



## Medieklagenemnda

---

### **Klagenemndas avgjørelse av 20. mars 2020 i sak 2019/434**

**Saken gjelder:** Ileggelse av overtredelsesgebyr

**Klager:** Norsk Lokalkringkasting AS

**Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørnar Borvik, Gunn Enli og Karin Fløistad.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Norsk Lokalkringkasting AS (heretter klager) har nisjekonsesjon (konsesjonsr. 3633) i område 02-05 (Ski og Oppegård) på sendernet 02-05.00 etter forlengelse av konsesjonen ved Medietilsynets vedtak 16. november 2016. Blant konsesjonsvilkårene finnes et forbud mot samsendinger og videresendinger (punkt 3.1) og en begrensning i hvor store reklame- og sponseinntekter konsesjonæren kan ha (punkt 3.2).
- (2) Etter at Medietilsynet hadde fått opplysninger som kunne tyde på at innhold fra Radio Metro AS' (heretter Radio Metro) DAB-radiokanal «The Beat Oslo» ble sendt på klagers nisjekonsesjon, tok tilsynet i brev 4. september 2018 kontakt med klager og ba om å få tilsendt opptak av sendinger og andre opplysninger.
- (3) Klager svarte i e-post 13. september 2018 at selskapet ikke «samsender, videresender eller overstiger inntektsgrensen på kroner 135 000». Videre skrev klager at kanalen ikke har «spesielle avtaler utover dette og kanalen selges ikke spesifikt med eget inventar».
- (4) Medietilsynet mottok opptak fra klager, men ettersom disse var mangelfulle, ble det innhentet nye opptak fra 25. og 27. september 2018, begge dager fra kl. 07.00 til 08.00, 12.00 til 13.00 og 16.00 til 17.00. Medietilsynets gjennomgang av opptakene avdekket at kanalen jevnlig spilte av jingler for «The Beat Oslo» og at sendingene hadde nyheter hver time som ble annonsert med «Beat News». Medietilsynet gjennomgikk senere sendinger fra Radio Metros kanal «The Beat Oslo» fra 25. og 27. september 2018, og kom til at sendingene var identiske med sendingene som var sendt på klagers nisjekonsesjon.
- (5) Medietilsynet ba klager om en redegjørelse for dette sammenfallet, og etterspurte opplysninger om reklameavvikling, reklamesalg eller annet kommersielt samarbeid. Tilsynet ba også om en oversikt over priser på annonsering på radiokanalen og en spesifisert oversikt over reklame- og sponsesalg for august måned, inkludert inntekter.
- (6) Klager viste i sitt svar 9. november 2018 til at det var lite forutsigbarhet med hensyn til driftsbetingelser, og at klager ikke kunne endre stasjonsnavn hver gang det ble et nytt musikkformat. Videre påpekte klager at kanalen nå to ganger i døgnet opplyser om at stasjonsnavnet er «Hallo Ski». Klager opplyste også om at selskapet ikke hadde spesielle avtaler og oversikter over annonsering, reklame eller sponsoravtaler, slik at dette ikke var mulig å gi, og «det gir heller ingen mening i forhold til inntektsstrømmen som er svært beskjeden».

**Postadresse**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)

- (7) Medietilsynet varslet i brev 7. januar 2019 klager om at det kunne bli aktuelt å ilegge gebyr og å inndra konsesjonen på grunn av brudd på konsesjonsvilkårene. Medietilsynets foreløpige konklusjon var at klager brøt konsesjonsvilkår 3.1 om forbud mot samsending og videresending og konsesjonsvilkår 3.2 om utbytte- og inntektsbegrensninger.
- (8) Klager kom i brev 28. januar 2019 med innsigelser til varselet. Samme dato sendte Advokatfirmaet Elden v/advokat Angell, på vegne av klager og Radio Metro, brev til Medietilsynet der det ble opplyst at Radio Metro tok på seg ansvaret for potensielle reaksjoner overfor klager og en annen radiostasjon.
- (9) Medietilsynet fattet 4. april 2019 vedtak om overtredelsesgebyr overfor klager. Vedtaket bygget på at klager for det første hadde brutt konsesjonsvilkåret som satte forbud mot sam- og videresending. Tilsynet mente også at konsesjonsvilkåret som begrenset hvor store reklame- og sponseinntekter konsesjonæren kunne ha, var brutt. Etter tilsynets vurdering kunne det ikke være avgjørende «hvem som sitter igjen med inntektene fra reklamesalget på den aktuelle konsesjonen, men at reklamesalget i seg selv genererer inntekter som overstiger begrensningene som følger konsesjonen».
- (10) I beregningen av reklameinntekter tok Medietilsynet utgangspunkt i reklameinntekter som Medietilsynet mener er generert på klagers konsesjon. Beregningen ble foretatt basert på informasjon fra de innhentede opptakene, opplysninger fra en lytterundersøkelse fra Kantar Media og Radio Metros prisliste på *radiometro.no*. Medietilsynet foretok også sonderinger med et mediebyrå for å få mer generell kunnskap om reklamemarkedet for radio i Oslo. Medietilsynet beregnet antall reklamespotter som var sendt i den aktuelle perioden og fant at det ble sendt 156 reklamespotter per uke. Dette tallet ble multiplisert med 50 (uker). Det nye tallet ble igjen holdt opp mot timeprisen for reklamespotter på «The Beat Oslo», med fratrukk av et rabattnivå på 75 prosent. I tillegg ble nettopris per spot redusert ut fra at minimum 50 prosent av lytterne på Metro Oslos sendinger i Oslo lytter på FM-sendinger. Nettoprisen for spotter ble etter dette fastsatt til 87,50 kroner, som ble multiplisert med 39 000 (spotter). Summen ble da 3 412 500 kroner. Medietilsynet la på denne bakgrunn til grunn at inntektsbegrensningen ville vært overskredet etter ti dager. Det ble ansett overveiende sannsynlig at virksomheten har pågått betydelig lenger enn dette.
- (11) Gebyret ble fastsatt etter en skjønnsmessig vurdering der overtredelsens art og grovhet fikk stor vekt. Her la Medietilsynet vekt på hensynet til andre kommersielle aktører som ikke fikk forlenget sine FM-konsesjoner, og Stortingets føringer, som ifølge tilsynet tilsa en streng håndhevelse av regelverket. Bruddet ble ansett som grovt da det omfattet et stort omfang av reklame over lang tid, med stor verdi. Preventiv effekt ble også vektlagt. Dekningsgraden inngår også blant de momentene som ligger til grunn for fastsettelsen av gebyrets størrelse. Medietilsynet la til grunn at radiostasjonen når 738 444 personer gjennom sendernett 02-05.00, og bygde dette på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) beregninger. Gebyret ble fastsatt til 500 000 kroner.
- (12) Klager påklaget i brev 13. mai 2019 Medietilsynets vedtak, og anmodet i brev 6. juni 2019 om utsatt iverksettelse av vedtaket om ileggelse av gebyr. Her ble det også framsatt nye innsigelser mot vedtaket. Medietilsynet besluttet i brev 28. juni 2019 utsatt iverksettelse inntil klagen er avgjort.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. mars 2020.

**Anførsler:****Klager har i det vesentlige anført:**

- (14) Både saksbehandlingen og lovtolkningen påklages. Vedtaket er ugyldig. Subsidiært er gebyret satt for høyt.
- (15) Klager har ikke videresendt noe av eget innhold på web eller DAB eller gitt slik tillatelse til Radio Metro. Klager kan derfor ikke lastet for dette forholdet, og Radio Metro har tatt på seg ansvaret. Det er Radio Metro som er rettssubjektet og som eventuelt må ta ansvaret for dette. Det var Radio Metro som søkte om og fikk innholdskonsesjon, og som har videreformidlet innholdet på andre teknologiplattformer. Det er Radio Metro som forestår distribusjonen av reklame, og dermed er det ikke nisjekonsesjonæren som har brutt konsesjonsvilkårene. Ordlyden i konsesjonen dekker ikke reklameinntekter generert gjennom nisjekonsesjonæren, bare konsesjonærens egne inntekter fra reklame og sponing.
- (16) Medietilsynets tolkning av konsesjonsvilkårene kan ikke være riktig. At en nisjeradiokanal vil dele sitt innhold fra FM på digitale plattformer kan umulig være brudd på konsesjonsvilkårene. Det er ikke dette som er samsending.
- (17) Beregningen av dekningsgrad er uansett ikke riktig, og Medietilsynet har ikke gitt fullstendige svar på hvordan beregningen er foretatt. SSBs befolkningsstatistikk for Oslo er inntatt i dekningsgrunnlaget, selv om klager ikke har konsesjon der og heller ikke har det som betegnes som dekning. Innarbeidet forvaltningspraksis er å ta hensyn til området der nisjekonsesjonæren har konsesjon, jf. for eksempel Medieklagenemndas avgjørelse MKN-212-4. Dette følger også av definisjonen i kringkastingsforskriften § 10-3. Slik dekningsgraden er beregnet nå, har man tatt med områder hvor frekvensen delvis kan høres, med dårlig kvalitet og ingen innendørsdekning. På dette punktet er saken uansett ufullstendig opplyst i strid med forvaltningsloven § 17 første ledd. Vedtaket er derfor ugyldig.
- (18) Beregningen av inntekter som Medietilsynet har gjort samsvarer ikke med realitetene. Klager hadde driftsinntekter i 2017 på 27 000 kroner og reklameinntekter på totalt 132 000 ekskl. mva. i 2018. Det vises til konsesjonen og Medietilsynets veiledning, der det står at det er inntektene til konsesjonæren som skal legges til grunn.
- (19) Subsidiært kan det ikke være rettslig adgang til å ilegge gebyr, da det ikke har vært grove brudd på kringkastingsloven, og at det uansett ikke er grunn til å ilegge gebyr, jf. «kan»-skjønnen i kringkastingsloven § 10-3. Denne sakens særegne karakter og bakteppe gjør det lite skjønnsomt å ilegge gebyr. Det framstår merkelig at ordlyden i lokalradiomeldingen skal være grunnlag for bruk av inngripende tiltak som gebyrer.
- (20) Gebyret er under enhver omstendighet satt for høyt. Klager er ikke i stand til å betale gebyret, og størrelsen på gebyret er derfor grovt urimelig.
- (21) Det foreligger under enhver omstendighet usaklig forskjellsbehandling, ettersom regelverket er praktisert strengere i Stavanger-området enn i Oslo-området. I Stavanger står det en sender sentralt midt i sentrum og sender på frekvens 105.9. I kombinasjon med frekvens 103.8 dekker disse 100 prosent av Stavanger, 70 prosent av Sandnes og 60 prosent av Jæren. Verken Nkom eller Medietilsynet vil gripe inn i saken. Tilsynene synes videre å bruke andre måter å definere FM-signaler på enn ved sakene som gjelder FM-

signaler i Oslo. I tillegg har Medietilsynet tatt utenforliggende hensyn. Medietilsynet har latt seg påvirke av store aktører i markedet fremfor hensynene bak regelverket. Dette medfører at vedtaket er ugyldig.

#### **Medietilsynets merknader:**

- (22) Klager har ikke kommet med nye opplysninger som gir grunnlag for å endre vedtaket. Gebyrets størrelse står i et rimelig forhold til de reklameinntektene som er generert gjennom klagers konsesjon på FM-nettet i Oslo.
- (23) Til klagers anførsler knyttet til dekningsgrad, bemerker Medietilsynet at klager har vist til kringkastingsforskriften § 10-3, som omhandler standardisert fastsetting av gebyr. I denne saken er det benyttet § 10-2, som omhandler skjønnsmessig fastsetting. Selv om dekningsgraden i henhold til praksis i første rekke skal vurderes ut fra konsesjonsområdet, utelukker ikke dette at også den faktiske dekningen kan legges til grunn ved skjønnsmessig fastsettelse av gebyr.
- (24) Det utpeker seg som et særskilt forhold i denne saken at konsesjonsvilkår og inntektsbegrensninger er fastsatt på grunnlag av et premiss om at sendernettet i det aktuelle konsesjonsområdet har betydelig dekning i Oslo. Dette er bakgrunnen for at departementet i lokalradiomeldingen ville sikre at reklamefinansierte lokalradioer med betydelig dekning i storbyene, måtte avvikle sine FM-sendinger for å unngå uheldig konkurranse fra lokalradioer på FM-nettet, når FM-nettet skulle slukkes. Konsesjonærens dekning i Oslo er spesiell for saken, og derfor må også dekning utenfor konsesjonsområdet 02-05 regnes med.
- (25) Uansett er kringkasterens dekningsgrad ett av flere momenter som skal vektlegges ved fastsettelsen av gebyrets størrelse. I denne saken har dekningsgraden vært et underordnet tema i vurderingen, og det er arten og grovheten av bruddet som har vært avgjørende.
- (26) Til anførselen om at Radio Metro er ansvarlig for å ha sendt klagers sendinger på DAB, understrekes det at vedtaket gjelder brudd på klagers konsesjonsforpliktelser og at klager dermed er rette juridiske subjekt i saken.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (27) Denne saken reiser flere spørsmål. Klagenemnda vil først ta stilling til om forbudet mot samsending og videresending (konsesjonsvilkår 3.1) er brutt, og deretter om begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2) er overskredet. Avslutningsvis vil klagenemnda ta stilling til sanksjonsspørsmålet. Klager har også påstått at Medietilsynet har begått saksbehandlingsfeil som skulle medføre at vedtaket om overtredelsesgebyr er ugyldig. Videre er det påstått at vedtaket er ugyldig på grunn av usaklig forskjellsbehandling og at det er tatt utenforliggende hensyn.
- (28) Klagenemnda vil for øvrig peke på at denne saken er vurdert i sammenheng med sakene 2019/428 og 2019/435, siden det langt på vei er de samme tolknings spørsmål som aktualiseres i disse sakene.
- (29) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å minne om at et vedtak om overtredelsesgebyr etter kringkastingsloven § 10-3 regnes som en straffesiktelse etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6, jf. Ot.prp. nr. 76 (2004-

2005) s. 35 andre spalte. EMK er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2, og det følger av § 3 at det er bestemmelsene i konvensjonen som skal gis forrang dersom de strider mot bestemmelser i annen lovgivning. I praksis fra Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD) er det lagt til grunn at EMK artikkel 6 i saker som gjelder straffesiktelsler stiller strengere krav til hjemmelens klarhet enn det som gjelder i sin alminnelighet. Domstolen uttalte i plenumsdommen i *Sunday Times v. the United Kingdom* fra april 1979 at det aktuelle hjemmelsgrunnlaget, for å oppfylle konvensjonens krav, måtte være:

«[...] formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable.» (avsnitt 49)

- (30) Denne formuleringen er gjentatt av EMD i en rekke senere dommer, og er fortsatt uttrykk for gjeldende konvensjonsrett. Spørsmålet om hjemmelen er tilstrekkelig klar må altså vurderes med utgangspunkt i omstendighetene, og det er ikke uten videre i strid med klarhetskravet i konvensjonen om pliktsubjektene må innhente råd og veiledning for å bringe rettstilstanden på det rene. I denne saken antar klagenemnda for sin del at det også er av betydning at konsesjonsvilkårene er rettet mot personer som har god kjennskap til livsområdet og de faglige vurderinger og politiske veivalg som ble gjort i forbindelse med digitaliseringen. Den som involverer seg i aktiviteter på et gitt livsområde har en selvstendig plikt til å gjøre seg kjent med de rettslige rammer som gjelder for virksomheten.
- (31) Med dette som bakteppe, går nå klagenemnda over til å vurdere om forbudet mot samsending og videresending (konsesjonsvilkår 3.1) er brutt.
- (32) Dette konsesjonsvilkåret er formulert slik:
- «Det er ikke tillatt med samsendinger eller videresendinger. Medietilsynet kan gi dispensasjon fra forbudet i særskilte tilfeller. Samsendingsforbudet og videresendingsforbudet inntreffer først når de kommersielle radiokonsesjonene (24/7- og allmennradioene) på FM er opphørt i området.»
- (33) Medietilsynet har for sitt vedtak om overtredelsesgebyr for det første lagt til grunn at innhold fra Radio Metros DAB-radiokanal «The Beat Oslo» i identisk form har blitt sendt på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet.
- (34) Medietilsynet har også lagt til grunn at innhold som sendes på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet er videreformidlet på Radio Metros teknologiplattformer (internett og DAB). Det er Radio Metro som har stått for denne videreformidlingen. Klager på sin side benekter at slik videreformidling har funnet sted, og anfører at det uansett ikke er gitt tillatelse til at Radio Metro kunne gjøre dette.
- (35) Spørsmålet blir etter dette hvordan konsesjonsvilkår 3.1 skal tolkes. Medietilsynet gjør i vedtaket 4. april 2019 gjeldende at vilkåret må forstås som et «forbud mot å sam- eller videresende innhold fra alle andre radioaktører, det være seg aktører på FM, DAB, AM,

internett etc. Begrepet "aktører" er teknologinøytralt, og ikke innskrenket til en distribusjonsform» (understreking i original). Tilsynet tar departementets merknader på s. 6 andre spalte i Meld. St. 24 (2014-2015) (lokalradiomeldingen) til inntekt for denne tolkningen. Klager på sin side mener at konsesjonsvilkåret ikke er til hinder for at nisjeradiokonsesjonærene deler sitt innhold fra FM-nettet på digitale plattformer.

(36) Medieklagenemnda har for dette spørsmålet kommet til at det ikke er grunnlag for å tolke konsesjonsvilkåret slik Medietilsynet gjør. Riktignok er, som tilsynet påpeker, forbudet mot samsending og videresending etter sin ordlyd teknologinøytralt. Etter klagenemndas syn kan likevel ikke ordlyden alene være avgjørende. Konsesjonsvilkåret må tolkes i lys av de hensyn vilkåret skal ivareta.

(37) Lokalradiomeldingen gir etter klagenemndas vurdering støtte til klagers tolkning av konsesjonsvilkåret. Et helt sentralt hensyn som framheves i meldingen er å sikre at nisjeradioene bare brukes til ikke-kommersiell virksomhet. Begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2), som nemnda kommer nærmere tilbake til nedenfor, er selvsagt begrunnet i dette. Men det er klart at også forbudet mot samsending og videresending må tolkes i lys av det samme hensynet. Om dette heter det i lokalradiomeldingen:

«For å hindre omgåing ved at kommersielle aktører kjøper sendetid fra nisjekonsesjonærene, foreslår Medietilsynet at det blir sett totalforbud mot å sende innhold fra andre aktører og for å samsende innhold med andre aktører i dei områda som blir sløkte» (s. 6).

(38) Det sentrale med forbudet mot samsending og videresending er altså å forhindre at kommersielle aktører kjøper sendetid fra nisjekonsesjonærene. Det er dette standpunktet departementet slutter seg til samme sted.

(39) Etter Medieklagenemndas oppfatning gir også Medietilsynets rapport til Kulturdepartementet fra september 2018 støtte til klagers tolkning av konsesjonsvilkåret. Denne rapporten ble utarbeidet på bakgrunn av departementets oppdragsbrev 13. mai 2014, og dannet grunnlaget for lokalradiomeldingen. At det er aktiviteten på FM-nettet som søkes regulert gjennom forbudet mot samsending og videresending, framgår nokså klart av tilsynets beskrivelse av risikoen for at de kommersielle lokalradioene søker å omgå digitaliseringen:

«For de kommersielle lokalradioene som etter Medietilsynets forslag ikke kan fortsette med analoge sendinger på FM-nettet, kan det være interessant å inngå samarbeidsavtaler med gjenværende konsesjonærer på FM om å benytte deler av deres sendetid. På denne måten kan de tilby sine annonsører fortsatt eksponering på FM. Dette vil kunne innebære en "omgåelse av digitaliseringen" slik departementet beskriver.» (rapporten s. 32)

(40) I rapporten skisserer tilsynet tre mulige regulatoriske forslag som kan forhindre en slik omgåelse av digitaliseringen. Det tredje alternativet – et totalforbud mot samsending og videresending – presenteres på denne måten:

«3) *Et totalforbud mot sam- og videresending andre konsesjonærers innhold på FM i de områdene der FM blir slukket for de kommersielle lokalradioaktørene*

Det tredje alternativet Medietilsynet anser som aktuelt, er at det innføres et totalforbud mot samsending og videresending av andre konsesjonærers innhold for lokalradio på FM i de konsesjonsområdene der de kommersielle lokalradioene må avvikle sine FM-sendinger, jf. rapporten punkt 7. Med "andre konsesjonærers innhold" menes konsesjonærer både innenfor og utenfor de områdene som omfattes av Medietilsynets forslag.

Tilsynet mener at det er særskilte hensyn som gjør seg gjeldende for de radioene som skal fortsette med analoge sendinger i disse områdene. Uten regulering kan det åpnes for omgørelser og spekulasjoner i fortsatt kommersiell drift analogt, noe som kan få uheldige følger for den digitale satsningen. De radioene som vil måtte avvikle sine FM-sendinger kan potensielt finne det attraktivt å kjøpe sendetid hos gjenværende aktører på FM, for derigjennom å sikre seg og sine annonsører fortsatt eksponering på FM. Slik kommersiell drift på FM i de aktuelle områdene vil være i direkte konkurranse med de kommersielle aktørene som må gå over til digitale sendinger.» (rapporten s. 32-33, kursiv i original)

- (41) I oppsummeringen nederst på s. 33 i rapporten heter det videre at det «bør [...] innføres et totalforbud mot sam- og videresending av andre konsesjonærers innhold på FM-nettet i de områdene der Medietilsynet anbefaler at de kommersielle radioene må avvikle sine FM-sendinger».
- (42) Heller ikke veilederen som er publisert på Medietilsynets hjemmeside indikerer at forbudet mot samsending og videresending er teknologinøytralt og gjelder for alle distribusjonsplattformer. Også her framheves det at bakgrunnen for forbudet er et ønske om å hindre «omgåing ved at kommersielle aktører kjøper sendetid fra nisjekonsesjonærene».
- (43) Medieklagenemnda har på dette grunnlaget kommet til at konsesjonsvilkåret som setter forbud mot samsending og videresending ikke kan tolkes slik at det også er til hinder for Radio Metros samsending eller videresending på andre teknologiplattformer av innhold sendt på klagers FM-kanal. En slik samsending eller videresending innebærer klart nok ikke kjøp av sendetid fra nisjekonsesjonærene. Nemnda viser her til redegjørelsen ovenfor om hva som nærmere ligger i det EMK-rettslige kravet til klart hjemmelsgrunnlag. Når det derimot gjelder samsendingen eller videresendingen på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet av innhold fra Radio Metros DAB-radiokanal "The Beat Oslo", er det ikke tvilsomt at dette rammes av forbudet mot samsending og videresending som følger av konsesjonsvilkåret.
- (44) Medieklagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at klager har brutt konsesjonsvilkår 3.1 om samsending og videresending, men bare for den samsending eller videresending som har foregått på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet.
- (45) Medieklagenemnda går så over til å vurdere om begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2) er overskredet.
- (46) Klager har gjort gjeldende at det i Medietilsynets egen veiledning, samt i konsesjonstildelingen, framgår klart at det er inntektene til konsesjonæren som skal legges til grunn, og ikke inntektene til utenforstående parter. Ettersom klagers reklame- og sponseinntekter ikke overstiger beløpsgrensen, mangler derfor Medietilsynet hjemmel for å kunne ilegge klager overtredelsesgebyr.

(47) Konesjonsvilkår 3.2 er formulert slik:

«Konesjonæren kan ha inntil 135 00 kroner per driftsår i reklame- og sponseinntekter, eller maksimalt 40 prosent av virksomhetens samlede inntekter i driftsåret. Det kan ikke utbetales utbytte til eierne. Inntekts- og utbyttebegrensningene inntreer først når de kommersielle lokalradiostasjonene (24/7- og allmenradioene) på FM er opphørt i området.»

(48) Reglene om begrensning av nisjeradioenes reklame- og sponseinntekter ble tatt inn i kringkastingsforskriften § 7-2 femte ledd med forskriftsendring 28. februar 1997, og begrunnelsen for endringen var «å unngå at ordningen med nisjeradioer misbrukes av kommersielle interesser». Som allerede påpekt ovenfor, stod dette hensynet også helt sentralt i forbindelse med digitaliseringen. Departementet mente at «nisjekonesjonane i områda som blir digitalisert i samsvar med punkt 2, framleis bør vere underlagde inntekts- og utbyteavgrensingar for å syte for at nisjeradioane berre blir brukte til ikkje-kommersiell lokalradioverksemd», jf. s. 12 andre spalte i lokalradiomeldingen.

(49) Klager har i brev 28. januar 2019 til Medietilsynet opplyst at radiokanalen verken i 2017 eller 2018 hadde reklame- og sponseinntekter som oversteg 135 000 kroner. Medietilsynet bestrider ikke dette, men har for sin vurdering tatt utgangspunkt i en beregning av reklameinntekter som kan ha blitt generert ved at Radio Metros «The Beat Oslo»-sendinger ble sendt på klagers FM-kanal. Tilsynet har i vedtaket lagt til grunn at annonsekapasiteten på klagers konesjon i realiteten ble disponert av Radio Metro. Tilsynet har videre vist til at det på Radio Metros nettside framgår at Radio Metro selger reklameplass på «The Beat Oslo» på FM, samt at det der er opplyst at «The Beat Oslo» er å finne på frekvens 103.4. Denne frekvensen tilhører klager.

(50) Etter Medietilsynets vurdering er «formålet med dette at Radio Metros reklamesalg skal kunne inkludere The Beat-sendinger på [klagers] frekvens 103.4 i konesjonsområde 02-05. Samtidig unngås det at reklameinntekter som overstiger grensen for nisjeradio blir inntektsført som [klagers] inntekter.» Medietilsynet har lagt til grunn av rundt halvparten av Radio Metros lyttere nås på FM-nettet.

(51) Medietilsynet gjør gjeldende at det ikke kan være avgjørende hvem som sitter igjen med inntektene fra reklamesalget på den aktuelle konesjonen, men at reklamesalget i seg selv genererer inntekter som overstiger begrensningene som følger konesjonen. Tilsynet skriver i vedtaket:

«For at vilkåret skal tjene formålet om å sikre at nisjekonesjoner i slukkeområder drives ikke-kommersielt, må vilkåret tolkes i lys av dette: At nisjeradioene bare brukes til ikke-kommersiell radiovirksomhet.»

(52) Medieklagenemnda har kommet til at også Radio Metros inntekter fra distribusjonen av reklame på klagers nisjekonesjon på FM-nettet skal inngå i vurderingen av om konesjonsvilkåret om inntekts- og utbyttebegrensning er brutt. Selv om det ikke er framlagt en skriftlig avtale om en slik bruk av klagers nisjekonesjon, er det klart at det var enighet mellom klager og Radio Metro om en slik bruk. Klagenemnda kan i det alt vesentlige slutte seg til de vurderinger som framkommer i Medietilsynets vedtak 4. april 2019, men vil likevel komme med noen tilleggsbemerkinger.



- (53) Medieklagenemnda har for det første merket seg at tilsynet, ved beregningen av Radio Metros reklameinntekter, har bygget på et nøkternt anslag. Tilsynet har tatt utgangspunkt i prislisten for reklamespotter, og har deretter lagt til grunn et rabattnivå på 75 prosent. Etter det opplyste bygger dette på sonderinger med et mediebyrå. Videre har tilsynet lagt til grunn at omlag halvparten av de som lytter på Radio Metros sendinger i Oslo, gjør dette på FM-nettet. Slik nemnda ser det, er denne nøkternheten ved beregningen av reklameinntektene egnet til å ivareta klagers interesser på en god måte.
- (54) Medietilsynets nøkterne beregning av reklameinntektene tilsier at det pr. år gjennom klagers konsesjon på FM-nettet i Oslo minst er generert reklameinntekter i størrelsesorden 3,4 millioner kroner, altså langt over det som følger av konsesjonsvilkåret om inntekts- og utbyttebegrensning. Selv om det skulle være en viss usikkerhet knyttet til hvor store inntekter som rent faktisk er generert gjennom klagers konsesjon, kan det etter klagenemndas oppfatning likevel ikke være tvil om at beløpsgrensen i konsesjonsvilkåret er betydelig overskredet.
- (55) Medieklagenemnda mener, i likhet med Medietilsynet, at konsesjonsvilkåret om inntekts- og utbyttebegrensning ikke kan tolkes slik at det bare er de reklameinntekter som direkte tilfaller konsesjonæren som kan tas med i vurderingen av om beløpsgrensen på 135 000 kroner er passert. Riktignok følger det av ordlyden i konsesjonsvilkåret at det er reklame- og sponseinntekter til «konsesjonæren» som er underlagt en streng begrensning, men også dette konsesjonsvilkåret må leses i lys av merknadene i lokalradiomeldingen. Av disse framgår det blant annet på s. 12 at formålet med inntektsbegrensningene var å skille mellom kommersiell og ikke-kommersiell lokalradiovirksomhet, og å sikre at nisjeradioene bare blir brukt til ikke-kommersiell lokalradiovirksomhet.
- (56) Medieklagenemnda anerkjenner at aktørene i denne bransjen har et behov for forutberegnelighet, og viser til redegjørelsen ovenfor om hva som nærmere ligger i det EMK-rettslige kravet til klart hjemmelsgrunnlag. Klagenemnda antar likevel at aktørene er vel kjent med de faglige vurderinger og politiske veivalg som ble gjort i forbindelse med digitaliseringen, og at de ikke med rimelighet kan forfekte det standpunkt at konsesjonsvilkåret om inntekts- og utbyttebegrensning skal tolkes antitetisk, slik at det i realiteten ville ha blitt fritt fram for andre aktører å sende reklame på nisjekonsesjonen. Som Medietilsynet har påpekt, ville en slik tolkning gjøre det svært enkelt å omgå regelverket, og på den måten undergrave målsetningen om at nisjeradioene bare skal brukes til ikke-kommersiell radiovirksomhet.
- (57) Medieklagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2) er overskredet.
- (58) Medieklagenemnda skal til slutt ta stilling til sanksjonsspørsmålet. Dette er for det første et spørsmål om det i det hele tatt skal ilegges et overtredelsesgebyr for klagers brudd på konsesjonsvilkårene, og for det andre et spørsmål om det ilagte gebyret i så fall er satt for høyt.
- (59) Lovhjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr følger av kringkastingsloven § 10-3 første ledd, som er formulert på denne måten:

«Medietilsynet kan ved overtredelse av bestemmelsene i kapittel 2, 3, § 6-4, § 8-1 og § 8-2 eller forskrift eller enkeltvedtak fastsatt i medhold av disse bestemmelsene, ilegge

den som er ansvarlig for overtredelsen overtredelsesgebyr til staten beregnet etter nærmere regler fastsatt av Kongen».

- (60) Medietilsynets forlengelse av konsesjonen til klager må anses som et «enkeltvedtak» hjemlet i kringkastingsloven §§ 2-1 og 2-2. Det følger av kringkastingsloven § 2-1 andre ledd at det kan settes vilkår for konsesjon.
- (61) Hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på konsesjonsvilkår fastsatt med hjemmel i kringkastingsloven § 2-1 andre ledd følger av kringkastingsforskriften § 10-2 første ledd. Retningslinjene for utmålingen av overtredelsesgebyret følger av § 10-2 andre ledd i forskriften, som lyder slik:

«Ved fastsettingen legges det vekt på overtredelsens art og grovhet mv. Overfor kringkastere legges det videre vekt på hva kringkasteren har tjent på regelbruddet og kringkasterens dekningsgrad. Ved brudd på sponsereglene legges det vekt på størrelsen på sponsors bidrag til produksjonen. Gebyr etter denne bestemmelse er begrenset oppad til kr 2 000 000».

- (62) Medieklagenemnda er enig med Medietilsynet i at det bør reageres med overtredelsesgebyr i denne saken, siden det er tale om alvorlige brudd på to sentrale konsesjonsvilkår. Bruddene på konsesjonsvilkårene synes også å ha et systematisk preg, og klagenemnda viser her til sakene 2019/428 og 2019/435. Også i disse sakene har Radio Metro benyttet konsesjonærenes nisjekonsesjoner i det som framstår som et større sakskompleks hvor de involverte har forsøkt å omgå forbudene som følger av konsesjonsvilkårene. Den førstnevnte av disse to sakene gjelder riktignok kun brudd på konsesjonsvilkåret som setter forbud mot samsending og videresending, mens den sistnevnte saken gjelder brudd de samme konsesjonsvilkårene som denne saken. Bruddene må følgelig kunne karakteriseres som grove.
- (63) Når det derimot gjelder størrelsen på det utmålte gebyret, er Medieklagenemnda av den oppfatning at et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner ikke framstår som forholdsmessig. Klagenemnda antar at dette kan ha sammenheng med hvordan kringkastingsforskriften § 10-2 andre ledd er utformet. I bestemmelsen vises det eksplisitt bare til overtredelsens art og grovhet, i tillegg til at det skal legges vekt på dekningsgrad og hva kringkasteren har tjent på regelbruddet. Det framgår også av Medietilsynets vedtak 4. april 2019 at det er disse fire momentene som er hensyntatt ved utmålingen. Tilsynet har ellers framhevet at gebyret må settes høyt for å ha preventiv virkning, og videre at det virker i skjerpene retning at det foreligger brudd på to konsesjonsvilkår.
- (64) Medieklagenemnda er av den oppfatning at tilsynet ved utmålingen av overtredelsesgebyret også må ta hensyn til overtrederens økonomiske situasjon. Det følger av ordlyden i kringkastingsforskriften § 10-2 første ledd at utmålingen er skjønnsmessig, og det er ikke holdepunkter for å mene at oppregningen av momenter i § 10-2 andre ledd er uttømmende. At overtrederens økonomiske evne er et moment som inngår ved utmålingen av økonomiske sanksjoner, er nokså alminnelig i norsk rett. Det vises for eksempel til at ved utmålingen av foretaksstraff (§ 28 bokstav f) og ved fastleggelsen av bøtestraff (§ 53 andre ledd) etter straffeloven, skal henholdsvis «foretakets økonomiske evne» og «lovbryterens inntekt, formue, forsørgelsesbyrde, gjeldsbyrde og andre forhold som påvirker den økonomiske evnen» vektlegges. Selv om overtredelsesgebyr ikke regnes som straff etter norsk rett, er klagenemnda likevel av den oppfatning at en sammenligning med hvilke momenter som skal vektlegges ved utmåling

av straffesanksjoner, er svært relevant. I NOU 2003: 15 (Fra bot til bedring) på s. 222 er det også lagt til grunn at «overtrederens økonomi» er ett av momentene det skal tas hensyn til ved utmåling av overtredelsesgebyr.

- (65) Ved utmålingen av overtredelsesgebyret er det konsesjonærens økonomi som må vektlegges. Etter Medieklagenemndas syn er det ikke relevant å se hen til Radio Metro AS' økonomiske evne i denne vurderingen. Og siden klager driver ikke-kommersiell radiovirksomhet, er det klart at økonomien vil være nokså begrenset. Av årsregnskapet for 2018 framgår det at klagers samlede inntekter var på i underkant av 300 000 kroner, mens samlede utgifter var på i overkant av 350 000 kroner. Driftsresultatet for 2018 ble følgelig negativt, noe det også var i 2017. På denne bakgrunn er det ilagte overtredelsesgebyret på 500 000 kroner klart disproportjonalt.
- (66) Basert på de føringer som er uttalt ovenfor, må Medietilsynet foreta en ny utmåling av overtredelsesgebyret som skal ilegges klager. Ved utmålingen må tilsynet videre ta høyde for at klagenemnda har kommet til at det bare er samsendingen eller videresendingen på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet av innhold fra Radio Metros DAB-radiokanal «The Beat Oslo» som rammes av forbudet som følger av konsesjonsvilkår 3.1. Det vises til nemndas drøftelse av dette konsesjonsvilkåret.
- (67) Med det resultat som klagenemnda har kommet til, er det ikke nødvendig å foreta en nærmere vurdering av klagers anførsel om at Medietilsynet har begått saksbehandlingsfeil, herunder at det er tatt utenforliggende hensyn og at det er gjort usaklig forskjellsbehandling.

### **Konklusjon:**

På denne bakgrunn treffer Medieklagenemnda følgende

*vedtak:*

Medietilsynets vedtak 4. april 2019 i sak mot Norsk Lokalkringkasting AS oppheves, og sendes tilbake for ny behandling.

Vedtaket kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

*Dokumentet er godkjent elektronisk*