



DET KONGELIGE
KULTUR- OG KIRKEDEPARTEMENT

Sivilombudsmannen
Postboks 3
0101 OSLO

Deres ref.
2003-0179B-1BDA

Vår ref.
2003/244 ME/ME2 LaB:elt

Dato
08.05.2003

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

Det vises til tidligere skriftveksling i saken, senest ved brev fra P4 av 16. april 2003.

Saken synes nå i det alt vesentlige å være så opplyst som den kan bli ved en skriftlig behandling, og de momenter P4 fremsetter i sitt siste brev er i hovedsak slike som tidligere har vært oppe, og som er imøtegått i departementets to tidligere brev, av 26. februar og 3. april 2003. Et par punkter er det imidlertid nødvendig å kommentere.

På s. 3 i brevet av 16. april gjentar P4 sin tolkning av pkt 4 i konsesjonsvilkårene, og fremhever i den forbindelse bl.a. at punkt 4 *"ikke var ment å anvendes i forbindelse med en regulær skjønnhetskonkurranse"*.

Etter departementets syn er det avgjørende ikke hvordan vilkåret i punkt 4 var "ment" å brukes, i betydningen hvilke fremtidige tildelingsformer man i 1992 så for seg at ville kunne være aktuelle ved den neste tildelingen, ti år frem i tid. I den daværende mediepolitiske situasjonen kan det, som tidligere vist, godt hende at utlysning med åpen konkurranse ikke fremsto som nærliggende. Men dette er ikke poenget. Det avgjørende er at departementet *hadde adgang til å utlyse konsesjonen*, slik P4 heller ikke har bestridt. Slik ordlyden i punkt 4 er formulert, kan den forenes både med en lukket, intern fornyelse og med en utlysning med konkurranse. Det er ikke holdepunkter for å hevde at departementet med punkt 4 har fraskrevet seg sin utlysningsrett, og det ville også hatt formodningen sterkt mot seg. Og når det først var adgang til å lyse ut konsesjonen, ligger det i dette at det må skje som en reell konkurranse, i lovlige og hensiktsmessige former.

Sagt med andre ord, må spørsmålet i forhold til punkt 4 være hvilken betydning og rekkevidde vilkåret får *i en situasjon der departementet benytter seg av sin adgang til å lyse ut konsesjonen som en åpen konkurranse*. Det er ikke noe uvanlig ved at den nærmere betydning og rekkevidde av et offentligrettslig tilsagn vil avhenge av i hvilken kontekst det kommer til anvendelse – i den konkrete sak. (Det samme gjelder privatrettslige tilsagn). Og det er i dette lys departementet har drøftet og utdypet betydningen av punkt 4, i vårt brev av 26. februar 2003 på s. 51-61, samt i brev av 3. april 2003 på s. 13-14.

Det meste av P4s siste brev (s. 4-7) er viet sakens EØS-rettslige side. Også dette er i hovedsak forhold som er imøtegått i departementets tidligere brev. Herunder vises særlig til brev av 3. april s. 15-16, for en sammenfatning av den betydning departementet har tillagt EØS-retten.

For departementet har det sentrale utgangspunkt hele tiden vært at konsesjonstildelingen er en form for økonomisk aktivitet som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde. Det synes heller ikke å være bestridt. Hvilke krav dette så nærmere medfører – først til utlysning og deretter til tildelingsprosessen – er ikke klart.

Det *kan* argumenteres for at de EØS-rettslige krav til åpen og fri konkurranse er relativt strenge, skjønt dette er ikke opplagt. Derimot kan det vanskelig argumenteres imot at hensynet til en lojal etterlevelse av EØS-retten *i det minste* tilsier at myndighetene så langt som mulig bør tolke og praktisere nasjonal rett på en slik måte at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet, likebehandling og konkurranse respekteres.

Dette stenger ikke nødvendigvis for at P4 gis et visst fortrinn ved tildelingsvurderingen. Men det legger føringer på hvor langt denne særstillingen kan rekke, og for hvilke hensyn som legitimt kan begrunne den. Og det stenger for den typen fortrinnsrett – uavhengig av konkurrentenes kvalifikasjoner – som P4 hevder å ha. På denne måten kan EØS-retten sies å bekrefte og forsterke den rettsforståelsen som etter departementets syn er den mest korrekte også ut fra en tolkning av ordlyden i punkt 4 og de andre rent "norske" rettskildene i saken.

Departementet vil fortsatt hevde, som i forrige brev, at dette utgangspunktet fjerner eller svekker de mer detaljerte EØS-rettslige motargumenter som P4 har anført.

På denne bakgrunn vil departementet nøye seg med kort å kommentere tre forhold i P4s siste brev, der EØS-retten er galt eller misvisende gjengitt.

1. For det første hevder P4 på s. 4 i brevet at det er sikker rett at EØS-avtalen art. 4 ikke kommer til anvendelse der andre bestemmelser i EØS-avtalen får anvendelse.

Som fremholdt på s. 16 i departementets brev av 3. april gjelder det generelle forbudet mot forskjellsbehandling i EØS-avtalen art. 4 for all økonomisk aktivitet innen EØS-rettens materielle virkeområde. Artikkel 4 er et generelt utslag av de minstekrav til likebehandling som både gjelder når en nasjonal ordning vurderes etter bestemmelsene om de fire friheter og når en er utenfor anvendelsesområdet for disse bestemmelsene. Så lenge det ikke foreligger en aktuell

unntaksbestemmelse knyttet til spesialbestemmelsene om de fire friheter, vil det faktisk at en nasjonal ordning er i strid med art. 4, alltid innebære at den også vil være i strid med den aktuelle spesialbestemmelsen.¹ Det vil derfor aldri være til ugunst for den private part at art. 4 anvendes isteden for eksempelvis art. 31 om etableringsretten. Departementet er derfor av den oppfatningen at en ville ha kommet til samme resultatet ved anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 31 som ved anvendelsen av artikkel 4.

Å anvende EØS-avtalen art. 31 fremfor art. 4, som P4 hevder er det korrekte, vil tvert imot kunne gjøre det lettere å argumentere for at særbehandling av P4 ville ha vært ulovlig. Det skyldes at EF-traktaten art. 43, som tilsvarende EØS-avtalen art. 31, i en viss utstrekning har blitt tolket som et forbud mot enhver *restriksjon* på etableringsretten, og ikke bare som et forbud mot å behandle utenlandske næringsdrivende dårligere enn innenlandske.²

2. P4 hevder videre på s. 5 at det ikke innebærer forskjellsbehandling på grunnlag av *nasjonalitet* å gi P4 fortrinnsrett til radiokonsesjon. Det er grunnleggende innen EF/EØS-retten at forbudene mot forskjellsbehandling, både det generelle forbudet i art. 4 og de spesielle forbudene knyttet til de fire friheter, ikke bare rammer åpenlys forskjellsbehandling begrunnet i nasjonalitet. Også anvendelsen av andre kriterier enn nasjonalitet er forbudt hvis det reelt sett medfører at utenlandske aktører rammes hardere enn innenlandske (gjerne omtalt som skjult eller indirekte forskjellsbehandling).³ Det er nettopp dette departementet mener ville ha funnet sted dersom P4s forståelse av konsesjonsvilkåret ble lagt til grunn. Da ville P4, som et norsk selskap, bli stilt i en gunstigere posisjon enn alle potensielle konkurrenter, herunder utenlandske selskaper.
3. Et tredje forhold der P4 har misforstått fellesskapsrettslige prinsipper, gjelder beskrivelsen av "*first come – first served*"-prosedyren beskrevet i Kommisjonens "grønnbok" om Radio-Spektrum som en av flere alternative tildelingsprosedyrer for radiofrekvenser. P4 hevder på s. 5 at dette viser at Kommisjonen aksepterer fortrinnsrett for eksisterende konsesjonær ved fornyelse av konsesjoner. Dette er ikke riktig. Som fremhevet i vårt brev av 3. april på s. 17 er det en forutsetning for anvendelse av denne og andre alternative prosedyrer at alle potensielle aktører skal ha lik adgang til å oppfylle de utvelgelseskriteriene staten velger å benytte. Først

¹ Dersom en særbehandling av P4 var "fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen", ville begrensninger i etableringsretten i EØS-avtalen art. 31 vært tillatt, jf. art. 33. I et slikt tilfelle ville naturligvis ikke EØS-avtalens generelle forbud mot forskjellsbehandling medføre at særbehandlingen likevel ville ha vært forbudt.

² Se Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital* (2002) s. 539-548 med omfattende henvisninger til praksis fra EF-domstolen.

³ Se eksempelvis sak C-360/89, *Kommisjonen mot Italia*, Saml. 1992 s- I-2401 (premiss 11).

etter offentliggjøring av ledige frekvenser er det derfor aktuelt å benytte *first come – first served*-prinsippet. Noe annet ville ha medført at konsesjonæren reelt sett kunne hatt en evigvarende konsesjon. En slik tilnærming ville ha vært i strid både med Kommisjonens ”grønbok” om Radio-Spektrum og dens konsesjonsmeddelelse.

Med hilsen

Roy Kristiansen e.f.
ekspedisjonssjef

Øyvind Christensen
avdelingsdirektør