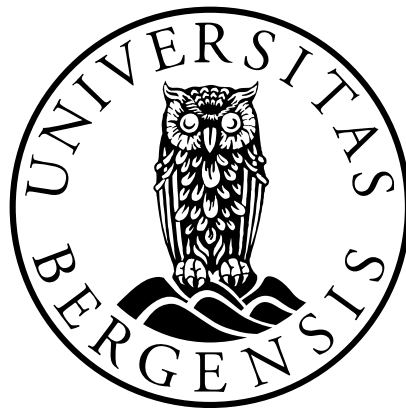


Idrettens skranker for inngåelse av private sponsoravtaler

*Med fokus på om Norges Skiforbunds regler
utgjør et brudd på konkurranselovgivningen.*

Kandidatnummer: 223

Antall ord: 14510



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Oppgavens aktualitet	4
1.3 Rettskilder og fremgangsmåte i oppgaven	5
2. Idrettens regelverk	6
2.1 Norges Idrettsforbund	6
2.2 Tolkning av regelverket	6
2.3 NIFs lov – Regulering av markedsrettigheter	8
2.4 Norges Skiforbund	9
2.4.1 Fellesreglementet 206.2.5	9
2.4.2 Fellesreglementet 205.2	11
2.4.3 Landslagsavtalen	12
2.5 FIS sitt regelverk	13
2.6. Idrettens autonomi	13
2.7 Rettslig overprøving av idrettsregler	14
2.7.1 EU og EØS-avtalens regulering av idretten	14
2.7.2 Er idrettsregler generelt egnet for rettslig overprøving?	15
2.7.3 Konkurranselovgivningen sin anvendelse på idrettsregler	16
2.7.4 Metodologi for å avgjøre hvorvidt en idrettsregel er i strid med konkurranseretten	17
3 Avgrensning av markedet som NSF opererer på	19
3.1 Avgrensning av produktmarkedet	20
3.2 Avgrensning av det geografiske markedet	22
4 Konkurranseloven §10	25
4.1 Konkurransbegrensende samarbeid	25
4.2 «Foretak»-vilkåret	25
4.2.1 Utgjør Norges Skiforbund et "foretak?"	25
4.2.2 Er landslagsutøverne et «foretak»?	27
4.3 «Avtale» eller «samordnet opptreden» mellom foretak	28
4.3.1 Er det inngått en «avtale» mellom NSF og landslagsutøverne?	28
4.3.2 Samordnet opptreden	30
4.4 Ulovlig konkurransbegrensning	30

4.4.1 Presentasjon av vurderingstemaet i formålsvurderingen	30
4.4.2 «Tilstrekkelig skadelig» for konkurransen.....	33
4.5 Merkbarhetskriteriet	38
4.6 Effektivitetsgevinster	38
5. Konkurranseloven §11	40
5.1 Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.....	40
5.2 Dominerende stilling	40
5.3 Utilbørlig utnyttelse.....	43
5.4 Objektivt rettfærdiggjørende grunner	46
6 Wouters-testen.....	48
6.1 Kontekst og formål.....	48
6.2 Uatskillelig knyttet til formålet	51
6.3 Forholdsmessighet.....	52
7. Avsluttende bemerkninger	56
Litteraturliste.....	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er hvorvidt skrankene i idrettens regelverk for hvordan den enkelte utøver kan utnytte sin kommersielle verdi er i strid med konkurranselovgivningen.

Det finnes flere alternative rettsgrunnlag som potensielt kan innebære begrensinger for norsk idrett sin mulighet til å regulere adgangen for å inngå kommersielle avtaler for utøverne. Et av disse rettsgrunnlagene er EØS-avtalens artikkel 36 om forbud mot restriksjoner på adgangen til å yte tjenester.¹ EUs tjenstedirektiv utgjør et annet.² Varemerkebeskyttelse av eget navn trekkes videre frem i Kaja Skille Hestnes sin artikkel «Rettighetene til bruk av idrettsutøverens navn i kommersiell sammenheng, herunder som varemerke».³ Avhandlingen avgrenses imidlertid mot disse grunnlagene av hensyn til omfanget på oppgaven. Fokus vil i stedet bli lagt på det konkurranserettslige aspektet.

For at oppgaven ikke skal bli for generell, har jeg valgt å se mer konkret på de markedsreglene som gjelder for utøvere tilknyttet Norges Skiforbund.. Hovedsakelig skal det vurderes hvorvidt landslagsavtalen er i tråd med konkurranselovgivningen.⁴

De aktuelle bestemmelsene som landslagsavtalen utgjør et potensielt brudd på, er konkurranseloven §10 og 11. Førstnevnte bestemmelse omhandler felles konkurransebegrensende opptrøden mellom to eller flere aktører. Paragraf 11 omhandler en parts utilbørlige utnyttelse av sin markedsposisjon til å redusere konkurransen.

Problemstillingen vil derfor være hvorvidt markedsreguleringen som følger av landslagsavtalen utgjør et brudd på konkurranseloven §§10-11.

¹ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (1992), art. 36 (EØS-avtalen)

² Direktiv 2006/123/EF om tjenester i det indre marked

³ Kaja Skille Hestnes, «Rettighetene til bruk av idrettsutøveres navn i kommersiell sammenheng, herunder som varemerke», i *Immateriell rett, kontrakter og erstatning*, Harald Irgens-Jensen og Camilla Vislie (red.), Universitetsforlaget 2020, s. 120-146.

⁴ Avtale for utøvere uttatt på Norges Skiforbunds landslag (landslagsavtalen)

1.2 Oppgavens aktualitet

I takt med økende kommersiell aktivitet og interesse i tilknytning til idrett har det dukket opp nye problemstillinger som har behov for rettslig avklaring. En av problemstillingene som særlig har blitt aktualisert, er omfanget av individuelle utøveres adgang til å markedsføre seg selv eller inngå markedsavtaler.

Det er ikke nytt at idrettsstjerner nyter stor anseelse i samfunnet. Likevel har utviklingen av ny teknologi og fremvekst av sosiale medier gjort at mulighetene for eksponering i kommersiell sammenheng både har blitt flere og mer omfattende de siste årene. Dette medfører at verdien av kommersiell virksomhet knyttet til idretten har blitt stadig større.

I enkelte tilfeller har man sett at utøverne og idrettens organer er på kollisjonskurs. Mens utøveren ønsker å maksimere sin egen markedsverdi, har det aktuelle forbundet sterk egeninteresse i å opprettholde sin egen markedsposisjon. Konsekvensen av at de enkelte utøverne står fritt til å inngå egne markedsavtaler vil være at verdien på de kollektive avtalene til idretten vil synke og at særforbund som Norges Skiforbund dermed vil miste deler av sitt inntektsgrunnlag.

For å styrke sin egen rett til å forvalte markedsrettighetene på vegne av den enkelte utøver, har idrettens organer prøvd å regulere adgangen til markedsavtaler for sine medlemmer. Dette har ført til flere konflikter de siste årene som også har fått stor spalteplass i massemediene. Av kjente konflikter kan man trekke frem både Northug og Kristoffersen-saken hvor begge hadde inngått personlige sponsorkontrakter med konkurrerende sponsorer av henholdsvis langrennslandslaget og alpinlandslaget. Selv om Kristoffersen-saken ble behandlet av Oslo Tingrett med det resultat at Skiforbundet fikk medhold, så foreligger det likevel ingen generell rettslig avklaring av Skiforbundets sitt spillerom til å regulere utøverens kommersielle virksomhet.

Det at oppgaven fokuserer på Norges Skiforbund sitt regelverk, er en følge av at det er i tilknytning til dette særforbundet at de fleste konfliktene mellom forbund og utøver har oppstått. Det vurderes derfor dithen at dette har en særlig aktualitet.

1.3 Rettskilder og fremgangsmåte i oppgaven

Dette delkapittelet vil gi en kort oversikt over det samlede rettskildebildet som oppgaven omfatter. Reglernes kompleksitet og oppbygning vil bli gjennomgått i nærmere detalj i tilknytning til de ulike drøftelsene. Hvilke metodiske retningslinjer som ligger til grunn for å tolke de ulike reglene, vil også bli gjennomgått nærmere underveis.

Oppgaven skal fordype seg i to ulike regelsett for å besvare avhandlingens problemstilling. Dette er henholdsvis idrettens egne regler og konkurranselovgivningen.

Først fokuseres det på hvilke regler idretten selv har om reguleringen av markedsrettigheter. Nøkkelbestemmelsen i norsk idrett om retten til å inngå markedsavtaler er NIFS lov §14-4.⁵

Primært skal det vurderes hvorvidt landslagsavtalen mellom utøvere på landslag og NSF er i tråd med konkurranselovgivningen. Markedsreguleringen i landslagsavtalen 5.3 eksisterer imidlertid ikke i et vakuum alene.⁶ Avtalen henviser til at det må være overensstemmelse med Norsk Skiforbund Fellesreglement 206.2.5.⁷ Dette må igjen ses i sammenheng med konsekvensene av ikke å signere landslagsavtalen; nemlig utestengelse fra internasjonale konkurranser jf. Fellesreglementet 205.2.⁸

Når meningsinnholdet av idrettens regelverk er utledet, vil oppgaven deretter gå inn på hvorvidt idrettens regler er egnet for rettslig overprøving utenfor idrettens egen sfære. Deretter vil den gjeldende markedsreguleringen til NSF bli gjenstand for analyse etter konkurranseloven §§10 og/eller 11. På bakgrunn av denne analysen vil det konkluderes om hvorvidt gjeldende regelverk utgjør et brudd på konkurranselovgivningen og dermed er forbudt.

⁵ Lov for Norges Idrettsforbund og Olympiske og Paraolympiske komité (NIFs lov) §14-4.

⁶ Landslagsavtalen, art. 5.3

⁷ Norges Skiforbund Fellesreglement (2018), art 206 2.5

⁸ Ibid, art 205.2

2. Idrettens regelverk

2.1 Norges Idrettsforbund

For å analysere virkningene av avtalen mellom NSF og utøverne, anses det som hensiktsmessig å starte på toppen av regelpyramiden. Dette er for å gi en best mulig fremstilling av sammenhengen i regelverket. Oppgaven vil derfor starte med å presentere NIFs lov om markedsbestemmelser. Deretter vil den aktuelle delen av Fellesreglementet bli gjennomgått.⁹ Avslutningsvis vil fokuset rettes mot markedsreguleringen som følger av landslagsavtalen.

Norges Idrettsforbund (NIF) er det øverste organet innenfor idrett i Norge. NIF er også den største frivillige organisasjonen i Norge med sine litt i underkant av 2,1 millioner medlemmer som er fordelt på 11000 ulike idrettslag.¹⁰

Norsk idretts overordnede regelverk er NIFs lov.¹¹ Denne loven blir vedtatt og revidert på idrettstinget som avholdes hvert fjerde år. Det følger av NIFs lov § 1-1 (4) at loven gjelder for «*alle organisasjonsledd og all aktivitet organisert under NIF*». ¹²

Dette innebærer at alle særforbund underlagt NIF er pliktig å utvikle regelverk som harmonerer med NIFs lov.

2.2 Tolkning av regelverket

NIFs lov er ikke en formell lov vedtatt av Stortinget slik som lover som blir utviklet på bakgrunn av den ordinære lovgivningsprosessen, jf. Grunnloven §§76-79.¹³ NIFs lov må heller betraktes som et sett med foreningsrettslige vedtekter. Vedtektene utgjør det sentrale normgrunnlaget i en organisasjon slik som NIF. I litteraturen fremheves det at vedtektene kan

⁹ Fellesreglementet (2018)

¹⁰ Norges Idrettsforbund, *Om Norges Idrettsforbund*, <https://www.idrettsforbundet.no/om-nif/om-norges-idrettsforbund/>

¹¹ NIFs lov

¹² Ibid, § 1-1 (4)

¹³ Grunnloven §§76-79

anses som eller sammenlignes med en «avtale» mellom organisasjonens medlemmer og organisasjonen om plikter og rettigheter.¹⁴

Utgangspunktet for tolking av idrettens regelverk er derfor vanlige avtalerettslige tolkningsprinsipper.

Hvordan idrettens vedtekter skal tolkes, kan by på en viss usikkerhet. Prinsipper for avtaletolkning baserer seg stort sett på hva som kan utledes fra rettspraksis.¹⁵ Det er imidlertid begrenset med rettspraksis som gir anvisning på hvordan man skal tolke idrettsregler.

Høyesteretts praksis viser at foreningsvedtekter tilknyttet andre områder enn idrettens domene har blitt tolket objektivt etter ordlyden. Ved tolkningen av selskapsvedtekter, er det både i Rt. 1994 s. 471¹⁶ og Rt. 2008 s.298 fremhevet at det er en objektiv forståelse av ordlyden som danner utgangspunktet ved tolkningen.¹⁷

I Rt. 2011 s.1641 ble det lagt til grunn at et objektivt tolkningsprinsipp også må gjelde for «vedtekter i andre typer sammenslutninger» og dermed ikke bare for selskapvedtekter. I dommens tilfelle dreide dette seg om vedtektene til et borrettslag.¹⁸

Et argument som har blitt trukket frem i litteraturen for objektiv tolkning, er at vedtektene ikke bare har betydning for de som vedtok dem, men også for potensielt nye medlemmer som slutter seg til foreningen.¹⁹ Hensynet til forutberegnelighet for nye medlemmer tilsier derfor en objektiv tolkning. På bakgrunn av dette legges det til grunn at utgangspunktet for tolkning av NIFs regelverk er en objektiv tolkning av ordlyden.

I den nevnte dommen om vedtektene i et borettslag er imidlertid retten tydelig på at dette kun er et utgangspunkt, og at det ikke avskjærer muligheten for at andre tolkningsmomenter også

¹⁴ Geir Woxholth, *Foreningsrett*, 3 utg., Gyldendal Norske Forslag 2008, s.105

¹⁵ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3.utg, Universitetsforlaget 2014, s. 114.

¹⁶ Rt.1994 s.471

¹⁷ Rt. 2008 s.298

¹⁸ Rt.2011 s.1641, avsnitt 53.

¹⁹ Woxholth, *Foreningsrett*, s. 110

kan få betydning.²⁰

Et særlig relevant moment som kan bli vektlagt ved tolkningen, er formålet med den aktuelle regelen. Begrensingen i en enkeltutøvers adgang til å styre egne markedsrettigheter bunner i et klart forankret formål. Det vil derfor være nærliggende å tolke ordlyden i lys av formålet med bestemmelsen. Også eventuelle forarbeider og uttalelser fra det aktuelle lovutvalget kan være tolkningsmomenter som det kan bli lagt en viss vekt på.

2.3 NIFs lov – Regulering av markedsrettigheter

NIFs lov §13-3 regulerer hvilke krav som settes til inngåelse av avtaler mellom næringslivet og idretten. Særlig sentralt for denne avhandlingen er det at *«kun organisasjonsledd kan være part i slike avtaler/samarbeid med mindre annet fremgår av §14-4 (2)»*.²¹ Som det følger av både ordlyden og juridisk teori, er derfor utgangspunktet at utøverne ikke innehar partsstatus i tilknytning til sponsoravtaler.²² Dette innebærer at den enkelte utøver er avskåret fra å inngå egne sponsorkontrakter hvis det ikke foreligger unntak i samsvar med 14-4 (2).

Av §14-4 (2) fremgår det at *«et organisasjonsledd kan tillate at en utøver gis rett til å inngå egne markedsavtaler innenfor de rammer som er fastsatt av særforbundet»*.²³ En slik adgang forutsetter at det gjeldende organisasjonsleddet godkjenner avtalen.

Den snevre adgangen til å inngå kommersielle avtaler for enkeltutøvere som ordlyden i §13-3 (3) gir anvisning på, utvides betraktelig med denne bestemmelsen. Regelverket til NIF må derfor forstås slik at særforbundene har sterk grad av frihet til å avgjøre hvorvidt de skal tillate kommersielle avtaler mellom utøveren og næringslivet.

For å svare på avhandlingens problemstilling er det derfor avgjørende å se hvilke regler som Norges Skiforbund har om adgangen til å inngå kommersielle avtaler.

²⁰ Ibid, avsnitt 54.

²¹ NIFs lov §13-3 (3)

²² Geir Woxholth, «Idrettens sponsoravtaler», i *Idrett og Juss*, Gunnar-Martin Kjenner(red.), Universitetsforlaget 2012, s. 164

²³ Ibid, 2.ledd

2.4 Norges Skiforbund

Norges Idrettsforbund består i alt av 55 ulike særforbund.²⁴ Et av disse særforbundene er Norges Skiforbund (NSF) hvor problemstillingen om enkeltutøvers markedsrettigheter har blitt satt særlig på spissen. Norges Skiforbund er det tredje største særforbundet innenfor idrett i Norge (etter Norges Fotballforbund og Norges Håndballforbund) og har drøye 138 000 medlemmer.²⁵

Norges Skiforbund har to ulike regelsett som regulerer aktivitet under deres domene. Det ene regelsettet er lov for Norges Skiforbund²⁶, mens det andre er Fellesreglementet.²⁷ Det er Fellesreglementet som regulerer adgangen til å inngå kommersielle avtaler. Det er derfor dette normsettet som vil være gjenstand for analyse.

Den generelle bestemmelsen om adgangen til å inngå markedsavtaler for medlemmer av Norges Skiforbund er Fellesreglementet 206 2.5.

2.4.1 Fellesreglementet 206.2.5

Fellesreglementet gjelder for alle organisasjonsledd knyttet til Norges Skiforbund, samt for alle medlemmer tilsluttet NSF.²⁸ Regelverket er derfor relevant for alle utøvere som driver skiidrett i Norge uavhengig om det er på breddenivå eller elitenivå.

Som nevnt tidligere, må Fellesreglementet og andre lignende regelverk være i samsvar med NIFs lov. Utgangspunktet som er fastsatt i NIFs lov om at det kun er organisasjonsleddet som kan inngå markedsavtaler med næringslivet, fremheves naturlig nok derfor også i Fellesreglementet.²⁹ Som nevnt, følger det imidlertid av NIFs lov §14-4 (2) at det er en åpning for å inngå markedsavtaler så lenge disse er innenfor «*rammen til særforbundet*».³⁰

²⁴ Norges Idrettsforbund, *Organisering*

<https://www.idrettsforbundet.no/om-nif/organisering/>

²⁵ Norges Idrettsforbund, *Nøkkeltall – Rapport 2019*, 3.7

²⁶ Lov for Norges Skiforbund

²⁷ Fellesreglementet (2018)

²⁸ Ibid, 202.2

²⁹ Ibid, 206.2

³⁰ NIFs lov, §14-4 (2)

Det følger av Fellesreglementet 206.2 at utøverne kan *«kun inngå personlige markedsavtaler knyttet til deres sportslige virksomhet dersom vilkårene i dette Fellesreglementets pkt 206.2.5 er oppfylt»*.

Etter Fellesreglementet 206.2.5 gis det adgang til å inngå egne markedsavtaler, forutsatt at flere ulike vilkår er oppfylt. For det første så kreves det at det relevante organisasjonsleddet har gitt *«skriftlig aksept»* for at løperen kan påbegynne forhandlinger. For det andre er det nødvendig at *«organisasjonsleddet godkjenner avtalen ved å medsignere den med partenes (løper og samarbeidspartnerens) signatur»*. Det aktuelle organisasjonsleddet må også *«motta en rimelig andel av den verdien samarbeidsgrunnlaget representerer»*.

Denne delen av bestemmelsen ble i Kristoffersen-dommen omtalt som *«godkjenningsmodellen»*.³¹ Utøverne er derfor underlagt Norges Skiforbund sitt krav til godkjenning for å inngå en kommersiell avtale på egenhånd. *«Organisasjonsledd»* henviser til ulike organer underlagt Norges Skiforbund.³² De mest praktiske eksemplene på dette er de ulike grenene som utgjør Norges Skiforbund. Hva som utgjør en *«rimelig andel»* av verdien i en bestemt markedsavtale, må avgjøres konkret for hver enkelt avtale.

Den mest sentrale delen av bestemmelsen i tilknytning til denne oppgavens problemstilling, er imidlertid andre ledd hvor det fremgår at det aktuelle organisasjonsleddet står fritt til å nekte utøverne å inngå sponsorkontrakter. Nektelsen forutsetter imidlertid et *«saklig grunnlag»*.³³

Eksempler på *«saklig grunnlag»* i bestemmelsen er at *«sponsoravtalen vil kunne være i strid med en eksisterende eller fremtidig sponsoravtale inngått av den aktuelle grenen eller NSF sentralt»* eller at *«markedsføring av sponsorens produkter kan være i strid med idrettens regelverk, eller vedtak av Skistyret om produkter og tjenester som ikke skal markedsføres av NSF og dets utøvere»*. Et annet *«saklig grunnlag»* foreligger hvis *«NSF sentralt skal forhandle med en eller flere sponsorer innenfor samme bransje og/eller produktkategori»*.

Tolkingen av bestemmelsen byr ikke på store utfordringer når man legger vekt på en naturlig

³¹ Sak 16-166104TVI-OTIR/05 , *Kristoffersen-dommen* (Oslo Tingrett), s.20.

³² Fellesreglementet 206.2.5, 1.ledd.

³³ *Ibid*, 2.ledd.

språklig forståelse av ordlyden. Fellesreglementet gir NSF hjemmel for å nekte den enkelte utøver å inngå markedsavtaler. Særlig gjelder dette situasjoner hvor den aktuelle grenen har sponsoravtaler med andre. Som tidligere nevnt i oppgaven, er et kjente eksempel på dette Henrik Kristoffersen sin avtale med Red Bull som var i strid med Alpinlandslagets avtale med Telenor.

I det følgende skal det settes fokus på hvilke konsekvenser den eventuelle nektelsen kan ha for utøvere på elitenivå forutsatt at de ikke etterlever forbudet mot å inngå sponsoravtaler uten godkjenning av Norges Skiforbund.

2.4.2 Fellesreglementet 205.2

Utøvere som blir tilbudt lukrative sponsoravtaler vil med all sannsynlighet inneha et høyt sportslig nivå. Den relevante konkurransearenaen vil da være deltagelse i verdenscup, VM og de olympiske leker. Man må enten ha signert landslagsavtale eller inngå egen representasjonsavtale for å bli uttatt til disse konkurransene.³⁴ Det følger av Fellesreglementet 205.2 at løperne som har avslått landslagsavtalen «*skal ikke tas ut av NSF til å representere NSF i konkurranser i den sesongen tilbudet om landslagsplass gjelder, med mindre det foreligger særlige omstendigheter*».³⁵

Den historiske bakgrunnen for denne regelen synes å være konflikten mellom Petter Northug og Skiforbundet i tilknytning til Northugs sponsoravtale med Coop. Bestemmelsen ble lagt til i Fellesreglementet i 2015. Landslagsutvalget som var med å utforme bestemmelsen pekte i den forbindelse på viktigheten av å verne markedsrettighetene til sine utøvere. Det ble blant annet uttalt at skiforbundets finansiering er «*helt avhengig av at de største stjernene er på landslag og underlagt NSF's markedsregime*».³⁶

Hva som ligger i «*særlige omstendigheter*» er uklart, men en naturlig forståelse av ordlyden indikerer at det må være snakk om et særegent tilfelle hvor skiforbundet kan fravike hovedregelen. Som den klare hovedregelen er man derfor nødt til å signere landslagsavtalen

³⁴ Ibid, 205.2

³⁵ Ibid, 2.ledd

³⁶ Norges Skiforbund, *Rapport fra Landslagsmodellutvalget (2016)*, s.32

for å kunne konkurrere på internasjonalt nivå.

Den direkte virkningen av disse reglene grenser opp mot et tilnærmet yrkesforbud siden man risikerer å ikke få konkurrere på internasjonalt nivå om man ikke samtykker til landslagsavtalen.

Fellesreglementet sine regler på dette området kan sammenfattes slik at det ikke er adgang til å inngå egne sponsoravtaler hvis ikke Norges Skiforbund har godkjent avtalen.

2.4.3 Landslagsavtalen

Landslagsavtalen er en standardavtale mellom utøvere tatt ut på landslag og NSF. Markedsreguleringen fremgår av avtalen artikkel 5.3.

I avtalen gjentas utgangspunktet fra NIFs lov og Fellesreglementet om at det kun er det enkelte organisasjonsledd som kan inngå avtaler. Det åpnes imidlertid opp for at utøverne kan inngå «*individuelle markedsavtaler knyttet til sin sportslige virksomhet dersom vilkårene i Fellesreglementets punkt 206.2.5 og herværende avtale er oppfylt*». ³⁷

Fellesreglementet 206.2.5 er allerede behandlet. Spørsmålet er derfor om landslagsavtalen inneholder noen vilkår som supplerer de krav som følger av Fellesreglementet.

Et vilkår som bare følger direkte av landslagsavtalen, er at «*NSF standard markedsavtale skal benyttes*». ³⁸ Ellers er de ytterlige vilkårene et krav om skriftlig aksept for å inngå forhandlinger med næringslivet, krav om at NSF skal medsignere avtalen og samtidig motta en rimelig andel av verdien sponsoravtalen representerer tilsvarende hva som gjelder etter Fellesreglementet.

Samlet sett, er det derfor slik at NSF sitt regelverk gir adgang til å nekte den enkelte eliteutøver å inngå egne kommersielle avtaler forutsatt at det foreligger et saklig grunnlag.

³⁷ Landslagsavtalen, 5.3.1

³⁸ Ibid., 5.3.2

2.5 FIS sitt regelverk

En viktig presisering er at NSF sitt Fellesreglement ikke bare er underordnet NIFs lov, men også underlagt det internasjonale skiforbundet (FIS) sitt regelverk.³⁹

FIS sitt regelverk om adgangen til å inngå sponsoravtaler for den enkelte utøver er som følger:

*“A National Ski Association shall not support or recognise within its structure, nor shall it issue a licence to participate in FIS or national races to any competitor who (...) permits or has permitted their name, title or individual picture to be used for advertising, except when the National Ski Association concerned, or its pool for this purpose, is party to the contract for sponsorship, equipment or advertisements.”*⁴⁰

Etter FIS sine regler gis det dermed ikke startlisens til deres arrangementer hvis det er inngått en kommersiell avtale hvor det nasjonale forbundet ikke er part. Denne delen samsvarer med kravet til medsignering som følger av Fellesreglementet 206.2.5 og landslagsavtalen. Utover dette har ikke FIS noen eksplisitt regulering av adgangen for den enkelte utøver til å inngå markedssamarbeid med aktører fra næringslivet. Regelverket til FIS gir derfor begrenset tolkningsbidrag ved vurderingen av om det norske regelverket er i strid med konkurranselovgivningen.

2.6. Idrettens autonomi

Spørsmålet er videre hvorvidt NSF's markedsregulering er egnet for rettslig prøving, eller om idrettens regler lever sitt eget liv utenfor den ordinære rettssfæren.

Idrettens ønske om autonomi kan utledes av NIFs lov §1-4 hvor det heter at «*tvister med tilknytning til NIF og underliggende organisasjonsledd skal så langt det er mulig med endelig*

³⁹ FIS Statutes, 8.1-8.2

⁴⁰ FIS, *The International Ski Competition Rules*, 204.1.4

*virkning løses innen organisasjonens styrende og dømmende organer».*⁴¹

Av dette kan man legge til grunn at idretten i sterk grad søker å regulere seg selv, med både egne vedtekter og tilhørende håndhevingsapparat, for å løse eventuelle tvister. Også historisk sett har man sett at idretten stort sett har vært selvregulert.

Idretten har en egen voldgiftsrettsdomstol, Court of Arbitration for Sport (CAS) med hovedkontor i Lausanne, som er opprettet for å løse tvister innenfor idretten.⁴² Tradisjonelt havner mange av de mest betente stridene om idrettens regelverk foran denne domstolen.

2.7 Rettslig overprøving av idrettsregler

2.7.1 EU og EØS-avtalens regulering av idretten

EØS-avtalen er via EØS-lovens §1 gjort til norsk lov.⁴³

Det følger av forarbeidene til konkurranseloven §10, som omhandler forbud mot konkurransebegrensende avtaler eller samarbeid mellom foretak, at denne svarer til EØS-avtalens artikkel 53 med enkelte nasjonale tilpasninger.⁴⁴ Tilsvarende svarer konkurranseloven §11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling til artikkel 54.⁴⁵ Rettspraksis fra EU og EØS-retten får derfor betydelig vekt ved tolkningen av disse bestemmelsene.

Det eksisterer ingen bestemmelse i EU sitt lovverk som direkte regulerer anvendelsesområdet til idrettsregler. I fraværet av skriftlige EU-rettsakter må spørsmålet løses på bakgrunn av praksis fra EU-domstolen.

⁴¹ NIFs lov §1-4

⁴² Henriette Hillestad Thune, «Idrett og doping», i *Idrett og Juss*, Gunnar-Martin Kjenner(red.), Universitetsforlaget 2012, s. 259-260

⁴³ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-loven)

⁴⁴ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.224.

⁴⁵ Ibid, s.225.

2.7.2 Er idrettsregler generelt egnet for rettslig overprøving?

Den første avgjørelsen fra den daværende EF-domstolen, hvor spørsmålet om hvorvidt idrettsregler var egnet for rettslig overprøving etter EU-retten, (daværende EF) var Walrave-saken.⁴⁶ Saken omhandlet to nederlenderne som jobbet som fartsholdere i forbindelse med sykkelritt. Det internasjonale sykkelforbundet UCI hadde i forbindelse med et verdensmesterskap utviklet regler om at fartsholderne måtte ha samme nasjonalitet som utøveren de skulle holde farten for. Syklistene gikk derfor til søksmål med påstand om at dette stred mot prinsippet om fri flyt av arbeidskraft og tjenester innenfor EF.

Ved EF-domstolen sin behandling av saken var et av spørsmålene hvorvidt idrettsregler falt inn under fellesskapsretten sitt anvendelsesområde. Om dette spørsmålet uttalte domstolen:

«The practice of Sport is subject to community law only in so far as is constitutes an economic activity within the meaning of article 2 of the Treaty.»⁴⁷

Den slutningen man kan trekke ut ifra denne uttalelsen er at hvis det foreligger en regel som utelukkende omhandler det sportslige aspektet ved den aktuelle idretten, så er reglene ikke etterprøvbare etter fellesskapsretten. Dette prinsipielle utgangspunktet har blitt fulgt opp i andre dommer fra domstolen, slik som Dona.⁴⁸

Motsetningsvis har man sett at regler som har et mer økonomisk grunnlag derimot kan anvendes av EU-retten.

Et eksempel hvor EU-domstolen kom frem til at idrettsreglene var egnet for overprøving er i Bosman-saken. Dommen omhandlet hvorvidt en belgisk fotballspiller, etter at kontrakten hans utløp, hadde rett til å forlate laget han spilte for til fordel for et annet.⁴⁹ I dommen konkluderte Domstolen med at det belgiske fotballforbundet sitt reglement om å nekte å la

⁴⁶ *Walrave C-36/74*

⁴⁷ *Ibid*, premiss 4

⁴⁸ *Donà C-13/76*

⁴⁹ *Jean-Marc Bosman C-415/93*

spillere forlate klubben hvis de ikke ble enig om en overgangssum med en annen klubb, selv etter kontraktens utløp, var i strid med EU-retten.

Det må derfor legges til grunn at EU-retten generelt åpner opp for at idrettsregler kan angripes rettslig hvis reglene er av økonomisk karakter og utgjør et potensielt brudd på traktaten.

2.7.3 Konkurranselovgivningen sin anvendelse på idrettsregler

Problemstillingen blir videre hvorvidt konkurranseretten kan gjøres gjeldende på idrettens område.

Den prinsipielle dommen på området er Meca-Medina-saken.⁵⁰ Dommen omhandlet svømmerne David Meca-Medina og Igor Majken som begge hadde testet positivt for stoffet nandrolon etter opprinnelig å ha tatt henholdsvis gull og sølv under VM i svømming i 1999. De to svømmerne hevdet i sin klage til Kommisjonen at det internasjonale svømmeforbundet sitt dopingreglement blant annet utgjorde et brudd på EF-traktatens artikkel 81 og 82 (nå TEUV art. 101 og 102) om konkurranse. Disse bestemmelsene tilsvarende i all hovedsak den norske konkurranseloven §§10-11.

I første instans gjentok retten skillet mellom regler av sportslig og økonomisk karakter som fulgte av tidligere rettspraksis. Saken ble anket videre til EU-domstolen. I ankesaken la Domstolen til grunn at selv om en regel primært har en sportslig natur og formål utelukker ikke det at den kan være egnet for rettslig overprøving etter EU-retten.⁵¹ Domstolen fravek med dette dermed doktrinen fra Walrave-saken om at regelen må ha et utelukkende økonomisk formål for å kunne være anvendelig etter EU-retten.

I Meca-Medina-saken kom Domstolen likevel til at det aktuelle dopingreglementet ikke var en del av anvendelsesområdet til EU-retten. Begrunnelsen for dette var primært at dopingregler i hovedsak ble ansett å være knyttet opp mot den sportslige reguleringen av idretten og ikke hadde et tilstrekkelig økonomisk aspekt til å være egnet for rettslig

⁵⁰ *Meca-Medina* C-519/04

⁵¹ *Ibid*, premiss 33

overprøving.

En kan likevel utlede fra avgjørelsen i Meca-Medina-saken at det finnes en generell åpning for at idrettsregler kan angripes av konkurranseregler hvis det foreligger tilstrekkelig økonomisk aktivitet. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering av om den aktuelle regelen får anvendelse på den bestemte rettsregelen.

2.7.4 Metodologi for å avgjøre hvorvidt en idrettsregel er i strid med konkurranseretten

Ved vurderingen av hvorvidt dopingreglementet var i strid med konkurranseretten, utarbeidet Domstolen noen metodiske prinsipper som har blitt retningsgivende for vurderingen av om andre idrettsregler er anvendelige etter EU-retten. Det må foretas en konkret vurdering fra sak til sak, men retningslinjene som kunne utledes fra Meca Medina-saken bør danne utgangspunkt for vurderingen. Dette underbygges blant annet av Kommisjonen sin oppslutning til samme prinsipper i sitt dokument «White paper on sports». ⁵²

Innledningsvis må det vurderes hvorvidt den aktuelle organisasjonen som har vedtatt en regel kan betraktes som en «virksomhet» eller «sammenslutning av virksomheter, jf. TEUV art. 101. ⁵³ Det avgjørende er her i hvilken grad den aktuelle organisasjonen bedriver økonomisk aktivitet.

Deretter må det vurderes hvorvidt den aktuelle regel har et konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg til å vurdere om vilkårene etter art. 101 og 102 er oppfylt må man foreta den såkalte Wouters-testen. Denne testen går ut på å vurdere i hvilken sammenheng reglene er vedtatt, hvilket formål regelen prøver å oppnå, hvorvidt den eventuelle konkurransebegrensende virkningen er uatskillelig knyttet til formålet og om de er forholdsmessige. ⁵⁴ En praksis som i utgangspunktet vurderes til å være konkurransebegrensende kan likevel være tillatt etter Wouters-testen hvis den er tilstrekkelig

⁵² Kommisjonen, “White Paper on Sports” del 4.1

⁵³ Kommisjonen, “Commission Staff Working Document - The EU and Sport: Background and Context - Accompanying document to the White Paper on Sport”, del 2.1.2

⁵⁴ Ibid

nødvendig for å ivareta et legitimt formål.

Det tredje trinnet etter retningslinjene som følger av Meca Medina-dommen er å avgjøre hvorvidt regelen påvirker handelen mellom medlemstatene.⁵⁵ Siden det i denne avhandlingen omhandler en norsk idrettsregel med begrenset internasjonal rekkevidde er denne delen av vurderingen ikke relevant ved anvendelsen av norske konkurranseregler.⁵⁶

Det siste trinnet er å vurdere hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig effektivitetsgevinst som gjør at det likevel ikke foreligger brudd på konkurranseloven forutsatt at vilkårene etter 1.ledd er oppfylt.⁵⁷

Av hensyn til strukturen og flyten i avhandlingen vil det først bli satt fokus på hvorvidt vilkårene i konkurranseloven §10 og 11 er oppfylt. Bestemmelsene vil gjennomgås hver for seg. Den eventuelle effektivitetsgevinsten vil også drøftes i tilknytning til den relevante bestemmelsen.

Avslutningsvis vil det bli utført en Wouters-test som vil bli gjort samlet for begge bestemmelsene. Innholdet og bakgrunnen for denne testen vil bli gjennomgått i større detalj i tilknytning til delkapittel 6.

⁵⁵ *Meca-Medina* C-519/04, premiss 30

⁵⁶ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.224.

⁵⁷ *Kommisjonen, "Commission Staff Working Document - The EU and Sport: Background and Context - Accompanying document to the White Paper on Sport"*, del 2.1.2

3 Avgrensning av markedet som NSF opererer på

Et viktig utgangspunkt for å foreta en konkurranseanalyse, er å avgrense hvilket marked man befinner seg på. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at *«markedsavgrensingen er således en forutsetning for å vurdere om en gitt handling er i strid med målsetningen om effektiv ressursbruk»*.⁵⁸

I tilknytning til oppgavens tema er det NSF sin utøving av sponsorvirksomhet som er relevant ved vurderingen. Begrunnelsen for dette er at det er på sponsormarkedet NSF sin restriksjon om adgangen til å inngå kommersielle avtaler får konkurransemessige virkninger. Det må derfor foretas en avgrensning av det sponsormarkedet som NSF opererer på.

Innledningsvis i denne vurderingen er det viktig å presisere at når Konkurransetilsynet og tilsvarende kontrollorgan i EU og EØS overvåker konkurransen, foretas det nøye samfunnsøkonomiske analyser av hva som utgjør det aktuelle markedet. En tilsvarende nøye behandling vil ikke bli foretatt her. Dette begrunnes i både plasshensyn og at det er de rettslige komponentene ved vurderingen som avhandlingen skal vise.

Det vurderes likevel dithen at avhandlingen er i stand til å gi et realistisk bilde på hva som utgjør markedet som NSF opererer på. I tilknytning til oppgavens tema er det NSF sin utøving av sponsorvirksomhet som er relevant ved vurderingen. Det må derfor foretas en avgrensning av det sponsormarkedet som NSF opererer på.

Det blir tatt utgangspunkt i EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensingen av det relevante marked.⁵⁹ Dette samsvarer med konkurransetilsynets praksis på området.⁶⁰

⁵⁸ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.25

⁵⁹ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS)

⁶⁰ Konkurransetilsynet, *Konkurranseloven: Det relevante marked* (https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/RELEVANT_MARKED.pdf)

Kommisjonen har også publisert en tilsvarende kunngjøring.⁶¹

Hovedformålet med å foreta en markedsavgrensing angis etter denne kunngjøringen til å være:

«På en systematisk måte å identifisere de begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet som de berørte foretak står overfor.»⁶²

Videre fremheves det i kunngjøringen at markedet må avgrenses både som produktmarked og som geografisk marked. Formålet med dette er *«å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense de berørte foretakenes markedsatferd og hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk».*

3.1 Avgrensing av produktmarkedet

EFTAs kunngjøring om avgrensing av markedet definerer produktmarkedet på følgende måte:

*«Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatninger er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde».*⁶³

Det fremheves i kunngjøringen at det er særlig tre hovedtyper av markedsmekanismer som kan begrense handlefriheten for foretaket. Dette er henholdsvis etterspørselssubstitusjon, tilbudssubstitusjon og potensiell konkurranse.

Når det gjelder potensiell konkurranse legger kunngjøringen til grunn at dette momentet ikke skal tas med i markedsavgrensingen. En slik vurdering er vanligere å gjøre på et senere stadium da de *«berørte foretakenes stilling på det relevante marked er fastslått og denne*

⁶¹ Kommisjonen, *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>

⁶² EFTAs kunngjøring om avgrensing av det relevante marked, avsnitt 2

⁶³ Ibid, avsnitt 7

*stillingen synes konkurransemessig betenkelig».*⁶⁴

Tilbudssubstitusjon innebærer at andre leverandører av et produkt som et resultat av en eventuell prisøkning fra NSF, vil kunne tilby samme produkt med sin nåværende kunnskap og utstyr. NSF har tilnærmet monopol på sponsorutøvelse i vinteridrett. Som en konsekvens av dette er tilbudssubstitusjon derfor ikke spesielt relevant å vurdere.

Etterspørselssubstitusjon innebærer at kjøperen vil reagere på en øking i prisen med å velge andre substituttbare produkter.

Det kan i utgangspunktet anses som utfordrende å trekke en generell grense når det gjelder hvem som opererer på samme marked som NSF.

Sponsormarkedet er omfattende. Hver enkelt sponsor har ulike preferanser om hvilket publikum man ønsker å henvende seg til. Det vurderes naturlig å foreta en avgrensing mellom idrett og annen kulturaktivitet.

Innenfor idrettens domene må det legges til grunn at det er sponsering av eliteidretten som er mest attraktivt for NSF sine sponsorer. Det relevante sponsormarkedet må derfor være idrett på elitenivå hvor den kommersielle verdien på utøverne anses å være høy. Dette avgrenser mot noen idretter hvor utøverne ikke eksponeres like mye og dermed ikke har samme markedsverdi. Det er riktignok forskjeller fra gren til gren i NSF når det kommer til markedsverdi på særforbundet som helhet og deres utøvere. Særlig langrennsløpere og til dels alpinister på høyt nivå anses å ha stor kommersiell verdi.

En konsekvens av dette kan være at skilandslaget konkurrerer i samme sponsorlandskap som høyt profilerte sponsorobjekter som fotballandslaget og friidrettsutøvere som brødrene Ingebrigtsen og Karsten Warholm. Hopplandslaget kan eksempelvis på sin side konkurrerte med mindre profilerte sponsorobjekter, slik som skøyteforbundet.

Når man likevel skal vurdere NSF sin elitesatsings samlede sponsorgunst, vurderes det som nærliggende å ta utgangspunkt i deres mest populære grener, langrenn og alpint.

⁶⁴ Ibid, avsnitt 33.

Sponsorens egenart er som nevnt en veldig viktig parameter når man skal avgrense markedet. Hvorvidt den enkelte sponsor skal selge et mer generelt produkt eller mer skispesifikke produkter er av betydning for hvor grensen for det relevante markedet skal trekkes.

Det vurderes likevel dithen at siden det eksisterer en rekke skispesifikke produkter med relativt høy markedsverdi, må grensen settes ved utøvelse av skiaktivitet. Det er derfor først og fremst bedrifter som sikter på å selge skirelaterte ting som er kundene på det aktuelle marked.

Norges Skiskytterforbund inngår ikke som en del av Norges Skiforbund, men flere av utøverne har høy kommersiell verdi og må anses å være et sponsorprodukt som er substituerbare med Norges Skiforbund. Dette kan underbygges av at skiskyting så sent som i 2015 ble forbigått av langrenn som Norges mest populære TV-idrett.⁶⁵

Innenfor langrennssporten eksisterer det også flere privatlag som konkurrerer i Ski Classics. Kjente konkurranser som inngår i dette formatet er langløpene Vasaloppet og Marcialonga. En del av konkurransene sendes på TV og det foreligger en viss interesse for å sponse de beste privatlagene. Likevel vurderes det slik at den totale oppmerksomheten rundt disse arrangementene og dens aktive utøvere ikke er i nærheten av hva som er tilfellet for de mest attraktive sponsorobjektene til NSF. Sponsing av lag og utøvere tilknyttet Ski Classics anses derfor ikke for å være substituerbare med sponsing av Norges Skiforbund.

Det relevante produktmarkedet består derfor av sponsoravtaler i regi av henholdsvis Norges Skiforbund og Norges Skiskytterforbund.

3.2 Avgrensing av det geografiske markedet

Det geografiske markedet defineres slik av EFTAs overvåkningsorgan:

«Et relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretak tilbyr varer eller

⁶⁵ RiksTV, «Langrenn mest populært på TV»
<https://www.rikskv.no/om-rikskv-old/aktuelt/2016/langrenn-mest-populart-pa-tv/>

*tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellig».*⁶⁶

Det ligger i kortene at det geografiske markedet for sponsing av skiidrett som et minimum inkluderer hele Norge. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det geografiske markedet også har en større rekkevidde.

I tilknytning til de mest populære skiidrettene kan det tenkes at sponsorene kan benytte seg av de mest kjente utøverne i profileringen av sine produkter også utenfor Norges landegrensler. Langrenn er eksempelvis populært i Sverige, mens skiskyting og alpint er populære idretter i Mellom-Europa. Det er særlig disse områdene som må vurderes om inngår i det samme relevante geografiske marked.

Når det gjelder kravet om tilstrekkelig ensartede konkurransevilkår, er det av betydning at de fleste av landene hvor vinteridrett er populært er en del av EØS-samarbeidet. Siden EØS-samarbeidet har som formål å fremme «like konkurransevilkår» for avtalepartene kan en derfor legge til grunn at det ikke eksisterer noen offentlige regulatoriske barrierer som vanskeliggjør konkurransen.⁶⁷

For mer fysiske produkter kan eksempelvis krav til holdbarhet, transportkostnader og nærhet til kundene være viktig parametere som tilsier en begrenset geografisk rekkevidde. Kommersielle avtaler sin immaterielle natur har derimot få slike begrensinger. Det vil som regel ikke være noen ekstra forpliktelser for kunden (sponsorene) til å utøve sponsorvirksomhet på tvers av landegrensene.

Norges Idrettsforbund har klare retningslinjer for utøvelse av kommersiell aktivitet i NIFs lov §14-4 (2) som gjelder for alle norske særforbund underlagt NIF. Her vil det være forskjeller fra land til land om hvilken adgang det er til å inngå kommersielle kontrakter med næringslivet. Dette kan trekke i retning av at konkurransevilkårene ikke er tilstrekkelig ensartet.

⁶⁶ EFTAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 8

⁶⁷ EØS-avtalen, art.1

Et sentralt moment ved vurderingen av rekkevidden av det geografiske markedet er adgangen til eksponering for sponsorene. Formålet med sponsorvirksomhet er å synliggjøre produktene. Særlig sentralt står da den oppmerksomheten vedkommende utøver får i media. Det er utvilsomt at den aktuelle utøver blir vesentlig mer eksponert i media i sitt eget hjemland enn i andre land. Det vil derfor være vesentlig mer krevende å oppnå ønsket oppmerksomhet med bruk av utenlandske sponsorobjekter. Samlet sett fører dette til at rekkevidden av det relevante geografiske marked må avgrenses til Norge.

Det relevante markedet er derfor markedet for sponsorkontrakter i regi av henholdsvis NSF og Norges Skiskytterforbund i Norge.

4 Konkurranseloven §10

4.1 Konkurransereglene om samarbeid

Konkurranseloven §10 regulerer de tilfellene hvor det foreligger et konkurransereglende samarbeid. Bestemmelsen skal forstås tilsvarende som EØS-avtalens artikkel 53 og TEUV art. 101 med det unntak at det etter norsk konkurranserett ikke gjelder et krav om at den eventuelle restriksjonen må ha betydning for samhandelen mellom nasjonene i EU og EØS-retten. Dette følger blant annet av Follo Taxi-dommen.⁶⁸

Det følger av bestemmelsen at enhver «avtale» mellom «foretak», enhver beslutning truffet av «sammenslutninger av foretak» og enhver «samordnet opptreden» som har som formål eller virkning å «hindre, innskrenke eller vri konkurransen» er forbudt. En ikke uttømmende liste av eksempler på slik konkurransereglende opptreden følger av bestemmelsens 1. ledd, bokstav a-e.⁶⁹

I tillegg til vilkårene som følger av ordlyden, må det etter forarbeidene innfortolkes et vilkår om at den eventuelle begrensingen på konkurransen må være *merkbar*.⁷⁰

4.2 «Foretak»-vilkåret

4.2.1 Utgjør Norges Skiforbund et «foretak»?

For at bestemmelsen skal få anvendelse må Norges Skiforbund være et «foretak».

⁶⁸ HR-2017-1229-A (Follo Taxi)

⁶⁹ Konkurranseloven §10

⁷⁰ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.225

Foretak er legaldefinert i konkurranseloven §2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet».

Ordlyden virker å favne bredt og i utgangspunktet inkludere alle enheter, både offentlig og privat som genererer penger ved virksomheten sin.

Det følger av forarbeidene at definisjonen er i overensstemmelse med foretaksbegrepet etter EU og EØS-retten.

EØS-avtalen art. 53 og 54, som forbudsbestemmelsene i den norske konkurranselovgivningen bygger på, har ingen definisjon av «foretak». En definisjon finnes imidlertid i EØS-avtalens protokoll 22 nummer 1. Her defineres foretak som «*enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art*». ⁷¹

Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at EU-domstolens praksis på dette området viser at begrepet dekker enhver som utøver virksomhet av økonomisk art og at det er uten betydning hvordan den bestemte enheten er rettslig regulert eller hvordan den er finansiert. ⁷²

EU-rettslig praksis viser at flere ulike idrettsorganisasjoner har blitt ansett som å være foretak. Eksempelvis så man av Kommisjonens avgjørelse i ISU-saken at det internasjonale skøyteforbundet ble vurdert til å drive med økonomisk aktivitet og dermed utgjorde et foretak. ⁷³ I den nevnte saken var spørsmålet hvorvidt ISUs regler, som åpnet opp for å utestenge utøvere som deltok på arrangementer som ikke var direkte regulert av ICU, var forenlige med konkurranseretten. De to nederlandske skøyteløperne som påberopte seg at dette var i strid med EUs konkurranserett, fikk medhold av EU sitt kontrollorgan.

Tilsvarende har man sett at det internasjonale fotballforbundet FIFA i PIAU-saken ble vurdert til å drive med «økonomisk aktivitet». ⁷⁴ Utav denne rettspraksisen kan man utlede at

⁷¹ EØS-avtalen protokoll 22 nummer 1.

⁷² Ot.prp. nr.6 (2003-2004) Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

⁷³ ISU, Sak 40208, Kommisjonen

⁷⁴ Piau ,C 193/02

idrettsforbund på internasjonalt nivå kan gå inn under foretaksbegrepet i EU-retten.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis hvor nasjonale forbund har blitt ansett for å utgjøre et foretak. I en sak som omhandlet salget av pakketurer i forbindelse med VM i Fotball i 1990 la Kommisjonen til grunn av både det internasjonale fotballforbundet og det italienske fotballforbundet ble vurdert til å drive med økonomisk aktivitet. Begge forbundene ble derfor ansett for å utgjøre foretak.⁷⁵

NSF omsatte for ca. 362 millioner kroner i 2019. Av dette beløpet knytter rundt 70% seg til inntekter fra markedsaktivitet.⁷⁶ Det fremgår tydelig at NSF driver betydelig virksomhet av økonomisk art. Ser man dette i sammenheng med den vide definisjonen som ordlyden i formålsbestemmelsen legger til grunn og rettspraksis på området, kan det ikke være tvil om at NSF er å anse som et «foretak».

Konklusjonen er derfor at NSF er et «foretak».

For at det skal foreligge en «avtale» mellom «foretak» forutsetter det at det er minimum to parter. Spørsmålet er derfor om landslagsutøverne som er den andre parten i landslagsavtalen også er et foretak.

4.2.2 Er landslagsutøverne et «foretak»?

Som det fremgikk av forrige drøftelse, er det avgjørende vurderingskriteriet etter praksis fra EU og EØS i tilknytning foretaks-vilkåret hvorvidt det foreligger virksomhet av økonomisk art. Den rettslige karakteristikken til tolkningsobjektet er ikke av betydning i forbindelse med vurderingen av hvorvidt det foreligger et «foretak».

I Deliège-saken gikk en belgisk kvinnelig judoutøver til sak mot sitt eget forbund for måten de praktiserer uttakskriterier til internasjonale stevner på.⁷⁷ Hun mente at hennes mulighet til å delta i økonomiske aktiviteter hadde blitt skadelidende som en følge av dette. I forbindelse

⁷⁵ EUT 1992 L 326, *Distribution of package tours during the 1990 World Cup*

⁷⁶ Årsregnskap for Norges Skiforbund 2019 (Offentlig tilgjengelig informasjon fra Brønnøysundregisteret)

⁷⁷ Christelle Deliège C-51/96 & C-191/97

med spørsmålet om hvorvidt Deliège drev økonomisk aktivitet og således var et «foretak» uttalte retten at *«it must be stated that sporting activities and, in particular, a high-ranking athlete's participation in an international competition are capable of involving the provision of a number of separate, but closely related, services»*.⁷⁸

Det ble følgelig lagt til grunn at deltagelse for høyt rangerte utøvere i internasjonale konkurranser tilsvarer yting av tjenester. Domstolen begrunnet dette blant annet med hvilken betydning utøveren kunne ha for arrangements publikumsappell, kringkastingsverdien av arrangementet, og verdien av å bli lagt merke til for eventuelle sponsorer.

Etter rettspraksis kan man derfor utlede at idrettsutøvere kan dekkes av «foretak» begrepet.

I dette tilfellet er det klart at utøvere på landslagsnivå i grener tilknyttet Norges Skiforbund er ettertraktete både for publikum, media og eventuelle sponsorer. De tilbyr således en tjeneste i samsvar med hva som ble lagt til grunn i Deliège-saken. Hvis man også ser på den lave terskelen som generelt er lagt til grunn i rettspraksis for hva som defineres som virksomhet av økonomisk art, må det legges til grunn at utøvere på landslagsnivå tilknyttet NSF utgjør et «foretak».

Konklusjonen er derfor at landslagsutøvere tilknyttet NSF utgjør et «foretak».

4.3 «Avtale» eller «samordnet opptreden» mellom foretak

4.3.1 Er det inngått en «avtale» mellom NSF og landslagsutøverne?

Før det foretas en vurdering av hvorvidt det faktisk foreligger en konkurransebegrensning, må det vurderes hvorvidt inngangsvilkåret om det foreligger en «avtale» er oppfylt.

Spørsmålet er derfor hvorvidt landslagsavtalen utgjør en «avtale» mellom foretak.

⁷⁸ Ibid, premiss 56.

Ordlyden av «avtale» tilsier at det må være en felles enighet mellom partene om hvordan de skal opptre på markedet.

I EUs rettspraksis har «avtale»-begrepet blitt tolket vidt. I ACF Chemiefarma-saken legger retten til grunn at det foreligger en avtale hvis partene har uttrykt en felles vilje til å koordinere opptreden i markedet.⁷⁹ Dette utgangspunktet har også blitt fulgt opp i senere rettspraksis, se BAI mot Bayer.⁸⁰

Vurderingen videre må derfor basere seg på hvorvidt partene har uttrykt en slik felles vilje til å koordinere sin atferd i markedet.

Det er ingen tvil om at det foreligger en avtale i form av landslagsavtalen som regulerer markedsatferden til NSF og deres landslagsutøvere. Artikkel 5.3 regulerer adgangen utøveren har til å inngå markedsavtaler som landslagsutøver. Dette må anses som en formalisert kontrakt hvor partenes felles vilje om hvordan de ønsker å regulere adgangen til å inngå sponsoravtaler for utøverne eksplisitt fremgår.

Spørsmålet er imidlertid hvorvidt en avtale hvor den enkelte utøvereer er tvunget til å signere for å få konkurrere på internasjonalt nivå faktisk er et reelt uttrykk for utøverens vilje.

Det finnes eksempler fra offentlig sektor hvor «avtalen» er inngått på bakgrunn av offentlige direktiver og hvor den ene parten som ikke er offentlig har hatt ingen eller begrenset partsautonomi. I slike tilfeller har underrettspraksis i tilknytning til EU-retten konkludert med at det ikke foreligger en «avtale» etter konkurranselovgivningen.⁸¹ Dette fenomenet blir omtalt som «state compulsion» i litteraturen.⁸²

Når man skal vurdere avtalebegrepet i tilknytning til en avtale inngått med to private parter viser imidlertid praksis fra underretten at graden av valgfrihet ved avtaleinngåelsen ikke er

⁷⁹ *ACF Chemiefarma NV* C 41/69, premiss 112

⁸⁰ *Bai and Commision vs. Bayer* C 2/01 & C 03/01, premiss 97.

⁸¹ *CSND*, T-513/93

⁸² Erling Hjelmeng, *Offentlig regulering og konkurranseretten: En analyse av «state compulsion»-forsvaret*, 1.utg, Universitetsforlaget 2009

relevant.⁸³ Dette standpunktet er også fulgt opp i juridisk teori.⁸⁴ Det er derfor uten betydning for oppfyllelse av avtale-vilkåret at det er NSF som dikterer betingelsene i standardavtalen.

Når man legger det overnevnte til grunn, og ser det i sammenheng med den vide forståelsen av avtale-begrepet som følger av rettspraksis, kan det ikke være tvil at landslagsavtalen må anses som et uttrykk for partenes felles vilje til å koordinere markedet.

Konklusjonen er derfor at «avtale»-vilkåret i konkurranseloven §10 er oppfylt.

4.3.2 Samordnet opptreden

Hvis det oppdages en «samordnet opptreden» med konkurransebegrensede formål eller virkning, kan også konkurranseloven §10 komme til anvendelse. Det følger av rettspraksis at dette alternativet utgjør et supplement til «avtale-begrepet», og at dette gjelder hvor partene ikke har uttrykt en felles vilje til å koordinere markedskreftene, men likevel har en form for samlet opptreden som bør dekkes av konkurranselovgivningen.⁸⁵

Den nærmere avgrensingen av hva som er en «avtale» og hva som utgjør «samordnet opptreden» kan være vanskelig. I dette tilfellet foreligger det imidlertid en så klar «avtale» mellom NSF og utøverne at det ikke er behov for å drøfte hvorvidt det foreligger en samordnet opptreden.

4.4 Ulovlig konkurransebegrensning

4.4.1 Presentasjon av vurderingstemaet i formålsvurderingen

Spørsmålet er videre om landslagsavtalen, jf. Fellesreglementet 205.1, har et konkurransebegrensende formål.

⁸³ Cimenteries CBR, T 25/95, premiss 2557

⁸⁴ Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1.utg, Gyldendal Norske Forlag 2009, s. 104

⁸⁵ *Anic Partecipazioni SpA C 49/92*, premiss 131-133.

Det følger av konkurranseloven §10 at «enhver avtale (...) som har som *«formål»* eller *«virkning»* å hindre, innskrenke eller vri konkurransen er forbudt».

Konkurranseloven stiller i bokstav a-e opp en ikke uttømmende liste over handlemåter som kan anses for å ha et slikt formål eller virkning. Ingen av de nevnte eksemplene synes å være særlig relevant for denne konkrete analysen. Det er uansett lagt til grunn i rettspraksis at det må foretas en konkret vurdering fra sak til sak for å se om det eksisterer et forhold som etter sin natur anses å være skadelig for konkurransen.⁸⁶

Vilkårene «formål» og virkning» utgjør alternative vilkår. Dette kan utledes av ordlyden «eller» som skiller de to vilkårene. Dette skillet er også fulgt opp i EUs rettspraksis, se bl.a. *Société Technique Minière-saken*⁸⁷

Praksis fra EU-domstolen viser også at det er hvorvidt det foreligger et konkurransebegrensede «formål» i avtalen som må undersøkes først. Virkningsanalysen blir kun nødvendig å foreta hvis man ikke klarer å utlede et konkurransebegrensende formål av selve avtalen.⁸⁸

Denne avgrensingen er viktig fordi en formålsanalyse og en virkningsanalyse etter EU-retten er «*based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation*».⁸⁹

Spørsmålet må derfor være hvorvidt landslagsavtalen har et *«formål»* som kan hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

Ordlyden av «formål» indikerer at noe av hensikten med avtalen er å regulere en bestemt markeds mekanisme som etter loven potensielt er ulovlig.

⁸⁶ *Groupement des cartes bancaires* C-67/13.

⁸⁷ *Société Technique Minière* C-56/65

⁸⁸ *Allianz Hungária* C-32/11, premiss 34

⁸⁹ *Société Technique Minière* C-56/65, s.248

Follo Taxi-dommen og nyere praksis fra EU-domstolen har avklart hvilken terskel og hvilket vurderingstema som danner utgangspunkt for vurderingen av om formålet er konkurransetrådig.

I Follo Taxi-dommen var saksforholdet at Oslo Universitetssykehus hadde lagt ut to ulike ruter for pasientreiser på anbud.⁹⁰ Ski Taxi og Follo Taxi hadde lagt in et felles anbud i begge konkurranser gjennom sitt felleseide selskap Ski Follo Taxidrift. Konkurransetilsynet mente dette var i strid med konkurranseloven §10 siden begge partene kunne lagt inn hvert sitt anbud i konkurransene. Under Høyesterett sin behandling gjaldt spørsmålet om hvorvidt det forelå en formålsovertredelse.

For å avgjøre dette hadde Høyesterett hentet inn en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. I denne uttalelsen fremgår det at hvis det skulle foreligge en formålsrestriksjon etter EØS art. 53, nr.1 (tilsvarende konkurranseloven §10), «*så må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*». ⁹¹

Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolen sin uttalelse og mente den bidro til «*en klargjøring og utdyping*» av vilkåret sett i forhold til hva som forelå av blant annet Gran & Ekran-dommen. I Gran & Ekran-dommen ble det uttalt i en obiter dictum uttalelse at det var tilstrekkelig at formålet var egnet til å være konkurransebegrensende.⁹² Avgjørelsen fra Høyesterett i Follo Taxi-dommen innebar derfor en skjerpelse av terskelen for hva som utgjør et konkurransebegrensende formål.

Dette harmonerer også med domstolen sin uttalelse i Groupement des cartes bancaires-saken om at en formålsrestriksjon må utgjøre en «*sufficient degree of harm to competition*». ⁹³

Vurderingen av hvorvidt formålet i landslagsavtalen er konkurransebegrensende vil derfor være hvorvidt det utgjør «*tilstrekkelig skade*» på konkurransen.

⁹⁰ HR-2017-1229-A (Follo Taxi)

⁹¹ Ibid, premiss 36

⁹² HR-2012-1942-A (Gran & Ekran)

⁹³ Groupement des cartes bancaires C-67/13, premiss 49

4.4.2 «Tilstrekkelig skadelig» for konkurransen

Spørsmålet er hvorvidt formålet i Landslagsavtalen er «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen.

Det må ses hen til hvilke vurderingsmomenter som er relevante ved vurderingen. I Follo-Taxi dommen gir EFTA-domstolen anvisning på dette når de uttaler at *«for å vurdere om en avtale mellom foretak (...) er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i»*.⁹⁴

For å avgjøre om landslagsavtalen har et formål som er *«tilstrekkelig skadelig for konkurransen»*, vil det derfor bli gjennomført en helhetsvurdering hvor hvert av disse momentene gjennomgås.

Når man skal se på innholdet i landslagsavtalen er det relevant å se på de aktuelle bestemmelsene som regulerer retten til å inngå markedsavtaler. Behovet for å foreta denne vurderingen kan man utlede av EUs rettspraksis som har lagt til grunn at en bestemt formålsrestriksjon bør kunne utledes av avtalen i seg selv.⁹⁵

Rettspraksis viser også at det er avtalens objektive innhold som skal utledes.⁹⁶ Det vil dermed være en naturlig språklig forståelse av ordlyden som utgjør utgangspunktet for vurderingen.

Innholdet i markedsreguleringen er tidligere beskrevet i del 2 av oppgaven. Oppsummert så følger det av NSF sitt reglement at markedsavtaler med næringslivet kun kan inngås mellom NSF og den aktuelle sponsoren. Det åpnes imidlertid opp for at den enkelte utøver kan inngå markedsavtaler hvis vilkårene i Fellesreglementet punkt 2.6.2.5 og landslagsavtalen er oppfylt.

Adgangen til å inngå slike avtaler forutsetter at NSF informeres om forhandlingene og aksepterer avtalen. I tillegg har de krav på å motta en rimelig del av avtalens verdi, nærmere

⁹⁴ Ibid, premiss 36.

⁹⁵ *Société Technique Minière C-56/65, s.249*

⁹⁶ *NV IAZ and others, C-96-102, 104, 105, 108, 110/82 (forente saker)*

presisert i landslagsavtalen for den enkelte gren.⁹⁷ NSF kan imidlertid nekte utøveren å inngå en slik avtale. Nektelsen krever «saklig grunnlag». Eksempler på slike grunnlag er at skiforbundet allerede har en kontrakt med en sponsor som opererer på samme marked eller at sponsorens produkter er i strid med idrettens regelverk.

Den konkrete nektelsen kan stille utøverne i en situasjon der de ikke får konkurrert med NSF om adgangen til å inngå sponsoravtaler på det aktuelle markedet. Utøverne har riktignok muligheten til ikke å signere kontrakten, men da får de ikke delta i internasjonale konkurranser, jf. Fellesreglementet 205.2. Siden Norges Skiforbund regulerer alle større skikonkurranser, vil dette da innebære at den aktuelle utøver i realiteten blir utestengt fra å bedrive sporten. Den kommersielle verdien til utøvere som ikke konkurrerer på internasjonalt nivå antas å være rimelig moderat.

Den potensielle verdien av markedsrettighetene for de aller beste utøverne er imidlertid stor. Verdien av Petter Northug sin avtale med Coop ble eksempelvis i media stipulert til å være verdt 30 millioner kroner.⁹⁸ Selv om det nok er få andre utøvere som har hatt et tilsvarende markedspotensielle som Northug, indikerer dette at verdien på sponsorkontraktene kan være store og at utøverne potensielt går glipp av betydelige summer.

Det er imidlertid ikke nok at den aktuelle konkurransebegrensningen er ødeleggende for utøverne. Forbrukerne og aktuelle sponsorer må også bli skadelidende av nektelsen. Sponsorer kan bli fratatt mulighetene til å ha kommersielle avtaler med utøvere og dermed få promotert sine produkter som en følge av skiforbundets praksis. Det vil kunne utgjøre en konkurransebegrensning at kun et selskap på det aktuelle markedet vil kunne få adgang til å markedsføre produktene sine.

Dette utgangspunktet må likevel nyanseres. Skiforbundets regler fører ikke automatisk til en nektelse. Tvert imot, krever nektelsen et saklig grunnlag. Dette innebærer at utøverne som regel inngår sponsoravtaler av en viss verdi. I konkurransekontekst, er det likevel verdt å nevne at NSF sitt reglement er opptatt av å sikre bransjeeksklusivitet for sine egne sponsorer.

⁹⁷ Landslagsavtalen 5.3.4

⁹⁸ Nils Manglerød, «Inngikk 30 millioners-avtale: Visste at Northug var umotivert, VG, 17 oktober 2018 <https://www.vg.no/sport/langrenn/i/BJ9xx7/inngikk-30-millionersavtale-visste-at-northug-var-umotivert> (lest 8 september 2020)

Dette er i seg selv ødeleggende for konkurransen. Selv om utøveren generelt har en vidtrekkende rett til å inngå kommersielle avtaler, så vil denne adgangen være snever der hvor NSF allerede har en avtale med en part innenfor samme bransje.

Dette kan også ha konsekvenser for utviklingen av nye produkter. I tilknytning til markedsavtaler med idrettsutøvere ser man ofte at det utvikles nye produkter. Nektelsen kan altså føre til at det blir et dårligere tilbud for den enkelte forbruker ved at det utvikles færre sponsorprodukter. Færre aktører på markedet vil også medføre mindre priskonkurranse.

Til tross for at terskelen som er lagt til grunn i rettspraksis er relativt høy, vurderes det dithen at innholdet i avtalen indikerer at landslagsavtalen er av en slik karakter at den er «tilstrekkelig skadelig for konkurransen».

Ved kartlegging av formålet med avtalen må det først vurderes i hvilken grad partenes subjektive hensikt med å inngå avtalen skal vektlegges. I Gran & Ekran-dommen la Høyesterett til grunn at det avgjørende ved vurderingen om det forelå et konkurransebegrensende formål var hvilket formål som «rent objektivt blir fremmet» med henvisning til EU-retten.⁹⁹ Subjektive forhold skulle ikke vektlegges.

I Follo Taxi-dommen ble dette utgangspunktet nyansert. I sin tolkningsuttalelse uttalte EFTA-domstolen at «*selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning*». Dette harmonerer også med hva som følger av annen EU-praksis, se bl.a. General Motors-saken.¹⁰⁰

Formålet med markedsreguleringen kan ikke utledes direkte av avtalen. I Fellesreglementet 206.1 oppgis formålet til å være å regulere samarbeidet mellom NSF og næringslivet, samt synliggjøre hva som er utøverens plikter og rettigheter i tilknytning til markedsavtaler. Av denne ordlyden kan det utledes at regelverket bygger mest på et behov for å ha tilstrekkelig klare regler.

⁹⁹ HR-2012-1942-A (Gran & Ekran) avsnitt 64, *T-Mobile C-8/-08*, premiss 27.

¹⁰⁰ *General Motors [C3] C-551/03*, premiss 79

I Landslagsutvalgets rapport som ble laget forut for vedtakelsen av Fellesreglementet 205.2 blir det imidlertid uttalt at «*dersom flere av de beste utøverne velger å stå utenfor landslaget, vil dette ha vesentlig negativ innvirkning på forbundets markedsinntekter.*»

Denne uttalelsen har betydelig vekt når det kommer til å avdekke hva det objektive formålet med markedsreguleringen i landslagsavtalen er siden det er i denne bestemmelsen at kravet om å delta på landslag stilles. Det er tydelig at NSF ønsker å beskytte egne markedsinntekter og sin egen posisjon på markedet.

Det fremgår videre at bakgrunnen for behovet for å verne om markedsinntekter er forankret i å optimalisere satsningen på elitenivå samtidig som man sørger for at rekrutteringsarbeidet ivaretas etter beste evne.

Det følger imidlertid av rettspraksis, se BIDS og IAZ, at et legitimt formål er uten betydning så lenge formålet objektivt sett er egnet til å skade konkurransen.¹⁰¹ I IAZ-saken var det uten betydning at det eksisterte et formål om å bedre folkehelsen, så lenge avtalen også hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁰²

I tilknytning til denne drøftelsen kan det derfor ikke vektlegges at det eksisterer et formål om å beskytte egne markedsrettigheter med tanke på å tilrettelegge for best mulig rammebetingelser for både bredde og elite.

Det vurderes derfor dithen at det objektive formålet ved markedsreguleringen i landslagavtalen, jf. Fellesreglementet 205.1 er å sikre at NSF kan tvinge potensielle andre aktører på markedet til å avstå fra å konkurrere mot dem for å ivareta egne markedsinntekter. Dette trekker i retning av at avtalens objektive formål er «tilstrekkelig skadelig for konkurransen».

¹⁰¹ BIDS C-209/07, premiss 21

¹⁰² NV IAZ and others, C-96-102, 104, 105, 108, 110/82 (forente saker), premiss 25

For å avgjøre hvorvidt en avtale har et formål som er konkurransebegrensende, må det også ta hensyn til i hvilken kontekst avtalen opererer i.

Man kan utlede av rettspraksis at enkelte avtaler som etter sitt objektive innhold anses å ha et konkurransebegrensende formål, likevel ikke har det når man ser det i sammenheng med konteksten avtalen er utformet i. Et eksempel på dette er Premier League-dommen som omhandlet lisensrettigheter knyttet til den engelske fotballserien Premier League.¹⁰³

I *Cartes Bancaires*-saken legger domstolen til grunn at ved gjennomføringen av en kontekstanalyse, er det viktig å vurdere alle relevante aspekter ved den økonomiske og rettslige konteksten avtalen inngår i. Relevante aspekter vil i denne sammenheng vært kontekstuelle forhold som indikerer at avtalen likevel ikke har et formål som er «tilstrekkelig skadelig for konkurransen».

Landslagsavtalen inngår som nevnt i et rettslig landskap hvor den bygger på Fellesreglementet og NIF sine bestemmelser om markedsregulering. Viktigheten av å være på landslag følger av Fellesreglementet 205.2. Disse bestemmelsene sikrer NSF et tilnærmet monopol på sponsormarkedet tilknyttet skiidrett om man ser bort fra sponning av skiskyttere.

Den økonomiske konteksten for avtalen tilsier at enkeltutøvere knyttet til NSF blir fratatt muligheten til å kunne utnytte sin kommersielle verdi til fulle.

Ser man alle momentene i sammenheng må det legges til grunn, på tross av den høye terskelen, at avtalen har et formål som utgjør en «tilstrekkelig skade» på konkurransen.

Konklusjonen er derfor at det foreligger et konkurransebegrensende «formål».

¹⁰³ *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others* (C-403/08) and *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* (C-429/08). avsnitt 140

4.5 Merkbarhetskriteriet

Det følger av forarbeidene til §10 at det som i EU og EØS-retten skal innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart.¹⁰⁴ Société Technique Minière-saken er et eksempel fra rettspraksis hvor kravet om at begrensingen må være merkbar nevnes eksplisitt.

Av Domstolens behandling i Expedia-saken fremgår det imidlertid at alle avtaler med konkurransebegrensende formål er merkbare etter sin natur. Vurderingen av om noe er merkbart er kun aktuelt å foreta i forbindelse med konkurransebegrensende virkninger. Det er derfor ikke nødvendig å foreta en egen merkbarhets-analyse for denne avtalen.¹⁰⁵

Vilkåret om at virkningen på konkurransen er «merkbar» er derfor oppfylt siden det foreligger et formål som etter sin natur er egnet til å sette begrensinger på konkurransen.

Alle vilkårene etter bestemmelsen 1.ledd er derfor oppfylt.

4.6 Effektivitetsgevinster

Til tross for at vilkårene i 1.ledd er oppfylt, foreligger det en mulighet etter 3.ledd for at konkurransebegrensende opptreden likevel kan være tillatt.

Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår som alle må være oppfylt. Avtalen må for det første «bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Videre må det sikre forbrukeren «en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd». De to siste vilkårene er avgrenset negativt og forutsetter at den bestemte opptreden er gjort uten «å pålegge foretak restriksjoner som er absolutt nødvendige for å nå dette mål» (effektivitetsgevinsten) eller å «gi å gi disse foretak mulighet til å utelukke

¹⁰⁴ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.224.

¹⁰⁵ Expedia C-226/11, avsnitt 28

konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder»

Unntaket etter 3.ledd omtales både i litteraturen og av EU-kommisjonen under fellesbetegnelsen «effektivitetsgevinster» og sikter til de tilfeller hvor den konkurransemessige fordelene med en bestemt opptreden oppveier ulempene.¹⁰⁶ Det følger av kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av unntakshjemmelen at det er eventuelle samfunnsøkonomiske fordeler bestemmelsen er utformet med tanke på.¹⁰⁷ I teorien er det fastslått at terskelen for hva som kan utgjør tilstrekkelig effektivitetsgevinster er høy.¹⁰⁸

Det er ingen holdepunkter for at NSF sitt reglement om markedsregulering fører til noen samfunnsøkonomiske fordeler i form av bedre produksjon eller teknologisk utvikling. Det må derfor legges klart til grunn at unntaksbestemmelsen etter §10,3.ledd ikke gjør seg gjeldende for landslagsavtalen.

Det er heller ingen gruppeunntak etter 4.ledd som har relevans for dette tilfellet.

Vilkårene i konkurranseloven §10 er derfor oppfylt.

¹⁰⁶ Evensen og Sæveraas (2009), s. 162

¹⁰⁷ Kommisjonen, *Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC)*

¹⁰⁸ Richard Whish & David Bailey, *Competition law*, Oxford University Press, 9.utgave, 2018, s. 160

5. Konkurranseloven §11

5.1 Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Det følger av konkurranseloven §11 at et eller flere «foretak» sin «utilbørlige utnyttelse» av sin «*dominerende stilling*» er forbudt.

I bestemmelsens andre ledd følger det en ikke uttømmende liste over handlingsmåter som utgjør typiske eksempler på en slik utilbørlig utnyttelse. Ingen av disse er særlig relevant for denne oppgaven.

Lovens forarbeider forutsetter at bestemmelsen er en nasjonal tilpassing av EØS-artikkel 54. Praksis fra EU og EØS vil derfor både være relevant og veie tungt ved anvendelsen av bestemmelsen. Det følger videre av forarbeidene at det likevel kan forekomme nasjonale tilpasninger etter norsk konkurranselovgivning som ikke nødvendigvis er ensartet med EU-retten.¹⁰⁹

Det er klart at NSF utgjør et «foretak», jf. drøftelsen om dette under §10.

5.2 Dominerende stilling

Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en «dominerende stilling» består av to hovedkomponenter. Først må det relevante markedet defineres før man går inn på hvorvidt det foreligger en «dominerende stilling».¹¹⁰

Det relevante markedet er markedet for sponsorkontrakter i regi av henholdsvis NSF og Norges Skiskytterforbund i Norge, jf. tidligere drøftelse.

¹⁰⁹ Ot.prp. (2003-2004) nr.6 Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), s.225

¹¹⁰ Evensen og Sæveraas (2009), s. 286

Spørsmålet er videre om NSF innehar en «dominerende stilling» på markedet for sponsorkontrakter tilknyttet skiidrett i Norge.

Ordlyden av «dominerende stilling» tilsier at det må foreligge et forhold hvor NSF er i en så sterk posisjon at de i stort omfang kan bestemme rammebetingelsene på det aktuelle markedet.

Hva som utgjør en «dominerende stilling» er i første rekke klargjort ved United Brands dommen:

*«The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”.*¹¹¹

Definisjonen inneholder to ulike elementer; muligheten til å hindre effektiv konkurranse og muligheten til uavhengig opptreden.¹¹² Terskelen for hva som er tilstrekkelig uavhengig opptreden kan utledes av ordlyden «*appreciable extent*». Den uavhengige opptreden må derfor være av merkbar grad for at det skal foreligge en dominerende stilling.

Norges Skiforbund omsatte for 362, 3millioner kroner i 2019. Av dette beløpet kommer 251,3 millioner av inntektene fra markedsinntekter.¹¹³ Norges Skiskytterforbund hadde på sin side markedsinntekter på 44, 4 millioner i 2019.¹¹⁴ Av dette kan det utledes at NSF har en markedsandel på hele 85% av det aktuelle markedet.

I Hoffmann-La Roche-saken ble det lagt til grunn at en markedsandel på opp mot 80% for salg av vitaminer utgjorde en tilstrekkelig grad av uavhengighet.¹¹⁵

¹¹¹ *United Brands*, C 27/76, avsnitt 65.

¹¹² Evensen og Sæveraas (2009), s.306

¹¹³ Årsregnskap Norges Skiforbund 2019 (Offentlig tilgjengelig informasjon fra Brønnøysundregisteret)

¹¹⁴ Årsregnskap Norges Skiskytterforbund 2019 (Offentlig tilgjengelig informasjon fra Brønnøysundregisteret)

¹¹⁵ *Hoffmann-La Roche* C-85/76

Med henvisning til denne saken uttale domstolen i AZKO-saken at «*very large shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position*».¹¹⁶ Det foreligger derfor en presumsjon for at det aktuelle selskapet innehar en dominerende stilling hvis markedsandelen er tilstrekkelig stor. I samme sak la retten til grunn at en markedsandel på 50% eller mer utgjorde en tilstrekkelig stor markedsandel til at presumsjonen skulle gjelde.

Det er imidlertid ingen automatikk i at det er nødvendig å ha en markedsandel på 50% for å ha en dominerende stilling. I British Airways-saken var en markedsandel på 39,7% tilstrekkelig for å nå opp til terskelen sett i sammenheng med de øvrige omstendighetene i saken.¹¹⁷

Når man tar utgangspunkt i NSF sin markedsandel på hele 85%, er det utvilsomt at det gjelder en sterk presumsjon for at NSF innehar en dominerende stilling.

I forarbeidene til konkurranseloven er det imidlertid lagt til grunn at det må foretas en helhetsvurdering hvor markedsandelen er av vesentlig betydning, men at også andre momenter kan få betydning. Momenter som trekkes frem i forarbeidene som relevante er etableringshindringer, øvrige konkurrenters markedsandel og kundenes kjøpemakt.¹¹⁸

Eksempler fra Konkurransetilsynet praksis viser at en slik helhetsvurdering er blitt gjort selv om markedsandelen er veldig høy. I et vedtak om underprising på ruten Oslo-Haugesund undersøkte Konkurransetilsynet hvilke etableringshindringer som lå i markedet til tross for at SAS hadde en markedsandel på 80%.¹¹⁹

Fraværet av etableringshindringer på markedet kan potensielt indikere at det ikke eksisterer en dominerende stilling selv om markedsandelen er stor. Dette er fordi markedet får et dynamisk preg og det dermed er vanskeligere å utøve markedsrett for det enkelte foretak.¹²⁰

¹¹⁶ AZKO C-62/86, premiss 60

¹¹⁷ British Airways C-95/04

¹¹⁸ NOU 2003:12, s.58

¹¹⁹ Konkurransetilsynet, V-2005-9 – Konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo - Haugesund

¹²⁰ Evensen og Sæveraas (2009), s. 310

I dette tilfellet vurderes det imidlertid dithen at det er vanskelig for nye aktører å etablere seg på markedet. NIFs lov og NSF reglement om markedsavtaler sikrer at forbundene har nærmest enerett til å regulere markedsaktiviteten. Siden det er de to forbundene som også tar ut utøvere til internasjonale renn vil man ha en situasjon der det nærmest er umulig å etablere seg på markedet for nye aktører. Man har sett i praksis at det etableres såkalte privatlag for utøvere som ikke er gode nok til å bli tatt ut på landslaget. Den kommersielle verdien av slike lag er imidlertid veldig liten og vil ikke utfordre markedsdominansen til NSF. Det samme gjelder for privatlag som konkurrerer i FIS-arrangerte Ski Classic.

Det er heller ingen holdepunkter for at forbrukerne har særlig stor innflytelse på markedet. Presumsjonen om at høye markedsandeler tilsier at det foreligger en dominerende stilling må derfor legges til grunn.

Alle omstendigheter tatt i betraktning er det derfor klart at NSF innehar en «dominerende stilling» på markedet.

5.3 Utilbørlig utnyttelse

Spørsmålet er om NSF utnytter sin dominerende stilling på «utilbørlig» vis. Ordlyden av «utilbørlig» indikerer at det må foreligge et slags misbruk av markedsmakten.

I Tine-dommen uttaler Høyesterett følgende om konkurransemulighetene for dominerende foretak:

*«Utgangspunktet er altså at dominerende foretak har anledning til å konkurrere, og også konkurrere hardt, så lenge det skjer på grunnlag av kvalitet, pris mv. Derimot er det ikke adgang for et dominerende foretak til å påvirke konkurransen ved hjelp av andre midler enn det som må anses som normalt i forbindelse med næringsdrivendes utbud av varer eller tjenester».*¹²¹

¹²¹ HR-2011-1251A (Tine-dommen), avsnitt 68.

Det er følgelig de tilfellene hvor man går lengre enn hva som anses som sunn og vanlig konkurranse at «utilbørlig» vilkåret har sin anvendelse. Det kan by på utfordringer å trekke skillet mellom hva som er lovlig konkurranse og hva som ikke er tillatt.

I Hoffmann-La Roche-saken har EU-domstolen definert utilbørlighets-vilkåret på følgende måte:

*«The concept of an abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market, where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products and services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition».*¹²²

Kjernen av vurderingen tilknyttet utilbørlighets-vilkåret er med andre ord å foreta en objektiv vurdering av hvorvidt en bedrifts opptreden på markedet resulterer i en svekket konkurranse. Det er avgjørende at denne opptreden avviker fra det som anses som normalt.

Tine-dommen henviser til EU-praksis når den legger til grunn at det foreligger et «særlig ansvar» for ikke å skade konkurransen om man er et dominerende foretak. Vurderingen av hvorvidt det foreligger brudd må være «konkret, basert på forholdene i det enkelte tilfellet».¹²³ Det må med andre ord foretas en helhetsvurdering for hvert enkelt tilfelle.

Vurderingen må ses i sammenheng med formålsbestemmelsen i konkurranseloven §1. Her angis formålet til å være å fremme konkurranse for å utnytte samfunnets ressurser på best måte. Det er følgelig konkurransen i seg selv som er beskyttelsesverdig og ikke hensynet til den enkelte aktør på markedet. I tillegg til dette vektlegges hensynet til forbrukeren sterkt.

I Hoffmann-La Roche-saken har utestengelse av potensielle konkurrenter blitt trukket frem som et element som kan indikere utilbørlig opptreden. Domstolen legger til grunn at slik

¹²² Hoffmann-La Roche C-85/76, avsnitt 91

¹²³ Tine-dommen, avsnitt 72

utestengelse kan være skadelig for selve konkurranseprosessen.

Ytterligere veiledning for hva som utgjør utestengende opptreden finnes i Kommisjonens veiledning for tolkning av bestemmelsen.¹²⁴ Denne veiledningen er ikke et juridisk bindende dokument, men gir god anvisning på hva Kommisjonen vektlegger ved vurderingen om det foreligger utilbørlig markedsopptreden.

I veiledningens art. 19 legges det til grunn til at dersom en slik utestengelse fører til redusert forbrukervelferd, kan det være holdepunkter for at en slik opptreden er utilbørlig.

NFF sin landslagsavtale, jf. Fellesreglementet åpner helt klart opp for å utestenge konkurrenter fra markedet. Det må riktignok understrekes at en nektelse krever en «saklig grunn». Adgangen til å komme inn på sponsormarkedet for utøvere på landslaget er derfor absolutt til stede til tross for ordningen med forhåndsgodkjenning.

Det må likevel legges til grunn at nåværende regelverk åpner opp for en relativt omfattende utestengelse av potensielle konkurrenter. Av plasshensyn og ut ifra ønsket om å holde oppgaven til rettslige forhold, vil det ikke bli foretatt noen omfattende samfunnsøkonomisk analyse av hvilken effekt dette vil ha på den enkelte forbruker.

Det må imidlertid kunne fastslås med rimelig stor sikkerhet at når NSF sitter med så stor markedsandel som de gjør, vil forbrukerne kunne bli skadelidende på flere måter. I fraværet av konkurranse vil færre produkter bli markedsført. Dermed vil ikke produsentene av disse produktene få den oppmerksomheten som gjør at de har en realistisk mulighet til å utfordre andre markedsledende aktører både på pris og kvalitet. Særlig vil dette være av stor betydning for de aktørene som spesialiserer seg på skispesifikke produkter. Det kan derfor trolig konkluderes med at forbrukeren går glipp av både et større utvalg og mer konkurransedyktige priser på grunn av NFF sitt regelverk.

I ISU-saken ble det internasjonale skøyteforbundets regler om forbud mot å delta på ikke ISU-akkrediterte stevner, vurdert til å være konkurransestriddig. Overføringsverdien består i at

¹²⁴ Kommisjonen, «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*»

idrettsregler fra det ledende forbundet, som forbyr øvrige aktører å komme inn på det aktuelle sponsormarkedet, vil kunne innebære en forbudt konkurransebegrensning.

Kommisjonen har i sin veiledning også vektlagt størrelsen på markedsandelen i vurderingen av utilbørighetskriteriet. Jo større markedsandelen er, jo mindre kreves det for at en bestemt atferd skal anses som utilbørlig. Ses dette i sammenheng med at NSF har en markedsandel på opp mot 85%, trekker dette derfor i retning av at NSF sin opptreden er utilbørlig.

For å avgjøre spørsmålet ses det hen til hvilke ulemper landslagsavtalen medfører for konkurransen som helhet og dermed også for forbrukerens velferd. Tatt i betraktning hvilket ansvar NSF med sin markedsrett har for å bidra til sunn konkurranse, vurderes det dithen at det foreligger misbruk av markedsrett.

Konklusjonen er derfor at NSF sin opptreden er «utilbørlig».

Det følger av Tine-dommen at det også for §11 må innfortolkes et vilkår om at den aktuelle begrensningen på konkurransen må være «merkbar».

Denne vurderingen er imidlertid den samme som etter konkurranseloven §10. Av plasshensyn henvises derfor leseren til å se vurderingen av dette vilkåret under drøftingen tilknyttet §10.

Konklusjonen er at alle vilkårene etter §11, 1.ledd er oppfylt.

5.4 Objektivt rettferdiggjørende grunner

Det følger av rettspraksis fra EU og Kommisjonen sin veiledning om art. 102 i EU-traktaten at det er åpning for at misbruk av dominerende stilling likevel ikke er forbudt hvis det foreligger objektivt rettferdiggjørende grunner.

En av disse grunnene kan være effektivitetsgevinster slik som etter §10, 3.ledd. Det er allerede konkludert med at en slik gevinst ikke foreligger ved denne avtalen.

En annen grunn som er trukket frem er at avtalen kan være lovlig fordi den objektivt sett er nødvendig. Her trekker Kommisjonen frem at det er særlig egenskaper ved produktets art i form av eksempelvis sunnhetsmessige eller sikkerhetsmessige grunner som unntaket er ment å dekke. Det må legges klart til grunn at det ikke foreligger slike grunner i dette tilfelle.

Vilkårene etter konkurranseloven §11 er oppfylt. Det må derfor foretas en Wouters test for å avgjøre hvorvidt reglementet er i strid med konkurranselovgivningen.

6 Wouters-testen

I Wouters-saken ble det reist spørsmål om hvorvidt den nederlandske advokatforeningen sine regler om å nekte advokater samarbeid med regnskapsførere var et brudd på forbudet om konkurransebegrensende avtaler.¹²⁵ Selv om dommen ikke omhandlet idrettsregler, har retningslinjene som domstolen benyttet seg av blitt lagt til grunn som en doktrine for å avgjøre hvorvidt en idrettsregel inneholder en tilstrekkelig konkurransebegrensning til å være forbudt. Dette følger blant annet av Meca Medina-saken og Kommisjonen sitt vedtatte dokument «White Paper on Sports».

Woutes-testen er som nevnt anvendelig for påståtte brudd på konkurranseloven §§10-11. Det er imidlertid ikke nødvendig å foreta en enkelt vurdering for hver bestemmelse. Testens resultat har derfor anvendelighet til begge bestemmelsene.

Momentene som kan trekkes ut av dommen er i hvilken kontekst reglene er vedtatt, hvilket formål regelen prøver å oppnå, hvorvidt den eventuelle konkurransebegrensende virkningen er uatskillelig knyttet til formålet og om de er forholdsmessige.

6.1 Kontekst og formål

Det følger av Meca-Medina dommen at:

*“ For the purposes of application of that provision to a particular case, account must first of all be taken of the overall context in which the decision of the association of undertakings was taken or produces its effects and, more specifically, of its objectives. ”*¹²⁶

Markedsreguleringen i landslagsavtalen bygger som tidligere nevnt på ulike regelsett og må ses i sammenheng med disse. Markedsreguleringen som følger av NIFs lov §14-4 (2) er bakgrunnen for at NSF har adgang til å regulere egen markedsinntekt. Gjeldende regulering til NSF i form av den såkalte godkjenningmodellen må kobles til den økende verdien av

¹²⁵ *Wouters*, C-309/99

¹²⁶ Meca Medina-saken, avsnitt 42, jf. Wouters-saken, avsnitt 97.

markedsinntekter. Som det ble påpekt, bestod 70% av inntektsgrunnlaget til Norges Skiforbund i 2019 av markedsinntekter.

Det vurderes hensiktsmessig å se konteksten i sammenheng med formålet.

Det må vurderes hvorvidt det eller de aktuelle formålene som landslagsavtalen sin markedsregulering søker å oppnå, er av en slik karakter at de legitimerer NSF sin konkurransebegrensende opptreden. For å gjøre dette må det først utredes hvilke formål NFF prøver å oppnå med sin markedsregulering.

I landslagsavtalen opererer NFF med flere formål. I avtalen står det:

*Denne avtale danner grunnlaget for finansiering av toppidretten slik at NSF kan tilrettelegge best mulig sportslige vilkår for NSF's utøvere. Avtalen regulerer i hvilken utstrekning og på hvilken måte NSF kan benytte Utøver i landslagsvirksomhet og i markeds- og medieaktiviteter, samt andre rettigheter og forpliktelser mellom partene.»*¹²⁷

Dette indikerer at et formål med markedsreguleringen er å sikre inntekter slik at elitesatsingen skal bli best mulig. Behovet for å sikre sportslige resultater vektlegges også i Rapport fra Landslagsmodellutvalget i 2016. Rapporten ble gitt forut for innføringen av Fellesreglementet 205.2, 2.ledd om at utøvere som ikke er på landslag ikke får representere Norge i internasjonale renn.¹²⁸

I rapporten legges det til grunn at den sportslige suksessen NSF har opplevd ikke ville vært mulig uten markedsinntekter. Landslagsvalgutvalget viser også til at *«økonomisk sett har den norske landslagsmodellen historisk vist seg å være veldig god. Norges Skiforbund har de siste årene hatt gode markedsinntekter.»*

Hensynet til å verne om egne markedsinntekter virker derfor å være et sentralt formål med reguleringen.

I landslagsavtalen heter det også at:

¹²⁷ Landslagsavtalen, art.2

¹²⁸ Rapport fra Landslagsmodellutvalget (2016)

«NSFs formål er å fremme skiidretten i Norge og representere idretten internasjonalt. NSF skal utvikle egen aktivitet, organisasjon, økonomi og ansatte slik at NSF imøtekommer de krav og utfordringer skiidrettens medlemmer, norsk idrett og internasjonal idrett stiller».

Dette bør ses i sammenheng med at det i rapporten fra landslagsmodellutvalget fremheves at en *«overføring av markedsrettighetene vil gå på bekostning av finansieringen av rekrutteringstiltak».*

Utav dette kan det utledes at reguleringen av markedsavtaler i landslagsavtalen har to sentrale formål. Det ene er å sikre egne markedsinntekter av profitt hensyn, mens det andre formålet handler om å ivareta langrennssporten som helhet i Norge.

Det må deretter vurderes hvorvidt det enkelte formål anses som legitimt etter EU-retten. Kun et legitimt formål kan forsvare en konkurransebegrensning.

Å sikre egne markedsinntekter av hensyn til profittbetraktninger er i EU-retten ikke ansett som et legitimt formål. Dette følger av ISU-saken hvor Kommisjonen uttaler at: *“the protection of economic and/or financial interests does not, however, constitute a legitimate objective that can justify a restriction of competition”*.¹²⁹

Det er følgelig klart at formålet om å ivareta organisasjonens markedsinntekter ut i fra et profitt hensyn ikke kan påberopes som et legitimt formål.

Formålet om å ivareta langrennssporten har på sin side en solidarisk funksjon ved å ivareta hensynet til rekruttering. I Bernard vs. Lyon-saken uttaler domstolen seg om dette på følgende måte:

«In regard to professional sport, the Court has already had occasion to hold that, in view of the considerable social importance of sporting activities and in particular football in the European Union, the objective of encouraging the recruitment and training of young players must be accepted as legitimate».¹³⁰

¹³⁰ Bernard vs, Lyon, C-325/08, premiss 39

I ISU-saken ble også hensynet til solidaritet og bredden trukket frem som et potensielt legitimt formål. I den nevnte saken var det imidlertid ikke godtgjort at ISU sin konkurransebegrensning var tilstrekkelig knyttet til å ivareta dette formålet.

Det må likevel kunne konkluderes med at formålet til NSF om å ivareta bredden og idretten som sådan utgjør et legitimt formål.

6.2 Uatskillelig knyttet til formålet

Neste skritt etter Wouters-prinsippene er å vurdere *“whether the consequential effects restrictive of competition are inherent in the pursuit of those objectives»*¹³¹

Det er lite rettspraksis for hvordan grensen skal trekkes for hva som er uatskillelig knyttet til et formål og hva som ikke er det. Det må foretas en konkret vurdering.

Ved gjennomgang av årsregnskapet til Norges Skiforbund ble det som tidligere nevnt oppdaget at av de totale inntektene på 362,1 millioner var 251,3 millioner av disse knyttet til markedsinntekter.

Av note 5 i regnskapet til NSF ser en at kostnader knyttet til generelle bredde, utvikling og utdanningstiltak utgjør 28,7 kroner millioner. Her spesifiseres det at «bredde, utvikling og utdanning i gren» ikke er inkludert. Disse kostnadene følger imidlertid av note 8 og utgjorde 46,5 millioner kroner. Rundt 75 millioner kroner av inntektene brukes dermed direkte på breddetiltak. I tillegg er det mange sekkeposter i regnskapet som omfatter både kostnader til bredde og toppidrett. Lønnskostnader, kostnader til anlegg og arrangement er eksempler på dette. Det kan dermed legges til grunn at det brukes et betydelig beløp på rekruttering og bredde.

Om ivaretagelsen av bredden sies det i rapporten til landslagsutvalget at:

«I tillegg benyttes en betydelig del av de kommersielle inntektene som landslagene genererer til drift av rekruttlandslag, eksempelvis Europa Cup-lag, kompetanseoverføring og

¹³¹ Wouters, C-309/99, premiss 97

*rekrutteringstiltak for øvrig.»*¹³²

Utvalget legger til grunn at en alternativ mulighet for å opprettholde rekruttsatsningen er hvis den enkelte må betale høye egenandeler. Dette vil etter landslagsutvalget syn resultere i at *«yngre løpere uten stort markedspotensiale (...) vil slite med å finansiere egen satsning»*. Store deler av skiidretten på breddenivå har frivillig innsats som basis. De enkelte idrettslag vil som regel ha mange som jobber dugnad for å gjennomføre hverdagslige aktiviteter som trening, vedlikehold av arenaer og gjennomføring av lokale arrangement. Sånn sett er det frivilligheten som står for mye av aktiviteten på breddenivå.

Det kan likevel utledes av Norges Skiforbunds årsregnskap at det blir brukt et betydelig antall millioner til aktivitet for bredden og skiidretten som helhet. Hvis utøvere på høyt nivå fikk fullstendig frihet til kunne inngå egne sponsoravtaler og ikke trengte å signere landslagsavtalen, ville en med all sannsynlighet havnet i en situasjon hvor NSF ikke hadde hatt samme økonomiske mulighet til å finansiere aktivitet på grasrotplan.

Det foreligger derfor en uatskillelig tilknytning mellom formålet og markedsreguleringen i landslagsavtalen, jf. Fellesreglementet.

6.3 Forholdsmessighet

Det siste som må vurderes etter Wouters-prinsippene er hvorvidt beskyttelse av det legitime formålet er forholdsmessig med den restriksjonen som foreligger.

Ved vurderingen av forholdsmessighet må regelens virkning for det legitime formålet veies opp mot de negative konsekvenser regelverket har for de som blir berørt av det. To ulike konsekvenser må drøftes; den eventuelle nektelsen av å inngå sponsorkontrakter og kravet om å være på landslag for å delta i internasjonale konkurranser.

Konsekvensen av godkjenningsmodellen er at den enkelte utøver ikke kan inngå de avtaler han eller hun vil uten godkjenning av det aktuelle forbundet. Utøveren har derfor en klar begrensning i sin mulighet til å høste fruktene av egen markedsverdi. En idrettsutøvers

¹³² Landslagsrapporten, s.27

karriere på toppnivå har som regel en varighet på 5 til 15 år. Det vil derfor være av vesentlig betydning for den enkelte utøver å kunne utnytte sin egen kommersielle verdi mens man er aktiv.

Viktig for forholdsmessighetsvurderingen er at nektelsen krever «saklig grunnlag». Dette underbygger at den enkelte utøver ikke er avskåret fra å inngå egne sponsoravtaler. Tvert imot må det regnes for å være en relativt bred mulighet til å inngå egne sponsoravtaler. Dette kan imidlertid nyanseres av at et av de saklige grunnlagene er hensynet til den enkelte sponsors bransjeeksklusivitet. I tilfeller hvor det aktuelle forbund har avtaler med aktører på et stort marked, er derfor denne begrensingen potensielt ganske stor.

Hvor stor ulempe en slik begrensing kvantitativt medfører, er vanskelig å tallfeste. Det må legges til grunn at den enkelte utøver likevel har gode inntjeningsmuligheter. Det begrunnes med adgangen til å inngå egne sponsoravtaler som ikke er i strid med NSF sitt regelverk, samt at forbundets egne sponsorer ofte har avtaler hvor den enkelte utøver både kan få ordinære utbetalinger og bonuser ved spesielt gode prestasjoner. Muligheten til å tjene godt selv om man er på landslag, kan illustreres av skattelistene for 2018 hvor det fremgår at Martin Johnsrud Sundby, Therese Johaug, Marit Bjørgen og Kjetil Jansrud alle tjente mellom 3 og 8 millioner kroner.¹³³

De beste utøverne ville i langt større grad kunne ha diktert markedsbetingelsene dersom regelen om forhåndsgodkjenning ikke hadde eksistert. Som det er lagt til grunn i landslagsutvalgets rapport, er det de mest populære utøverne som fører til høy sponsorvillighet. En kan forestille seg en hypotetisk situasjon hvor forbundets sponsorer ikke er sikret å kunne benytte seg av de populære utøverne i kommersiell sammenheng. Effekten vil da trolig være at verdien på sponsoravtalene som de ulike grene inngår vil reduseres betraktelig.

Det er vanskelig å si hvilke konsekvenser dette ville fått for bredden i skiforbundet. Skiforbundet har ifølge en rapport fra NIF i 2019 en medlemsmasse på 138 205 medlemmer. Det er mye forskjellig aktivitet i bredden eksemplvis i form av trening, arrangementer og

¹³³ Nils Manglerød «*Stor oversikt: Her er skattelistene for Norges 100 største idrettsstjerner*», VG, 5 november 2019. <https://www.vg.no/sport/i/aweqKO/stor-oversikt-her-er-skattelistetallene-for-norges-100-stoerste-idrettsstjerner> (lest 8 november 2020)

vedlikehold av arenaer og preparering av skiløyper m.m. Mesteparten av denne aktiviteten er frivillig og drevet av de ulike klubbene og dermed ikke avhengig av markedsinntekter. Likevel ser man av regnskapene til NFF (se forrige drøftelse) at de bruker mange millioner hvert år på aktiviteten i bredden og bidrag til rekruttering. Det er derfor klart at bredden vil bli skadelidende hvis NFF sine markedsinntekter reduseres.

Langrenn er ofte trukket frem som en spesielt dyr idrett. Utstyr i form av ski, skisko, staver og smurning koster mye. Alpint og skihopp er tilsvarende dyre idretter. Hvis tilskuddet fra toppidretten også skulle bli mindre, vil det trolig bli enda dyrere for den enkelte å utøve idretten. Dette vil kunne føre til et frafall i idretten, og arenaer kan som et resultat av dette forfalle.

Når man setter momentene ovenfor opp mot hverandre må det legges til grunn at utøverne underlagt NSF faktisk har en vidtrekkende mulighet til å inngå egne sponsoravtaler og tjene betydelige summer. Det vurderes derfor dithen at ordningen med forhåndsgodkjenning er forholdsmessig.

Det må videre vurderes hvorvidt konsekvensen av å ikke signere landslagsavtalen er forholdsmessig stilt opp mot formålet om å bevare breddeidretten. Som nevnt er konsekvensen av ikke å signere landslagsavtalen at man ikke får gå internasjonale konkurranser den aktuelle sesongen. Selv om begrensingen gjelder kun en sesong av gangen er det klart at denne praksisen vil videreføres hvis vedkommende ikke ønsker å være på landslaget. Dette innebærer et betydelig inngrep i den enkeltes adgang til å utøve yrket og på den måten kunne utnytte sin kommersielle verdi.

I ISU-saken så man at et regelverk som åpnet for å utestenge utøvere i henholdsvis 5 eller 10 år eller livstid ble ansett av Kommisjonen for å være uforholdsmessig. De potensielle straffesanksjonene knyttet seg til deltagelse i ikke ISU-akkrediterte stevner.

Overføringsverdien til denne saken må imidlertid ikke overdrives, da den enkelte utøver i NSF har en mulighet til å endre sitt standpunkt til signering av landslagsavtalen og dermed likevel få konkurrere etter ett år. Det er heller ikke snakk om noen direkte utestengelse etter NSF sin praksis selv om den indirekte virkningen vil være mye av den samme.

Landslagsmodellutvalget har argumentert med at åpning for at utøvere kan velge å stå utenfor landslaget vil medføre at de beste utøverne vil danne privatlag for å maksimere egen profitt. Dette kan ikke umiddelbart legges til grunn som sant. Hva som er den største motivasjonen for den enkelte utøver vil nok variere. Hvis det er slik at den største sportslige kompetansen og beste apparatet finnes på landslaget, må det antas at en god del av de beste utøverne vil velge å fortsette i forbundsregi selv om det er åpning for å bryte ut av landslaget. Dette kan indikere at inntektstapet ikke nødvendigvis vil bli så stort at en slik tvingende modell er uforholdsmessig.

Det kan samtidig stilles spørsmål om hvor negativt et krav om å være på landslag egentlig er for den enkelte utøver. På landslag får en tilgang til de beste ressursene hos eget forbund og har som nevnt tidligere gode inntjeningsmuligheter. I de tilfellene hvor det er sportslige grunner til beslutningen om ikke å signere landslagsavtalen, kan det være særlig inngripende og ikke ha noen alternativer.

Hele den norske idrettsmodellen bygger imidlertid på at toppidretten skal gi tilbake til breddeidretten og sørge for at bredden får tilstrekkelig mulighet til å drive rekruttering og ivaretagelse av arenaer. Det er et særlig viktig formål for idretten å hindre frafall og bidra til at flest mulig er med lengst mulig.

Spørsmålet om hvorvidt kravet om å signere landslagsavtalen for å få konkurrere internasjonal er forholdsmessig, har bydd på betydelig tvil. Det er klart at det å nekte enkelte å konkurrere hvis man ikke er på landslag, er et inngripende tiltak.

Avgjørende blir likevel hensynet til at finansieringen av rekrutteringen er avhengig av markedsinntektene til Norges Skiforbund, og at den enkelte utøver har gode muligheter til å utnytte markedspotensialet sitt godt selv om vedkommende er på landslag mot sin vilje. Det vurderes derfor dithen at kravet om å signere landslagsavtale ikke er uforholdsmessig.

Det vurderes derfor at NSF sin markedsregulering har bestått Wouters-testen og derfor ikke er i strid med konkurranseretten.

7. Avsluttende bemerkninger

I starten av oppgaven ble problemstillingen utformet som et spørsmål om hvorvidt markedsreguleringen i landslagsavtalen utgjør et brudd på konkurranseloven §§10-11.

For å svare på problemstillingen ble det først vurdert hvorvidt konkurranseretten er anvendelig på idrettsregler. Dette ble det svart bekreftende på med henvisning til den prinsipielle avgjørelsen i Meca-Medina-saken.

Den avgjørelsen ble også retningsgivende for resten av analysen siden den etablerte noen generelle prinsipper for hvordan man kan vurdere om en idrettsregel er i strid med konkurranseretten. Vurderingen av hvorvidt det forelå konkurransebegrensede formål eller utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling ble gjort med utgangspunkt i konkurranseloven §§10-11. Vilkårene for konkurransestridig opptreden ble ansett oppfylt. Det ble heller ikke funnet noen relevante effektivitetsgevinster.

Avslutningsvis ble det foretatt en Wouters-test. Denne testen tar først og fremst stilling til om en konkurransebegrensende opptreden likevel kan rettferdiggjøres hvis det foreligger et tilstrekkelig legitimt formål. Avgjørende er det særlig om de tiltakene som knyttes til å ivareta det legitime formålet er nødvendig og forholdsmessig. Det ble konkludert med at det solidariske formålet til NSF om å verne sin markedsposisjon for å opprettholde satsningen på breddeidretten var av en slik natur at NSF's opptreden likevel ikke utgjorde et brudd på konkurranselovgivningen.

Det er likevel viktig å understreke at særlig kravet til å signere landslagsavtalen for å delta i verdenscupen er et veldig inngripende tiltak. Selv om gjeldende praksis vurderes til ikke å være strid med konkurranselovgivningen, så må det likevel understrekes at NSF ikke bør tøyе strikken særlig mye lengre i form av enda strengere regulering før de befinner seg på den andre siden av forholdsmessighetsvurderingen.

Avslutningsvis kan svaret på problemstillingen oppsummeres slik at den gjeldende reguleringen til NSF ikke utgjør et brudd på konkurranselovgivningen.

Litteraturliste

Lover

Kongerikets Norges Grunnlov (1814), revidert 29.5.2020

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-loven)

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Forarbeider:

Ot.prp. nr.6 (2003-2004) Om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

NOU 2003:12 (Ny Konkurranselov)

Avtaler:

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), 2.5.1992.

Avtale for utøvere uttatt på Norges Skiforbunds Landslag
(<https://www.skiforbundet.no/contentassets/4a9d9fd6876d4c6e9463655aa9c21b5f/landslagsavtale-pr.-25.04.2017.pdf>)

Foreningsrettslige vedtekter:

Lov for Norges Idrettsforbund og Olympiske og Paraolympiske komité (NIFs lov), 1.1.2020

Lov for Norges Skiforbund, 03.02.2020

Norges Skiforbunds Fellesreglement, 19.10.2018

Statutes of the International Ski Federation, juni 2018

The International Ski Competition Rules (ICR), juli 2018.

Direktiver:

Europarlamentet og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked.

Høyesterettsavgjørelser:

Rt.1994 s.471

Rt.2008 s.298 A.

HR-2011-1251A (Tine-dommen),

Rt.2011 s.1641 A.

HR-2012-1942-A (Gran & Ekran)

HR-2017-1229-A (Follo Taxi)

Underrettspraksis fra norske domstoler:

TOSLO-2016-166104 (Kristoffersen-saken)

EU-domstolens avgjørelser:

Dom av 30 juni 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)*, C-56/65, EU:C:1966:38

Dom av 15 juli 1970, *AFC Chemiefarma NV*, EU:C:1970:71

Dom av 12 desember 1974, *Walrave*, C-36/74, EU:C:1974:140

Dom av 14 juli 1976, *Donà*, C-13/76, EU:C:1976:115

Dom av 14 februar 1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22

Dom av 13 februar 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36

Dom av 8 november 1983, *NV IAZ and others*, C-96-102, 104, 105, 108, 110/82 (forente saker), EU:C:1983:310,

Dom av 3 juli 1991, *AZKO*, C-62/86, EU:C:1991:286

Dom av 15 desember 1995, *Jean-Marc Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463

Dom av 8 juli 1999, *Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92, EU:C:1999:356

Dom av 11 april 2000, *Christelle Delière*, C-51/96 & C-191/9, EU:C:2000:199

Dom av 19 februar 2002, *Wouters*, C 309/99, EU:C:2002:98

Dom av 6 januar 2004, *Bai and Commision vs. Bayer*, C-02/01 & C-03/01, EU:T:2000:242

Dom av 26.januar 2006, *Piau*, C-193/02, EU:T:2005:22

Dom av 6 april, 2006 ,*General Motors*, C-551/03, EU:C:2006:229

Dom av 18 juli 2006,*Meca-Medina*, C-519/04, EU:C:2006:492

Dom av 15 mars 2007, *British Airways*, C-95/04, EU:C:2007:166

Dom av 20 november 2008, *BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:467

Dom av 4 juni 2009, *T-Mobile*, C-8/08, EU:C:2009:343

Dom av 16 mars 2010, *Bernard vs. Lyon*, C 325/08, EU:C:2010:143

Dom av 11 oktober 2011, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, EU:C:2011:43

Dom av 13 desember 2012, *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795

Dom av 14 mars 2014, *Allianz Hungária*, C-32/11, EU:C:2013:160

Dom av 11 september 2014 *Groupement des cartes bancaires*, C-67/13, EU:C:2014:2204

Underrettsavgjørelser fra EU-retten

Dom av 15 mars 2000, *Cimenteries CBR*, T-25/95, EU:T:2000:77

Dom av 30 mars. 2000, *CNSD*, T-513/93, EU:T:2000:91

Kommisjonens avgjørelser:

EUT 1992 L 326, *Distribution of package tours during the 1990 World Cup*

Sak 40208, *International Skating Union's Eligibility rules*, Kommisjonens avgjørelse 8. desember 2017

Avgjørelser fra konkurransetilsynet:

Konkurransetilsynet, V-2005-9 – Konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo – Haugesund

Retningslinjer fra Kommisjonen

Kommisjonen, “*Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*”

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>

Kommisjonen, “*Commission Staff Working Document - The EU and Sport: Background and Context - Accompanying document to the White Paper on Sport*”

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52007SC0935>

Kommisjonen, *Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC)*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>

Kommisjonen, «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*»

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>

Kommisjonen, «*White Papers on Sports*», 11.7.2007.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0391>

Retningslinjer fra EFTA:

EFTA, «*Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante markedet innen konkurranseretten i det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS)*»

Litteratur:

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1.utg, Gyldendal Norske Forlag 2009

Hestnes, Kaja Skille, «Rettighetene til bruk av idrettsutøveres navn i kommersiell sammenheng, herunder som varemerke», i *Immaterialrett, kontrakter og erstatning*, Harald Irgens-Jensen og Camilla Vislie (red.), Universitetsforlaget 2020, s.120-146.

Hjelmeng, Erling, *Offentlig regulering og konkurranseretten: En analyse av «state compulsion»-forsvaret*, 1.utg, Universitetsforlaget 2009

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3.utg, Universitetsforlaget 2014

Thune, Henriette Hillestad, «Idrett og doping», i *Idrett og Juss*, Gunnar Martin Kjenner (red.), Universitetsforlaget 2012, s.259-260.

Woxholth, Geir, *Foreningsrett*, 3.utg, Gyldendal Norske Forlag 2008

Whish, Richard og David Bailey, *Competition law*, 9.utgave Oxford University press 2019

Rapporter:

Norges Idrettsforbund, *Nøkkeltall – Rapport (2019)*

Norges Skiforbund, «*Rapport fra Landslagsmodellutvalget (2016)*

Årsregnskap for Norges Skiforbund 2019 (Offentlig tilgjengelig informasjon fra Brønnøysundregisteret)

(<https://w2.brreg.no/eHandelPortal/ecomsys/visprodukt?produktURL=http://file.brreg.no/private/eHandelPortal/ecomsys/62abdf4e1b36669a129efef780dfc781/20200003239448-3.pdf>)

Årsregnskap Norges Skiskytterforbund 2019 (Offentlig tilgjengelig informasjon fra Brønnøysundregisteret)

(<https://w2.brreg.no/eHandelPortal/ecomsys/visprodukt?produktURL=http://file.brreg.no/private/eHandelPortal/ecomsys/92428437ffd6810a146e45c645aacade/20200003239448-6.pdf>)

Internettider:

Norges Idrettsforbund, *Om Norges Idrettsforbund*,

<https://www.idrettsforbundet.no/om-nif/om-norges-idrettsforbund/>

Norges Idrettsforbund, *Organisering*

<https://www.idrettsforbundet.no/om-nif/organisering/>

Nils Manglerød, «Inngikk 30 millioners-avtale: Visste at Northug var umotivert, VG, 17 oktober 2018

<https://www.vg.no/sport/langrenn/i/BJ9xx7/inngikk-30-millionersavtale-visste-at-northug-var-umotivert> (lest 8 september 2020)

Nils Manglerød «*Stor oversikt: Her er skattelistene for Norges 100 største idrettsstjerner*», VG, 5 november 2019.

<https://www.vg.no/sport/i/aweqKO/stor-oversikt-her-er-skattelistetallene-for-norges-100-stoerste-idrettsstjerner> (lest 18 oktober 2020)

Konkurransetilsynet, *Konkurranseloven: Det relevante marked*

(https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/RELEVANT_MARKED.pdf)