

Kulturdepartementet
v/ statsråd Thorhild Widvey
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Kopi: Medieavdelingen

Oslo, 15. september 2015

STENGING AV DET NASJONALE FM-NETTET FRA 2017/2022 – KONSEKVENSER FOR LOKALRADIO OG FORHOLDET TIL EØS- AVTALEN

1 Innledning

Vi representerer Norsk Lokalradioforbund, som organiserer rundt 100 lokalradioer i Norge.¹ Regjeringens beslutning om å stenge store deler av FM-nettet fra 2017, og om å stenge hele FM-nettet fra 2022 vil ha stor betydning for den videre driften hos Norsk Lokalradioforbunds medlemmer, og i mange tilfelle kunne føre til at den enkelte lokalradio helt må legge ned sin virksomhet.

Vi er derfor bedt om å vurdere beslutningen opp mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og har funnet at stengingen av FM-nettet reiser flere EØS-rettslige problemstillinger.

For det første vil en slik stenging kunne innebære et brudd på retten til fritt varebytte. Tiltakene som er foretatt i forbindelse med innføringen av DAB kan også reise statsstøtterettslige problemstillinger. Videre vil stengningen kunne støte an mot etableringsfriheten.

Samlet sett har prosessen rundt slukking av FM-nettet og tildeling av DAB-lisenser medført en koordinasjon av og bistand til P4s, NRKs og Bauer Media AS Norges (tidligere SBS Radio) adferd som har stor betydning for konkurransen i radiomarkedet i dag og de nærmeste tiår. Dette kan også ha konkurransemessige og -rettslige implikasjoner.

Forholdet til EØS-avtalen er så langt vi kan se i liten eller ingen grad berørt i de offentlig tilgjengelige dokumentene som danner grunnlaget for beslutningen om å stenge FM-nettet. Vi ber derfor i dette brevet om svar på enkelte spørsmål knyttet til forholdet til EØS-avtalen. Norsk Lokalradioforbund vil i lys av svarene vurdere hvordan man vil bringe saken videre. Da en fremtidig stenging av FM-nettet innebærer et alvorlig inngrep i medlemmenes næringsfrihet, vil man, avhengig av de svarene man får, også vurdere å bringe saken inn for EFTAs overvåkningsorgan (ESA).

¹ www.lokalradio.no.

Vi har forståelse for at enkelte av spørsmålene kan kreve noe tid å besvare. Vi setter stor pris på om departementet kan besvare henvendelsen innen 15. oktober 2015.

2 Bakgrunn

Stortingsmeldingen Meld. St. 8 (2010–2011) *Digitalisering av radiomediet* (Digitalradiomeldingen) oppstilte flere nasjonale kriterier som måtte oppfylles før FM-nettet kunne stenges. Regjeringen har kommet til at de nasjonale kriteriene for stenging av FM-nettet er oppfylt, og at FM-nettet dermed skal stenges fra 2017. Kulturdepartementet fremla plan for overgangen til DAB-nett for lokalradiostasjonene i Meld. St. 24 (2014-2015) *Rammevilkår for lokalradio i samband med digitaliseringa av radiomediet*.

Slik digitaliseringsprosessen er lagt opp, jf. konklusjonene i Meld. St. 24, innebærer overgangen til DAB blant annet at kommersielle lokalradiostasjoner både i og omkring Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger («storbyene») likestilles med kommersielle, riksdekkende radiostasjoner. De får dermed ikke lov til å fortsette å sende på FM-nettet etter stengingen i 2017. Nisjestasjoner og kommersielle lokalradiostasjoner utenfor de store byene gis adgang til å sende på FM-nettet i en overgangsperiode på fem år, frem til utgangen av 2021.

Norsk Lokalradioforbund stiller spørsmålsteget ved om Kulturdepartementet i tilstrekkelig grad har sett og drøftet mulige EØS-rettslige problemstillinger i forbindelse med beslutningen om delvis stenging av FM-nettet i Norge fra 2017, og totalt forbud mot bruk av FM-nettet fra 2022.

3 Forholdet til reglene om fritt varebytte i EØS-avtalen artikkel 11

3.1 Restriksjon på varebyttet innen EØS

Retten til fritt varebytte følger av EØS-avtalen artikkel 11. Artikkel 11 forbyr «kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning». Et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon vil blant annet være tiltak som fører til at varer fra en annen medlemsstat behandles mindre fordelaktig.² På samme måte vil ethvert annet tiltak som hindrer varer med opprinnelse i en annen EØS-stat adgang til markedet i en EØS-stat også være omfattet av begrepet «tiltak med tilsvarende virkning» i artikkel 11.³

Sentralt for spørsmålet om det foreligger en hindring for det frie varebytte er dermed hvorvidt et tiltak i en EØS-stat negativt påvirker markedsadgangen for varer fra øvrige EØS-stater. EU-domstolen har i sakene C-110/05 *Kommisjonen mot Italia* og C-142/05 *Mickelsson og Roos* påpekt at en «begrænsning af anvendelsen af en vare i en medlemsstat [har] betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd, som atter kan påvirke varens adgang til markedet i denne medlemsstat».⁴ Bruksbegrænsninger vil dermed normalt anses som en restriksjon på det frie varebyttet som skal skje mellom EØS-statene.

Stengingen av FM-nettet vil ha stor innvirkning på etterspørselen etter FM-radioer både hjemme og i biler. FM-radioer vil være tilnærmet ubrukelige i storbyene fra 2017 og i landet for øvrig fra 2022. FM-senderutstyr som lokalradiostasjoner har kjøpt inn blant annet fra Frankrike blir i praksis forbudt å bruke etter stengingen. Den situasjonen myndighetene nå

² C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 37.

³ C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 37.

⁴ C-142/05 *Mickelsson og Roos*, premiss 26, jf. C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 56.

legger opp til har sterke likhetstrekk med situasjonen i C-142/05 *Mickelsson og Roos*, som gjaldt adgangen til å bruke vannscootere i svenske farvann.⁵

3.2 Spørsmål knyttet til EØS-avtalen artikkel 11

Vi ber om Kulturdepartementets vurdering av de ovenstående problemstillingene, og især:

- Departementets vurdering av artikkel 11 EØS når det gjelder FM-radioer.
- Departementets vurdering av artikkel 11 EØS når det gjelder FM-sendeutstyr.
- Vi ber samtidig om innsyn i samtlige tidligere vurderinger som departementet har foretatt av ovenstående problemstillinger. Dersom slike vurderinger ikke er foretatt tidligere, bes også departementet opplyse om dette.

4 Forholdet til EØS-avtalens statsstøtteregler

4.1 NRKs bruk av midler

NRK er som allmennkringkaster i overveiende grad finansiert gjennom statlige midler som i utgangspunktet utgjør statsstøtte. Støtte til allmenkringkastere er underlagt et relativt detaljert regelverk for å sikre at støtten kun går til de samfunnsoppdrag allmennkringkasteren er satt til å utføre. Støtten til NRK har vært gjenstand for inngående vurderinger fra ESAs side⁶, og Norge aksepterte i 2009 å gjennomføre en rekke tiltak for å bringe finanseringen i tråd med EØS-avtalens bestemmelser. Blant annet skal det være et klart skille mellom pålagte og ikke-pålagte aktiviteter, samt at det skal være separate regnskaper for de ulike typer aktivitetene.

Det kan synes som om NRK har benyttet store summer på DAB-satsingen, blant annet på en leieavtale på DAB i tillegg til investeringene i eget nett.

4.2 Spørsmål knyttet til NRKs bruk av midler

For å kunne vurdere NRKs DAB-satsing i lys av statsstøttereglene ber vi departementet opplyse om følgende:

- En oppstilling over samtlige midler som NRK har benyttet i DAB-satsingen fordelt på beløp, formål og år.
- En redegjørelse av om DAB-satsingen skal anses som en pålagt eller ikke-pålagt aktivitet. Dersom førstnevnte er tilfelle ber vi om kopi av vedtakene der NRK pålegges plikter knyttet til DAB.
- En oversikt over midler som NRK har benyttet i forbindelse med sitt eierskap i Digitalradio Norge, og på hvilket grunnlag midlene har blitt benyttet.

5 Forholdet til etableringsreglene i EØS-avtalen artikkel 31

5.1 Restriksjon på etableringsfriheten

EØS-avtalen artikkel 31 forbyr EØS-stater å opprettholde eller innføre restriksjoner på etableringsadgangen for næringsdrivende fra andre EØS-land. Det vil foreligge en restriksjon dersom nasjonale regler gjør det vanskeligere eller mindre attraktivt for næringsdrivende å benytte seg av etableringsfriheten, selv om reglene ikke diskriminerer på grunnlag av

⁵ Lignende problemstillinger ble tatt opp av ESA når det gjaldt restriksjonene på bruk av vannscootere i Norge.

⁶ Se blant annet ESAs vedtak 306/09/COL.

nasjonalitet.⁷ Ifølge EU-domstolens praksis regnes alle nasjonale tiltak som påvirker markedsgangen for foretak fra øvrige medlemsstater, og som dermed hindrer samhandelen landene imellom, som en restriksjon av etableringsfriheten.⁸

Forbudet mot bruk av FM-nettet for kommersielle lokalradiostasjoner i de fire største byene i Norge fra 2017, og i landet som helhet fra 2022, innebærer at det vil være mindre attraktivt for foretak å etablere seg i Norge.

Norge er fra 2017 det eneste landet i verden som ikke tillater radiosendinger over FM-nettet nasjonalt og i storbyene. Norske myndigheters beslutning om å stenge FM-nettet i 2017/2022 har fått stor oppmerksomhet i utlandet.⁹ Det kan ikke ses bort fra at potensielle utenlandske radioselskaper har unnlatt å etablere seg på det norske radiomarkedet nettopp på grunn av beslutningen om å stenge FM-nettet om kort tid, samtidig som FM-nettet vil brukes i lang tid fremover i våre naboland. Stenging av FM-nettet gjør oppstart av nye radiostasjoner mindre attraktivt også for norske foretak. Etter vår foreløpige vurdering vil beslutningen om å stenge FM-nettet fra 2017/2022 kunne anses som en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31. Utgangspunktet i EØS-avtalen artikkel 31 er at slike restriksjoner ikke er tillatt.

5.2 Mulige allmenne hensyn som kunne rettferdiggjort restriksjonen

Et nasjonalt tiltak som innebærer en restriksjon i etableringsfriheten kan opprettholdes dersom tiltaket er begrunnet i et allment hensyn eller forfølger et legitimt formål, at det er egnet til å oppnå det formålet som påberopes som begrunnelse for tiltaket, og at tiltaket ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det formålet som søkes oppfylt.¹⁰

EU-domstolen har oppstilt en rekke relevante allmenne hensyn som eventuelt kan rettferdiggjøre en restriksjon for etableringsfriheten, blant annet hensynet til kreditorer, arbeidstakere, sosial velferd eller offentlig orden. Rent økonomiske hensyn kan derimot ikke rettferdiggjøre en restriksjon på etableringsretten.¹¹

Som grunnlag for å forby kommersielle lokalradiostasjoner å sende på FM-nettet i storbyene, vises det i Digitalradiomeldingens punkt 6.5.2 til at *«dei største kommersielle lokalradioane [truleg] i nokon grad [opererer] i same marknad som Radio Norge og P4, det vil seie at dei konkurrerer om dei same annonseinntektene. Styresmaktene bør derfor syte for at desse aktørane får mest mogleg like og rettferdige konkurransvilkår»*.

Etter vårt syn vil ikke et slikt hensyn kunne anses som et allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon. Selv om det ikke kan utelukkes at konkurransehensyn i enkelte tilfeller ville kunne utgjøre et slikt allment hensyn, vil et slikt hensyn normalt ikke være relevant.

⁷ Se blant annet EU-domstolens sak C-400/08, *Kommisjonen mot Spania*, premiss 63.

⁸ Sak C-400/08, premiss 64.

⁹ Se blant annet BBC News, «FM radio switch-off looms in Norway», <http://www.bbc.com/news/technology-32380222>, Forbes.com, «Is The Norway Switch-Off The Beginning Of The End For FM Radio?», <http://www.forbes.com/sites/bobbyowsinski/2015/04/21/is-the-norway-switch-off-the-beginning-of-the-end-for-fm-radio/>, The Guardian, «Oslo calling: Norwegians prepare to scrap FM radio», <http://www.theguardian.com/media/shortcuts/2015/apr/20/oslo-calling-norwegians-worlds-first-digital-radio-fm>.

¹⁰ Se EU-domstolens sak C-400/08 *Kommisjonen mot Spania*, premiss 73.

¹¹ *ibid.* premiss 74.

Etter vår oppfatning kan det imidlertid med god grunn reises spørsmål ved om stengingen av FM-nettet egentlig fremmer konkurranse, ettersom den vel så mye fremstår som en ønsket *begrensning av konkurransen* mellom aktørene i radiomarkedet. Tiltaket er med hensikt utformet slik at konkurransen fra dagens aktører med FM-teknologi blir begrenset eller ikke-eksisterende. Stengingen utgjør dermed en tvungen, myndighetsstyrt migrasjon fra en teknologisk plattform til en annen, mens det som normalt kjennetegner fri konkurranse er at markedet selv etterspør ny teknologi som fører til et slikt skifte. Vi kan derfor ikke se at de hensyn som så langt er anført vil kunne rettferdiggjøre restriksjonen.

5.3 Restriksjonen i lys av grunnleggende rettigheter under EØS-avtalen og EMK artikkel 10.

Beslutningen om å stenge FM-nettet reiser også problemstillinger knyttet til grunnleggende rettigheter under EØS-avtalen og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). EFTA-domstolen har slått fast at friheten til å opprette og drive egen virksomhet ligger i kjernen av EØS-avtalen, og må anerkjennes i samsvar med EØS-retten og nasjonal rett og praksis.¹² EØS-retten må derfor tolkes i lys av denne grunnleggende friheten. Stengningen av FM-nettet innebærer et alvorlig inngrep i friheten til å drive radiovirksomhet, noe som må hensyntas ved vurderingen av lovligheten av restriksjonen.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har slått fast at mediemangfold inngår som en del av ytringsfriheten i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 10.¹³ EFTA-domstolen har videre uttalt at EØS-avtalens bestemmelser må tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, og at bestemmelsene i EMK og rettspraksis fra EMD er viktige kilder ved fastleggingen av disse rettighetene.¹⁴

Lokalradioene inngår som en sentral del av mediemangfoldet i Norge. Beslutningen om stenging av FM-nettet vil få drastiske konsekvenser for mange lokalradiostasjoner som ikke har økonomi til å foreta nye investeringer i DAB-utstyr for å sikre videre drift. Konsekvensen av stengingen av FM-nettet kan være at en rekke lokalradiostasjoner må legge ned sin virksomhet. Myndighetenes beslutning kan være en direkte årsak til at mediemangfoldet i Norge blir sterkt redusert.

5.4 Spørsmål knyttet til EØS-avtalen artikkel 31

Vi ber om Kulturdepartementets vurdering av de ovenstående problemstillingene, og især:

- Departementets vurdering av om stenging av FM-nettet i storbyene fra 2017 og i landet for øvrig fra 2022 innebærer en restriksjon i etableringsfriheten som følger av EØS-avtalen artikkel 31.
- Departementets vurdering av eventuelle rettferdiggjørelser av restriksjonen.

¹² Sak E-10/14 *Enes Deveci*, premiss 64.

¹³ Se EMDs dom i *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland* (1990), para. 69-70; *Informationsverein Lentia and Others v. Austria* (1993), para. 38.

¹⁴ Se blant annet sak E-8/97 *TV 1000 Sverige AB*, premiss 26, sak E-2/02 *Bellona*, premiss 37, sak E-2/03 *Ásgeirsson*, premiss 23, sak E-12/10 *ESA mot Island*, premiss 60, sak E-4/11 *Arnulf Clauder*, premiss 49, sak E-15/10 *Posten Norge AS*, premiss 85, sak E-18/11 *Irish Bank Resolution Corporation*, premiss 63 og 63 samt forenede saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen*, premiss 225. Se også Traktaten om den europeiske union (TEU) artikkel 6 nr. 3 sammenholdt med EØS-avtalen artikkel 1 jf. fortalens punkt 16 og EØS-avtalen artikkel 6 jf. ODA artikkel 3.

- Departementets vurdering av restriksjonen i lys av inngrepet i næringsfriheten og yringsfriheten.
- Vi ber samtidig om innsyn i samtlige tidligere vurderinger som departementet har foretatt av ovenstående problemstillinger. Dersom slike vurderinger ikke er foretatt tidligere, bes også departementet opplyse om dette.

6 Konkurransmessige og – rettslige betraktninger

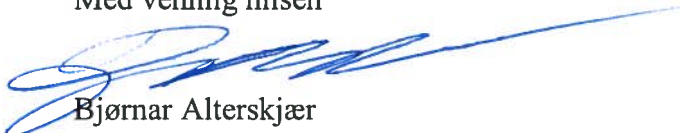
Slukkingen av FM-nettet, og måten DAB-nettet har blitt introdusert på, skaper konkurransmessige utfordringer. På den ene siden frarøves nye og eksisterende radioaktører muligheten til å konkurrere på bakgrunn av FM-teknologi. På den annen side synes de riksdekkende DAB-lisensene i hovedsak å være samlet hos tre store aktører (P4, NRK og Bauer Media AS Norge) frem til 2031. Samlet sett har prosessen medført en koordinasjon av og bistand fra myndighetene til tre markedsaktørers adferd som har stor betydning for konkurransen i radiomarkedet i dag og de nærmeste tiår. I første omgang er det aktørene som er gjenstand for EØS-avtalens konkurranseregler, men vi utelukker ikke at det kan være aktuelt å stille departementet spørsmål knyttet til statens rolle i samarbeidet mellom de tre store aktørene på et senere tidspunkt. Vi ber imidlertid allerede nå om:

- Innsyn i samtlige tidligere vurderinger som departementet har foretatt av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 knyttet til slukkingen av FM-nettet og innføringen av DAB. Dersom slike vurderinger ikke er foretatt tidligere, bes også departementet opplyse om dette.


7 Avsluttende kommentar

Som nevnt ber vi om departementets redegjørelse innen 15. oktober. Vi står til disposisjon dersom departementet skulle ha behov for opplysninger fra vår side i denne saken.

Med vennlig hilsen



Bjørnar Alterskjær
Advokat



Arne T. Andersen
Advokat