



Medieklagenemnda

Klagenemndas avgjørelse av 20. mars 2020 i sak 2019/435

Saken gjelder: Ileggelse av overtredelsesgebyr

Klager: Radio Hurum AL

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

Bakgrunn:

- (1) Radio Hurum AL (heretter klager) har nisjekonsesjon (konsesjonsr. 3365) på sendernet 06-05.00 (Hurum og Røyken) etter forlengelse av konsesjonen ved 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 ble sendt på klagers nisjekonsesjon, tok Medietilsynet kontakt med klager i brev 4. september 2018 og ba om å få tilsendt opptak av sendinger og andre opplysninger.
- (3) Klager svarte i e-post 14. 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 fra sendinger tirsdag 21. august 2018 og torsdag 23. august 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 «Radio Metro» og «Metro+». Medietilsynet gjennomgikk senere sendinger fra Radio Metros kanal «Metro+» fra de samme tidspunktene og kom til at sendingene var identiske med sendingene på klagers nisjekonsesjon. I begge sendingene identifiserte kanalen seg som «Radio Metro» og «Metro+».
- (5) Medietilsynet ba klager om en redegjørelse for bakgrunnen for dette og etterspurte på nytt 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 besvarte henvendelsen 15. oktober 2018 med at klager «ikke har tilstrekkelig kapasitet hverken teknisk, redaksjonelt eller personale til å håndtere dette med det kontrollregime tilsynet nå har lagt opp». Klager opplyste at man av denne grunnen ville overføre konsesjonen til et selskap som kunne håndtere dette bedre.
- (7) I e-post 15. november 2018 opplyste Medietilsynet at søknader om konsesjonsoverføringer ikke ville bli behandlet før tilsynssaken var avsluttet.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (8) Medietilsynet innhentet opptak fra Radio Metros DAB-sendinger på «Metro+» fra 21. august og 23. august 2018, og sammenlignet disse med opptakene fra klagers kanal. Opptakene på de nevnte tidspunktene viste seg å være identiske. Begge kanaler identifiserte seg som «Radio Metro» og «Metro+».
- (9) Medietilsynet varslet i brev 13. november 2018 til klager at det kunne bli aktuelt å ilegge tvangsmulkt som følge av brudd på forbudet mot sam- og videresending. Og i brev 7. januar 2019 til klager varslet tilsynet 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 både konsesjonsvilkår 3.1 om forbud mot sam- og videresending og konsesjonsvilkår 3.2 om utbytte- og inntektsbegrensninger.
- (10) På vegne av klager og Radio Metro kom Advokatfirmaet Elden v/advokat Angell i brev 28. januar 2019 med innsigelser til varselet. I brevet ble det blant annet opplyst at Radio Metro tok på seg ansvaret for potensielle reaksjoner overfor klager og en annen radiostasjon.
- (11) Den påfølgende dagen mottok Medietilsynet et brev fra Svein Larsen i Radio Metro, hvor det framgikk at Radio Metro og klager hadde hatt et samarbeid siden 2011, men at det for øyeblikket ikke eksisterte samarbeidsavtaler mellom partene. Regnskapstall fra 2017 og samarbeidsavtalene for 2011 og 2016 var vedlagt oversendelsen. I brevet stod det videre at det tidligere hadde vært samsending mellom partene, men at dette måtte opphøre i januar 2018 på grunn av samsendingsforbudet. Videre ble det blant annet redegjort for følgende:
- «Som nevnt i en av epostene til tilsynet var det så meningen at [klager] igjen skulle på lufta med sine ordinære sendinger i løpet av oktober [2018]. Radio Metro la innholdet til [klager] ut på DAB og var naturligvis innstilt på å fortsette med det også når det ble ordinære sendinger på FM.
- [...]
- I og med alle brevene fra tilsynet, selve prosessen og de ubehageligheter dette medførte for [klager] gikk stasjonen av DAB-nettet etter kort tid den 18. oktober [2018].
- [...]
- [Klager] har ikke hatt noen spesielle inntekter fra sendingene i den korte perioden i 2018 hvor de har vært på lufta.»
- (12) 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».
- (13) 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. For å beregne reklameinntektene generert gjennom den aktuelle konsesjonen, beregnet Medietilsynet antall reklamespotter som var på luften per år. Medietilsynet fant at det ble sendt 780 reklamespotter per uke. Dette tallet ble multiplisert med 50 (uker), slik at det til sammen ble 39 000 spotter. Antall spotter ble så holdt opp mot timeprisen for reklamespotter på Radio Metros kanal, 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 18,75 kroner, som ble multiplisert med 39 000 (spotter). Summen ble da 731 250 kroner. Medietilsynet la på denne bakgrunn til grunn at inntektsbegrensningen i konsesjonen ville vært oversteget etter 47 dager, og at tidsforløpet mellom de kontrollerte opptakene og varsel om sanksjon viser at virksomheten har pågått lenger enn dette.

- (14) Gebyret ble fastsatt etter en skjønnsmessig vurdering der overtredelsens art og grovhet fikk stor vekt. Her la Medietilsynet vekt på at det dreier seg om omfattende brudd på sentrale konsesjonsvilkår. Hensynet til andre kommersielle aktører som ikke fikk forlenget sine FM-konsesjoner, og Stortingets føringer, som ifølge Medietilsynet tilsa en streng håndhevelse av regelverket, ble også vektlagt. 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 92 414 personer gjennom sendernet 06-05.00, og bygde dette på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) beregninger. Gebyret ble fastsatt til 150 000 kroner.
- (15) Klager påklaget Medietilsynets vedtak ved brev 13. mai 2019. I brev 6. juni 2019 anmodet klager om utsatt iverksettelse av vedtaket om ileggelse av gebyr samtidig som klager framsatte nye innsigelser mot vedtaket. Medietilsynet besluttet i brev 28. juni 2019 utsatt iverksettelse inntil klagen er avgjort.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. mars 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Både saksbehandlingen og lovtolkningen påklages. Vedtaket er ugyldig. Subsidiært er gebyret satt for høyt.
- (18) Radio Metro har tatt på seg ansvaret for samsendingen. Det er Radio Metro som er rettssubjektet her og 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 konsesjonene dekker ikke reklameinntekter generert gjennom nisjekonsesjonærene, men konsesjonærens egne inntekter fra reklame og sponning.
- (19) 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.

- (20) 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.
- (21) 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.
- (22) 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.
- (23) 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.
- (24) 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 framfor hensynene bak regelverket. Dette medfører at vedtaket er ugyldig.

Medietilsynets merknader:

- (25) 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.
- (26) 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.
- (27) 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. Konesjonærens dekning i Oslo er spesiell for saken, og derfor må også dekning utenfor konsesjonsområdet 02-05 regnes med.

- (28) 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.
- (29) 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:

- (30) 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 vurdere 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.
- (31) Klagenemnda vil for øvrig peke på at denne saken er vurdert i sammenheng med sakene 2019/428 og 2019/434, siden det langt på vei er de samme tolkningsspørsmål som aktualiseres disse sakene.
- (32) 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 straffesiktelser 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)

- (33) 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.

- (34) Med dette som bakteppe, går nå klagenemnda over til å vurdere om forbudet mot samsending og videresending (konsesjonsvilkår 3.1) er brutt.
- (35) 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.»
- (36) Medietilsynet har for sitt vedtak om overtredelsesgebyr for det første lagt til grunn at innhold fra Radio Metros DAB-radiokanal i identisk form har blitt sendt på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet. Så vidt klagenemnda forstår, bestrides ikke dette av klager, og klagenemnda legger dette til grunn for sin vurdering.
- (37) 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.
- (38) Spørsmålet blir etter dette hvordan konsesjonsvilkår 3.1 skal tolkes. Medietilsynet gjør i vedtaksbrevet 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 side seks 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.
- (39) 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. Konvensjonsvilkåret må tolkes i lys av de hensyn vilkåret skal ivareta.
- (40) 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)

(41) 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.

(42) Etter Medieklagenemndas oppfatning gir også Medietilsynets rapport til Kulturdepartementet fra september 2018 støtte til klagers tolkning av konsesjonsvilkåret som setter forbud mot samsending og videresending. 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)

(43) 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 omgøelser 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)

(44) 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».

- (45) 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».
- (46) 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 videreformidling på andre teknologiplattformer av innhold sendt på klagers FM-kanal. En slik samsending eller videreformidling 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, er det ikke tvilsomt at dette rammes av forbudet mot samsending og videresending som følger av konsesjonsvilkåret.
- (47) På denne bakgrunn har Medieklagenemnda 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.
- (48) Medieklagenemnda går så over til å vurdere om begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2) er overskredet.
- (49) 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, ifølge klager, lovhjemmel for å kunne ilegge overtredelsesgebyr overfor klager.
- (50) Konsesjonsvilkår 3.2 er formulert slik:
- «Konsesjonæren 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.»
- (51) Reglene om begrensning av nisjeradioenes reklame- og sponseinntekter ble tatt inn i kringkastingsforskriften § 7-2 femte ledd med forskriftsendring 28. februar 1997, og begrunnelsen med 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 «nisjekonsesjonane 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.
- (52) Klager har opplyst at de totale reklameinntektene i 2018 var på 132 000 kroner ekskl. mva. 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 «Metro+»-

sendinger ble sendt på klagers FM-kanal. Medietilsynet har i vedtaket lagt til grunn at annonsekapasiteten på klagers konsesjon i realiteten ble disponert av Radio Metro.

- (53) Etter Medietilsynets vurdering er «formålet med dette at Radio Metros reklamesalg skal kunne inkludere Metro+-sendinger på [klagers] frekvens 104.3 i konsesjonsområde 06-05. Samtidig unngås det at reklameinntekter som overstiger grensen for nisjeradio blir inntektsført som [klagers] inntekter.»
- (54) Medietilsynet gjør gjeldende at det ikke kan 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. Tilsynet skriver i vedtaket:

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

- (55) Medieklagenemnda har kommet til at også Radio Metros inntekter fra distribusjonen av reklame på klagers nisjekonsesjon på FM-nettet skal inngå i vurderingen av om konsesjonsvilkåret om inntekts- og utbyttebegrensning er brutt. Klagenemnda kan i det alt vesentlige slutte seg til de vurderinger som framkommer i Medietilsynets vedtaksbrev 4. april 2019, men vil likevel komme med noen tilleggsbemerkninger.
- (56) Medieklagenemnda har for det første merket seg at tilsynet, ved beregningen av reklameinntektene, har bygget på et nøkternt anslag. Tilsynet har tatt utgangspunkt i prislisten for reklamespotter, men 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 Hurum, 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.
- (57) Medietilsynets nøkterne beregning av reklameinntektene tilsier at det pr. år gjennom klagers konsesjon på FM-nettet i Hurum minst er generert reklameinntekter i størrelsesorden 730 000 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 overskredet.
- (58) 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 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.
- (59) Den framlagte avtalen mellom Radio Metro (21st Venture AS) og klager datert 20. desember 2016 om programproduksjon og tekniske spørsmål, viser at det var enighet

mellom partene om at Radio Metro kunne utnytte de kommersielle mulighetene som bestod i at sistnevnte fikk benytte ledige sendeflater på klagers frekvens på FM-nettet. Videre følger det eksplisitt av avtalen at dersom klager «har tips om kommersielle muligheter til Radio Metros salgsapparat i konsesjonsområdet som [klager] ønsker at Radio Metro skal følge opp og betjene», vil klager motta en godtgjørelse for dette begrenset oppad til 135 000 kroner per år. 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.

(60) Medieklagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at begrensningen knyttet til reklame- og sponseinntekter (konsesjonsvilkår 3.2) er overskredet.

(61) 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.

(62) Lovhjemmelen for å ilagge 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, ilagge den som er ansvarlig for overtredelsen overtredelsesgebyr til staten beregnet etter nærmere regler fastsatt av Kongen.»

(63) 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.

(64) Hjemmelen for å ilagge 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.»

(65) 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. Avtalen mellom Radio Metro og klager datert 20. desember 2016 gir en klar indikasjon på at partene ville omgå konsesjonsvilkåret om inntekts- og

utbyttebegrensning. Bruddene på konsesjonsvilkårene synes også å ha et systematisk preg, og klagenemnda viser her til sakene 2019/428 og 2019/434. Også i disse sakene har Radio Metro benyttet konsesjonærenes nisjekonsesjoner i det som framstår som et større sakskompleks hvor de involverte har forsøk å omgå forbudene som følger av konsesjonsvilkårene. Den førstnevnte saken gjelder riktignok kun brudd på konsesjonsvilkåret som setter forbud mot sam- og videresending, mens den sistnevnte gjelder brudd på de samme konsesjonsvilkårene som denne saken. Bruddene må følgelig kunne karakteriseres som grove.

- (66) Når det derimot gjelder størrelsen på det utmålte gebyret, er Medieklagenemnda av den oppfatning at et overtredelsesgebyr på 150 000 kroner ikke framstår som forholdsmessig. Klagenemnda antar at dette kan ha sammenheng med hvordan § 10-2 i kringkastingsforskriften er formulert. 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. Henvisningen til at klager er «en liten konsesjonær» kunne muligens indikere at tilsynet også hadde vektlagt overtreders økonomiske situasjon. Uttalelser i tilsynets vedtak i sak 2019/428 viser likevel at dette er en henvisning til dekningsgrad og lytterpotensiale. 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.
- (67) Medieklagenemnda er av den oppfatning at tilsynet ved utmålingen av overtredelsesgebyret også må ta hensyn til overtreders økonomiske situasjon. Det følger av ordlyden i kringkastingsforskriften § 10-2 første ledd at utmålingen er skjønsmessig, og det er ikke holdepunkter for å mene at oppregningen av momenter i § 10-2 andre ledd er uttømmende. At overtreders økonomiske evne er et moment som inngår ved utmålingen av økonomiske sanksjoner, er nokså alminnelig i norsk rett. Det vises for eksempel til at det ved utmålingen av foretaksstraff (§ 28 bokstav f) og ved fastleggelsen av bøtStraff (§ 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 «overtreders økonomi» er ett av momentene det skal tas hensyn til ved utmåling av overtredelsesgebyr.
- (68) 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. Siden klager driver ikke-kommersiell radiovirksomhet, er det klart at økonomien vil være nokså begrenset. Klagenemnda har ikke sett klagers årsregnskap for 2018. Av årsregnskapet for 2017 framgår at klagers samlede inntekter var på i overkant av 70 000 kroner, mens samlede utgifter var på i overkant av 50 000 kroner. Etter avskrivninger ble det positive driftsresultatet for 2017 på like i underkant av 10 000 kroner. På denne bakgrunn framstår et overtredelsesgebyr på 150 000 kroner som klart disproportjonalt.
- (69) 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 «Metro+» som rammes av forbudet som følger av konsesjonsvilkår 3.1. Det vises til nemndas drøftelse av dette konsesjonsvilkåret.

- (70) 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 Radio Hurum AL oppheves, og sendes tilbake for ny behandling.

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

Dokumentet er godkjent elektronisk