



DET KONGELIGE
KULTUR- OG KIRKEDEPARTEMENT

Sivilombudsmannen
Postboks 3 Sentrum
0101 OSLO

Deres ref.

2003-0179B-1BDA

Vår ref.

2003/244 ME/ME2 LaB

Dato

03.04.2003

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

1. INNLEDNING

Det vises til klage fra P4 Radio Hele Norge ASA (P4) av 23. januar 2003 til ombudsmannen, til svarbrev fra Kultur- og kirkedepartementet (KKD) av 26. februar, og til P4s brev av 19. mars. Ved brev av 20. mars 2003 har ombudsmannen gitt departementet en frist på to uker til å kommentere klagers siste brev.

I brevet av 26. februar fant departementet det nødvendig å gi en helhetlig fremstilling av saken. Denne gang anses det tilstrekkelig å knytte noen kortere kommentarer til de nye punktene som P4 tar opp i sitt siste brev. En rekke av de anførslene P4 fremsetter er for øvrig allerede imøtegått i vårt forrige brev, og vil ikke bli gjentatt her.

Som det vil ha fremgått, reiser saken en rekke problemstillinger, flere av dem kompliserte. Hvilken rekkefølge disse behandles i, bør ikke ha betydning for resultatet, men kan likevel være viktig for å få en korrekt forståelse av saken. I departementets brev av 26. februar er problemstillingene gjennomgått i en rekkefølge som tilsvarer hvordan de ble håndtert under vedtaksprosessen høsten 2002, og som etter departementets syn er den mest klargjørende. Kommentarene til P4s siste anførsler vil i det følgende derfor følge det samme oppsettet.

Før departementet går over til å kommentere de enkelte anførsler og argumenter som P4 har fremsatt, er det imidlertid behov for noen merknader av mer generell karakter.

Postadresse
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon - sentralbord
22 24 90 90
Org. nr.
972 417 866

Medieavdelingen
Telefaks
22 24 80 39

Saksbehandler
Lars Brustad
22 24 80 46

2. GENERELLE MERKNADER

En grunnleggende svakhet ved klagen fra P4 var etter departementets syn at det var uklart hvilken rettslig posisjon selskapet hevdet å ha etter konsesjonens punkt 4. Hevdet man bare å ha en fortrinnsrett (av en viss rekkevidde) fremfor andre søkere, eller hevdet man å ha et rettskrav på fornyet konsesjon uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner?

Det ble påpekt i vårt brev av 26. februar, bl.a. på s. 55-56, og er nå kommentert i P4s siste brev på s. 4-5, der selskapet avklarer sine anførsler. Her fremgår det nå at P4 hevder å ha et materielt rettskrav på fornyelse så lenge man selv oppfyller tre nærmere bestemte vilkår, uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner. Uansett hvor mye bedre kvalifisert en konkurrent skulle være, hevder altså P4 å ha et krav på konsesjonen.

Et viktig punkt ved P4s klargjøring er at det ikke bestrides at departementet hadde *adgang til å lyse ut* konsesjonen. Dette kan altså anses uomtvistet. Uenigheten gjelder derfor kun spørsmålet om hvordan tildelingsprosessen etter utlysning skulle skje, herunder hvilken særlig stilling P4 hadde krav på.

Som kjent har departementet tidligere gitt uttrykk for at det er vanskelig å se hvordan prinsippet om åpen utlysning kan forenes med anførselen om at P4 skal ha et materielt rettskrav på konsesjon, kun basert på egne kvalifikasjoner. P4s svar er for det første at de andre søkerne kan "konkurrere" med P4 dersom P4 ikke oppfyller vilkårene, og for det andre at ytelse tilbudt i de andre søknadene fra konkurransen kan brukes til å fastsette "tilsvarende, lignende eller endog strengere krav" til P4.

Det P4 her egentlig anfører, er at man kan gjennomføre en fiktiv konkurranseform der utlysning brukes som virkemiddel for å lodde stemningen hos søkerne, for dermed å kunne stille "markedsmessig" riktige krav, før tildeling foretas til en på forhånd bestemt aktør. Med andre ord en prosess der konkurransen ikke er reell, og der konkurrentenes tilbud kun brukes til å bestemme vilkårene for det allerede utpekte selskap.

At departementets utlysning ikke var *ment* å legge opp til en slik prosess, er klart. Det var ingen holdepunkter for dette i utlysningen, og den ble ikke oppfattet slik, verken av de andre søkerne eller (den gang) av P4.¹ Men departementet ville heller *ikke hatt rettslig adgang* til å gjøre dette. Bruk av slike fiktive anbud er ikke bare (til sammenligning) forbudt etter anskaffelsesreglene,² men vil også meget lett kunne stride mot grunnleggende prinsipper for god forvaltningsskikk, og gi grunnlag for krav om erstatning av (i det minste) negativ kontraktsinteresse.

¹ Dersom P4s forståelse av pkt. 4 skulle vært riktig, ville det strengt tatt ikke vært noen grunn for P4 til å sende inn en fullt ut bearbeidet konsesjonssøknad. P4 ville da ha et absolutt krav på konsesjonen så lenge de ikke har brutt konsesjonsvilkårene i forrige periode og aksepterer de vilkårene som måtte bli satt for neste periode. Det at P4 la stor vekt på å sende inn en utførlig gjennomarbeidet søknad viser at den tolkningen selskapet nå legger til grunn er noe man først har kommet frem til etter å ha tapt i konkurransen. På dette punktet bærer P4s tolkning – for å bruke selskapets egen terminologi – et visst preg av å være en "etterfølgende konstruksjon".

² I anbuksretten har man sett slike fiktive anbud betegnet som "kontrollanbud". Se også punkt 3 i sak nr. 375/1992 fra Byggebransjens Faglig/Juridiske Råd ("Om forkastelse av anbud")

På dette grunnlag vil departementet fastholde at P4s rettslige anførsel, slik den nå er avklart, ikke er forenlig med at konsesjonen ble utlyst. Konsekvensen av P4s syn er at det ikke ville vært rettslig adgang for departementet til å gjennomføre en åpen utlysning.

Dertil kommer at P4s anførsel ikke er noen naturlig tolkning av ordlyden i punkt 4, som fastslår at konsesjonen er tidsbegrenset, og at konsesjonæren ikke er garantert fornyelse. Og går man ut over ordlyden, og ser på den alminnelige forvaltningsretten på området, samt de øvrige relevante rettskildefaktorene, blir bildet enda klarere. Den "rettstilstand" som P4 oppstiller på s. 4-5, med sine tre vilkår, er ikke bare unaturlig og uhensiktsmessig, men også så spesiell at departementet ikke kjenner noen eksempler fra praksis på konsesjoner som er utlyst og tildelt på en slik måte. Dersom meningen hadde vært å gi P4 et slikt materielt rettskrav på fornyelse som selskapet nå hevder å ha, måtte dette vært uttrykt i ordlyden.

På s. 4-5 fremgår det videre at P4 fortsatt ikke har forstått at konsesjonen ikke ble utlyst som en konkurranse om å oppfylle visse minstemål, men som en "skjønnhetskonkurranse", for å få søkerne til å strekke seg og dermed oppnå reell konkurranse på kvalitet. I en slik prosess kan ikke noen ha et "krav" dersom de "oppfyller" visse vilkår – fordi det ikke er vilkår som enten er oppfylt eller ikke oppfylt. Som påpekt i vårt brev av 26. februar (s. 18, 29 og 49) er dette forvaltningspolitisk og mediepolitisk den mest fornuftige måten å bruke utlysningsformen på, og den som best sikrer de allmenne interesser. En tolkning som gir P4 et absolutt "rettskrav" på konsesjon dersom visse minstekrav er "oppfylt" er ikke forenlig med dette.³

Departementets syn er som vist at det er grunnlag for tvil med hensyn til hvilken rett vilkåret i punkt 4 kan gi. Det er ikke opplagt at det etter sin karakter er egnet til å gi *rettslig* beskyttede forventninger. Men i den grad det *kan* gi en rett, må dette være en fortrinnsrett, av en viss rekkevidde. Punkt 4 kan ikke stenge for åpen utlysning og konkurranse, men gir (eventuelt) P4 et fortrinn i konkurransen. Hvor langt dette rekker, kan man diskutere. Departementets begrunnede syn er at vilkåret i alle fall ikke gir krav på fortrinn fremfor en klart bedre kvalifisert konkurrent.

Denne uenigheten er grunnleggende for forståelsen av saken, og hva man strides om. Slik P4 nå har avklart sin anførsel, som et rettskrav kun basert på egne meritter, innsnevrer dette det rettslig relevante materialet betydelig, og gjør svaret etter departementets syn nokså klart. Noe slikt rettskrav har P4 åpenbart ikke.

For øvrig vil departementet bemerke at store deler av P4s svarbrev ved nærmere ettersyn fortsatt i første rekke er en kritikk av *rimeligheten i det skjønn* som er utøvet i

³ Et annet viktig poeng med en slik skjønnhetskonkurranse er at det er søkeren *selv* som formulerer nærmere de ytelser som tilbys, i motsetning til at departementet ensidig fastsetter detaljerte vilkår. Dette gjør kriteriene mer forpliktende, og lettere å kontrollere i ettertid. P4s anførsel er at KKD etter å ha mottatt samtlige søknader skulle ha brukt disse til å fastsette de endelige vilkår, og så forelagt disse for P4, til aksept. I så fall ville P4 altså ha blitt forpliktet til å oppfylle vilkår utformet og formulert *av andre* søkere, og deretter ensidig pålagt av KKD. Rent bortsett fra at en slik prosess antagelig ville vært ulovlig i forhold til de andre søkerne, ville den også lettere kunne ført til tvil og usikkerhet om rekkevidden og graden av P4s forpliktelser.

saken. Dette skjønnet kan P4 selvsagt være uenig i, men det er vanskelig å se hvilken betydning det får. For det første har departementet etter kringkastingsloven § 2-1 fritt skjønn, og dette stenger for en ren rimelighetsetterprøving. For det andre følger det av fvl § 35 at departementet ikke har adgang til å omgjøre vedtaket til skade for Kanal 4 med mindre det er ugyldig, og at det derfor verken har foranledning eller adgang til å revurdere hensiktsmessigheten av skjønnet.

Departementet har ellers merket seg at P4 i sitt siste brev i noen grad faller tilbake til den form for påstander som preget selskapets første utspill etter tildelingen i desember 2002. Flere steder uttales det til dels nokså direkte at departementet hadde bestemt seg på forhånd, og at man under prosessen kun lette etter en vikarierende begrunnelse for ikke å fornye P4s konsesjon, eventuelt at begrunnelsen er "konstruert" i ettertid. Lengst går man på s. 46 i svarbrevet, der ett enkelt ord fra et intern notat tolkes på verst mulig måte, som grunnlag for en beskyldning om at departementet skal ha vært på leting etter argumenter for ikke å gi P4 konsesjonen. For departementet gir dette gjenklang av selskapets tidligere påstander, om at vedtaket var truffet i strid med embedsverkets råd, om "skittent spill i regi av kristenfolket" m.m. Det kan synes som en slik konspirasjonstenkning fortsatt gjennomsyrrer P4s virkelighetsforståelse, slik denne også forsøkes formidlet til ombudsmannen.

Til dette har departementet ikke annet svar enn at det rent faktisk rett og slett er galt. Som det fremgår både av de offentliggjorte og de (fortsatt) interne dokumentene i saken, gjennomførte departementet en åpen og reell utlysning og konkurranse der samtlige søkere ble vurdert ut fra innholdet i sine søknader. Det ble ikke lagt andre formelle eller reelle føringer på departementets skjønnspregete vurdering av søkerne enn de kriterier som var angitt i søknadsdokumentet. Uten at det i seg selv er avgjørende, var statsrådets endelige vedtak i samsvar med de vurderinger som fire saksbehandlere hver for seg, og deretter den øvre administrative ledelsen, hadde kommet til. Grunnen til at P4 ikke fikk konsesjonen er ikke "skumlere" enn at man ikke nådde opp i konkurransen, selv ikke med et fortrinn.⁴

På denne bakgrunn finner ikke departementet det nødvendig å gå nærmere inn på den mistenkeliggjøring av motiver som P4 igjen legger opp til. Det skal kun bemerkes at frikoblet fra en slik vinkling, fremstår hele konsesjonstildelingsprosessen i et annet lys. Forvaltningen har gjort sitt beste for å fatte et riktig vedtak, basert på en uhildet og utførlig saksbehandling, og ut fra en grundig vurdering av de til dels vanskelige spørsmål som saken reiser.

En annen sak er at departementet i sitt svar av 26. februar på P4s omfattende klage til ombudsmannen nødvendigvis på enkelte punkter måtte gå dypere inn i saken enn det som var nødvendig under selve vedtaksprosessen. Det gjelder i en viss grad vurderingen av faktum, men først og fremst de rettslige vurderingene. Dette er imidlertid intet annet enn den måten saker alltid utvikler seg når de påklages, enten

⁴ I andre sammenhenger synes P4 i større grad å ha innsett og akseptert dette. I et intervju i P2s Kulturnytt den 28. mars 2003 kl 0805 ble adm dir Rune Brynhildsen spurt om selskapets sjanser til å få P5-konsesjonen. Og da svarte han at: "Vi må ta på alvor at vi ikke var bra nok i forrige runde, men vi skal være aller best denne gang".

dette skjer administrativt, til ombudsmannen, eller til domstolene. Det betyr ikke at vikarierende argumenter ”konstrueres” i ettertid.

Flere steder i P4s brev er det hevdet at departementet har unnlatt å besvare ombudsmannens spørsmål. Dette er ikke korrekt, og det er vel heller ikke opp til P4 å vurdere. I brevet av 26. februar søkte departementet å besvare samtlige av ombudsmannens spørsmål, og dette skjedde som presisert ved at svarene ble inkorporert i den løpende fremstillingen, i sin rette sammenheng og kontekst. Det antas at ombudsmannen selv vil ta det opp med departementet dersom det skulle være svar som ønskes utdypet/supplert, eller dersom det er nye tillegsspørsmål.

3. MERKNADER TIL FAKTUM

I departementets brev av 26. februar er det i avsnitt 3 (s. 9-25) gitt en gjennomgang av faktum i saken, herunder den mediepolitiske bakgrunnen, de første tildelingene av konsesjoner til kommersiell allmennkringkasting på 1990-tallet, prosessen med utlysning og tildeling av ”P4-konsesjonen” i 2002, og sakens senere utvikling. Dette er bare i beskjeden grad kommentert i P4s siste brev, og det later ikke i særlig omfang til å være uenighet mellom partene her.

Et unntak fra dette er på s. 28 i P4s svarbrev, der det påstås at departementets påvisning av et mediepolitisk kursskifte er en *”etterfølgende konstruksjon for å rettferdiggjøre det påklagede vedtak”*. Påstanden er ikke belagt, og det gjøres intet forsøk på å imøtegå eller kommentere de uttalelser og utviklingstrekk som det er redegjort for i vårt forrige brev på s. 15-19.

Etter departementets syn er det treffende å sammenfatte de utviklingstrekk som er angitt i vårt forrige brev som et mediepolitisk kursskifte som faller nært sammen med andre sentrale trekk ved den forvaltningspolitiske utvikling i de senere år. 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.⁵ Endringene har blant annet gitt seg praktiske utslag i formen for konsesjonsutlysning, først av den nye TV2-konsesjonen i 2000, og deretter av P4-konsesjonen i 2002. Som en viktig medieaktør, og herunder som et allment nyhetsmedium, må man kunne forvente at P4 generelt holder seg oppdatert om Stortingets behandling av mediepolitiske spørsmål. Det er vanskelig å se når og hvordan de mediepolitiske endringene skulle vært ”meddelt” P4 særskilt, annet enn nettopp gjennom utlysningsteksten, som ikke ga rom for tvil, og som P4 også har forholdt seg til i sin søknad.

På s. 29 i sitt svarbrev synes P4 å hevde at punkt 4 annet ledd om muligheten til å forandre konsesjonsvilkårene på grunn av endrete mediepolitiske forutsetninger må tolkes antitetisk som en skranke mot at slike endringer kan tillegges betydning på annen måte. Noen slik antitese har aldri vært tilsiktet, og den fremstår heller ikke som

⁵ Jf departementets brev av 26. februar s. 15-19.

naturlig etter ordlyden, eller hensiktsmessig ut fra reelle hensyn. For det første er det klart at myndighetene ut fra endringer i mediepolitikken måtte kunne innføre nye prosedyrer og kriterier ved konsesjonstildelingen (utlysning og skjønnhetskonkurranse). For det andre er det klart at mediepolitiske mål (enten de er nye eller gamle) må kunne tillegges betydelig vekt ved tildelingsskjønnet. I forhold til faktum er det for øvrig misvisende når P4 stadig (bl a på s. 29) søker å sette likhetstrekk mellom det opprinnelige investeringsbehovet ved etablering av kommersielt riksdekkende fjernsyn og riksdekkende radio. Dette illustreres av at TV2s konsesjon for første periode inneholdt et uttrykkelig kapitalkrav på 400 millioner kroner, mens tilsvarende krav i P4s konsesjon var 30,5 millioner kroner. Forskjellen i kapitalbehov (herunder også vurdert i forhold til inntjeningsevne) illustreres også ved at TV2 i startfasen hadde store økonomiske problemer, og på et tidlig tidspunkt var nær ved å gå konkurs, mens P4 hadde tjent inn sine opprinnelige investeringer og etablert solide overskudd etter meget kort tid.

Rent faktisk har den konsesjonsbelagte virksomheten til P4 i inneværende periode vist seg å være meget inntektsbringende, som beskrevet bl.a. i departementets forrige brev på s. 81. De faktiske tall er det her neppe uenighet om.

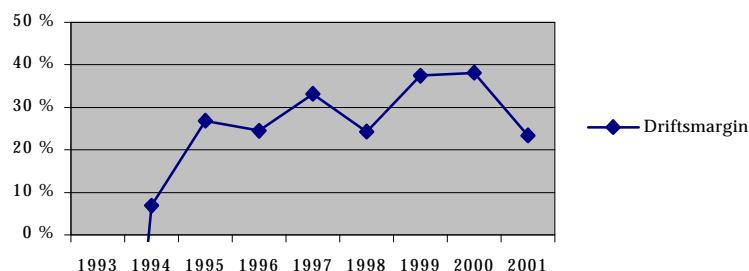
Noe annet er hvordan disse tallene *vurderes*. På s. 13 i svarbrevet argumenterer P4 for det første med at inntjeningen for de opprinnelige investorene ikke har vært mer enn "rimelig god" hensett til risikoen. Dette er misvisende. Også hensett til risiko har avkastningen for de opprinnelige investorene vært svært god.

For det andre trekker P4 inn avkastningen for *senere* investorer som har kjøpt aksjer i P4 etter at selskapet ble børsnotert. Herunder hevdes det bl.a. at "*Avkastning og utbytte må ... sees opp mot den kapital som de nye eierne har bundet i selskapet uttrykt gjennom den løpende omsetningsverdien selskapet har hatt på børsen.*" Med børsverdien som utgangspunkt viser P4 til at gjennomsnittlig utbetalt avkastning har vært 3 % i perioden 1997-2002, og 3,2 % for perioden 1994-2002.⁶ I perioder har P4 vært meget høyt priset på børsen, og det fører selvsagt til at det relative forholdet mellom utbetalt utbytte og børsverdi blir lavere. Beregningsmetoden betyr med andre ord at jo høyere børskursen er, dess lavere blir avkastningen målt i prosent. For en ny aksjonær som har kjøpt på kurstopp, vil utbyttet sett i forhold til "investeringen" bli liten. Utbyttet vil for øvrig også avhenge av andre forhold, herunder hvor mye som reinvesteres i virksomheten, hvor mye som brukes til å dekke underskudd i den delen av virksomheten som ikke er konsesjonsbelagt (herunder datterselskaper), osv.

Departementet har imidlertid vanskelig for å se hvilken relevans dette har for saken, idet det er P4 og ikke selskapets aksjonærer som er tildelt konsesjonen. Det som derimot har en viss relevans, er om P4 i konsesjonsperioden har hatt tilstrekkelig inntjening til å dekke kostnadene ved å drive konsesjonsbelagt landsdekkende radio, i tillegg til en rimelig avkastning på den kapital som er brukt til å bygge opp denne virksomheten. Og da er forholdene bl.a. at:

⁶ Tallene fremkommer ved å legge til grunn gjennomsnittlig utbetalt utbytte dividert på gjennomsnittlig selskapsverdi. For perioden 1997-2002 er selskapsverdien lik børsverdien.

- (1) P4 har hatt positivt driftsresultat fra og med første hele driftsår i 1994. Fra og med 1995 har driftsmarginen⁷ ligget over 20 %.



Sammenliknet med driftsmarginen i andre mediebedrifter er dette svært høyt. Selv avisen Verdens Gang, som peker seg ut med et svært godt resultat sammenliknet med andre norske mediebedrifter, har hatt en driftsmargin på rundt 15 % de siste fem årene.

- (2) P4 har kunnet vise til positive årsresultat fra og med første driftsår i 1994. For 2001 er årsresultatet negativt (10 mill. kroner). Dette skyldes nedskrivning på aksjer i og avsetning til tap på utlån til datterselskap (utenfor konsesjonen). Til sammen utgjorde dette 50 mill. kroner.
- (3) I perioden 1993-2001 har P4 til sammen utbetalt 205 mill. kroner i utbytte. Til tross for negativt årsresultat i 2001 utbetalte selskapet et utbytte på 32 mill. kroner til aksjonærene. Egenkapitalen ble redusert tilsvarende.

De investeringer som P4s eiere opprinnelig gjorde da selskapet ble startet opp, er med andre ord for lengst tjent inn med god avkastning. Og de investeringer som selskapet senere har gjort i utvikling av virksomheten ligger innbakt (sammen med de rene driftsutgiftene) i tallene ovenfor. Sagt med andre ord har P4 hvert år etter at løpende investeringer er gjort hatt betydelige overskudd.

Det at P4 på denne måten har vist stor inntjeningsevne, er i seg selv positivt, og det har som presisert i vårt forrige brev selvsagt *ikke* vært holdt mot selskapet. Bekreftelsen på at det eksisterer et lønnsomt marked for reklamefinansiert riksdekkende radio er også en viktig grunn til at departementet i denne konsesjonsrunden har kunnet innføre konsesjonsavgift, samt høyne og operasjonalisere allmennkringkastingskravene. På den annen side betyr det at P4s krav om en særlig privilegert stilling i neste runde svekkes eller rett ut bortfaller. P4 har hatt en meget inntektsbringende enerett i ti år, som selskapet har utnyttet godt, men det er intet ved de reelle *økonomiske* hensyn i saken som tilsier at selskapet skal ha et fortrinn fremfor de andre søkerne ved neste tildeling.

⁷ Driftsmargin viser forholdet mellom driftsresultat og driftsinntekter.

4. MERKNADER TIL VURDERINGEN AV SØKNADENE

I KKD's brev av 26. februar er det i avsnitt 4 (s. 26-44) detaljert beskrevet hvordan departementet vurderte de innkomne søknadene, og etter hvilke kriterier. Redegjørelsen supplerer vedtakets begrunnelse, samt de interne beslutningsnotatene i saken, som delvis er offentliggjort, og i sin helhet oversendt ombudsmannen. Etter departementets oppfatning er det herved gitt en utførlig redegjørelse for hvordan man gikk frem ved vurderingen, og for hvorfor Kanal 4 ble ansett for å være klart bedre kvalifisert enn P4.

Det at P4 ikke deler denne oppfatningen (svarbrevet s. 38-46), og fortsatt ikke aksepterer departementets vurdering, tas til etterretning. Som vist nådde departementet frem til sin konklusjon etter en grundig saksbehandling, som dels foregikk muntlig og dels skriftlig, og som krevde en rekke skjønnspregete vurderinger. Det er grenser for hvor langt det i ettertid i detalj er mulig å redegjøre for det nærmere innholdet i slike vurderinger, og for hvilken plikt forvaltningen har til å gjøre dette. I denne saken har departementet gjennom sitt svarbrev, og gjennom dokumentinnsyn, allerede mer enn oppfylt de krav som her må stilles.⁸

Det sentrale ankepunkt som P4 synes å ha mot departementets vurdering er at det er lagt for stor vekt på *kvalitative* kriterier. I følge P4 var kvalitetskravet bare ett av flere kriterier, og det var derfor galt å tillegge det avgjørende vekt, som "et enkeltstående hensyn på bekostning av alle andre relevante hensyn i samme sak" (s. 46). Det hevdes også at P4s søknad "var bedre i forhold til to av de tre hensyn departementet oppstilte i konsesjonsutlysningen" (s. 45).

Dette er en grunnleggende misforståelse. Kravet til kvalitet i tilbudet, eller til "realistiske og forpliktende planer for oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget" har *aldri* vært ansett eller formulert som ett av flere likestilte hensyn, men har hele tiden vært fremhevet som *det ene sentrale vurderingstemaet* i saken. Dette fremgikk klart av utlysningen, som beskrevet i departementets forrige brev på s. 28 flg, og senere av begrunnelsen for vedtaket. Det følger videre av *formålet* med konsesjonsutlysningen, som ikke var å få en mest mulig lønnsom radiokanal, og i seg selv heller ikke å få best mulig eierskapsstruktur i bransjen. Formålet var å sikre befolkningen det best mulige allmennkringkastingstilbudet.

P4s anførsel om at departementets vektlegging av kvalitative allmennkringkastingskrav er uttrykk for et vilkårlig eller uforholdsmessig skjønn (svarbrevet s. 45-46) faller etter dette på sin egen urimelighet. Det var ikke noe "vilkårlig" ved dette skjønn.

Hva angår de henvisninger P4 har til prinsippet om forholdsmessighet, er dette rettslig sett mer omstridt, og her er det vanskeligere å angi hvor grensen for ugyldighet går.⁹

⁸ I den grad det materielle skjønn her skal etterprøves, kan det for øvrig bare skje med utgangspunkt i *søknadene* fra P4 og Kanal 4, supplert med søknadene fra de fire andre interessentene. Først etter en grundig og selvstendig vurdering av søknadene (målt opp mot kriteriene i utlysningsteksten) er det mulig å vurdere og etterprøve departementets skjønn i saken, samt fremstillingene av dette i det interne beslutningsnotatet og i den senere uttalelsen til ombudsmannen.

⁹ Dertil kommer at læren om etterprøving av forholdsmessigheten ved forvaltningens vedtak først og fremst er formulert med sikte på vurdering av inngripende vedtak overfor en part. Det sentrale i denne saken var derimot å vurdere flere søknader opp mot hverandre, ut fra på forhånd angitte kriterier. I denne prosessen ble kriteriene lagt til grunn på samme måte i forhold til samtlige søkere. Og da er det vanskeligere å hevde at den vektlegging som ble brukt kan være "uforholdsmessig" på en slik måte at det kan gi grunnlag for ugyldighet.

Men uansett er det ikke grunnlag for å hevde at det på noen måte var "uforholdsmessig" eller "ensidig" å legge avgjørende vekt på oppfyllelse av allmennkringkastingskravene, når dette var det sentrale vurderingstemaet i saken.

Ved siden av hensynet til allmennkringkasting, vurderte departementet en rekke andre hensyn, hvorav to var særlig påpekt i utlysningen – nemlig kravene til økonomisk realisme og en tilfredsstillende eierstruktur. Dersom departementet helt hadde valgt å se bort fra disse to kriteriene, ville dette etter forholdene kanskje kunne vært anført som en ugyldighetsgrunn. Men det er ikke tilfelle. Som det fremgår både av de offentliggjorte og interne dokumentene i saken ble disse hensynene vurdert, slik det også er nærmere redegjort for i vårt forrige brev på s. 30, jf. s. 41-43. Noen faktisk uenighet om dette kan det neppe være rom for. En annen sak er *hvordan* hensynene ble vurdert og vektlagt.¹⁰ Her er P4 uenig med departementet (svarbrevet s. 3, jf. s. 45-46). Men det er vanskelig å se hvilken betydning dette kan få for gyldigheten av vedtaket.

Det samme gjelder de mer detaljerte motforestillingene som P4 har på s. 39-45 mot departementets vurdering av søkerens allmennkringkastingstilbud. Også dette er i all hovedsak en uenighet om den rent skjønnsmessige vurderingen og vektleggingen, som ikke kan få betydning for vedtakets gyldighet. Hvordan departementet har vurdert dette spørsmålet fremgår av de interne dokumentene i saken som Sivilombudsmannen har fått tilgang til, og av beskrivelsen i vårt brev av 26. februar. Enkelte av påstandene fra P4 bør imidlertid likevel kommenteres.

Herunder vil departementet minne om at "allmennkringkasting" først og fremst er et *kvalitativt* begrep, som påvist i vårt forrige brev på s. 28-30 og 33-36. Rent kvantitative forhold – antall timer tilbud innenfor ulike kategorier eller sjangre – vil i utgangspunktet bare være relevant i den grad det sier noe om *kvaliteten* på en søkers (totale) programtilbud. For eksempel vil det å tilby mange timer med nyhetsendinger normalt være positivt. Men hvilken vekt som kan legges på dette ved en sammenlikning med andre konsesjonssøknader vil selvfølgelig måtte avhenge av selve *innholdet* i tilbudet, dvs. kvalitative forhold.

Videre hevder P4 (på s. 49) at det er "*legitimt å vektlegge programkategorier som i lys av hensynet bak yringsfriheten vurderes kvalitativt høyere enn andre programkategorier, f.eks. slik at nyhets- og debattprogrammer vurderes kvalitativt høyere enn rene underholdningsprogrammer*", men at departementet ut over dette ikke har adgang til å legge vekt på kvalitative forhold ved søkerens programkonsept.

En så snever forståelse av kvalitetshensynet har intet grunnlag i begrepet allmennkringkasting, og ville heller ikke vært hensiktsmessig å gjennomføre. I praksis ville den tvunget departementet til å velge den søkeren som tilbyr den største mengden med "ønskelige" programkategorier, uten å kunne ta hensyn til det nærmere innholdet

¹⁰ På s. 3 i svarbrevet forsøker P4 for eksempel stadig å vise til at selskapet i forhold til økonomiske kriterier var best, eller hadde "bedre økonomiske forutsetninger for kringkastingsdrift". Departementets poeng er at økonomihensyn ikke ga grunnlag for noen rangering i det hele tatt, når planene først ble vurdert som økonomisk realistiske. Dersom man skulle ha rangert, ville spørsmålet om hvilket selskap som hadde best økonomiske forutsetninger for kringkastingsdrift vil for øvrig ikke bare vært avhengig av inntjeningssevne, men også av antatt evne og vilje til å bruke av overskuddet til å forbedre og utvikle programinnholdet.

i eller innretningen av tilbudet. Det bør imidlertid være åpenbart at selve plasseringen av et program innenfor en programkategori ikke sier mye om det reelle innholdet i tilbudet. Som nevnt i vårt forrige brev vil for eksempel kategorien "ungdomsprogram" kunne omfatte hele spekteret av programmer fra popmusikk og "plateprat" til debattprogrammer som tar opp politikk, samfunnsliv og kultur i et ungdomsperspektiv. P4s forståelse vil innebære at slike programmer vil måtte anses som likeverdige, og dermed veies mot hverandre time for time. At et program er beregnet "for barn" eller dreier seg om "livssyn" sier i seg selv svært lite om innholdet i programmet og den reelle verdien av tilbudet i forhold til allmennkringkastingsmålene. Dersom departementet ikke skal ha anledning til å vurdere tilbudet ut over en ren summering av ulike programtyper, vil avgjørelsen bli bestemt av i hvilken grad søkerne klarer å definere sitt programtilbud inn under antatt "ønskelige" kategorier. Dette gir liten mening.

Videre bruker P4 mye plass på å tilbakevise Kanal4s kvantitative sammenlikning av de to selskapenes søknader og *"finner det påfallende dersom KKD har basert seg på Kanal4s egenproduserte system i stedet for det offisielle system som Allmennkringkastingsrådet benytter for klassifisering av programinnhold"*.

Til dette vil departementet understreke at de få stedene der det i brevet av 26. februar er vist til Kanal 4s gjennomgang (s. 38-39), er det kun som en illustrasjon av det problematiske i å legge avgjørende vekt på en sammenlikning av antall timer med ulike programkategorier. Det er klart at dersom man hadde ment at en måling av timer og minutter skulle være avgjørende, ville departementet ha orientert om dette i utlysningen, og sørget for at alle søkerne baserte seg på det samme etterprøvbare og anerkjente systemet for klassifisering av programinnhold. I så fall kunne vurderingen av søknadene blitt gjort som en ren matematisk utregning. Når dette ikke ble gjort, er det fordi rent kvantitative oppstillinger av denne typen ikke er egnet til en sammenlikning av søknadene, hvilket uenigheten mellom Kanal 4 og P4 om beregningsmåter med all tydelighet viser. Det ville heller ikke gi noen mening i forhold til de mediepolitiske målene om allmennkringkasting. I stedet ble det i utlysningen lagt vekt på kriterier som "bredde", "analytisk, kritisk og fordypende perspektiv", "bidra til å styrke norsk språk, identitet og kultur" osv. Dette er kvalitative kriterier som ikke kan måles i timer og minutter og som alltid vil kreve en viss grad av skjønn.

5. MERKNADER TIL P4S KRAV PÅ EN RETTSLIG SÆRSTILLING

5.1 Innledning

Dersom det legges til grunn at departementets skjønnsmessige vurdering av søknadene ikke lider av slike feil at vedtaket er ugyldig, må også resultatet av skjønnnet legges til grunn som en fast premiss ved den videre rettslige vurdering av saken. Det må med andre ord anses som en forutsetning at Kanal 4 ut fra en fri konkurransevurdering var klart best kvalifisert til å få konsesjonen. Vedtaket vil da bare

være ugyldig dersom P4 kan godtgjøre at selskapet har en så sterk rettslig særposisjon at det likevel har et rettskrav på å få den.

Denne problemstillingen reiser flere spørsmål, som er drøftet i avsnitt 5 i departementets brev av 26. februar (s. 45-80). Her gjennomgås de to mulige grunnlagene for en særstilling, som er alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og punkt 4 i P4s konsesjon, samt andre anførte støtteargumenter. Deretter drøftes betydningen av EØS-rettens krav til likebehandling, gjennomsiktighet og fri konkurranse. Det må presiseres at selv om drøftelsene i avsnitt 5 i noen grad kan diskuteres hver for seg, er de først og fremst ment som ledd i *en samlet gjennomgang* av det relevante rettskildematerialet. Det avgjørende er derfor den endelige konklusjonen – den regel som må gjelde for saken – slik denne er oppsummert på s. 78-79.

Ut fra en slik samlet gjennomgang av rettskildematerialet har det som vist hele tiden vært departementets vurdering at det vanskelig lar seg oppstille én sikker rettslig løsning på saken. Innenfor det mulige tolkningsrom kan det snarere (grovt sett) opereres med to alternativer – som begge rettslig sett er mulig å forsvare som ”korrekte”. Den ene er at P4 ikke kan sies å ha noen rettslig beskyttet krav på en særstilling. Den andre er at P4 har en viss rettslig fortrinnsrett, først og fremst på grunn av ordlyden i punkt 4, men at denne ikke rekker så langt som til å gi fortrinn fremfor en klart bedre kvalifisert konkurrent.

For departementet har det ikke vært nødvendig å ”velge” mellom disse to alternativene, og ta stilling til hvilket som er ”riktigst”, fordi dette ikke får betydning for det endelige resultat.

I svarbrevet har P4 i varierende grad søkt å imøtegå de ulike elementene i departementets rettsforståelse. Som vist ovenfor i avsnitt 2 aksepterer ikke selskapet noen av departementets tolkningsalternativer, og fastholder sin egen tolkning som den eneste mulige, slik den nå er avklart på s. 4-5 i svarbrevet. P4 går med andre ord ikke inn på noen vurdering av rekkevidden av en mulig fortrinnsrett. Det hevdes riktignok at P4 er bedre kvalifisert enn Kanal 4, men rettslig sett er argumentet at det egentlig ikke har noe å si hvor mye bedre kvalifisert Kanal 4 eventuelt måtte være – fordi P4 uansett har et rettskrav på fornyelse.

5.2 Merknader til drøftelsen av tidligere konsesjonærs stilling etter alminnelig norsk forvaltningsrett

I departementets brev av 26. februar er det på s. 46-51 redegjort for spørsmålet om tidligere konsesjonærs stilling når en tidsavgrenset konsesjon løper ut, etter alminnelig norsk forvaltningsrett. Bakgrunnen for drøftelsen var i første rekke det avsnittet fra Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, som var sitert av P4 i klagen til ombudsmannen på s. 12. Dette er et tema som det ellers er skrevet lite eller intet om i forvaltningsretten, og behandlingen hos Eckhoff/Smith er også kortfattet. I departementets redegjørelse er problemstillingen nyansert og drøftet mer inngående, ut fra reelle hensyn, samt ut fra nyere praksis og utvikling i synet på konsesjoner. Konklusjonen er at det neppe lenger er grunnlag for noen generell antagelse om at en

tidligere konsesjonær automatisk skal ha krav på en beskyttet posisjon ved ny tildeling, etter utløpet av den forrige perioden.

I P4s svarbrev hevdes det på s. 6-9 at departementets tolkning er "oppsiktsvekkende". Denne retorikken treffer dårlig. Det er ikke lett å se hva som skulle være så rart ved at departementet har hatt behov for en nærmere vurdering av et sentralt spørsmål i saken. Og det ville vært mer oppsiktsvekkende dersom departementet slavisk hadde lagt ett enkeltstående avsnitt fra juridisk teori til grunn, uten å etterprøve om det lar seg forene med praksis og reelle hensyn.

Som antydning av Eckhoff, og påpekt av departementet (s. 48), er det etter alminnelig forvaltningsrett særlig hensynet til foretatte investeringer som kan tale for å gi tidligere konsesjonær en særstilling. I den aktuelle saken ble hensynet til P4s investeringer vurdert, jf vårt tidligere brev s. 81-82, og nedenfor avsnitt 6. Det samme gjelder hensynet til arbeidsplassene.

Utover dette er det vanskeligere å se hvilke hensyn som ut fra alminnelig forvaltningsrett skulle tilsi at tidligere konsesjonærer automatisk skal gis en særstilling. P4 anfører her med bred penn hensynet til "forutsigbarhet" (s. 7-8). Og det er klart at det for en konsesjonær vil være ønskelig å ha så stor grad av forutsigbarhet som mulig. Det beste vil være en evigvarende konsesjon. Men når konsesjoner gjøres tidsbegrenset (som etter kringkastingsloven er et krav), innebærer det kun forutsigbarhet i konsesjonsperioden. Konsesjonæren vil da vite at det gjelder en forutsigbar tidsbegrenset ramme – i dette tilfelle ti år – og at man ikke har noen sikker "forutsigbarhet" ut over det. Dette vil i noen tilfelle kunne påvirke investeringsprofilen, som påpekt av P4 på s. 7. Men på den annen side vil en altfor forutsigbar fornyelse like lett kunne føre til ineffektivitet og dårlig drift, særlig når det som her er tale om en enerett. Ved å måtte møte reell konkurranse med jevne mellomrom skjerpes innsatsen. For en eksisterende konsesjonær som ønsker å konkurrere seriøst i neste runde, vil det for øvrig være en dårlig strategi å maksimere uttaket av profitt mot slutten av perioden, slik P4 antyder.

P4 gjør videre et poeng ut av "konsesjonsinstituttets avtalelignende karakter" (s. 8) som argument for at uklanderlig opptreden i seg selv skal tillegges positiv vekt. Departementet kan ikke se holdbarheten i dette argumentet. For det første er ikke en konsesjon en avtale, men en ensidig offentligrettslig tildeling, og det er vanskelig å se hva som endres ved å kalle det "avtalelignende". For det andre er det heller ikke slik for de privatrettslige avtaler det offentlige inngår at vellykket utførelse en gang skal gi noe fortrinn neste gang (etter anskaffelsesreglene er dette tvert imot forbudt).

5.3 Merknader til tolkningen av punkt 4

På s. 51-61 i departementets brev av 26. februar er det redegjort for hvilken rettslig betydning vilkåret i punkt 4 i P4s nåværende konsesjon kan antas å ha, ut fra vilkårets bakgrunn, formål, ordlyd og reelle hensyn. Som nevnt er dette ikke noen helt enkel problemstilling, og grovt sett kan det tenkes to mulige tolkningsalternativer. Det ene er

at punkt 4 gir P4 en rettslig beskyttet forventning om fortrinnsrett, av en viss rekkevidde. Dette bygger først og fremst på ordlyden i vilkåret.

Det *andre* tolkningsalternativet er at punkt 4 ut fra en mer kritisk tolkning av ordlyden, samt en bredere vurdering, herunder av formål og reelle hensyn, i det konkrete tilfellet ikke kunne gi P4 noe rettslig fortrinn (annet enn ved likhet mellom søkerne). Et viktig poeng i den sammenheng er at formålet med vilkåret først og fremst var å sikre konsesjonærens investeringer. Etter at de relevante investeringer er inntjent, og det med god margin, er formålet oppfylt, og det rettslige rasjonale bak vilkåret uttømt (s. 58). Dertil kommer at andre reelle hensyn klart taler mot et slikt fortsatt privilegium for den sittende konsesjonær, til fortrenghet for andre kvalifiserte konkurrenter.

I svarbrevet av 19. mars går P4 bare i begrenset grad inn på departementets tolkning av ordlyden i punkt 4, og avfeier det meste av den som en etterfølgende konstruksjon, som "faller på sin egen urimelighet" (s. 15). Denne typen argumentasjon er vanskelig å svare på. Det departementet har gjort, er å foreta en vanlig rettsdogmatisk ordlydstolkning av en sentral bestemmelse i saken. Denne tolkningen er noe grundigere enn den som opprinnelig ble foretatt under tildelingsprosessen, men den bekrefter og utdyper de standpunkter som den gang ble tatt. Dette er helt ordinært, både ved vanlig forvaltningsklage, klage til ombudsmannen, og senere rettssaker om gyldigheten av vedtak. Tolkningen var nødvendig ettersom P4 hadde anført at departementet har lagt feil rettsanvendelse til grunn, og den bekrefter at dette ikke var tilfelle.

Nederst på s. 36 i P4s brev hevdes det at departementets tolkning innebærer at punkt 4 *"har et variabelt rettslig innhold – avhengig av radiokonsesjonærens økonomiske resultater i konsesjonsperioden"*. Departementet ser det ikke slik. Det rettslige innholdet av punkt 4, også under dette tolkningsalternativet, vil ligge fast. Noe annet er spørsmålet om hvilken rettslig beskyttelse punkt 4 gir, og hvilken *vekt* investeringsbeskyttelseshensynet har i den konkrete situasjonen. I denne saken er poenget at formålet med punkt 4 først og fremst er å beskytte konsesjonærens investeringer. Når dette behovet bortfaller, fordi investeringene er inntjent (og også forrentet), vil vekten av vilkåret reduseres tilsvarende, eller helt falle bort.

På s. 12-13 i svarbrevet gjentar P4 sine anførsler om at ikke bare vilkåret i punkt 4, men hele konsesjonen, har en "avtalerettslig" karakter. Som påpekt i departementets tidligere brev på s. 54 er det lite grunnlag for å hevde dette. Det ble ikke ført "forhandlinger", verken om punkt 4 eller om konsesjonen mer generelt. Den begrensede kontakt som var om enkelte andre vilkår er ikke uvanlig ved den endelige fastsettelsen av detaljene i konsesjoner, og endrer ikke deres karakter av å være ensidig offentligrettslige vedtak. Men for øvrig har departementet vanskelig for å se hva det skulle ha å si om man klistrer etiketten "avtalelignende" på konsesjonen. P4s forsøk på å tillegge konsesjonsinstituttet en avtalelignende karakter forsterker snarere departementets analogi til anskaffelsesreglene. Og etter disse reglene ville det neppe vært adgang til å tillegge punkt 4 rettslig betydning, ved tildeling av den nye konsesjonen. I hvert fall ville det ikke vært adgang til å tolke den slik P4 nå gjør.

På s. 9-10 i P4s svarbrev anføres det at departementet har forsømt sin informasjons- og veiledningsplikt, ved ikke på forhånd å klargjøre sin tolkning av punkt 4 for selskapet. Til dette vil departementet for det første vise til at det ikke eksisterer noen forvaltningsrettslig plikt til på forhånd å klargjøre eller drøfte uklare regler med de berørte parter. For det andre er det ingen tradisjon for at forvaltningen på generelt grunnlag tar opp og drøfter usikre rettsspørsmål med private parter, uavhengig av konkrete vedtaksprosesser. Den nærmere usikkerheten om innholdet i punkt 4 oppsto først da vilkåret ble aktualisert. I noen grad skjedde dette under utlysningen av TV2-konsesjonen, som førte til at det ble ansett nødvendig å lyse ut den konsesjonen. Så langt inntok departementet et standpunkt, som P4 har vært vel kjent med.¹¹ Men for øvrig kom de spørsmål som nå er aktuelle ikke på spissen i TV2-saken. Det gjorde de først i forbindelse med utlysningen og tildelingen av radiokonsesjonen i 2002. Og på dette tidspunkt har departementet vanskelig for å se hvordan det kunne ha meddelt eller informert P4, uten dermed å gå inn i en forhåndsprosedyre om utfallet av saken. Videre er det vanskelig å se hvordan dette ville kunne ha endret prosessen. Slik P4 utformet sin søknad, er det tvert i mot klart at selskapet den gang forsto at det deltok i en reell konkurranse, der utfallet ikke var gitt, og ville bero på en skjønnsmessig vurdering av søkerens kvalifikasjoner.

5.4 Merknader til P4s andre argumenter for en særstilling

På s. 62-67 i departementets brev av 26. februar gjennomgås de støtteargumenter som P4 i klagen fremsatte til fordel for at selskapet måtte ha en særskilt privilegert rettsstilling. Nærmere bestemt var dette forholdet til kringkastingsforskriften § 7-5, annen forvaltningspraksis, og P4s DAB-konsesjon. Departementets vurdering var at ingen av disse momentene kan sies å støtte opp under P4s anførsler.

Dette er bare i begrenset grad kommentert i P4s svarbrev. Forholdet til forskriften er så langt departementet kan se ikke berørt, og må dermed anses avklart. Betydningen av DAB-konsesjonen er tatt opp på s. 37, men uten at dette imøtegår departementets poeng, som er at man *fra departementets side* i forbindelse med DAB-konsesjonen ikke på noen måte eller på noe tidspunkt ga uttrykk for at den digitale konsesjonen kunne gi P4 noen (ekstra) forventning om fornyelse av den analoge konsesjonen. Tvert imot ble det som vist presisert at dette *ikke* var tilfelle. Hvilke forventninger og forutsetninger P4 selv har hatt, er i denne sammenheng uten betydning.

I forhold til annen relevant forvaltningspraksis, registreres det at P4 i svarbrevet ikke har kommentert departementets vurdering av saken om lokalfjernsyn i Hordaland, som i klagen var anført som et sentralt poeng. Dette må dermed anses avklart. I forhold til betydningen av TV2-saken er hovedpoenget som tidligere vist (s. 63) at denne konsesjonen ble utlyst til åpen konkurranse, med de føringer det legger. Dermed fremgikk det også klart at departementet i denne saken la til grunn at TV2 ikke kunne

¹¹ Det at radiokonsesjonen, i likhet med TV2-konsesjonen, ble lyst ut til åpen konkurranse, var i seg selv et sterkt signal til P4 om at departementet ikke ville legge til grunn at selskapet kunne ha noe materielt rettskrav på fornyelse. I en slik situasjon måtte det snarere være P4s eget ansvar å ta spørsmålet opp med departementet, dersom man var usikre på betydningen av punkt 4. Dette ble ikke gjort.

ha noe materielt rettskrav på fornyelse, uavhengig av de andre søkerens kvalifikasjoner. Hva angår spørsmålet om TV2 etter punkt 4 kunne ha gjort krav på en mer begrenset rettslig fortrinnsrett, kan partene være enige om at dette ikke kom på spissen i den saken. For *dette* spørsmålet er departementet enig i at TV2-saken ikke gir noen veiledning. Men som et argument mot den mer vidtrekkende tolkning av punkt 4 som P4 nå har avklart at det anfører, er TV2-saken relevant.

5.5 Merknader til de EØS-rettslige rammene for saken

I departementets brev av 26. februar er det på s. 67-78 redegjort for de føringer som EØS-retten kan tenkes å legge på myndighetenes adgang til å gi P4 en rettslig særstilling fremfor de andre konkurrentene. Dette er til dels uklare og vanskelige spørsmål, slik det ofte vil være på de mange områder av EU/EØS-retten som ikke er detaljregulert i sekundærlovgivningen (direktivene), men må løses ut fra de generelle prinsippene som gjelder. Noen entydig "korrekt" løsning vil ofte være umulig å fastslå, i hvert fall så lenge det (som her) ikke foreligger klar rettspraksis på området fra EF-domstolen eller EFTA-domstolen. I slike tilfelle må nasjonale myndigheter forholde seg ikke bare til sine egne mulige tolkninger av rettstilstanden, men også til de mulige tolkninger som kontrollorganene, i vårt tilfelle ESA og EFTA-domstolen, vil kunne komme frem til.

Videre kompliseres vurderingen ved at EØS-retten kan komme inn ikke bare som en klar skranke mot nasjonale tiltak, men også som vagere føringer på tolkningen av nasjonale regler og nasjonal skjønnsutøvelse (s. 68). I henhold til lojalitetsplikten, som nedfelt i EØS-avtalens hoveddel art 3, har nasjonale myndigheter ikke bare plikt til å følge reglene, men også til å avstå fra *"alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare"*, og til *"å lette samarbeidet innen rammen av denne avtale"*.

I departementets redegjørelse for de relevante EØS-reglene i brevet av 26. februar er det sondret mellom to spørsmål. Det første (s. 69-75) er om EØS-retten kunne sies å oppstille en plikt til å utlyse eller på annen måte bekjentgjøre konsesjonstildelingen, eller mer presist om EØS-retten setter et forbud mot tildeling uten slik utlysning. Departementets vurdering var (og er) at EØS-retten antagelig setter et slikt forbud. Ettersom det som vist ovenfor nå er avklart at P4 ikke bestriker at departementet i hvert fall hadde en *rett* (adgang) til å utlyse konsesjonen, er det nå for så vidt av mer underordnet betydning å fastslå om det også forelå en klar EØS-rettslig *plikt* til å gjøre dette. De motargumenter som P4 i svarbrevet anfører mot dette er således av mer begrenset interesse.

Viktigere er departementets andre drøftelse (s. 75-77) av om EØS-reglene legger føringer på tildelingen av konsesjonen, etter at den var lyst ut til åpen konkurranse, og etter at søknadene var kommet inn. Departementets konklusjon var her at hensynet til lojal etterlevelse av EØS-avtalen antagelig setter visse krav til at tildelingen må skje på grunnlag av klare kriterier, på vilkår som er like for alle, og med respekt for prinsippet om fri konkurranse (s. 77). Dette stenger ikke nødvendigvis for at P4 kunne gis et visst

fortrinn, bl.a. ut fra hensynet til beskyttelse av berettiget forventning, men det setter grenser for hvor langt en slik særrettighet kan rekke.¹²

Departementet vil for øvrig minne om at dets redegjørelse for EØS-retten er inntatt som et ledd i den bredere drøftelsen av P4s krav på en rettslig særstilling i avsnitt 5. Det sentrale er at hensynet til lojal etterlevelse av EØS-retten kommer inn *"om ikke som en klar skranke, så i hvert fall som et tungtveiende tolkningsmoment"* (s. 79) ved vurderingen av P4s rettslige stilling. Og dette er altså et tolkningsmoment som trekker i samme retning som alminnelige norske forvaltningsrettslige prinsipper, en kritisk lesning av ordlyden i punkt 4, vilkårets formål, forvaltningspraksis og reelle hensyn.

Det som så langt er sagt om betydningen av EØS-retten, fjerner eller begrenser i seg selv i betydelig grad de motargumenter som P4 i svarbrevet på s. 15-27 anfører mot departementets redegjørelse. Men dertil kommer at P4s fremstilling også på en rekke punkter er misvisende eller feilaktig. Dette skal kort kommenteres i det følgende.

Innledningsvis er det grunn til å presisere at P4, slik departementet leser svarbrevet, ikke bestrider at konsesjonstildelingen er en form for økonomisk aktivitet som i prinsippet *faller innenfor EØS-avtalens virkeområde*. Dette er sentralt. Dermed gjelder i utgangspunktet de generelle EØS-rettslige prinsippene for ikke-diskriminering, likebehandling, m.m. Spørsmålet er bare om de i vårt tilfelle kommer til anvendelse på saken, og i så fall på hvilken måte, og i hvilken grad.

I departementets brev av 26. februar ble det lagt til grunn at kravet til utlysning eller annen bekjentgjøring av konsesjonstildelingen følger av en tolkning av ikke-diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen art 4, slik denne regelen er tolket og utdypet gjennom EF-domstolens praksis. Bare dersom konsesjonen ble utlyst på en slik måte at alle interesserte aktører fikk en reell anledning til å delta i konkurransen, foreligger reell likebehandling av alle potensielle interessenter, herunder utenlandske selskaper.

I motsetning til hva som hevdes av P4 på s. 18 i svarbrevet, er det ikke noe "snodig" i å anvende EØS-avtalen art 4 fremfor reglene om de fire friheter. Som fremholdt på s. 70 i vårt brev, fant departementet det ikke nødvendig å ta stilling til om reglene om fri flyt av tjenester kunne benyttes, all den tid det generelle forbudet mot forskjellsbehandling i artikkel 4 under enhver omstendighet kommer til anvendelse. Denne bestemmelsen gjelder for all økonomisk aktivitet innen EØS-rettens materielle virkeområde, hvilket utvilsomt inkluderer tildeling av en kommersiell radiokonsesjon.¹³

Videre argumenterer P4 på s. 18-19 for at det ikke foreligger forskjellsbehandling. For det første anføres det at innlendinger og utlendinger ble behandlet likt da P4 fikk konsesjonen i 1993, og for det andre at det samme er tilfellet etter den vurdering P4

¹² Det er således galt når P4 på s. 15 i svarbrevet anfører at "KKD hevder at staten ikke kunne legge vekt på klausulen om fornyelse pga EØS-rettslige forpliktelser".

¹³ Departementet vil også bemerke at fremstillingen av tjenestereguleringene i brevet fra P4 av 19. mars ikke er helt treffende. Tjenestereguleringene kan etter omstendighetene få anvendelse overfor en aktør med en langvarig monopolstilling, jf. eksempelvis sak 260/89,ERT, Sml 1991 s. 2925. EF-domstolen kom her til at rettighetene til fjernsynsmonopolisten i Hellas utgjorde en hindring for fri flyt av tjenester. Til P4s beskrivelse av kravet til et grenseoverskridende element bemerker departementet at det er tilstrekkelig å vise at den nasjonale ordning *potensielt* kan hindre grenseoverskridende tjenesteytelser, f.eks. dersom manglende utlysning *kan tenkes å medføre* at aktører fra andre EØS-land ikke får likeverdig tilgang til å yte tjenester.

mener skulle ha vært foretatt i 2002. Departementet har vanskeligheter med å følge dette resonnementet. At norske og utenlandske aktører ble likebehandlet i 1993 kan ikke være av betydning når ny konsesjon skal tildeles ti år senere. Å legge vekt på forholdene i 1993 synes å forutsette at P4 har fått et absolutt rettskrav på konsesjon utover den eksplisitte 10-årsbegrensningen i konsesjonsvilkårene. Og dersom P4 skulle ha hatt et rettskrav på konsesjon i 2002, ville nettopp P4 bli behandlet annerledes enn alle andre søkere. Dette er forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen art 4. Departementet minner om at det er tilstrekkelig for at regelen er overtrådt at P4s særstilling *potensielt* kan medføre at en utenlandsk aktør stilles svakere i konkurransen. Det er ikke nødvendig å påvise at utenlandske aktører faktisk har vært inne i bildet.

I vårt forrige brev ble den nærmere betydningen av forbudet mot forskjellsbehandling i artikkel 4 utdypet ved henvisning til "soft law", samt til sekundærlovgivning på tilgrensende områder (anbudsreglene). I svarbrevet bruker P4 mye plass på å forsøke å tilbakevise betydningen av disse kildene, særlig Kommisjonens "grønnbok" om Radio-Spektrum og Kommisjonens "Fortolkningsmeddelelse" om bruk av konsesjoner. Departementet kan ikke se at denne kritikken er treffende.

Når det gjelder *grønnboken*, er det sentrale i vår sammenheng Kommisjonens generelle uttalelser om at kravet til "*åpenhet, objektivitet, ikke-diskrimination og gjennomskuelighet*" følger av fellesskapsrettens generelle rettsprinsipper.¹⁴ Her presiserer Kommisjonen altså at disse prinsippene gjelder for tildeling av frekvenser. Slik departementet leser dette, betyr det at alle aktørene må gis lik adgang til å delta i konkurransen om frekvenser, hvilket igjen i praksis krever en eller annen form for utlysning. P4 vektlegger på sin side at staten kan velge mellom ulike prosedyrer for tildelingen, beskrevet på s. 16 som eksempelvis "*first come-first served procedure, comparative bidding, auctions*". Dette er imidlertid et annet spørsmål enn spørsmålet om utlysning. Det er nettopp et fellestrekk ved de ulike utvelgelsesprosedyrene, enten de bør karakteriseres som konkurransebaserte eller ikke, at alle potensielle aktører må ha lik adgang til å oppfylle de kriteriene for utvelgelse som staten velger å benytte.

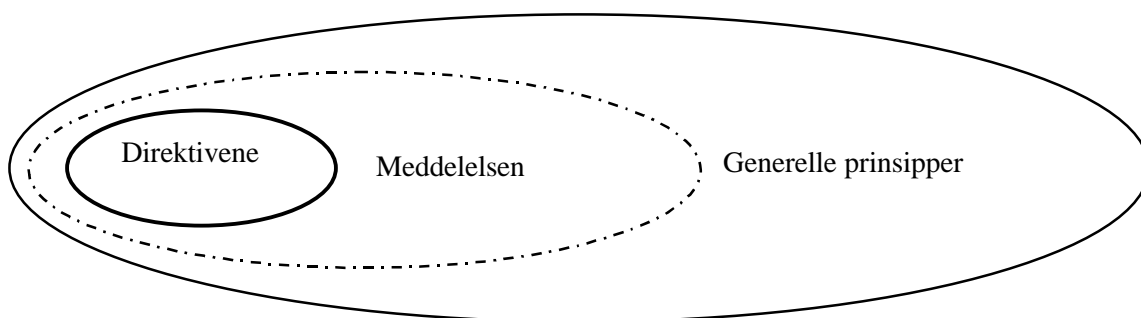
I forhold til Kommisjonens *konsesjonsmeddelelse*, bruker P4 på s. 20-23 stor plass på å argumentere for at denne er uten relevans for saken, idet meddelelsen hevdes å omhandle helt andre forhold enn konsesjon til å drive riksdekkende radio. Dette er lite treffende av tre grunner.

For det første gir meddelelsen flere steder uttrykk for Kommisjonens syn på tolkningen av EF-traktaten og generelle prinsipper, *uavhengig* av om man er innenfor meddelelsens "anvendelsesområde". Departementet viser særlig til punkt 3 annet avsnitt i meddelelsen, som sitert i sin helhet i vårt forrige brev på s. 72, der det fremgår at konsesjoner "*ligesom enhver statslig akt, der fastsetter betingelserne for udøvelse af økonomiske aktiviteter*" må oppfylle de generelle krav til "*ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og proportionalitet*" (fremhevet her). Av dette fremgår at betydningen av

¹⁴ Som sitert i departementets brev av 26. februar på s. 74.

om man er innenfor eller utenfor meddelelsens ytre ramme er begrenset, så lenge man er innenfor EU/EØS-rettens virkeområde.

For det andre bygger det meste av P4s forsøk på å vise at radiokonsesjoner faller utenfor meddelelsen på en misforståelse. På s. 20-22 bruker P4 stor plass på å sitere og kommentere utvalgte avsnitt fra meddelelsens punkt 2.1 og 2.2. I disse avsnittene drøfter Kommisjonen imidlertid *ikke* den ytre grensen for meddelelsens anvendelsesområde. Det som behandles er den *indre* (eller "nedre") grense, mot avtaler som omfattes av direktivene om bygge- og anleggsarbeider, samt tjenesteavtaler. Dette er naturlig nok en langt viktigere rettslig grensedragning, fordi det er den som avgjør hvilke avtaler (eller "konsesjoner") som er direkte detaljregulert i sekundærlovgivningen, til forskjell fra kun å være omfattet av de vagere generelle prinsipper som meddelelsen søker å tydeliggjøre.¹⁵ Dette kan illustreres:



Den ytre sirkelen viser her EU/EØS-rettens anvendelsesområde, mens den innerste viser grensen for hva som er regulert i sekundærlovgivningen (anskaffelsesdirektivene m.m.). Det er denne Kommisjonen først og fremst søker å klargjøre i meddelelsens punkt 2, som P4 henter sine sitater fra. Den midterste sirkelen, som er mer uklar, antyder den ytre rammen for meddelelsen, eller med andre ord det området der Kommisjonen har ønsket å presisere nærmere hvordan de generelle prinsippene kommer til anvendelse.

Dette gjør at også P4s oppsummering på s. 22 av hva som omfattes av meddelelsen blir misvisende, fordi den i hovedsak viser til de kriterier som gjelder for den indre avgrensning.

Det Kommisjonen under punkt 2 sier om den *ytre* rammen for meddelelsens anvendelsesområde, er det som fremgår i punkt 2.4, høyre spalte, herunder at:

"Denne meddelelse omfatter således akter, der kan tilregnes staten - enten i form af en kontrakt eller en ensidig akt, som tredjemand har givet sit samtykke til - hvorved en offentlig myndighed til tredjemand helt eller delvist overdrager forvaltningen af tjenesteydelser, som myndigheden normalt har ansvaret for, og for hvilke tredjemand påtager sig risikoen. Disse tjenesteydelser er kun omfattet af meddelelsen, hvis der tale om udøvelse af økonomiske aktiviteter som omhandlet i artikel 43-55 (tidl. 52-66) i traktaten.

¹⁵ Denne grensen er ikke bare viktig fordi direktivene inneholder mer detaljerte og bindende krav til utlysning og tildeling, men også fordi de oppstiller krav som på mange punkter går *lengre* enn det som kan utledes av de generelle prinsippene i EU-retten.

Disse statslige akter benævnes i det følgende "koncessioner", uagtet hvilken juridisk betegnelse der anvendes i den nationale lovgivning."

Slik departementet forstår dette, omfatter det nettopp konsesjoner av den art vi står overfor i vår sak. Herunder er det verdt å merke at meddelelsen ikke skiller mellom konsesjoner etter som de er gitt i form av en kontrakt eller en ensidig rettsakt.

Det eneste som her kan reise en viss tvil, er det påfølgende vage avsnittet som er sitert av P4 på s. 22, om at meddelelsen likevel ikke omfatter tilfeller der det utstedes en bemyndigelse eller tillatelse til å utøve en økonomisk aktivitet. Dette er eksemplifisert i en fotnote (nr 25) som viser til tillatelser til å drive for eksempel apotek og bensinstasjoner. Slik departementet forstår dette, viser det til tillatelser av en helt annen karakter enn retten til å drive riksdekkende kringkasting. Unntaket er ikke helt klart, eller helt enkelt å forene med avsnittet ovenfor, men det synes å sikte til slike tillatelser til å drive generell økonomisk aktivitet som gis i stort antall (apotek, bensinstasjon, drosjeløyve, skjenkebevilling m.m.),¹⁶ til forskjell fra tildeling av større og mer spesifikke konsesjoner til kun én eller noen få aktører, herunder til å drive virksomhet som offentlige myndigheter tradisjonelt har hatt et direkte eller indirekte ansvar for (som for eksempel allmennkringkasting). Forskjellen blir særlig tydelig når det som her er tale om en faktisk *enerett* til å drive riksdekkende kommersiell radio.

Det tredje forholdet som tilsier at P4s avvisning av kommisjonsmeddelelsen er lite treffende, er ganske enkelt at den ikke inneholder nye eller spesielle *regler* for konsesjoner, men kun en *tolkning* av de generelle regler og prinsipper, slik de kommer til anvendelse på ett spesielt område. Det er ikke holdepunkter for at tolkningen av disse prinsippene skal være annerledes avhengig av om man befinner seg innenfor eller (rett) utenfor meddelelsens yttergrense. Også utenfor meddelelsens anvendelsesområde kan den gi viktig veiledning med hensyn til hvilke føringer de generelle prinsippene nærmere legger. Det er antagelig derfor meddelelsen bruker lite plass på å definere den ytre grensen (til motsetning fra den langt viktigere indre grensen), og det er derfor denne i illustrasjonen ovenfor er angitt med en stiplet linje.

I forlengelsen av dette er det igjen viktig å minne om at Kommisjonen i grønnboken om radiospektrum nettopp presiserte at prinsippene om åpenhet, objektivitet, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet kommer til anvendelse på tildeling av kringkastingsfrekvenser. Og når det er tilfelle, vil det som nærmere sies om disse prinsippenes gjennomføring i meddelelsen være relevant uansett om man er innenfor eller utenfor dens anvendelsesområde.

Videre er det interessant å merke seg at det er flere andre typer "konsesjoner", av en type P4 hevder faller utenfor meddelelsen, som er nærmere regulert gjennom EU/EØS-direktiver. Og felles for disse er (igjen) at de må tildeles etter objektive, ikke-diskriminerende og gjennomsiktige prosedyrer, i samsvar med generelle EU-rettslige prinsipper. Et eksempel er tillatelse til etablering av naturgassanlegg, slik som

¹⁶ Slike tillatelser vil for øvrig sjelden være av potensielt grenseoverskridende karakter.

rørledninger. Slike tillatelser er regulert i gassmarkedsdirektivet¹⁷ art 4, som i norsk versjon lyder:

"1. Dersom det kreves tillatelse til bygging eller drift av naturgassanlegg (for eksempel lisens, bevilling, konsesjon,¹⁸ avtale eller godkjenning), skal medlemsstatene eller enhver vedkommende myndighet som de utpeker, gi tillatelse til å bygge og/eller drive slike anlegg, gassrørledninger og tilknyttet utstyr på sitt territorium, i samsvar med nr. 2-4. (...)

2. Dersom medlemsstatene har et tillatelsessystem, skal de fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier som skal oppfylles av foretak som søker om tillatelse til å bygge og/eller drive naturgassanlegg, eller som søker om tillatelse til å levere naturgass. De ikke-diskriminerende kriteriene og framgangsmåtene for tildeling av tillatelser skal offentliggjøres. (uthevet her)

Fremgangsmåten for konsesjon til bygging av gassanlegg skal altså være ikke-diskriminerende og offentlig. Utlysning fremstår også her som det relevante virkemiddelet.

Tilsvarende regulering finnes blant annet i elektrisitetsdirektivet¹⁹ art 4, som lyder:

"Ved opprettelse av ny produksjonskapasitet kan medlemsstatene velge mellom en konsesjonsprosedyre og/eller en anbudsprosedyre. Ved bruk av konsesjon og anbud skal det anvendes objektive, oversiktlige og ikke-diskriminerende kriterier."

På denne bakgrunn har departementet lagt til grunn at tildelingen av radiokonsesjonen falt innenfor Kommisjonens meddelelse. Men hvorvidt den gjør det eller ikke, har begrenset betydning, fordi meddelelsen uansett gir viktig veiledning med hensyn til hvordan de generelle EØS-rettslige prinsippene på området nærmere kommer til anvendelse.

Hva angår *innholdet* i meddelelsen, vises det til vårt forrige brev s. 71-74, der dette er nærmere beskrevet. P4s kritikk på dette punkt er dels at departementet har lagt for mye i meddelelsen, og dels at den er tillagt for stor rettskildemessig betydning. Ingen av delene er korrekt. Som det vil fremgå av departementets fremstilling er den ikke utlagt som klare og bindende "regler", men kun som retningsgivende for en forståelse av hvilke føringer EØS-rettens generelle prinsipper må antas å legge. Det er disse

¹⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/30/EF av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass, EFT 1998 L 204/1 og EØS-tillegget 2002 23/444.

¹⁸ I den engelske versjonen benyttes ordet "concession", og på dansk "koncession".

¹⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/92/EF av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet, EFT 1997 L 27/20 og EØS-tillegget 2001 11/223. Lignende krav følger også av Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner, EFT 1994 L 164/3 og EØS-tillegget 1995 25/2.

prinsippene (og ikke meddelelsen i seg selv) som er det avgjørende.²⁰ Og de påla etter departementets vurdering for det første en plikt til å lyse ut konsesjonen,²¹ og la for det andre visse føringer på tildelingsvurderingen.

Til støtte for sin anførsel om at EØS-retten er uten betydning, har P4 på s. 24-26 redegjort for praksis og lovgivning i en del EU-land. Dette er imidlertid en faktisk beskrivelse, som sier lite om hvordan EU/EØS-retten *rettslig sett* er å forstå. Det den vel først og fremst viser – og som departementet ikke bestrider – er at man i EU i praksis har kommet kort med hensyn til å gi de generelle prinsippene om ”åpenhet, objektivitet, ikke-diskrimination og gjennomskuelighet” gjennomslag i mediesektoren, slik Kommisjonens grønnbok forutsetter. Dertil kommer at EU-retten her, som på mange områder, synes å være under utvikling. Et tegn på dette er Kommisjonens meddelelse om konsesjoner, som først kom i 2002, og hvis virkning på praksis gjenstår å se. Et annet tegn er den saken som departementet viste til i sitt forrige brev, på s. 71, note 37, der Kommisjonen høsten 2002 grep inn mot italienske myndigheters tildeling av veddeløpskonsesjoner. Et tredje, og for norske myndigheter praktisk viktig signal var det som ESAs daværende president Knut Almestad sendte våren 2000 i TV2-saken (vårt brev s. 69), og som direkte foranlediget departementets utredning av de EØS-rettslige krav.

P4s gjennomgang av praksis og lovgivning i Europeiske land gir på ingen måte noe fullstendig bilde av rettstilstand og praksis i andre europeiske land. Supplert med de opplysninger departementet gir nedenfor i note 23 og 24, dokumenteres to forhold:

²⁰ Av dette følger at en nærmere analyse av meddelelsens rettskildemessige vekt blir mindre interessant. Departementet vil imidlertid fastholde det som er sagt om dette på s. 71 i vårt tidligere brev. I P4s svarbrev er det vist til Sejersted m.fl. ”EØS-rett” s. 193 som argument for at meddelelsen ”har liten rettskildemessig vekt”. Dette er misforstått. Det som er sagt på s. 193 er at slike meddelelser på mange måter har en parallell i norsk forvaltnings bruk av veiledninger m.m. Men det sier intet om deres rettskildemessige vekt. Som det fremgår på s. 32-33 i den samme boken, har Kommisjonens meddelelser m.m. på en del rettsområder ”meget stor praktisk betydning”, og særlig på områder der de gir private fordeler vil de også kunne ha stor rettskildemessig betydning. Generelt har de større betydning i EU/EØS-retten enn det forvaltningsuttalelser normalt gis etter norsk rett. Men også her vil dette som kjent kunne variere.

²¹ Derimot er det intet belegg for å hevde at de generelle prinsippene stiller krav om at en konsesjonstildeling må utlyses etter de strengere og mer spesifikke krav som gjelder etter anskaffelsesdirektivene, herunder til formell utlysning i hele EØS-området. Det er følgelig intet belegg for å hevde, slik P4 gjør på s. 27 i svarbrevet, at departementets ”strenge utlegning” av EØS-retten medfører et slikt krav. Etter meddelelsen er det åpenbart tilstrekkelig at det skjer en slik åpen utlysning (eller annen form for bekjentgjøring) at dette kan gi interesserte aktører en reell mulighet til å delta i konkurransen. Dette kravet er tilfredsstillt i vår sak. Den form for utlysning som departementets foretok i 2002 var slik at alle aktører som seriøst var interessert i å drive radiodrift i Norge ville ha kunnskap om den og mulighet til å delta.

1. For det første at det er vanlig å tildele konsesjoner etter en åpen utlysning, også i tilfeller hvor det finnes en eksisterende konsesjonær.²² Som nevnt foran innebærer P4s tolkning av pkt. 4 i gjeldende konsesjon at en utlysning ville bli fiktiv. Departementet legger - i lys av den samlede informasjon - til grunn at ingen av de land som tildeler kringkastingskonsesjoner etter utlysning gir eksisterende konsesjonærer slike rettigheter som P4 hevder å ha.
2. For det andre viser materialet at selv om enkelte land har ordninger som på visse vilkår sikrer konsesjonæren fornyelse ut over første konsesjonsperiode, gir ingen av de nevnte landene eksisterende konsesjonærer noen evigvarende eller ubegrenset rettighet. I de tilfeller hvor eksisterende konsesjonærer er sikret konsesjon ut over første konsesjonsperiode, synes den beskyttede særstillingen normalt å være begrenset til i alt om lag 15 år.²³

Samlet viser dette at det normale er at konsesjoner kunngjøres, og at kun få land har ordninger som sikrer en eksisterende konsesjonær rettigheter ut over én konsesjonsperiode.

Endelig registrerer departementet at P4 også i forhold til betydningen av EØS-retten synes å hevde at departementets standpunkter i saken er uttrykk for en etterfølgende konstruksjon, "fordi dette er opportunt i den foreliggende situasjon" (s. 26). Intet kan være mer feilaktig. De standpunkter departementet har inntatt i forhold til EØS-retten er ikke nye, men skriver seg tilbake til prosessen rundt utlysningen av TV2-konsesjonen i 2000. Den gang vurderte som vist departementet først å forlenge konsesjonen uten utlysning, men på bakgrunn av signalene fra ESA fant man det nødvendig å foreta en vurdering av EØS-retten, som endte med en konstatering av at det antagelig forelå plikt til å lyse ut, med de konsekvenser det også får for tildelingen. Ikke fordi det var "opportunt", men tvert imot fordi det etter en grundig gjennomgang fremsto som den mest korrekte måten å etterleve EØS-retten på.

²² I tillegg til eksemplene nevnt av P4 kan vi bl.a. vise til følgende:

- I Sveits slår kringkastingsloven fast at "*As a general rule, licences shall be awarded by a process of competitive tender*" (jf § 12) og at "*Unless otherwise stipulated, no-one shall have a right to the grant or renewal of a licence*" (jf. § 10).

- I Danmark ble en fjerde riksdekkende radiokanal utlyst i 2001. Konsesjonen ble tildelt Danmarks Radio. I utlysningen ble det presisert at "*Tilladelsen gives for en periode af 8 år med mulighed for - men ikke rett til - forlængelse.*"

- I Sverige er spørsmålet om fornyelse av konsesjoner regulert av "Radio-och TV-lagen" som åpner for åpen utlysning ved utgangen av en konsesjonsperiode forutsatt at konsesjonsmyndigheten "*senast två år före tillståndstidens utgång meddelat at tillståndet inte kommer att förlängas...*".

- I Finland fikk Radio Nova i 1996 en konsesjon for 10 år. Konsesjonen gir ingen rett til fornyelse og myndighetene står fritt til å lyse ut på nytt når konsesjonsperioden utløper.

- I Italia tildeles fjernsynskonsesjoner for 6 år ad gangen. Konsesjonene blir ikke fornyet automatisk, og når de utløper må konsesjonærene søke på nytt og delta i en offentlig konkurranse.

- I Irland ble alle lokale radiokonsesjoner utlyst på nytt i perioden 2001-2003. Utlysningen har til nå ført til at konsesjonærer ikke har fått forlenget konsesjon. I ett av tilfellene (Radio Kilkenny) ble beslutningen bl.a. begrunnet i at "*a majority of the Commission members were more convinced by the programming proposals of the successful applicant group, which were considered to be more likely to appeal to a greater range of interests throughout the new franchise area*" - dvs. i en kvalitativ vurdering av søkerne.

²³ Av de eksemplene som P4 trekker fram synes det bare å være Frankrike og England som har regler som gir konsesjonæren et rettskrav på fornyelse. I Frankrike er denne retten avgrenset til fornyelse to ganger, dvs. totalt 15 år. I England er utgangspunktet utlysning, jf nettsidene til Radio Authority: "*About eighteen months before the end of the eight year licence period, the Authority is normally required to re-advertise each licence*". Under forutsetning av at konsesjonæren forplikter seg til å delta i DAB-nettet (og for øvrig har oppfylt konsesjonsvilkårene) har radiokonsesjonærer krav på fornyelse én gang ("one occasion"), dvs. totalt 16 år.

5.6 Sammenfatning – P4s krav på en rettslig særstilling

På s. 78-79 i departementets brev av 26. februar er det gitt en sammenfatning av spørsmålet om P4 må anses å ha krav på en rettslig særstilling i saken. Denne oppsummeringen er kortfattet, men helt sentral. De enkelte drøftelsene i det foregående kan ikke sees isolert, men inngår som ledd i en *samlet* vurdering av P4s rettslige stilling.

Det alternativ som P4 nå har avklart at det anfører som det eneste mulige, er til sammenligning etter departementets syn ikke engang forenlig med en isolert ordlydstolkning av punkt 4, og langt mindre med det bredere rettskildet bildet.

6. MERKNADER TIL DEPARTEMENTETS VURDERING AV P4S SÆRLIGE STILLING

I departementets brev av 26. februar er det på s. 80-87 redegjort for hvordan man ved tildelingsskjønnet vurderte de hensyn som var særegne for P4 som eksisterende konsesjonær, og hvilken vekt disse nærmere ble tillagt. For det første gjaldt det hensynet til P4s ansatte og til selskapets investeringer. For det andre gjaldt det spørsmålet om vurderingen av P4s virksomhet i inneværende konsesjonsperiode.

Departementets vurdering av hensynet til de *ansatte* er kommentert i P4s svarbrev på s. 38. Det kan ikke sees at disse kommentarene bringer inn noe nytt i saken, eller avdekker forhold som ikke har vært kjent og vurdert. Departementet konstaterer at det her er en uenighet mellom partene med hensyn til hvordan dette momentet skjønnsmessig skal vurderes og vektlegges, men kan ikke se at det får noen betydning for vedtakets gyldighet.

Departementets vurdering av hensynet til P4s foretatte *investeringer* er kommentert av P4 i svarbrevet på s. 7-8, 13-14 og 36-37. Også her fremstår dette som en uenighet om vurdering og vekt. De faktiske forhold synes uomtvistet. Departementet viser til det som er sagt ovenfor i avsnitt 3, og understreker igjen sin vurdering av at det ikke var noe ved de reelle økonomiske forhold i saken som tilsa at P4 på dette grunnlag kunne gjøre krav på fortrinn fremfor de andre søkerne. De opprinnelige investeringene i etablering og utvikling av radiodriften i konsesjonsperioden er for lengst tjent inn. Og i den grad P4 i de senere år har foretatt investeringer i videre utvikling av virksomheten (til forskjell fra rene driftsutgifter), med sikte på inndekning først etter utløpet av konsesjonsperioden, er dette noe selskapet selv må bære ansvaret og risikoen for.²⁴

Departementets vurdering av P4s virksomhet i inneværende konsesjonsperiode er kommentert av P4 i svarbrevet på s. 30-35. Hovedargumentet er fortsatt at departementet ikke har oppfylt sin plikt etter punkt 4 første ledd tredje setning til å ta "i

²⁴ Departementet har ikke noen full oversikt over hvilke investeringer det skulle være, og med unntak av DAB-investeringene har heller ikke P4 selv oppgitt noen nøyaktige tall for dette. Så langt departementet kan bedømme, synes omfanget å være beskjedent, men dette får uansett ingen betydning for vurderingen av saken. Departementet vil bemerke at det standpunkt P4 her synes å innta ville innebære at en eksisterende konsesjonær ville kunne binde opp myndighetenes vurdering ved å foreta store og langsiktige investeringer, inngå langsiktige kontrakter eller lignende, rett før utløpet av konsesjonsperioden. Dette ville åpenbart ikke være rimelig i forhold til andre søkere.

betraktning” i hvilken grad konsesjonær har fulgt og oppfylt konsesjonsvilkår og regelverk.

Dette er allerede imøtegått i departementets forrige brev, på s. 82-86. Hovedpoenget er at det *ble* vurdert og lagt til grunn at P4 i perioden stort sett har oppfylt de formelle minstekrav. Dermed var selskapet ikke diskvalifisert fra å delta i neste runde, og det deltok heller ikke med et handikap. Bilag 39 til departementets forrige brev viser at dette ikke var noen åpenbar konklusjon. Departementet antok imidlertid at den gjentatte kritikken mot P4s oppfyllelse av allmennkringkastingsoppdraget, som bl.a. er påpekt av Allmennkringkastingsrådet, bare ville kunne legges P4 til last i konkurransen dersom dette hadde blitt uttrykkelig påtalt av konsesjonsmyndigheten (dvs. departementet), som formelle vilkårsbrudd. Med unntak av omtalen i diverse stortingsdokumenter, var dette ikke gjort. På den bakgrunn valgte departementet å se helt bort fra kritikken mot P4 konsesjonsperioden, for å gi selskapet mulighet til å konkurrere på lik linje med de øvrige søkerne, uten noe handikap. Dette understreker at departementet i denne saken har lagt stor vekt på formell korrekthet og likebehandling, ikke minst i forhold til P4.

For øvrig er det en misforståelse når P4 på s. 32 tar departementets uttalelser til inntekt for en enighet om at selskapet i inneværende periode ”har oppfylt konsesjonsvilkårene, herunder allmennkringkastingsoppdraget”. Det departementet har sagt seg enig i er kun at ”de formelle minstekrav” stort sett har vært oppfylt. Med det menes ikke annet enn at noen klare brudd på de minimumskrav som måtte stilles ikke har vært formelt påvist og påpekt. Når det gjelder vilkåret i konsesjonen at programprofilen skulle baseres på ”prinsippene om allmennkringkasting”²⁵ har dette mer preg av en standard, som kan være mer eller mindre godt eller dårlig oppfylt. Og her er det altså et omfattende materiale, i første rekke fra Allmennkringkastingsrådet, som etter departementets vurdering gir klart grunnlag for kritikk.

Departementet har med andre ord tatt ”i betraktning” P4s oppfyllelse av vilkår og regelverk, slik det står i punkt 4, og kommet til at minstevilkårene formelt var oppfylt. P4s anførsel er at dette skulle være nok til å gi selskapet et rettskrav på fornyelse. Det er departementet som vist ikke enig i. Men det kunne heller ikke gi selskapet noe fortrinn. Dersom det skulle vært tale om å tillegge tidligere programvirksomhet en slik betydning, ville det krevd en nærmere kvalitativ gjennomgang av hvordan P4 hadde etterlevd allmennkringkastingskravet. Men noe krav om dette kan ikke leses ut av punkt 4, og ville heller ikke vært hensiktsmessig i en konkurranse der vurderingstemaet først og fremst måtte være hvilket selskap som var best kvalifisert for kommende konsesjonsperiode.

Dersom det mot formodning legges til grunn at departementet skulle ha foretatt en nærmere vurdering av P4s tidligere programvirksomhet, og i større grad vektlagt denne ved tildelingsskjønnet, anføres som tidligere at dette ikke ville ha ført til noe annet resultat. Tvert imot er det ut fra det foreliggende materialet, samt de foreløpige

²⁵ Se P4s nåværende konsesjon (klagen bilag 8) punkt 5, der dette er slått fast, og nærmere presisert i fem underpunkter. Herunder er det særlig i forhold til pkt 2 om variert programmeny, og pkt 4 om styrking av norsk språk, identitet og kultur, at P4 gjentatte ganger har fått til dels kraftig kritikk fra Allmennkringkastingsrådet.

vurderinger departementet hadde gjort av dette, klart at en skjønnsmessig vurdering på dette punkt samlet sett ville ha slått negativt ut for P4.²⁶

7. MERKNADER TIL BETYDNINGEN AV EMK ART 10

I departementets brev av 26. februar er det på s. 88-94 redegjort for betydningen av EMK art 10 ved konsesjonstildelingen. Dette er kommentert i svarbrevet fra P4 på s. 47-54, der selskapet fastholder og utdyper sin anførsel om at departementet ved tildelingen av konsesjonen til Kanal 4 har krenket EMK art 10.

Innledningsvis hevder P4 at departementet har oversett et pliktig hensyn ved ikke å legge vekt på EMK art 10 ved konsesjonstildelingen, og at det i seg selv er en ugyldighetsgrunn. Til dette må det bemerkes at EMK art 10 ikke i seg selv er et pliktig hensyn. Det er ingen ting til hinder for at en stat overholder EMKs bestemmelser uten at den i det hele tatt har vurdert konvensjonsmessigheten i forbindelse med et vedtak, en lov etc. Bestemmelsen setter imidlertid rammer for hvilke hensyn departementet legitimt kunne legge vekt på ved tildelingen. Videre inneholder den et krav om at konsesjonstildelingen til Kanal 4, og dermed "inngrepet" i *samtlig*e øvrige søkernes ytringsfrihet, måtte være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Disse kravene er åpenbart oppfylt i saken, som påvist i vårt forrige brev.

På s. 48 kommenterer P4 frekvenshensynet, og hevder at kravene til inngrepet i selskapets ytringsfrihet skjerpes som følge av at det er staten som har ansvaret for tildelingen av de begrensede frekvensressursene. Det anføres videre at tilgjengeligheten av en femte riksdekkende frekvens gjør det enda mindre nødvendig i konvensjonens forstand å unnlate å fornye P4s konsesjon.

Til dette vil departementet kort bemerke at hensynet til frekvensknapphet gjør seg gjeldende i relasjon til *samtlig*e søkere på konsesjonen, og medfører således ikke at P4 står i en særstilling i forhold til de øvrige. Det har igjen betydning for vurderingen av inngrepets proporsjonalitet, hvilket KKD kommer tilbake til om litt.

Konsesjonsordningen er videre et nødvendig utslag av frekvensknappheten, hvilket innebærer at det som hovedregel alltid vil være flere interessenter enn konsesjoner. Det må åpenbart medføre at det per definisjon skal mindre til før avslag på søknader er "nødvendig i et demokratisk samfunn" enn når konsesjon nektes uten at det foreligger tekniske begrensninger, som for eksempel ved kabeldistribusjon av kringkasting.

Med hensyn til muligheten for en femte, mer begrenset, riksdekkende frekvens, har en fremtidig tildeling av denne ikke vært relevant ved tildelingen av den aktuelle frekvensen. Denne vil ha en annen programprofil og vil bli tildelt den best kvalifiserte søkeren innenfor sitt område. Når det gjelder fordelingen av tilgjengelige ressurser mellom NRK og øvrige aktører, er ikke det et tema for denne saken.

²⁶ Departementet registrerer at P4 på s. 33-35 søker å vise hvordan man har etterlevd allmennkringkastingskravene, men kan ikke se at dette tilbakeviser den omfattende kritikk som Allmennkringkastingsrådet har fremsatt. Fremstillingen er også springende, og nevner for eksempel ikke de tilfellene der departementet har stilt spørsmål ved P4s oppfyllelse av vilkårene (vårt forrige brev bilag 40 til 43).

På s. 48-49 kommenterer P4 vedtakets konsekvenser for ytringsfriheten, og hevder at det ikke er et saklig hensyn etter EMK art 10 å forsvare at en ytrer fratras sin ytringsmulighet med at en annen får denne muligheten.

Her viser P4 at man fortsatt misforstår de faktiske og rettslige omstendighetene ved konsesjonstildelingen. P4 er ikke blitt "fratatt" noen konsesjon. Selskapets konsesjonsperiode løper ut den 31. desember 2003, og det ville for eksempel i seg selv ikke utgjort noe inngrep i selskapets ytringsfrihet dersom departementet hadde valgt å la være å utlyse en ny riksdekkende konsesjon fordi frekvensen skulle tildeles tre ulike regionale aktører. Videre inneholder ikke konsesjonen noe forbud mot en tidsbegrenset konsesjonsordning som den norske.²⁷ Det faktum at P4 ikke har rett til å benytte de aktuelle frekvensene etter 31. desember 2003 skyldes med andre ord det enkle faktum at konsesjonen av 15. januar 1993 kun hadde en ti års varighet. Det er således ingen "lek med ord", som anført av P4 nederst på side 48, når departementet fremholder at P4, verken i relasjon til EMK art 10 eller tradisjonell norsk rett, er blitt fratatt sin ytringsmulighet ved at selskapet ikke nådde opp i konkurransen om den nye konsesjonen. Når departementet ønsket å lyse ut en ny tiårig konsesjon til å sende riksdekkende reklamefinansiert radio, er dette en ny tildeling hvor departementet, i forhold til EMK art 10, står fritt til å avholde en "skjønnhetskonkurranse" for å kunne utpeke den søkeren som i størst grad oppfyller allmennkringkastingshensynet.

For å unngå ytterligere misforståelser fra P4 side, vil KKD understreke at man ved tildelingen ikke har forsvart "at en ytrer fratras sin ytringsmulighet med at en tilsvarende ytringsmulighet gis en annen aktør". Det rettslige poenget har kun vært at det rent faktisk måtte foretas et saklig og ikke-diskriminerende valg mellom flere kvalifiserte søkere, med den konsekvens at alle, med unntak av én, ville få begrenset sin ytringsfrihet.

I den grad tildelingen av konsesjonen til Kanal 4 er et "inngrep" som må rettferdiggjøres som nødvendig i et demokratisk samfunn, er det med andre ord tale om samme inngrep i forhold til *samtlig*e av de andre kvalifiserte søkerne (P4, TV2-gruppen, Radio 2 Digital og Radio VG). Dette er det perspektiv som saken må vurderes i, i forhold til art 10. Og det er et ganske annet perspektiv enn det P4 forsøker å tegne.

På s. 49 flg gjør P4 gjeldende at departementet ikke har oppfylt sin plikt til å sannsynliggjøre at inngrepet i selskapets ytringsfrihet var "nødvendig i et demokratisk samfunn" i henhold til EMK art 10 (2). P4 hevder i annet avsnitt på s. 49 og på s. 54 at departementets vurderinger ikke tilfredsstillende konvensjonens krav til en begrunnet proporsjonalitetsvurdering.

Dette krever noen kommentarer – knyttet til de ulike elementene i kravet om at inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn" av hensyn til et eller flere av de legitime formål.

²⁷ Se Eggen, Vernet om ytringsfriheten ..., side 155 og Eggen, Ytringsfrihet, side 627.

Innledningsvis vil departementet igjen bemerke at utgangspunktet for vurderingen etter EMK art 10 (2) er at det som følge av frekvensknapphet som hovedregel alltid vil være flere interessenter enn konsesjoner. Nødvendigheten av en konsesjonsordning som følge av frekvensknapphet innebærer at bestemmelsen ikke kan tolkes løsrevet fra art 10 (1), 3 pkt. Det har som konsekvens at en rettferdig metode for tildelingen av de knappe ressursene er en forutsetning for systemet – ikke en begrunnelse. Tildeling av konsesjonen til den best kvalifiserte søkeren må klarligvis anses som et legitimt utvelgelseskriterium, når tildelingen baserer seg på fremlagte programplaner som vil bidra til å ivareta hensyn som pluralisme og mangfold i eteren. Dette er målsettinger som står sentralt i forhold til ytringsfriheten, hvilket i seg selv tilsier at denne organiserings- og utvelgelsesteknikken er legitim.

Ved konsesjonstildelingen har departementet sett hen til flere av de angitte legitime formål, og da særlig allmennkringkastingshensynet. P4 hevder i den forbindelse at departementet ikke kunne legge vekt på kvalitative vurderinger – ut over at det kan gis preferanser til visse typer kringkastingsprogrammer. Det kan ikke være en korrekt forståelse av EMK art 10 (2).

Som følge av at hensynet til allmennkringkasting er akseptert som legitimt av EMD, følger det forutsetningsvis av vurderingstemaet at det må det foretas kvalitative vurderinger. Tildelingen kan ikke baseres på søkerens programkategorier og profil, da disse nødvendigvis er mer eller mindre sammenfallende. Det følger allerede av utlysningsteksten punkt 5 hva programprofilen til søkerne måtte være. Det var videre oppstilt en minimumsangivelse av krav til kringkastingsprogrammene. Dersom denne ytterligere vurderingen av kvaliteten på programmene ikke var tillatt, ville departementets valg av konsesjonsinnehaver måtte baseres på ”terningkastmetoder” da fem av søkerne oppfylte kvalifikasjonskriteriene. Det er klarligvis ikke en korrekt forståelse av de skranker EMK art 10 oppstiller ved konsesjonstildelingen.

På denne bakgrunn er begrunnelsen for konsesjonstildelingen til Kanal 4, og dermed inngrepet i de øvrige søkerens ytringsfrihet, relevant i art 10 (2)s forstand. I tillegg er den tilstrekkelig all den tid den aktuelle tildelingen i størst grad vil realisere allmennkringkastingsformålet ved at den best kvalifiserte søkeren fikk den tilgjengelige frekvensen. Det følger da av praksis at inngrepet er proporsjonalt i og med at avveiningen av de ulike hensynene, derunder det faktum at et avslag på P4s søknad nødvendigvis vil innebære at selskapet ikke lenger kan sende riksdekkende, analog radio på den aktuelle frekvensen, er gjort med nødvendig omhu basert på en ikke-diskriminerende og saklig vurdering (se vårt forrige brev s. 89-91). Etter departementets syn er begrunnelsen som fremgår av de aktuelle dokumentene også tilstrekkelig til å foreta den begrensede etterprøvingen av proporsjonalitetsvurderingen.

Endelig må det understrekes at det faktum at det rent teknisk kun var mulig å gi én av søkerne denne konsesjonen, innebærer at begrensningen i P4s og samtlige øvrige interessenters ytringsfrihet ikke er et utslag av et statlig ønske om begrenset ytringsfrihet. Det medfører at avgjørelser fra EMD vedrørende avslag på konsesjonssøknader som ikke ene og alene skyldes slik frekvensknapphet, ikke har overføringsverdi på proporsjonalitetsvurderingen. Det gjelder for eksempel de P4

sitater fra nødvendighetsvurderingen i dommen Demuth mot Sveits (brevet side 59), hvor tekniske årsaker ikke begrunnet avslaget på søknaden.²⁸

Videre hevder P4 at det i forhold til EMK art 10 (2) ikke er tilstrekkelig at tildelingen var basert på en saklig, ikke-diskriminerende vurdering av søkerne all den tid avslagets konsekvenser for selskapets ytringsfrihet er mer alvorlige enn for de øvrige søkerne. Dette som følge av at selskapet i dag ytrer seg og fordi avslaget innebærer at departementet nedlegger "et populært riksdekkende massemedium". Det gjøres med andre ord gjeldende at P4s besittelse av den første konsesjonen innebærer at det skal mer til før en konsesjonstildeling til Kanal 4 er "nødvendig i et demokratisk samfunn".

Til dette må det for det første fremheves at departementet ikke har "nedlagt" P4 som følge av avslaget. P4 kan ytre seg på andre måter, for eksempel over DAB-nettet og over Internett. Videre står selskapet fritt til for eksempel å søke P5-konsesjonen, søke på lokalradiokonsesjoner osv.

For det andre har departementet, i tråd med de akseptable legitime hensyn, sett hen til betydningen et avslag vil få for arbeidsplassene og investeringene til P4. Disse momentene har som vist vært en del av avveiningen ved konsesjonsvurderingen – med andre ord ved proporsjonalitetsvurderingen, etter EMK art 10 (2)s terminologi. Ut over dette har ikke konsesjonstildelingen større konsekvenser for P4 ytringsfrihet enn for de øvrige søkeres ytringsfrihet. Når det gjelder sitatet fra Eggen, Ytringsfrihet, s. 631, har han ingen rettskildemessig dekning for denne uttalelsen.

For det tredje finner departementet også grunn til å kommentere den gjennomgående argumentasjonen i relasjon til EMK art 10, nemlig at konsesjonstildelingen innebærer at departementet har satt seg utover befolkningens lytterpreferanser (se for eksempel svarbrevet s. 53). P4 overser her at allmennheten faktisk ikke har foretatt noe valg mellom P4 og Kanal 4 eller noen av de øvrige søkerne. Uavhengig av kvaliteten på P4s sendinger, er årsaken til at publikum i dag velger P4 foran Kanal 4 svært enkel. Det er at P4, i motsetning til Kanal 4, faktisk er på luften. Det gir ingen mening å si at publikum med dette har gitt uttrykk for noen preferanse eller at departementets valg av Kanal 4 viser en "manglende respekt for befolkningens lytterpreferanser". Begrepet "preferanser" forutsetter at publikum har hatt et reelt valg mellom flere alternativer. Det er bare departementet som hadde anledning til å foreta denne sammenligningen, og dette ble også gjort på en grundig måte.

I forhold til P4s merknader på s. 52 om statens skjønnsmargin, fastholder departementet redegjørelsen i vårt forrige brev.

Endelig finner departementet grunn til å minne om at hvis P4, i henhold til tidligere konsesjonsvilkår punkt 4, skulle ha krav på en fortrinnsrett dersom selskapet var tilnærmet likt kvalifisert som den/de øvrige, må denne retten være fundert på et

²⁸ KKDs henvisning til denne avgjørelsen i vårt brev av 26. februar var kun for å underbygge at man ved lisenstildelinger legitimt kan se hen til "the quality and balance of programs", jf brevet side 90 og dommen § 49.

legitimt hensyn i forhold til EMK art 10. Som vist i departementets forrige brev er det ansett som legitimt å se hen til betydningen for arbeidsplassene og investeringene til P4. Ut over dette kan departementet fortsatt ikke se at P4 har anført legitime hensyn som grunnlag for en fortrinnsrett. I den forbindelse minnes det om at argumenter som ikke kan forankres i ett eller flere av de hensyn EMD har akseptert som legitime ved konsesjonstildelinger, ikke vil kunne tas i betraktning ved nødvendighetsvurderingen.

8. MERKNADER TIL DEPARTEMENTETS SAKSBEHANDLING OG BEGRUNNELSE

I departementets brev av 26. februar er det på s. 95-98 redegjort for departementets saksbehandling og begrunnelse. Merknadene til saksbehandlingen er så langt man kan se ikke nærmere kommentert i P4s svarbrev. Begrunnelseskrevet er derimot kommentert, på s. 55-56. Hva angår rettstilstanden, synes det her ikke å være noen særlig uenighet mellom partene. Spørsmålet gjelder kun subsumpsjonen – om de formelle minstekrav til begrunnelse er oppfylt. Departementet mener at de er det, og viser til sin tidligere redegjørelse. Begrunnelsen for vedtaket viser at alle momenter av betydning har vært vurdert. Noen plikt til å gå nærmere inn på detaljene i rettsanvendelsen har forvaltningen ikke. Klagen til ombudsmannen viser for øvrig at P4 åpenbart har hatt et tilstrekkelig grunnlag i saken for å vurdere og angripe departementets vedtak.

På s. 55 hevder P4 at departementet skulle ha begrunnet hvorfor man har satt hensynet til medieeierskap "til side". Dette er galt. Hensynet ble som vist ikke satt "til side". Det er vektleggingen P4 er uenig i. Noen plikt til å redegjøre nærmere for vektleggingen i begrunnelsen har forvaltningen imidlertid ikke.

Dersom det mot formodning skulle konstateres feil ved saksbehandlingen eller begrunnelsen, vil departementet anføre at terskelen for ugyldighet på slikt grunnlag i denne saken må ligge høyt. Det følger for det første av at dette er en trepartssak, der Kanal 4 nå har fått konsesjonen, og for lengst begynt å forberede seg på å ta denne i bruk. For det andre ville virkningen av ugyldighet pga saksbehandling/begrunnelse være at prosessen måtte gjennomføres på nytt, i forhold til samtlige søkere. Det er vanskelig å se hvordan dette kan gjennomføres uten meget store praktiske og rettslige problemer.

På denne bakgrunn vil departementet anføre at det ikke foreligger noen feil ved dets saksbehandling eller begrunnelse, og langt mindre noen slike feil som kan få betydning for vedtakets gyldighet.

Med hilsen

Roy Kristiansen e.f.
ekspedisjonssjef

Lars Brustad
utredningsleder

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