger det må ha for valg av konsesjonssøker.

Jeg har undersøkt noe nærmere spørsmål om konsesjonsfornyelse på andre spesielle lovregulerte livsområder enn kringkastingssektoren der tidsavgrensede konsesjoner er det normale. Det gjelder utvinningstillatelser for petroleum gitt etter reglene i de såkalte 1963, 1965 og 1972 resolusjonene, og petroleumsløvene av 1985 og 1996, vassdragskonsesjoner etter vassdragsloven av 1917, ulike konsesjoner etter energiloven av 1990 og samferdselloven av 1976 som har en konkret regel om tiårs løyve for transport av passasjerer i rute (§ 15 nr. 2). Det er nok ut fra lovreguleringen av andre livsområder en viss støtte for et legislativt synspunkt om å beskytte foretatte investeringer som følge av virksomhet som drives på grunnlag av konsesjon. Jeg viser særlig til forarbeidene til samferdselloven Ot.prp. nr. 5 (1975-76) side 33, der situasjonen likevel nok er at rammebetingelsene for passasjertransport i rute også i et tiårsperspektiv er undergitt raskere endringer enn hva som gjelder for riksdekkende reklamefinansiert radio. Videre viser jeg til forarbeidene til petroleumsløven av 1996, se Ot.prp. nr 43 (1995-96) s. 38. For

eneretten etter en utvinningstillatelse for et kommersielt drivverdig og (med senere godkjenninger og tillatelser) utbygd olje- eller gassfunn er imidlertid utfordringen ikke en konkurransesituasjon med fornyelse, men et spørsmål om forlengelse av løpende konsesjon. Oljevirkosomheten er en annen parallell til nasjonal reklamefinansiert kringkasting ved at en rekke samfunnsmessige hensyn i stor grad vil gå foran økonomiske rettigheter knyttet til den aktuelle tillatelse. Selv om enkeltstående lovregulering gir beskjeden veiledning, mener jeg likevel at Eckhoff og Smith ikke uttrykker seg misvisende. Behandlingen av konsesjonssøknadene i KKD viser vel også at det er lagt en viss vekt på hensynet til arbeidsplasser, og at P4s økonomi og investeringer, herunder DAB-konsesjonen, har vært vurdert.

Utgangspunktet må etter mitt syn på denne bakgrunn være at når loven legger opp til tidsbegrensede konsesjoner, slik kringkastingsloven av 1992 § 2-1 nå gjør, kan konsesjonsmyndigheten etter utløpet av en konsesjon som gir faktisk og/eller rettslig enerett til riksdekkende kringkasting ikke ut fra alminnelige forvaltningsrettslige regler i nevneverdig grad legge vekt på konsesjonærens tidligere forhold som sådan. Den nærmere rettslige betydningen av hensynet til å ivareta økonomiske investeringer og arbeidsplasser mv., vil i sterk grad være avhengig av hvilke andre hensyn som er relevante ved vurderingen av konsesjonssøknadene. I denne saken vil hensynet til investeringer mv. ut fra alminnelige forvaltningsrettslige regler måtte være nokså marginalt i forhold til betydningen av siktemålet med en best mulig allmennkringkaster og (generelt sett) betydningen av de aktuelle medieeierskapskonstellasjonene knyttet til søkerselskapene.

2. Investeringer

Det er grunn til å understreke at hensynet til å ivareta foretatte investeringer i forhold til konsesjonsfornyelsesspørsmålet etter min mening vil være vesentlig viktigere i de situasjonene der det er på det rene at virksomheten i konsesjonsperioden ut fra innskutt kapital har gitt tap eller kanskje også der det ut fra risiko ikke har vært noen rimelig avkastning. Konsesjonsvilkårene til P4 fastsatte kapitalkravet til 30, 5 millioner kroner der mer enn 5 millioner kroner skulle være aksjekapital og resten ansvarlig lånekapital. Det er nok fortsatt slik at kapitaleiernes interesser (investeringene) generelt sett beskyttes rettslig sterkere enn arbeidstakernes ønske om arbeid og lønn. Det kan ha sammenheng med at kapitalen er en forutsetning for virksomheten som deretter skaper behovet for arbeidsplasser og oppdrag. I alle fall må vektlegging av foretatte investeringer først og fremst knytte an til resultatene i selskapet ut fra inntekter og utgifter (og avskrivninger) ved ordinær drift. P4 og KKD har ulikt syn på i hvilken grad P4 – sett fra investors som har vært med fra startens side – har vært en økonomisk gunstig investering. Jeg har ikke gått inn i tallmaterialet ut over å legge til grunn at det neppe er tale om en tapssituasjon der hensynet til foretatte investeringer vil slå inn med en viss tyngde. Om betydningen av konsesjonsbestemmelsen punkt 4 i forhold til å sikre økonomiske interesser også i andre tilfeller enn en tapssituasjon viser jeg til punkt XII nedenfor.

3. Arbeidsplasser

KKD har lagt en viss vekt på at P4s virksomhet i dag sysselsetter en rekke arbeidstakere. Etter det jeg forstår, har hensynet til å opprettholde arbeidsplassene for P4s ansatte bare hatt begrenset vekt for KKD i helhetsvurderingen som ble gjort ved konsesjonstildelingen overfor Kanal4 og konsesjonsavslaget overfor P4.

For den enkelte arbeidstaker er det alvorlig når virksomheten må opphøre fordi selskapet den ansatte arbeider i ikke får fornyet sin konsesjon. Oppsigelser – og i verste fall arbeidsledighet – kan i tillegg til redusert inntekt og økonomiske problemer for den enkelte, også ha betydelige sosiale og menneskelige kostnader som konsekvens. Det må være riktig å legge vekt på dette i konsesjonstildelingsvurderingen. I forhold til P4s konsesjonssøknad, må det likevel godtas at dette er et moment som har begrenset betydning. KKD måtte i sin helhetsvurdering kunne se hen til at etableringen av Kanal4 ville medføre en mulig ny arbeidsgiver der P4s ansatte kunne melde sin interesse. Dessuten er det tale om å tildele en P5 konsesjon der det må ha framstått som nærliggende at P4 kunne være aktuell søker. Konsesjonsavslaget overfor P4 var med andre ord ikke ensbetydende med tap av alle arbeidsplassene i P4 når konsesjon på riksdekkende reklamefinansiert radio tilfalt Kanal4 når det dertil kom en utlysning av P5 konsesjonen. I tillegg til dette vil jeg peke på at ved spørsmålet om valg av konsesjonær til å inneha enerett til riksdekkende reklamefinansiert analogsendt radio – med andre ord en konsesjon på nasjonalt nivå – vil hensynet til å opprettholde eksisterende konsesjonærs arbeidsplasser regulært måtte være underordnet andre tungtveiende hensyn.

4. Fornyelse eller forlengelse?

Det er en forskjell på beslutninger om konsesjonsfornyelse og konsesjonsforlengelse. Meningen til Eckhoff og Smith synes ut fra sitatet å være klar. Selv om formuleringen er noe unøyaktig. Med mindre loven stenger for det, må konsesjonsmyndighetene som hovedregel ha adgang til å forlenge en tidsavgrenset konsesjon, selv om siktemålet er å tildele ny konsesjon (fornyelse) etter utlysning ved første anledning etter ordinær konsesjonsperiode utløper. Forlengelse av løpende konsesjon kan være aktuelt i særlige tilfeller, kan hende som et typisk eksempel for å gi konsesjonæren nok tid til å drive virksomheten så lenge at den etter ordinær drift har gitt en rimelig avkastning på kommittert kapital. Forlengelse av løpende konsesjon kan etter kringkastningsforskriften 1992 være aktuelt for enkelte konsesjoner. Kringkastingsloven hindrer neppe dette, selv om den med sitt krav om tidsavgrenset konsesjonsperiode må medføre skranker.

5. Overholdelse av konsesjonsvilkår mv.

Etter alminnelig forvaltningsrett vil neppe det forhold at konsesjonæren i inneværende konsesjonsperiode har drevet på uklanderlig måte i nevneverdig grad kunne tillegges vekt som et fortrinn i forhold til vurderingen av konkurrerende konsesjonssøkere. Det må kunne forutsettes at driften har vært drevet i samsvar med lov, forskrifter og konsesjonsvilkår. En annen sak er at en konsesjonær som har drevet i mange år – slik som

P4 har – vil kunne gi et sikrere grunnlag for å vurdere forpliktelsene i og innholdet av konsesjonssøkerens opplysninger i konsesjonssøknaden enn hva som er tilfellet for en virksomhet som foreløpig ikke er iverksatt (Kanal4). Videre vil det nok være slik at prestasjonene i tidligere konsesjonsperiode, særlig om det er tale om brudd på konsesjonsvilkår el., vil kunne være et moment i konsesjonssøkerens disfavør ved sammenligning med andre konsesjonssøkere. Det betyr likevel ikke at konsesjonssøkeren vil være diskvalifisert for konsesjonstildeling eller må antas ikke å tilfredsstillende gjeldende minstekrav for konsesjonstildeling. Jeg legger til grunn at KKD ved sin avgjørelse har bygget sin vurdering på P4s beskrivelse av programplanene, men at P4s oppfyllelse av konsesjonen i inneværende konsesjonsperiode ikke har tjent som del av begrunnelsen for å foretrekke Kanal4 eller for øvrig har vært vektlagt i P4s disfavør. Det må legges til grunn at det har vært tale om en ren konkurransemessig sammenligning der P4 kom godt ut, men slik at Kanal4 likevel ble ansett klart bedre. Om betydningen av ikke å legge vekt på P4s oppfyllelse av konsesjonsvilkår i inneværende konsesjonsperiode i forhold til konsesjonsbestemmelsen punkt 4 om fornyelse som normalsituasjonen om konsesjonsvilkår mv. er overholdt, viser jeg til punkt XII nedenfor.

6. Økonomiske forutsetninger – medieeierskap

Ut fra de undersøkelser som har vært gjort herfra legger jeg til grunn at både Kanal4 og P4 har tilfredsstilt de minimumskrav til økonomi som var fastsatt og at dette er vurdert i forhold til de konkrete programplanene for de respektive selskapene. Om det kan knytte seg tvil til størrelsen på Kanal4s budsjetterte inntekter i en konkurransesituasjon med en ny P-5 kanal, har jeg ikke funnet grunn til å legge vekt på.

Formålet med medieeierskapsloven av 1997 er å fremme ytringsfriheten og de reelle ytringsmuligheter. Loven gjelder ved overtakelse av eierandel for foretak som driver dagsavis og/eller kringkasting. De hensyn som loven skal fremme, er relevante og etter sin karakter etter min mening av stor betydning både ved overdragelser av eierandeler og ved tildeling av konsesjon til en riksdekkende reklamefinansiert radio som P4. Medieeierskap er et relevant moment ved konsesjonstildelingen. Betydningen av dette forholdet strekker seg imidlertid neppe lenger enn til å se hen til at eierkonstellasjonene ved valget av en bestemt konsesjonær på grunn av bestemte dominerende eiere kan bli ansett for å være lite ønskelig. Jeg har merket meg eierforholdene i både Kanal4 og P4, og at Schibsted ASA er et multimediakonsern med en ikke ubetydelig indirekte eierandel i Kanal4. Det synes fra KKD's side å ha vært lagt til grunn at eierkonstellasjonene i P4 bedre enn for Kanal4 ville fremme målsettingene i medieeierskapsloven, men at betydningen av forskjellen i forhold til øvrige momenter har vært beskjeden. Dette har jeg slik forholdene i denne saken ligger an ikke funnet rettslig grunnlag for å rette særlige innsigelser mot.

XII. Konesjonsbestemmelsen om fornyelse

1. Utgangspunkt

P4 og KKD er uenige om innholdet av og dermed den nærmere rettslige betydningen av konesjonsbestemmelsen i punkt 4 i P4s konesjonsvilkår om fornyelse som normalsituasjonen.

Innholdet av bestemmelsen må i en forvaltningsrettslig sammenheng fastlegges ved en fortolkning med utgangspunkt i lovgrunnlaget og det som følger av en objektiv og naturlig språklig forståelse av klausulens ordlyd. I tillegg må bestemmelsen sees i sammenheng med øvrige konesjonsvilkår, for eksempel krav om kommittert kapital og konsekvensene av brudd på konesjonsvilkår, og for øvrig fortolkes på bakgrunn av mediesituasjonen for reklamefinansiert kringkasting slik den var da klausulen ble fastsatt. Dertil er det grunn til å se hen til eventuelle etterfølgende omstendigheter og praksis som kan kaste lys over hvordan klausulen i handling har vært forstått av partene. Et særskilt forhold her er at situasjonen for P4 langt på vei er parallell til TV2 AS' tilsvarende klausul om konesjonsfornyelse. Endelig er det grunn til å vurdere klausulen ut fra Høyesteretts avgjørelser på ulike livsområder knyttet til forvaltningsmessige forhåndsuttalelser eller forhåndsbinding av fremtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet.

Spørsmålet om, og i tilfelle i hvilken utstrekning forvaltningen har bundet seg til i framtiden å utøve skjønnsmessig myndighet på en bestemt måte – for eksempel til å fornye en kringkastingskonesjon i en normalsituasjon – stiller seg forskjellig på ulike forvaltningsområder. Det er områder der loven utelukker forhåndsbinding. Uten bestemmelser i lov, vil reelle hensyn på enkelte livsområder også etter forholdene tale mot en vid adgang til forhåndsbinding. Det vil i så fall bety krav til sterk forankring i avtale eller forhåndstilsagn for å godta bindingen, eller sett fra forvaltningens side, en lavere terskel for å anvende forvaltningsrettlige omgjøringsregler også utenom ugyldighetssituasjonen.

Som et generelt utgangspunkt for å vurdere omfanget av eventuell forhåndsbinding i denne saken, viser jeg til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1992 s. 1235. Saken gjaldt fiskekvoteordninger, og førstvoterende dommer Hellesylt uttalte (s. 1240), med tilslutning fra de øvrige dommerne, at adgangen til forhåndsbinding

«kan trolig stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning, å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder.»

Jeg vil nedenfor gå inn på fortolkningen av konsesjonsbestemmelsen og også vurdere i hvilken grad det var adgang til ved forhåndstilsagn å binde framtidig bruk av til dels skjønsmessig forvaltningsmyndighet på kringkastingsforvaltningens område.

2. P4 konsesjonens rettslige karakter

Etter mitt syn var P4s konsesjon til riksdekkende reklamefinansiert radiokringkasting etter sin karakter offentlig myndighetsutøvelse fra KKD's side. De krav konsesjonsvilkårene stilte til kommittert kapital, kan neppe sees som et en motytelse som bringer kontraktsrettslige synsmåter om gjensidighet og særretter til anvendelse. Om dette stiller seg annerledes for konsesjonstildelingen nå, når det ytes et betydelig engangsvederlag, går jeg ikke inn på. KKD har for øvrig heller ingen avtalemessig forankring overfor P4 for å kreve radiodrift av P4, og måtte eventuelt sanksjonere manglende sendinger som brudd på konsesjonsvilkår og reglene om eventuell tilbakekall av tillatelsen. Den presiseringen i kringkastingsloven av 1992 § 2-1 første ledd tredje punktum med uttrykkelig krav om tidsavgrenset konsesjon innebar, understreker nå behovet for en løpende – og med visse intervaller – mer omfattende vurderinger av kravene som bør stilles til konsesjonærene. I den grad konsesjonsklausulen om fornyelse er rettslig bindende, må den etter min mening vurderes ut fra forvaltningsrettslige og ikke kontraktsrettslige fortolknings-, omgjørings- eller revisjonsregler.

3. Situasjonen da TV2 AS` og P4s konsesjoner ble tildelt

Da beslutningene i Stortinget ble fattet og staten innbød til å søke konsesjon for riksdekkende reklamefinansiert TV og radio, synes framtidsutsiktene å ha vært økonomisk usikre. TV2-konsesjonen forutsatte krav om betydelig kapitalkommittering (400 millioner kroner). Videre var det fra statens side ikke aktuelt selv å bidra økonomisk. Den økonomiske risiko, også for P4s aksjonærer, må ha framstått som reell, om enn med utsikt til et ikke ubetydelig økonomisk potensiale. Dette var innledningen til en norsk riksdekkende reklamefinansiert kringkasting, og forholdene ser ut til å ha gitt departementet en oppfordring til å gi TV2 AS og P4 (om enn noe uklare) forsikringer om rett til videre kringkasting også etter utløpet av konsesjonsperioden på ti år. Dette synes særlig å ha vært situasjonen for TV2 AS. Jeg viser her til uttalelsene fra stortingskomiteen ved behandlingen av TV2 proposisjonen, jf. Innst. O. nr. 2 (1990-91) s. 8, sitert foran punkt VII. Her heter det at det er viktig at «eigarane av TV2 kan være trygge på at vidare konsesjon etter ti år er sikra, dersom konsesjonsreglane og- vilkåra er oppfylte». TV2 AS` konsesjonsvilkår om fornyelse har vært «tilnærmet» lagt til grunn som mal eller modell også overfor P4. Det er nok så at fornyelsesklausulen ikke har vært gjenstand for særskilt forhandling med P4 eller selskapets opprinnelige eiere. Jeg har imidlertid ikke grunnlag for å tro at det var tale om noen feil fra departementets side eller at klausulen nærmest ubevisst har blitt en del av konsesjonsgrunnlaget for P4s radiodrift. På den annen side var etableringen av og driften av TV2 i ti år selvsagt mer kapitalkrevende enn etableringen og drift av P4. Samtidig gir vel det riksdekkende TV-reklamemarkedet et større inntektsgrunnlag enn radioreklamemarkedet. Forholdene da TV2 konsesjonen og P4

konsesjonene ble gitt, forutsatte muligheten for en viss forhåndsbinding av fremtidig myndighetsutøvelse fra departementets side. Da kringkastingsloven av 1980, som P4s nåværende konsesjon bygger på, ble gitt, var adgangen til forhåndsbinding av senere bruk av forvaltningsmyndighet uklar, se Torstein Eckhoff, Forvaltningsrett, 1978 s. 282. Kringkastingsloven av 1980 hadde heller ingen uttrykkelige regler om adgangen til forhåndsbinding eller om tidsavgrensning for konsesjoner. Situasjonen er da at konsesjongivers myndighet til forhåndsbinding, må forankres i ulovfestede prinsipper om adgangen til forhåndsbinding av framtidig myndighetsutøvelse. Det rettslige innholdet av konsesjonsklausulen om fornyelse i normalsituasjonen skal fastlegges ut fra gjeldende regler i dag, men må ta i betraktning bakgrunnen for bestemmelsen da den ble inntatt og lagt til grunn som del av P4s konsesjonsvilkår. Bakgrunnen for bestemmelsen taler etter min vurdering for at den ikke bare skal anvendes i en situasjon der P4 har hatt økonomisk tap i konsesjonsperioden. Den kommer også til anvendelse der konsesjonæren har hatt gode økonomiske resultater. Hvor langt den i tilfellet rekker, må avgjøres konkret.

4. Nærmere om konsesjonsbestemmelsens ordlyd

Konsesjonsbestemmelsen eller klausulen medfører – som nevnt foran – ikke at P4 har rettskrav på konsesjonsfornyelse selv om konsesjonsvilkår mv. er overholdt i inneværende konsesjonsperiode. Det er i alle fall ikke tale om en kontraktmessig forhåndsbinding fra KKD's side av hvordan kringkastningsmyndighetene under gitte omstendigheter måtte eller skulle utøve sin skjønsmessige myndighet ved en eventuell ny konsesjonstildeling i forbindelse med utløpet av P4s nåværende konsesjon. På den annen side ligger det mer i konsesjonsbestemmelsen enn å være et rent «støtteskriv», et slags «comfort letter» eller en helt uforpliktende hensiktserklæring. Konsesjonsbestemmelsen innebærer en form for forhåndstilsagn. Dermed inneholder den i noen grad en rettslig forpliktelse om fortrinn for P4 ved KKD's utøvelse av sin skjønsmessige myndighet. Ut fra sin sammenheng, kan konsesjonsklausulen ikke sees som bare en konstatering av hvordan situasjonen rent faktisk skulle være en gang i framtiden (ved utløpet av P4s nåværende konsesjon). For å fastlegge noe mer konkret det nærmere rettslige innholdet av klausulen, vil jeg påpeke enkelte sider ved uttrykksmåten i bestemmelsen. Klausulen (også sitert foran) har følgende ordlyd:

«Konsesjonen 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.»

Jeg peker først på at konsesjonsperioden er tidsavgrenset til å utløpe uten ytterligere vedtak 31. desember 2003. Videre radiodrift etter dette tidspunktet forutsatte for P4 – etter søknad fra selskapet – vedtak fra KKD om forlengelse eller fornyelse av konsesjonen. Slik jeg ser det, er tidsavgrensningen i seg selv et signal om at fornyelse ikke gav en ubetinget rett for konsesjonæren selv om konsesjonsvilkår mv. var overholdt.

Dernest viser jeg til at P4 «ikke (var) garantert fornyet konsesjon». Hovedregelen er at en vidtgående plikt (garanti) til å fornye ut over det som ellers følger av gjeldende forvaltningsrettslige regler, krever et særskilt tilsagn; en tilsikring eller en garanti. Det er derfor nokså selvsagt når KKD angir at det ikke er gitt noen garanti. Ut fra den rettslige sammenheng passusen er nevnt, er det vanskelig å se det annerledes enn at meningen ikke bare har vært å klargjøre at det ikke er gitt garanti, men i tillegg å antyde at fornyelsesretten er noe usikker. Dette momentet underbygges ytterligere av den nyansen som ligger i at klausulen viser til at fornyelse «vil være» det normale og ikke mer spesifikke uttrykk som «skal være» det normale eller at P4 «har normalt rett til» fornyelse.

Et hovedelement i klausulen knytter seg til uttalelsen om at fornyelse vil være «det normale». Dette uttrykket kan tyde på at meningen har vært at klausulen skulle begrense seg til ikke å få anvendelse om situasjonen ble unormal eller ekstraordinær. Sammenhengen med at forutsetningen ellers i klausulen er at konsesjonsvilkår mv. er etterlevd i konsesjonsperioden, tilsier at bestemmelsen neppe tok sikte på mer eller mindre kvalifiserte former for mislighold fra P4s side. Ut fra bakgrunnen for konsesjonstildelingen, kan det hevdes at P4 måtte ha en sterk rett til fornyelse dersom den ordinære radiodriften ble tapsbringende. Klausulen er imidlertid ikke begrenset til å sikre mot en slik situasjon, og må gi et rettslig fortrinn også når radiodriften har vært økonomisk fordelaktig. I en slik situasjon, antyder uttrykksmåten «det normale» etter min vurdering at den forhåndsbinding klausulen medfører for departementet er noe forbeholden. Et forhold som kan ligge utenfor rammen av normalsituasjonen kan være endrede syn på innholdet av allmennkringkastingsoppdraget. Dette er et synspunkt som etter min mening underbygges av konsesjonsbestemmelsens annet avsnitt om mulig endrede vilkår som følge av «endrede mediepolitiske forutsetninger». Dette forholdet og denne delen av klausulen ser jeg mer som en understrekning av et generelt forbehold fra departementets side enn en presisering av en spesifikk situasjon der P4 ellers ville ha et (ubetinget) fortrinn eller rettskrav på fornyelse.

Fornyelsesretten til P4 må videre sees i sammenheng også med konsesjonsbestemmelsens tredje avsnitt der departementet skulle ta stilling til «spørsmålet om fornyet konsesjon» senest når det gjenstod ni måneder av konsesjonsperioden. Det forhold at framgangsmåten her er beskrevet som et spørsmål i bestemt form «spørsmålet» om «fornyte konsesjon», kan reflektere situasjonen da konsesjonsvilkårene for P4 (og TV2AS) ble nedfelt; at det

var tale om et fortrinn som først skulle forhandles og avklares med konsesjonæren uten utlysning og konkurranse. Det forhold at det her ellers er vist til «vurdering» av spørsmålet i ubestemt form, reflekterer antagelig mer at KKD stod fritt til å bestemme om en ny konsesjon skulle utlyses enn å svekke betydningen av at framgangsmåten la opp til et fortrinn og en avklaring med P4 først når utlysning ble aktuelt.

Som påpekt foran, indikerer også henvisningen til den «vurdering» som skulle foretas, at konsesjonsmyndighetene bare i begrenset grad hadde bundet seg.

Avslutningsvis vil jeg peke på at KKD's og P4's handlemåte i forbindelse med konsesjonsutlysningen i 2002 ikke gir særlig veiledning for å kartlegge den nærmere rettbeskyttede forventning som konsesjonsbestemmelsen etter min mening ellers medfører. Det er fra P4's side i konsesjonssøknaden fra 2002 vist til både løfte om fornyelse i normalsituasjonen og «en helt klar intensjon fra myndighetene». KKD har ved sin handlemåte overfor andre interessenter i forbindelse med utlysningen kanskje vist at vurderingen neppe har vært at klausulen var uten rettslig innhold.

5. Sammenfatning

Som en sammenfattende vurdering av de til dels nokså skjønnsmessige elementer som inngår i fortolkningen av og fastleggelsen av rekkevidden av konsesjonsbestemmelsen punkt 4, vil jeg legge til grunn at den også i situasjoner der radiodriften ikke gav tap – og slik saken ellers ligger an – måtte gi P4 et rettslig fortrinn eller en rettsbeskyttet forventning av ikke uvesentlig styrke om fornyelse av konsesjonen

XIII. Betydningen av ytringsfriheten – EMK artikkel 10

EMK artikkel 10 lyder i norsk oversettelse:

1. Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Denne artikkel skal ikke hindre staten fra å kreve lisensiering av kringkasting, fjernsyn eller kinoforetak.
2. Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår eller innskrenkninger eller straffer, som er foreskrevet ved lov og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 19 er i det vesentlige likelydende med EMK artikkel 10. Begge konvensjonene gjelder som norsk lov, jf menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr 30 § 2 nr 1 og 3. Formuleringsnyansene i de

to konvensjonene er uten betydning for denne saken. Jeg nevner for ordens skyld at ytringsfriheten som grunnleggende prinsipp er knesatt i Grunnloven § 100, men det kan ikke ses at det her oppstår særskilte spørsmål om forholdet mellom Grunnloven og de nevnte konvensjonene. I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i EMK artikkel 10.

Det er uttrykkelig presisert i EMK artikkel 10 nr 1 tredje punktum at en konsesjonsordning for radiokringkasting, i seg selv ikke vil være strid med reglene om vern om ytringsfriheten. Samtidig framgår det av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) at myndighetenes praktisering av konsesjonsordningen, for eksempel avslag på søknad om kringkastingskonsesjon eller regulering gjennom ytringsbegrensende betingelser knyttet til innvilgelse av konsesjon, prinsipielt sett utgjør et inngrep i ytringsfriheten. For slike vedtak må derfor vilkårene i artikkel 10 andre ledd om innskrenkninger i ytringsfriheten være oppfylt i det enkelte tilfellet. Det vises til blant annet EMDs dom 24. april 1990 *Autronic AG mot Sveits* paragraf 47 og dom 5. november 2002 *Demuth mot Sveits* paragraf 30. Det er enighet mellom partene om at departementets avslag på P4s søknad om fornyet konsesjon er et inngrep i forhold til EMK artikkel 10.

Inngrepsvilkårene i EMK artikkel 10 nr 2 faller i tre ledd.

For det første må konsesjonsordningen som sådan og det konkrete avslag ha lovhjemmel. Det er ikke omstridt at dette vilkåret er oppfylt, og jeg er enig i det.

For det andre må avslaget forfølge et legitimt formål. Som utgangspunkt er disse uttømmende oppregnet i EMK artikkel 10 nr 2. EMD har imidlertid presisert at for konsesjonsordninger innebærer presiseringen i nr 1 tredje punktum at også andre formål kan ivaretas. Fra EMDs dom 24. november 1993 *Informationsverein Lentia m fl mot Østerrike* paragraf 32 siteres:

«As the Court has already held, the purpose of that provision [i.e. artikkel 10 nr 1 tredje punktum] is to make it clear that States are permitted to regulate by a licensing system the way in which broadcasting is organised in their territories, particularly in its technical aspects (see the above-mentioned *Groppera Radio AG and Others* judgment, Series A no. 173, p. 24, para. 61). Technical aspects are undeniably important, but the grant or refusal of a license may also be made conditional on other considerations, including such matters as the nature and objectives of a proposed station, its potential audience at national, regional or local level, the rights and needs of a specific audience and the obligations deriving from international legal instruments».

EMD har gjentatt dette senere blant annet i dom 20. oktober 1997 *Radio ABC mot Østerrike* paragraf 33 og dom 5. november 2002 *Demuth mot Sveits* paragraf 33.

I begrunnelsen for avslaget viser departementet til at det har lagt avgjørende vekt på 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 analytisk og fordypende perspektiv.»

På bakgrunn av praksis fra EMD finner jeg det lite tvilsomt at departementets vektlegging av såkalte allmennkringkastingshensyn som angitt i begrunnelsen for avslaget *etter sin art* er legitime og slik sett relevante hensyn etter konvensjonen. EMDs praksis tyder på at de hensyn til mangfold og pluralisme som synes å inngå i allmennkringkastingsbegrepet ikke bare er legitime etter konvensjonen, men også hensyn som EMD ser det som viktig at medlemsstatene søker å ivareta i en konsesjonsordning. Det vises til blant annet EMDs dom 28. mars 1990 *Groppera Radio AG m fl mot Sveits* paragraf 69-70. Slik jeg forstår P4, bestrides da heller ikke som utgangspunkt at departementet har bygget på legitime hensyn ved konsesjonstildelingen.

Derimot framholder WMB på vegne av P4 at det tredje inngrepsvilkåret i EMK artikkel 10 nr 2 ikke er oppfylt, det vil si vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. WMB viser i denne forbindelse til at departementet har lagt vekt på subjektive kvalitetskriterier som er uakseptable i nødvendighetsvurderingen, og at avslaget på P4s konsesjonssøknad ikke tilfredsstillende EMKs krav til begrunnelse. Slik jeg oppfatter anførselen om mangelfull begrunnelse i relasjon til EMK artikkel 10 nr 2, er poenget at den begrunnelsen som er gitt for konsesjonstildelingen, ifølge WMB, ikke er tilstrekkelig for å begrunne nødvendigheten av inngrepet overfor P4. Når det gjelder spørsmålet om begrunnelsen oppfyller de krav som følger av alminnelige forvaltningsrett, viser jeg til behandlingen i punkt VIII foran.

Det kan synes noe uklart om WMB med henvisningen til uakseptable subjektive kriterier likevel gjør gjeldende at avslaget bygger på hensyn som ikke er lovlige etter konvensjonen, eller om det kun anføres at det er tale om en uforholdsmessig vektlegging av prinsipielt sett relevante hensyn. Jeg konstaterer at det i forbindelse med partenes argumentasjon omkring objektive og subjektive kvalitetskriterier muligens kan være en flytende overgang mellom relevans- og vektspørsmålene. Jeg finner i det følgende ikke grunn til å trekke opp noen skarp grense mellom formålsvilkåret og nødvendighetsvilkåret i konvensjonen.

I nødvendighetsvilkåret ligger et krav om forholdsmessighet mellom de hensyn som begrunner inngrepet og de innskrenkninger i ytringsfriheten som følger av inngrepet. Det er tale om en utpreget rettslig standard hvis innhold ikke kan fastlegges definitivt, og hvor nasjonale myndigheter også vil innvilges en viss skjønnsmargin, for eksempel på grunn av historiske tradisjoner eller kulturell egenart. Her vil spørsmålet som utgangspunkt være

om de hensyn som ligger til grunn for avslaget på P4s søknad om konsesjonsfornyelse er tilstrekkelig tungtveiende i forhold til de konsekvenser som avslaget har for P4 og kanalens innarbeidede posisjon i eteren. Vurderingen i relasjon til P4 må i første rekke knyttes til ytringsfrihetshensyn, hvorved andre virksomhetshensyn som vern om investeringer og arbeidsplasser står i en mer perifer stilling. Forholdsmessighetsvurderingen bør da i første rekke ta utgangspunkt i det forhold at et etablert radiotilbud ikke blir videreført.

Det er grunn til å betone som en ramme om forholdsmessighetsvurderingen at antallet radiofrekvenser er begrenset og at kun én søker kunne få denne konsesjonen. Man kommer dermed ikke utenom en utvelgelsesprosess hvor ressursknappheten som sådan utgjør begrensningen. Såfremt myndighetene i en slik konkurransesituasjon ivaretar legitime formål etter EMK artikkel 10, og på det grunnlag foretar et valg basert på en forsvarlig og ikke-diskriminerende avveining av de saklige momentene som gjør seg gjeldende, kan det etter mitt skjønn ikke anses som konvensjonsbrudd selv om det vil kunne være alvorlig for søkerne og særlig P4 å få avslag.

I denne saken har departementet påpekt at det er tatt hensyn til P4s eksisterende virksomhet, men at det ikke har vært utslagsgivende fordi Kanal4 har «presentert så vidt bedre planer for allmennkringkasting i kommende konsesjonsperiode at dette har vært avgjørende». Tatt i betraktning allmennkringkastingshensynenes grunnleggende betydning, både etter kringkastingstingsloven og EMK artikkel 10, har jeg ikke grunnlag for å si at departementets avslag er uforholdsmessig i relasjon til de innrettelseshensyn som gjør seg gjeldende ved at P4 har hatt konsesjonen i inneværende periode.

Det sentrale her vil være P4s prinsipielle anførsel om at departementet i forhold til EMK artikkel 10 nr 2 i uakseptabel grad har lagt til grunn subjektive kriterier for avslaget.

Som nevnt, framgår det av begrunnelsen for avslaget at den utslagsgivende faktor ved konsesjonstildelingen var departementets vurderinger av søkerens allmennkringkastingstilbud. I konsesjonsutlysningen var søkerne bedt om å gi en detaljert oversikt over hvordan de ville oppfylle allmennkringkastingforpliktelsene. Hva disse forpliktelsene innebar ble nærmere angitt i utlysningen gjennom dels «overordnede krav» til sendingene og dels «spesifikke krav til sendingene». Som overordnede krav ble blant annet framhevet at sendingene skulle være av tematisk og sjangermessig bredde, med analytiske, kritiske og fordypende perspektiv og at sendingene skulle bidra til å styrke norsk språk, identitet og kultur. Som spesifikke krav til sendingene ble angitt blant annet typer av programkategorier som måtte inngå, for eksempel daglige, egenproduserte nyhets- og aktualitetssendinger med nasjonale og internasjonale nyheter og livssynsprogrammer.

På bakgrunn av utlysningen og begrunnelsen sett under ett, er det på rene at departementet i tilknytning til allmennkringkastingsbegrepet har bygget på vurderinger av *kvaliteten* ved

de ulike søkeres programplaner. Dette er bekreftet og utdypet av departementet under klagesaksbehandlingen her. Fra departementets brev hit 26. februar 2003 gjengis:

«Det framgår klart av utlysningsteksten at det viktigste i departementets vurdering av programprofilen ville være kvalitative forhold. ... 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. (side 32-33 i brevet) ... 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 sendeflatene skal inneholde programmer og musikk for både brede og smale lyttergrupper

... Begrepet «dybde» reflekterer kulepunkt 3 i utlysningsteksten punkt 5 a hvor det fremgår at departementet vil legge vekt på at «sendingene har analytiske, kritiske og fordypende perspektiv». Dette er skjønsmessige 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.» (side 36-37 i brevet).

Til dette framholder WMB på vegne av P4, under henvisning til EMDs dom 5. november 2002 *Demuth mot Sveits* og EMDs avvisningsavgjørelse 27. september 2001 *Skyradio m.fl mot Sveits*, at myndighetene bare kan legge vekt på objektive kvalitetskriterier, for eksempel ved at det gis preferanse til visse typer av programmer og at det stilles krav om en balansert programmeny. Fra WMBs brev hit 19. mars 2003 gjengis:

«I svarbrevet til Sivilombudsmannen hevder KKD at det er «*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*». Til dette vil P4 anføre at KKD ikke har begrunnet sitt konsesjonsvedtak med at P4 mangler tilstrekkelig bredde i programtilbudet. KKD har tvert imot presisert at P4 hadde tilfredsstillende bredde i programtilbudet, samt at det ikke var forskjeller mellom programkategoriene til P4 og Kanal4 som begrunnet KKD's konsesjonsvedtak. I følge KKD var det utelukkende *kvalitetsforskjeller* mellom P4 og Kanal4s

programplaner som ikke kunne kvantifiseres som utgjorde årsaken til at Kanal4 ble tildelt konsesjonen» (side 51).

Slik jeg forstår P4, bestrides altså ikke at departementet i forhold til EMK artikkel 10 hadde anledning til å stille de kravene til programprofil som ble angitt i utlysningen, og som ble vektlagt i beslutningsprosessen og framhevet i begrunnelsen. Ifølge WMB har departementet derimot gått for langt i en kvalitativ prøvelse *innenfor* P4s og Kanal4s programtilbud, hvorved departementet i realiteten har foretatt en smakssensur basert på subjektive kriterier som ikke lar seg etterprøve.

Jeg har forståelse for at P4 etterlyser en viss aktpågivenhet i prøvelsen når myndighetene bygger på et kvalitetsorientert skjønn ved tildelingen av kringkastingskonsesjon. Jeg har imidlertid vanskelig for å følge det skarpe skillet mellom objektive og subjektive kvalitetsvurderinger som WMBs argumentasjon synes å bygge på.

Til den skjønnsmyndighet som tilligger departementet må nødvendigvis også inngå en viss adgang til å vurdere konkret i hvilken grad den enkelte konsesjonssøker vil oppfylle de legitime kriterier og formål som konsesjonen skal ivareta. Det er således en nær sammenheng mellom på den ene siden fastsettelsen og presiseringen av relevante krav til konsesjonæren i forbindelse med utlysningen, og på den andre siden vurderingen av søknadene etterpå. Dersom departementet bare skulle være henvist til en ren overfladisk konstatering av hvorvidt søkernes programprofil imøtekommer utlysningens krav, blir det lite igjen av den skjønnsmyndighet som departementet er gitt. Departementet må således kunne prøve realiteten i den enkelte søknad. I den grad det stilles kvalitative vilkår og kriterier til konsesjonæren, må departementet i beslutningsprosessen også gå inn på kvalitative vurderinger. En slik vurdering vil innbefatte et subjektivt skjønn, men det kan i seg selv ikke være uforenlig med EMK artikkel 10 all den stund vurderingen knytter seg til relevante vilkår og kriterier. I denne sammenheng finner jeg grunn til å presisere at man altså ikke står overfor vilkår eller vurderinger som utelukker bestemte typer av ytringer eller ytringer av et bestemt innhold, men om ivaretagelse av overordnede formål om blant annet mangfold som det etter EMK artikkel 10 er anledning til å vektlekke.

Jeg kan ikke se at EMDs avgjørelser 5. november 2002, *Demuth mot Sveits* og 27. september 2001 *Skyradio m.fl mot Sveits*, gir vesentlig veiledning om hvilken grad av skjønn som kan utøves i avveiningen mellom flere søkere som i tilknytning til en konsesjonsutlysning presenterer felles programprofil. Etter min mening kan dommene i hvert fall ikke forstås som et forbud mot at myndighetene i en konkurransesituasjon går inn på en nærmere prøvelse av i hvilken grad søknader som tilbyr de samme typer av programmer oppfyller konsesjonsvilkårene. Tvert imot synes det naturlig å anta i forlengelsen av EMDs prinsipielle anerkjennelse av de hensyn som departementet har søkt å ivareta ved konsesjonstildelingen, at myndighetene også må tillates en viss frihet til å vurdere kvaliteten ved søknadenes programplaner.

Den konkrete skjønnsutøvelsen som departementet har utøvd ligger innenfor rammen av allmennkringkastingsbegrepet slik dette er definert i utlysningsteksten og kortfattet oppsummert i begrunnelsen. Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at det er holdepunkter for at departementets vurdering ikke har vært forsvarlig. Den nærmere avveining med hensyn til hvilken søker som synes best egnet til å ivareta allmennkringkastingsformålene, beror som før nevnt på en utpreget kringkastingsfaglig og mediepolitisk skjønnsvurdering som jeg vil være tilbakeholden med å overprøve.

På denne bakgrunn konkluderer jeg med at departementets avslag på P4s konsesjonssøknad ikke er i strid med EMK artikkel 10.

XIV. Sammenfattende vurdering og konklusjon

Utgangspunktet for min vurdering og konklusjon er at konsesjonsklausulen om fornyelse må gi P4 et rettslig fortrinn eller en rettsbeskyttet forventning av ikke uvesentlig styrke om fornyelse av konsesjonen. Konsesjonsbestemmelsen regulerer klart nok ikke bare situasjoner der radiodriften hadde gitt tap i konsesjonsperioden, men medfører etter mitt syn en form for forbeholdent forhåndstilsagn om framtidig bruk av forvaltningsmyndighet også når P4 har hatt gode økonomiske resultater.

Jeg mener videre at EØS-reglene, ut fra den situasjonen som forelå, neppe gir særlig støtte for KKD's syn. EØS-reglene tilsier nok at det var plikt til, i alle fall adgang til og kanskje også ønskelig, å utlyse konsesjonen. Men verken utlysningen med konkurranse i seg selv, EØS-rettens krav til fri bevegelse ved etablering, fri bevegelse for tjenester eller mer generelt forbudet mot åpen og skjult (indirekte) nasjonalbestemt diskriminering, avdemper eller reduserer etter det jeg kan se i nevneverdig grad det materielle fortrinn konsesjonsbestemmelsen etablerer for P4 når selskapet valgte å søke fornyelse av konsesjonen.

Hovedgrunnen til at jeg har kommet til at jeg ikke på rettslig grunnlag kan rette avgjørende innvendinger mot KKD's standpunkt, er departementets vurdering av at Kanal4s konsesjonssøknad for så vidt gjaldt innholdet av programplanene for å oppfylle allmennkringkastningsoppdraget, var klart eller vesentlig bedre enn P4s konsesjonssøknad. Denne markante, om enn nokså vanskelig definerbare eller kvantifiserbare forskjell mellom P4s og Kanal4s søknader, kan ombudsmannen som tidligere påpekt bare i begrenset grad overprøve. KKD's standpunkt om at Kanal4 fra 2004 vil løse allmennkringkastningsoppdraget på en ut fra KKD's kringkastingsfaglige og mediepolitiske vurdering best mulig måte, må jeg legge til grunn er et relevant og tungtveiende hensyn av allmenn eller samfunnsmessig karakter som ut fra forholdene i saken for øvrig kan forsvare konsesjonsavslaget overfor P4 og dermed KKD's valg av Kanal4. Dette hensynet må kunne slå igjennom også overfor P4s fortrinn etter konsesjonsbestemmelsen enten konklusjonen framkommer ved en avveining av disse motstridende hensyn, eller om hensynet til å velge den beste allmennkringkasteren gjør at det er tale om nærmest å omgjøre en rettsbeskyttet forventning på P4s hånd. Det er her,

slik jeg ser det, tale om å gjøre gjeldende en noe avdempet anvendelse av de rettspolitiske synspunkter den ulovfestede forvaltningsrettslige omgjøringsregelen bygger på, og som forvaltningsloven § 35 siste ledd viser til. Den ulovfestede regelen forvaltningsloven henviser til, åpner for å omgjøre bindende forvaltningsvedtak også til skade for en part ut fra en interesseavveining der tungtveiende samfunnsmessige hensyn er av tilstrekkelig overvekt og derfor utslagsgivende. Jeg viser generelt til Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave, 2002, s. 236-243 særlig på side 239.

Jeg har vanskelig for å se at de momentene i saken som knytter seg til betydningen av alminnelige forvaltningsrettslige regler, hensynet til P4s økonomi og investeringer (DAB-konsesjonen), betydningen av konsesjonsavslaget for P4s ansatte og de mer spesielle medieeierskapshensyn som må gjelde for kringkastingskonsesjoner kan rokke ved hovedkonklusjonen. Videre har jeg vanskelig for å se at EMK art. 10 om ytringsfrihet medfører at konsesjonsavslaget overfor P4s er i strid med konsesjonsbestemmelsen. P4s innsigelser mot saksbehandlingen har heller ikke ført fram som klagegrunn.

På denne bakgrunn er min konklusjon – som nevnt innledningsvis – at jeg på rettslig grunnlag ikke kan rette avgjørende innvedinger mot KKDs vedtak.

Oslo, 6. juni 2003

Arne Fliflet