

Idrettsreglement og konkurranserett

Av postdoktor, dr. juris Tore Lunde

1 INNLEIING

Konkurranseretten i EU/EØS femner vidt og aktualiserer problemstillingar innafor ei rad område. Idrett er eitt slikt område, der det stadig dukkar opp nye problemstillingar i spenningsfeltet mellom idrettens regelverk og den allmenne EU/EØS-retten.¹ Eit nytt døme på dette er søksmålet frå *David Meca-Medina* og *Igor Majcen* mot Kommisjonen (heretter *Meca-Medina/Majcen*),² der det mellom anna var gjort gjeldande at antidopingreglementet i Den Internasjonale Olympiske Komité var ei hindring i strid med forbodet mot konkurranseavgrensande samarbeid, jf. EF-traktaten artikkel 81. Retten i første instans (RFI) har i dom 30. september 2004 avgjort at det omtvista antidopingreglementet ikkje fell innanfor området til konkurranseretten, og vidare at antidopingreglementet ikkje er omfatta av EF-traktaten artikkel 49 om fri utveksling av tenester.

Artikkelen fokuserer på nokre spørsmål i skjeringspunktet mellom idrettsreglement og konkurranserett, med basis i avgjerda og dei prinsippa som ligg til grunn for denne.

2 GENERELT OM BRUK AV EF-TRAKTATEN PÅ REGLAR SOM GJELD SPORT. KRAVET TIL ØKONOMISK VERKSEMD

For at idrettsutøving skal kunne vere omfatta av fellesskapsretten, må det etter rettspraksis frå EF-domstolen vere tale om ei økonomisk verksemd, jf. EF-traktaten artikkel 2.³ Kjernen i denne rettspraksisen går ut på at traktaten kan nyttast på reglar innanfor idretten som omhandlar *det økonomiske aspektet* ved idrettsutøvinga, i motsetnad til *reint sportslege reglar*. I tidlegare praksis er dette formulert som reglar som er «... of purely sporting interest and as such has nothing to do with economic activity».⁴ Reglar som omhandlar det økonomiske aspekt i tilstrekkeleg grad til at dei vert omfatta av fellesskapsretten, kan mellom anna vere såkalla overgangsklausular (reglar om betaling

¹ Om idrettens regelverk, sjå m.a. *Gunnar-Martin Kjenner* (red.), *Idrett og juss* (3. utg. Oslo 2004), *Roger Blanpain*, *The Legal Status of Sportsmen and Sportswomen under International, European and Belgian National and Regional Law* (Haag 2003), *Kenneth André Leren*, *Fotballspillerens klubbkifte. Juridiske og sportslege implikasjoner* (Bergen 2002), *Andrew Caiger/Simon Gardiner* (eds.), *Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-regulation* (Haag 2000), Lars Halgreen, *Sportsret. EU-retlige og kontraktsmessige aspekter ved sportsudøvelse i Danmark* (København 2000), *Stefan Késenne/Claude Jeanrenaud*, (eds.), *Competition policy in professional sports: Europe after the Bosman case* (Neuchatel 1999), *Anneli Carlsson/Björn Lindquist*, *Artiklar i idrottsjuridik* (Lund 1999) og *Roger Blanpain and Rita Inston*, *The Bosman Case. The End of the Transfer System ?* (Leuven 1996).

² Sak T-313/02.

³ Jf. sak C-36/74 (*Walrave*) avsnitt 4, sak C-13/76 (*Donà*) avsnitt 12, sak C-415/93 (*Bosman*) avsnitt 73, sameinte saker C-51/96 og C-191/97 (*Deliège*) avsnitt 41 og sak C-176/6 (*Lethonen*) avsnitt 32.

⁴ Jf. *Walrave* avsnitt 8.

av overgangsvederlag ved overgang av profesjonelle fotballspelarar mellom klubbar).⁵ Så lenge idrettsutøving har karakter av anten lønna arbeid eller utveksling av tenester mot vederlag, er aktiviteten omfatta av området for anten EF-traktaten artikkel 39 eller 49.⁶

I tidlegare saker som har slått fast prinsippet om at sportsutøvinga må ha karakter av økonomisk verksemd, har det ikkje vore nødvendig for EF-domstolen å ta stilling til om det omtvista sportslege regelverket er omfatta av *konkurransereglane* i traktaten. Det sentrale i desse sakene har vore prinsippa om «fri flyt» av arbeidskraft og tenester, og dessutan ikkje-diskriminering på grunn av nasjonalitet m.m., med tyngdepunkt i EF-traktaten artikkel 39 og 49 (tidlegare artikkel 48 og 59).⁷ I *Meca-Medina/Majcen* kom derimot spørsmålet om konkurransereglane på spissen, jf. nedanfor.

I *Bosman* vart det avgjort at EF-traktaten artikkel 39 [48] er til hinder for at sportsforbund praktiserer reglar om at profesjonelle fotballspelarar som er statsborgarar i ein medlemsstat, ved utløpet av kontraktperioden i ein klubb berre kan tilsetjast i ein annan klubb i ein annan medlemsstat dersom den nye klubben betalar ein overgangssum eller trenings- eller utviklingsgodtgjering til den første klubben (slutninga punkt 1). Det vart òg avgjort at artikkel 39 er til hinder for at sportsforbund praktiserer reglar om at fotballklubbar i offisielle fotballkampar organisert av forbunda berre kan nytte eit avgrensa tal profesjonelle spelarar som er statsborgarar i andre medlemsstatar (slutninga punkt 2).

I *Deliège* vart det avgjort at reglar som krev at ein profesjonell eller halvprofesjonell sportsutøvar (eller som aspirerer til slik status) skal ha løyve frå eller vere blitt teken ut av sitt nasjonale forbund for å kunne delta ei internasjonal sportsturnering, ikkje i seg sjølv utgjør ei hindring for den frie utveksling av tenester i strid med artikkel 49, under føresetnad av at regelen er nødvendig som ledd i organiseringa av ei slik turnering.

3 SAKSFORHOLDET OG ARGUMENTASJONEN I *MECA-MEDINA/MAJZEN*
 Dei to saksøklarane i *Meca-Medina/Majcen*, som vart nummer ein og to under verdsmeisterskapen i langdistansesvømming i 1999, testa positivt for det forbodne anabole stoffet nandrolon. I samsvar med antidopingreglementet tok Det Internasjonale Svømmeforbund⁸ den 8. august 1999 avgjerd om å stenge dei to ute frå idretten for ein periode på fire år. Forbundet er underlagt Den Internasjonale Olympiske komité (IOC), og gjennomfører antidopingkodeksen til den olympiske rørsle. Avgjerda vart etter anke stadfesta ved voldgiftsavgjerd av anketribunalet TAS.⁹

I 2000 kom det fram ny vitskap om at nandrolon (metabolittar av nandrolon) kunne produserast endogent av menneskekroppen etter inntak av visse næringsmidlar, utover dei nedre terskelverdiane som var fastsett i antidopingreglementet.

Praksis ved 27 IOC- og FINA-godkjende laboratorier gjekk ut på at nandrolon først vart rekna som doping for mannlege utøvarar med ein konsentrasjon over ein terskelverdi på 2 nanogram (ng) pr. milliliter (ml) urin. Terskelverdiane var meint å ta omsyn til mogeleg

⁵ Jf. *Bosman* avsnitt 114 og 137.

⁶ Jf. *Walrave* avsnitt 5, *Donà* avsnitt 12 og 13, og *Bosman* avsnitt 73.

⁷ Jf. *Bosman* avsnitt 138, *Deliège* avsnitt 36–40 og *Lethonen* avsnitt 28.

⁸ Fédération Internationale de natation («FINA»).

⁹ Tribunal arbitral du sport, Lausanne.

endogen produksjon. Dopingtestane av dei to utøvarane viste høvesvis 9,7 ng/ml, og 3, 9 ng/ml.

Det vart i lys av desse nye vitenskaplege funna inngått forlik, der saka på ny vart prøvd for TAS. Ved ny voldgiftsavgjerd 23. mai 2001 reduserte TAS utestenginga til to år. Sak-søkjjarane nytta ikkje den prosessuelle retten til å anke denne avgjerda vidare inn for den sveitsiske forbundsdomstolen, men klaga i staden saka inn for Kommissjonen. Det vart i klagen gjort gjeldande at voldgiftsavgjerda representerte brot på EF-traktaten artikkel 81 og/eller 82, og at avgjerda ville representere ei tilsidesetjing av den økonomiske fridomen til idrettsutøvarar, interesser som mellom anna er sikra gjennom reglane om fri utveksling av tenester, jf. artikkel 49. Kommissjonen avviste klagen 1. august 2002, med den grunngevinga at antidopingrelementet fall utanfor området for artikkel 81 og 82.

I søksmålet med krav om å kjenne avgjerda til Kommissjonen ugyldig var det tre hovedargument som vart gjort gjeldande. For det første at Kommissjonen hadde lagt til grunn ei klart urett vurdering ved ikkje å rekne IOC for å vere *verksemd* slik dette vilkåret er tolka i rettspraksis.¹⁰ For det andre vart det gjort gjeldande at Kommissjonen tok feil når det vart lagt til grunn at antidopingreglementet ikkje er ei hindring av konkurransen som uttrykt i artikkel 81. Likeeins vart det hevda å vere feil å legge til grunn at slike restriksjonar er nødvendige for organiseringa og den planmessige gjennomføringa av eit sportsstemne, og at restriksjonane ikkje går utover det som er nødvendig for å forfølge formålet om å kjempe mot doping. For det tredje vart det gjort gjeldande at avgjerda om at det ikkje var haldepunkt for brot på EF-traktaten artikkel 49, var feil.

Kommissjonen gjorde m.a. gjeldande at søksmålet var grunnlaust, fordi det retta seg mot ein sportsleg sanksjon og vitenskaplege kriterium som er vedtatt for å få bukt med dopingproblemet, av grunnar som «... rent kunstig udledes af konkurranceretten» (avsnitt 32).

4 VURDERINGA AV ANTIDOPINGREGLEMENTET – REGLAR MED ØKONOMISKE ASPEKT, ELLER REINT SPORTSLEGE REGLAR?

RFI fann ikkje grunnlag for nokon av desse tre søksmålsgrunnane. Dei to første argumenta var etter vurderinga i RFI basert på urette oppfatningar om at det omtvista antidopingreglementet var omfatta av området for konkurranseretten. Det tredje argumentet om krenking av prinsippet om fri utveksling av tenester, jf. artikkel 49, vart også forkasta med liknande grunngeving.

Spørsmålet om idrettsreglement er omfatta av konkurransereglane, vart avgjort med utgangspunkt i ei konstatering av at prinsippa som er utleidde frå rettspraksis om bruk av fellesskapsrettslege reglar om fri rørsle av arbeidskraft og tenester på idrettsreglement, også gjeld på konkurransereglane i traktaten. Frå dette utgangspunktet sluttar RFI *motsetnadsvi*s at sidan reint sportslege regelsett, som ikkje har noko med økonomisk verksemd å gjere, fell utanfor området for artikkel 39 og 49, tilseier dette at slike regel-

¹⁰ Denne problemstillinga vart ikkje drøfta nærare av RFI, men det må vere heilt klart at IOC vil kunne vere verksemd slik dette kriteriet er forstått i praksis og teori, jf. nærare *Jens Fejø*, EU-konkurrenseret, 3. utg. (København 2003) s. 60–71. Kommissjonen hadde også gitt uttrykk for at IOC kan reknast for å vere ei verksemd, og at IOC innan den olympiske rørsle kan reknast å vere eit forbund av nasjonale forbund og internasjonale verksemder, jf. avsnitt 33.

sett heller ikkje har nokon sakleg samanheng med dei *økonomiske* konkurransetilhøva. Følgjeleg kan reglane heller ikkje vere omfatta av området for artikkel 81 og 82.

Mellom desse ytterpunkta kan det, som RFI peikar på, finnast regelsett som rett nok er fastsett innanfor eit spesielt sportsområde, men som likevel ikkje er reint sportslege. Det kan vere regelsett som «... vedrører det økonomiske aspekt, som sportsudøvelse kan have», og som derfor vil vere omfatta av området for både artikkel 39 og 49, og artikkel 81 og 82, og som etter omstenda kan utgjere hindringar for fridomane som er sikra ved desse traktatføresegnene. Til dømes vil reglar om uttaking av sportsutøvarar til idrettskonkurransar vere omfatta, jf. *Deliège*.

Reglar av denne karakter vil likevel i mange tilfelle gå klar av konkurransereglane. For det første vil det vere tvilsamt om slike reglar representerer nokon risiko for å skade samhandelen mellom medlemsstatar, og i alle høve neppe i ein slik grad at kravet til merkbar påverknad av samhandelen er oppfylt.¹¹ At eit sportsforbund prioriterer omsynet til at ei turnering skal vere mest mogeleg representativ, i tydinga deltakarar frå flest mogelege land, framfor omsynet til at sportsutøvarar som objektivt sett er best kvalifisert, skal kunne få delta i konkurransen, må reknast som eit legitimt val, som ikkje representerer nokon merkbar hindring for samhandelen mellom medlemsstatane. Tvert imot kunne det hevdast at dette valet heller styrkar enn svekkar samhandelen, sidan talet på deltakarland aukar. Men dette argumentet har avgrensa vekt, sidan det likevel kan vere ei hindring for samhandelen, trass i at samhandelen aukar, og ikkje minkar.¹²

Dersom ein legg til grunn at idrettsreglement om deltaking i konkurransar *kan* representere ei innskrenking i fridomen, talar likevel føremålssynsmåtar for at slike avgrensingar må reknast å ivareta *legitime og nødvendige føremål*, som har samanheng med det særmerkte med sportsaktivitetar, og som derfor ikkje bør reknast som stridande mot konkurransereglane i fellesskapsretten.

Problemstillingane i saka gjorde det nødvendig å drøfte karakteren av og innhaldet i det omtvista antidopingreglementet, i lys av EF-domstolen sin praksis om bruk av føresegnene i EF-traktaten om økonomiske fridomar på reglar vedrørande sport. Det aktuelle her er særleg reglane om «fri flyt» av arbeidskraft, fri utveksling av tenester, og konkurransereglane. Ei slik hindring kan også vere reint potensiell; samhandelskriteriet krev ikkje at det må påvisast ei *faktisk* hindring.¹³

¹¹ Jf. synsmåtane til generaladvokat *Cosmas* i framlegg til avgjerd i *Deliège* avsnitt 108. Om samhandelskriteriet, sjå nærare m.a. *Olav Kolstad*, Samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54, Lov og Rett 1996 s. 407–434.

¹² Jf. *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, sameinte saker 56 og 58/64, Sml. 1965–1968 s. 245. I sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, Sml. 1965–1968 s. 211, tolka EF-domstolen kriteriet slik at samhandelen blir påverka når det ligg føre ei konkurranseavgrensing som «kan øve indflydelse på varehandelen mellom medlemsstatene».

¹³ Sjå nærare *Kolstad*, op. cit. s. 424–425.

Dei økonomiske interessene som knyter seg til idrett, der idrett på høgt nivå er blitt ei økonomisk verksemd, kunne tale for ei vid forståing av det økonomiske aspekt.¹⁴ RFI poengterer likevel at kampen mot doping ikkje forfølgjer økonomiske omsyn. Det er dei reint sportslege og ikkje-økonomiske sidene ved dette arbeidet som står sterkast bak slike reglar; omsynet til å bevare sportsånda og å sikre fair play. I tillegg til dette omsynet, som er reint sosialt, har antidopingarbeidet også til føremål å verne helsa til idrettsutøvarar. RFI såg det såleis slik at forboda mot doping, og antidopingreglementet, utelukkande gjeld den ikkje-økonomisk sida av sportsutøvinga, som er sjølv kjernen i utøvinga av idrett. Det vart her understreka at sjølv sportsutøvinga i sin kjerne er ei gratis utøving, som ikkje er økonomisk, også i dei tilfella der idrettsutøveren dyrkar sporten på profesjonelt plan. Etter mitt syn verkar ein slik isolert synsmåte noko pussig, ikkje minst i lys av dei meir realistiske synsmåtane om at sport på høgt nivå i stor grad er blitt økonomisk verksemd og med sterke kapitalinteresser i mange retningar.

Saksøklarane argumenterte forgjeves, etter to argumentasjonslinjer, for at antidopingreglementet ikkje var av *reint sportsleg* karakter. For det første vart det hevda at antidopingreglementet krenka den økonomiske fridomen fordi reglementet hadde *økonomiske konsekvensar* for utøvarane. Dette synspunktet vart avvist som stridande mot EF-domstolens praksis. Dersom ei slik tolking skulle leggest til grunn, ville skilnaden som er utvikla i rettspraksis mellom reglar med økonomisk aspekt, og reint sportslege reglar, bli nokså utviska. Det ville med ei slik tolking vere nokså lett å påvise ein eller annan økonomisk konsekvens av avgjerder som er fatta på reint sportsleg grunnlag. Reglar om laguttak ville såleis kunne hevdast å ha økonomiske konsekvensar i form av tap av inntekter, bonusar m.m., tap av marknadsverdi, tap av reklameinntekter osv. Sjølv om slike reglar kan vere omfatta, jf. *Deliège*, ville eit slikt tolkingsalternativ i realiteten representere eit nokså markert brot med tidlegare rettspraksis.

For det andre vart dei økonomiske interessene til IOC trekt inn som argument for at antidopingreglane ikkje berre er grunna i altruistiske og helsemessige omsyn, men òg økonomiske. Synspunktet her var at IOC har ei klar interesse av at det økonomiske potensialet i idretten ikkje vert redusert på grunn av dopingskandalar. Ei slik, i og for seg legitim interesse av økonomisk karakter, fann RFI ikkje var tilstrekkeleg i seg sjølv til å endre på reglementet sitt *reint sportslege* karakter. Eit poeng som vart framheva her, er at sjølv om IOC eventuelt har handla utelukkande ut frå sine egne økonomiske interesser, er det likevel grunn til å rekne med at IOC ville ha valt dei terskelverdiar som hadde det beste vitskapelege grunnlag. At IOC har eit sterk økonomisk interesse i å ha det vitskapeleg sett mest presise dopingreglementet, medfører altså ikkje at reglementet ikkje er av reint sportsleg karakter.

5 OPPSUMMERING

RFI la altså vesentleg vekt på at antidopingarbeidet og forbodet mot doping er grunna i reint sportslege omsyn. Både resultatet og premissane for avgjerda til RFI er i god harmoni med tidlegare praksis og grunnleggande verdiar innan idretten. Sjølv om avgjerda ikkje kan seiast å vere kontroversiell, er ho ei påminning om problemstillingar som vert stadig meir aktuelle, i takt med kommersialiseringa av idretten. Avgjerda er også i god

¹⁴ Sjå nærare m.a. *Lars Halgreen*, Sportsret. EU-retlige og kontraktsmessige aspekter ved sportsudøvelse i Danmark (København 2000) s. 15–20 og s. 154.

harmoni med prinsippa i den sentrale Woutersdommen frå EF-domstolen,¹⁵ som gir grunnlag for å slutte at rimelege reguleringar som er grunna i eit legitimt reguleringsføremål, ikkje kjem i konflikt med artikkel 81 første ledd.¹⁶

Aktuelle regelsett etter den praksis som det er referert til ovanfor, vil til dømes kunne vere sponsorreglar, reglar om draktreklame m.m.¹⁷ Reglar om senderettar er klart av økonomisk karakter, og vil kunne aktualisere konkurranserettslege problemstillingar.¹⁸

Homogenitetsmålsettinga i EØS-retten tilseier at det må leggest stor vekt på denne rettspraksisen frå EF-domstolen også ved tolkinga av EØS-reglar, medrekna praksis frå tida etter underteikninga av EØS-avtalen¹⁹ Det er etter mitt syn ikkje noko ved særtrekka til EØS-avtalen som skulle tilseie ei innskrenking av homogenitetsmålsettinga på dette området.

¹⁵ Jf. sak C-309/99 (*Wouters*).

¹⁶ Jf. *Richard Whish*, *Competition Law*, 5. utg., (London 2003) s. 124.

¹⁷ Jf. *Geir Woxholth*, *Idrettens Sponsoravtaler* (Oslo 1993) s. 38–41.

¹⁸ Jf. Konkurransetilsynets initiativ overfor m.a. Norges Idrettsforbund, Norges Fotballforbund, Norsk Toppfotball og klubbane i Tippeligaen om konkurranserettslege problemstillingar ved kollektivt sal av TV-rettar, i brev av 25. oktober 2004. Om senderettar, sjå nærare m.a. *Tore Lunde*, *Rettsvern i nordisk rett for idrettsarrangement, konkurransar og liknande hendingar som eignar seg for utsending eller referat gjennom radio eller i TV*, i *Lov og Rett* 2002 s. 103 flg.

¹⁹ Jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 (1), og nærare *Sejersted m.fl.*, *EØS-rett*, 2. utg., Oslo 2004, s. 83–87 og 202–203.