

Sport, kringkasting og konkurranserett

En konkurranserettslig analyse av eksklusivitet, kollektive kjøp og salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter.

Kandidatnr: 547

Veileder: dr. juris Olav Kolstad

Leveringsfrist: 01.06.2003

Til sammen 38.933 ord

11.06.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	NÆRMERE OM TEMA OG AVGRENSNINGER	1
1.3	KORT OM SEKTOREN	3
1.4	RETTSKILDER	5
1.4.1	EF-TRAKTATENS ART 81	5
1.4.2	”TELEVISION WITHOUT FRONTIERS DIRECTIVE”	5
1.4.3	EUS POLICY PÅ OMRÅDET	6
1.4.4	NASJONALE LOVER	7
1.4.5	PRAKSIS	7
1.5	SPORT OG EF-RETTE	8
1.6	KRINGKASTING OG KONKURRANSE	9
1.7	MÅLSETNING: VIRKSOM KONKURRANSE	9
2	<u>ART 81(1)</u>	12
2.1	GENERELT OM VURDERINGEN UNDER ART 81(1)	12
2.1.1	FORMÅL ELLER VIRKNING Å BEGRENSE KONKURRANSEN	13
2.1.2	AVTALEN	16
2.1.3	PRODUKTET	16
2.1.4	MARKEDET	18
2.2	KOLLEKTIVE SALG AV RETTIGHETER	19
2.2.1	INNLEDNING	19
2.2.1.1	Hva er kollektivt salg?	19
2.2.1.2	Kommersiell praksis	19
2.2.1.3	Rettslige problemer	21
2.2.1.4	Hvem eier rettighetene?	22
2.2.1.5	Rettskildesituasjon	23
2.2.2	SAMARBEID MED FORMÅL Å BEGRENSE KONKURRANSEN	23
2.2.3	SAMARBEIDETS VIRKNINGER PÅ KONKURRANSEN	34
2.2.3.1	Virksom konkurranse	35
2.2.3.2	Prisregulerende	38

2.2.3.3	Antallet tilgjengelige varer begrenses	44
2.2.3.4	Øket markedsrett til de sterkeste	49
2.2.3.5	Virkninger på den dynamiske konkurranse	51
2.2.4	KONKLUSJON I FORHOLD TIL ART 81(1)	51
2.3	KOLLEKTIVE KJØP AV RETTIGHETER	52
2.3.1	INNLEDNING	52
2.3.1.1	Generelt	52
2.3.1.2	Forholdet til eksklusivitet	53
2.3.1.3	Samarbeidet	53
2.3.1.4	Rettskilder	54
2.3.2	AVTALER MED KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL	54
2.3.3	KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNINGER	55
2.3.3.1	Markedet som blir påvirket	56
2.3.3.2	Konkurransebegrensning mellom deltakerne i samarbeidet	57
2.3.3.3	Konkurransebegrensning i forhold til tredjemenn.	61
2.3.4	KONKLUSJON I FORHOLD TIL ART 81(1)	64
2.4	EKSKLUSIVE RETTIGHETER	64
2.4.1	GENERELT OM EKSKLUSIVITET	64
2.4.2	BAKGRUNNEN FOR EKSKLUSIVITET	66
2.4.3	RETTSKILDER OG RETTSLIGE PROBLEMER	67
2.4.4	FORHOLDET TIL TELEVISION WITHOUT FRONTIERS DIREKTIVET ART 3A	68
2.4.4.1	Generelt om direktivet	68
2.4.4.2	Praktisk gjennomføring	69
2.4.4.3	Hvordan er direktivet gjennomført i Norge og øvrige land?	72
2.4.4.4	Praksis	73
2.4.4.5	Hensiktsmessigheten av art 3A reguleringen?	73
2.4.5	EKSKLUSIVITET MED FORMÅL Å BEGRENSE KONKURRANSEN	75
2.4.6	EKSKLUSIVITET MED VIRKNING Å BEGRENSE KONKURRANSEN	76
2.4.7	KONKLUSJON OM FORHOLDET TIL ART 81(1)	84
2.5	KONKLUSJON ART 81(1)	84
3	FRITAK ETTER ART 81(3)	86
3.1	GENERELT OM VURDERINGEN UNDER ART 81(3)	86
3.1.1	INNLEDNING	86
3.1.2	VILKÅRENE I ART 81(3)	87
3.2	KOLLEKTIVT SALG – SAMARBEID MELLOM ARRANGØRER	91

3.2.1	FORBEDRING AV PRODUKSJONEN ELLER FORDELINGEN AV VARENE ELLER FREMME AV DEN ØKONOMISKE UTVIKLING	91
3.2.2	FORDELER FOR FORBRUKERNE	97
3.2.3	NØDVENDIGE BEGRENSNINGER	98
3.2.4	UTELUKKE KONKURRANSEN FOR EN VESENTLIG DEL AV DE VARER DET GJELDER	99
3.2.5	HELHETSVURDERINGEN	100
3.3	KOLLEKTIVT INNKJØP – SAMARBEID MELLOM KRINGKASTERE	100
3.3.1	FORBEDRING AV PRODUKSJONEN ELLER FORDELINGEN AV VARENE ELLER FREMME AV DEN ØKONOMISKE UTVIKLING	101
3.3.2	FORDELER FOR FORBRUKERNE	104
3.3.3	NØDVENDIGE BEGRENSNINGER	106
3.3.4	UTELUKKE KONKURRANSEN FOR EN VESENTLIG DEL AV DE VARER DET GJELDER	107
3.3.5	HELHETSVURDERINGEN	107
3.4	EKSKLUSIVE AVTALER	108
3.4.1	FORBEDRING AV PRODUKSJONEN ELLER FORDELINGEN AV VARENE ELLER FREMME AV DEN ØKONOMISKE UTVIKLING	108
3.4.2	FORDELER FOR FORBRUKERNE	111
3.4.3	NØDVENDIGE BEGRENSNINGER	111
3.4.4	UTELUKKE KONKURRANSEN FOR EN VESENTLIG DEL AV DE VARER DET GJELDER	113
3.4.5	HELHETSVURDERINGEN	114
3.5	KONKLUSJON ART 81(3)	114
4	<u>SAMMENFATTENDE BEMERKNINGER OG KONKLUSJON</u>	116
	<u>LITTERATURLISTE</u>	118
5	<u>VEDLEGG</u>	1
	TELEVISION WITHOUT FRONTIERS DIRECTIVE ART 3A	1

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgaven omhandler anvendelsen av EFs konkurranseregler på avtaler og praksis knyttet til kringkasting av sportsbegivenheter.

I TV-rettigheits markedet er det lang tradisjon for kollektivt kjøp og salg av TV-rettigheiter til sportssendinger. Rettighetene selges vidare på eksklusiv basis, det vil si at kun en kringkaster i et avgrenset område kan benytte seg av rettighetene. Oppgavens tema er altså å vurdere anvendelsen av EFs konkurranseregler på avtaler om kollektive salg, kollektive kjøp og eksklusive avtaler. Dette innebærer en vurdering av EF-traktatens art 81 på denne type avtaler.

1.2 Nærmere om tema og avgrensninger

Ved behandlingen av de konkurranserettslige problemer knyttet til kringkasting av sportsbegivenheter, vil fokuset være på innholdet i TV-sendingene. Det avgrenses mot en behandling av formidlingen av signalene. Bakgrunnen for dette skillet er at formidlingen av signalene og innholdet i sendingene representerer to forskjellige markeder, og det vil derfor ikke være hensiktsmessig eller givende med en felles behandling av disse.¹

I Kommisjonens arbeidsdokument fra september 1998 sier Kommisjonen:

”Sporten har visse særlige karakterestika. Disse skal respekteres, hvis ikke sporten skal utvikle sig til noget andet. Problemet er at afklare, hvorledes

¹ Kringkastingssektoren kan hovedsakelig deles opp i tre markeder: 1. Innholdet i sendingene (sport, filmer, begivenheter) 2. Tekniske overførings metoder (kabel, satellitt eller bakkenett) 3. Betal-TV og tekniske tjenester (eks. set-top bokser). Spesielle konkurransemessige problemer oppstår i hver del av markedet. Jfr. Garzaniti (2000) s. 193

fællesskabsretten kan anvendes på sportens økonomiske aspekter, samtidig med at der tages hensyn til sportens særlige karakter og identitet.”²

Poenget som Kommisjonen her er inne på er helt sentralt i oppgaven. Spørsmålet blir hvordan man skal anvende konkurranseretten på sportssektoren, med andre ord hva skjer med konkurranseretten under påvirkning av de sportslige hensyn, altså hensynet til sportens funksjon og utvikling. De sportslige hensyn vil kunne stå i strid med de konkurranserettslige, og det må da foretas en avveining mellom disse hensyn.

For å belyse problemstillingen vil jeg se på tre ulike områder som i særlig grad kan reise problemer, og som har vært oppe i praksis. Disse områdene er:

1. Kollektive salgssavtaler
2. Kollektive innkjøpsavtaler
3. Eksklusivitet

Kollektive salgssamarbeid er et samarbeid mellom arrangører av sportsbegivenheter om salg av rettighetene. Kollektive innkjøpsamarbeid er samarbeid mellom kringkastere for å kjøpe inn rettigheter til sportsbegivenheter. Begge disse formene for samarbeid er såkalte horisontale samarbeid, det vil si samarbeid mellom aktører på samme nivå i markedet. Eksklusivitet er et vertikalt samarbeid, altså et samarbeid mellom aktører på forskjellig nivå i markedet. I praksis vil avtalene om eksklusivitet og de kollektive innkjøps- og salgssamarbeidene kunne finnes i en og samme avtale. I oppgaven vil imidlertid eksklusivitet og kollektivt kjøp og salg bli behandlet hver for seg. Bakgrunnen for å skille disse avtaleelementene fra hverandre er et ønske om å foreta et nærmere studium av de virkninger hver avtaleform har. Ved behandlingen av de kollektive salgssamarbeidene må det likevel forutsettes at disse gjelder eksklusive rettigheter fordi mange av de konkurranserettslige problemene ikke vil oppstå uten eksklusiviteten. Eksklusiviteten vil forsterke de konkurransebegrensende virkningene av det kollektive salg og kjøp. Forutsetningen er også i overensstemmelse med praksis, der avtaler om kjøp og salg av TV-rettigheter nærmest alltid vil være eksklusive.

² Commission staff working paper: “The development and prospects for Community action in the field of sport”, Brussel 29. september 1998. Tilgjengelig på:

http://europa.eu.int/comm/sport/doc/ecom/doc_evolution_en.pdf (21.05.03)

Oppgaven er begrenset til en behandling av EF-traktatens art 81, altså kollektive samarbeid. Situasjonen med en dominerende markedsaktør, art 82 tilfellene, vil ikke bli behandlet, selv om disse tilfellene også kan reise interessante problemstillinger. Når jeg har valgt å utelukkende behandle artikkel 81, og ikke artikkel 82, er det fordi det er innenfor art 81 de fleste problemene omkring sport og TV-rettigheter har oppstått i praksis.

Av oppgavens tittel fremgår det at oppgaven dreier seg om TV-rettigheter til sport. Med sport menes all slags sport. Ved behandlingen av temaet vil det ofte bli vist til rettighetene til fotball. Dette skyldes at det er omkring disse rettighetene det finnes mest praksis, noe som igjen sannsynligvis skyldes den store økonomiske betydning disse rettighetene har. Den praksisen vil likefullt være relevant ved vurderingen av kjøp og salg av rettigheter til andre sportsgrener.

Selv om oppgaven dreier seg om sportssendinger vil oppgaven ha overføringsverdi til rettighetene til andre TV-sendinger. Imidlertid har det i praksis har vært akseptert at det gjelder særlige hensyn innenfor sportssektoren som av og til strider mot konkurranse-retten, og derfor ikke kan overføres til andre sektorer.

1.3 Kort om sektoren³

De konkurranserettslige problemstillingene omkring kringkastingsrettigheter til sportsbegivenheter har utviklet seg fra å være et ikke aktuelt tema innenfor konkurranse-retten til å bli et veldig aktuelt tema.

Det kan pekes på ulike grunner til denne økte interessen rundt temaet. Noe skyldes nok den eksplosive økonomiske utvikling området har hatt generelt. Kjøp og salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter har blitt en stor industri. Til illustrasjon ble TV-rettighetene for OL i Los Angeles i 1984 ble solgt for 308 millioner Euro mens rettighetene for OL i Sidney i 2000 ble solgt for 1,4 milliarder Euro. En tilsvarende økning av verdiene har man sett innenfor rettighetene til fotball. Dette gjelder både internasjonalt, det vil si rettighetene til EM, UEFA Champions League, VM og de store utenlandske

³ Tallmaterialet er hentet fra Pons (1999)

seriene. For eksempel ble TV-rettighetene til Premier League i 1992 ble solgt for 19 millioner Euro for fem sesonger. I år 2000 ble rettighetene for tre sesonger solgt for 2,6 milliarder. Også her hjemme har vi sett at prisene på TV-rettigheter har steget mye de siste årene.

Det økonomiske er bare en side av den eksplosive utviklingen. Også de tekniske sider ved overføring av TV-sendinger har det gjennomgått en enorm utvikling de senere år, og det er ventet at denne utviklingen vil fortsette. Sendingene trenger ikke lenger utelukkende å skje over TV-nettet. Den nye bredbåndsteknologien (og lignende teknologier) gjør det mulig med sendinger over internett. Dessuten har digital-TV gjort det enklere for TV-selskapene å kunne ta betalt for den enkelte sending ved såkalt "pay-per-view".

Med den utviklingen som TV og internett har hatt, er det ventet at markedet for internett og TV smelter sammen. Man vil da kunne få interessante konkurranserettslige problemstillinger med konvergerende markeder. Foreløpig skiller man de to markedene fra hverandre.

Økt økonomisk betydning har også ført til at konkurransemyndighetene i EU, samt i medlemsstatene i EU, i større grad har satt fokus på profesjonell idrett. Men fortsatt er forholdene rundt og grensene for konkurranserettsens anvendelse på kringkasting av sportsbegivenheter uklare og nokså flytende.

Reguleringen av mediemarkedet har hovedsakelig vært et nasjonalt anliggende. Man har ikke i EF-retten hatt noe "Federal Communication Commission" slik man kjenner det fra USA. Det er mange ulike årsaker til at markedene for TV-rettigheter har vært utpreget nasjonale. Dette skyldes blant annet språkbarrierer. I tillegg har det i de fleste stater blitt sett på som en offentlig oppgave å drive allmenn kringkasting, og man har derfor hatt en sterk statlig kringkaster i sentrum. Markedet har imidlertid i den senere tid endret seg drastisk. Private aktører har i mye større grad blitt sluppet løs på markedet, og det har foregått store endringer innad i de statlige kanalene. Det har også blitt en helt annen konkurransemessig situasjon omkring disse markedene. Man trenger ikke å gå ut i Europa for å se disse endringene. I det norske markedet med TV2 inntreden, samt omleggingen av NRK illustrerer godt den generelle utviklingen som har funnet sted også ellers i Europa.

1.4 Rettskilder

I det følgende vil det bli gitt en kort oversikt over de rettskildefaktorer som er de mest relevante i forhold til denne oppgavens tema. Redegjørelsen er på ingen måte tenkt som en uttømmende redegjørelse, da dette vil sprengte rammene for oppgaven å gi en fullstendig oversikt over disse spørsmål.

1.4.1 EF-traktatens art 81⁴

EF-traktatens art 81 vil være utgangspunktet for de vurderinger som blir foretatt i denne oppgaven. Ordlyden i denne bestemmelsen vil likevel ikke være av avgjørende betydning ved vurderingene i oppgaven. Dette er i samsvar med den tolkningsstil EF-domstolen har lagt til grunn, hvor den ikke har lagt avgjørende vekt på ordlyden. Ved tolkningen av traktaten har EF-domstolen sett ordlyden i lys av det ansees å være traktatens "ånd og prinsipper".⁵ Man skal derfor velge det tolkningsalternativ som best fremmer traktatens formål og målsetninger.

1.4.2 "Television Without Frontiers Directive"⁶

Bakgrunnen for dette direktivet var at de nasjonale lovene omkring kringkasting ble ansett som hinder for fri flyt av TV-sendinger over landegrensene. Dette til tross for at domstolen gjennom sin behandling i ulike saker ikke hadde funnet at de lovene som eksisterte på kringkastingsområdet ikke generelt var i strid med EF-retten. Disse var ofte gitt for å beskytte andre samfunnsmessige interesser, som f.eks forbrukerinteresser, sikring av mangfold i media osv., forutsatt at lovene ikke var diskriminerende i forhold til kringkasternes hjemstat, ble lovene akseptert av domstolen. Likevel følte man at man trengte en viss grad av harmonisering for å skape et felles indre marked over hele Europa.

Direktivet gjelder alle TV-sendinger uavhengig om de er kringkastet via luft, satellitt eller kabel jfr direktivets art 1⁷.

⁴ Tolkningen EF-traktatens art 81 vil ha betydning for norsk rett gjennom EØS-avtalens art 53, fordi bestemmelsene forutsettes å være materielt like og praksis omkring art 81 er relevant i forhold til art 53 jfr EØS-avtalens art 6.

⁵ Borgli&Arnesen (1993) s. 118

⁶ Europa Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF av 30.juni 1997

Den viktigste reguleringen i direktivet, som er relevant i vår sammenheng, er bestemmelsen i art 3a. Den nærmere anvendelsen av direktivet kommer jeg tilbake til i punkt 2.4.4 under.

1.4.3 EUs policy på området

Det har lenge vært kritisert at EU ikke har utviklet klarere retningslinjer for hvordan mediesektoren skal styres. Det har blitt hevdet at regelverket består av små biter som man må prøve å sette sammen på best mulig måte. Noe av bakgrunnen for denne oppdelingen skyldes nok at ulike krefter trekker i hver sine retninger. I denne sammenheng kan nevnes forholdet mellom EU og medlemsstatene, som i alle fall tidligere ikke var villig til å gi slipp på kontrollen over nasjonale kringkastere. Men også innad i EU foregår det en maktkamp om styringen av sektoren, blant annet mellom Kommisjonen og parlamentet. Innad i Kommisjonen er det også en oppsplitting mellom de ulike DGene om hvem som har ansvaret for sektoren. Det er i alle fall fire DGer med ansvar innen sektoren: DG III (tidligere) Industrial Affairs, DG IV competition, DG X Audio-Visuals, Communication and Culture og DG XIII Telecommunication Industries and innovation. Denne oppdelingen mellom de ulike DGene har ført til at man ikke klarer å få en enhetlig linje ved utviklingen av sektoren. Det foreligger nok også ulikt syn på i hvor stor grad man skal slippe sektoren fri eller skjerme den pga. særlige hensyn.⁸

Konsekvensen av at det foreløpig ikke foreligger noen særlig sekundærlovgivning på området, slik det gjør i mange andre tilsvarende sektorer, er at praksis fra Kommisjonen har lett for å bli sak til sak orientert og uten de overordnede linjene. For å avhjelpe dette har Kommisjonen i samarbeid med eksperter i medlemsstatene utarbeidet et orienteringsdokument; "Broadcasting of Sports events and competition Law" av DG IV, publisert i Competition Policy Newsletter nr 2 1998 (heretter omtalt som Kommisjonen (1998)). Dokumentet skisserer eller trekker opp noen retningslinjer for Kommisjonens behandling av TV-rettigheter til sport.

⁷ Television Broadcasting er i art 1 definert som "the initial transmission by wire or over the air, including that by satellite, in unencoded or encoded form, of television programmes intended for reception by the public. It includes the communication of programmes between undertakings with a view to their being relayed to the public"

⁸ Se nærmere Nitsche (2001) s. 47

1.4.4 Nasjonale lover

”Television Without Frontiers Directive” er gjennomført i norsk rett. Dette gjelder også art 3a om ”viktige begivenheter”, som er gjennomført i norsk rett gjennom Kringkastingsloven⁹ § 2-8, samt forskrift om kringkasting¹⁰. Direktivet er gjennomført på en lignende måte i de andre EØS- og EU-landene.

Men også nasjonal lovgivning utover dette kan være aktuelt. I Italia har man blant annet innført regler om at en kringkaster maks kan eie 60 % av rettighetene til Italiensk fotball. Bakgrunnen for denne loven var at Murdoch-gruppen hadde uttalt at de ønsket å skaffe seg samtlige rettigheter til italiensk fotball til sine betal-TV kanaler.

Også i Spania har regjeringen forsøkt å innføre en såkalt ”fotballlov” for å tvinge kringkasterne til å dele på rettighetene. Dette møtte mye motstand blant kringkasterne som satt på rettighetene, og gjerne med langsiktige kontrakter. Forslaget medførte at en kamp vises på fritt fjernsyn på lørdager og en på betal-TV på søndag. Resten av kampene vises kun på ”pay-pr-view”.

1.4.5 Praksis

Det vil her være tale om to forskjellige typer praksis, praksis fra EF-domstolen og fra Kommisjonen. I tillegg vil man kunne støte på praksis fra de nasjonale domstoler og myndigheter.

Domstolspraksis

I EF-retten eksisterer to trinn i domstolssystemet. Man har første instans domstolen (Court of First Instance) og selve EF-domstolen (Court of Justice). Det er imidlertid ikke slik at alle saker automatisk starter i første instans domstolen, det kreves en særlig hjemmel for at saken skal starte i Retten i Første Instans. Innenfor konkurranserettens område finnes en slik hjemmel, slik at det her er en to trinns behandling.

Praksis fra domstolene har naturligvis stor rettskildemessig betydning. EF-domstolen har på mange områder vært rettsskapende og domstolen har aktivt vært med på å bringe

⁹ lov av 4 des. 1992 nr. 127

utviklingen i EU videre. Det finnes foreløpig ingen store og avklarende avgjørelser fra EF-domstolen om sport og kringkasting, sammenlignet med f.eks Bosmann dommen om spillernes rett til fri bevegelighet. I påvente av en slik avklarende dom må man klare seg med Kommisjonspraksis.

Kommisjonspraksis

Kommisjonen har en viktig oppgave som overvåkningsorgan. De fleste saker løses uten at domstolen bringes inn i bildet. Videre har Kommisjonen viktige forvaltningsmessige oppgaver i ordningen med å innvilge fritak etter art 81(3). En del saker løses mer eller mindre under bordet ved at Kommisjonen og den anklagede part inngår en minnelig løsning, slik at Kommisjonen ikke lenger finner grunnlag for å forsette saken etter art 81, og eventuelt avslutter saken med å innvilge et fritak etter art 81(3). Et eksempel i på dette er Kommisjonens behandling i UEFA-saken.¹¹

Den rettskildemessige betydningen av kommisjonspraksis kan selvfølgelig diskuteres. Men at kommisjonspraksis er en rettskildefaktor som er relevant er vel ikke ansett som tvilsomt. Når man befinner seg på et område hvor det ikke foreligger noe særlig praksis fra domstolen, og det samtidig mangler holdepunkter i traktaten vil Kommisjonens praksis bli en viktig kilde. Dette gjelder særlig viss praksisen har betydelig omfang og den i tolkningsresultat er enhetlig.

Dommer fra nasjonale domstoler

Dommer fra nasjonale domstoler vil ikke ha noen særlig vekt for EF-domstolen. Men de kan ha en viss betydning for andre rettsanvendere.¹² De vil dessuten kunne tjene som eksempler og være nyttige som argumentasjonskilde.

1.5 Sport og EF-retten

Tidligere har det vært hevdet at sport ikke er omfattet av EUs konkurranseregler. Men etter den mye omtalte Bosman-dommen¹³ kan være tvilsom om at sport omfattes. Imidlertid slo denne dommen kun fast det som hadde kommet frem tidligere i Walrave-

¹⁰ KKD 1997-02-28 153

¹¹ EFT [2002] C 196/03 og IP 02/806

¹² Jfr Arnesen (1995) s. 18

¹³ C-415/93 Bosman Saml 1995 I-4921

saken¹⁴. Om forholdet til anvendelsen av EF-retten på sportsektoren uttalte domstolen følgende: ”Having regard to the objectives of the Community, the practice of sport is subject to Community law only in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty.”¹⁵ Selv om sport generelt er omfattet av EF-retten må man foreta et skille mellom de regler som er omfattet og de som ikke er omfattet. Reglene som omhandler den sportlige aktivitet i seg selv, altså de ikke økonomiske sidene ved sporten, er ikke omfattet av EF-retten. Mens reguleringen av de rent økonomiske sidene er omfattet av EF-retten. Salg av TV-rettigheter er naturligvis en økonomisk side, som er omfattet av EF-retten.

1.6 Kringkasting og konkurranseretten

I forholdet mellom EF-retten og EFs mediepolitikk, har det audiovisuelle media inntatt en slags hybrid rolle. På den ene side har EF-domstolen slått klart fast kringkasting utgjør en økonomisk aktivitet, og at EF-retten derfor er anvendelig.¹⁶ På den annen side har EU aldri bestridt den viktige kulturelle betydning av kringkasting. Og medlemsstatene har lenge vært kritisk til å la EU blande seg inn i deres nasjonale mediepolitikk. Stadig ligger det uløste problemer i forholdet mellom de to områdene blant annet om kringkasting kan bli ansett som ”spesiell” og hvor vidt den spesielle karakteristikk er grunnlag for fritak fra EF-retten, herunder konkurranseretten.¹⁷

1.7 Målsetning: Virksom konkurranse

Grunntanken i konkurranseretten er å sikre en samfunnsmessig effektiv ressursbruk. I et marked der konkurransen ikke fungerer optimalt vil aktørene naturlig fastsette en høyere pris utover kapitalkostnaden, enn hva det faktisk koster å produsere et gode. Dette vil igjen senke etterspørselen etter godet. Resultatet blir dermed mindre produksjon, og en samfunnsøkonomisk ineffektiv ressursbruk. Gjennom konkurranse-

¹⁴ I ECJ avgjørelse i Walrave-saken (C-36/74 Walrave og Koch) kom domstolen til at sport var omfattet av EF-retten så langt som sporten utgjør en økonomisk aktivitet innen felleskapet.

¹⁵ Ibid premiss 4

¹⁶ jfr Sak 155/73, Saml 1974 s. 409

¹⁷ Se nærmere om problemstillingen i Nitsche (2001) s. 6 flg og s. 67 flg

reglene søker man å forhindre prissamarbeid og utnytting av markedsdominans. Dette vil igjen beskytte konsumentene i markedet, som er annet formål bak konkurranseretten. I EF-retten har konkurranseretten enda en funksjon. Den skal være med å fremme integrering, altså utviklingen av et felles stort marked. Målet kan bare nås dersom det ikke finnes konkurransebegrensninger ved landegrensene. Særlig viktig her at man hindrer en markedsoppdeling etter landegrensene.¹⁸

En økonomisk modell som er satt opp i teorien for å nå de to første formålene er modellen for fullkommen konkurranse. Den fullkomne konkurranse består av to elementer, statisk og dynamisk effektivitet

Statisk effektivitet vil si at ressursene utnyttes slik at de som verdsetter et gode høyest får godet (allokerings effektivitet). Det vil dermed innebære en effektiv ressursbruk, slik at man til enhver tid utnytter de tilgjengelige ressurser optimalt. Når alle godene er utnyttet optimalt vil man ha oppnådd en likevektsløsning hvor ingen overføring av ressurser kan gjøres uten at noen får det dårligere. Resultatet vil dermed være Paretoeffektivt. Dynamisk effektivitet tar i motsetning til den statiske også i betraktning den teknologiske utviklingen.

For at fullkommen konkurranse skal inntre stilles det en rekke krav til markedet og aktørene. Markedet må være atomisk, homogent og tilpasse seg momentant. Det må videre foreligge kontraktsfrihet, ingen Bonafide-transaksjoner (svindel) og ingen transaksjonskostnader. Aktørene forutsettes å ha full informasjon og være rasjonelle.¹⁹

I praksis vil ikke alle disse forutsetningene være tilstede i noe marked.²⁰ Man har like fullt valgt å holde fast med modellen, men i en modifisert utgave som kalles virksom konkurranse ”workable competition”.²¹ I modellen for virksom konkurranse godtar man at alle forutsetningene for den fullkomne konkurranse ikke er tilstede, men man mener likevel at man kan oppnå dynamisk og statisk effektivitet.²²

¹⁸ Bishop&Walker (2002) s. 3 flg

¹⁹ Eide (1997) s. 42-43

²⁰ For noen markeder som f.eks valuttamarkedet vil forutsetningene nesten være til stede, og man kan dermed bruke modellen for fullkommen konkurranse.

²¹ Jfr dom i Metro-saken, Saml 1973 s. 215

²² Anderman (2000) s. 17

Når man skal vurdere om konkurransen i et marked er begrenset, for eksempel markedet for salg av TV-rettigheter av sportsbegivenheter, må man ha en norm å vurdere dette opp mot. Normen man skal vurdere markedet opp i mot er den virksomme konkurransen i markedet, det vil si markedet slik ville fungert uten angjeldende avtale. (Nærmere om denne vurderingen i punkt 2.2.3.1).

2 Art 81(1)

2.1 Generelt om vurderingen under art 81(1)

Artikkel 81(1) forbyr avtaler eller annen form for samarbeid mellom foretak, som er begrensende for konkurransen. Samarbeid som faller inn under art 81(1), kan imidlertid få fritak etter 81(3) dersom samarbeidet tilfredstiller de krav som er stilt opp der. Et samarbeid som er forbudt etter art 81(1) og som ikke tilfredstiller kravene til fritak etter art 81(3), vil være ugyldig i følge av art 81(2).

Art 81(1) inneholder fire vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Disse er:

1. Det må foreligge en avtale ("agreement") eller annen samordnet opptreden
2. Avtalen må være mellom foretak ("undertakings") eller sammenslutning av foretak
3. Avtalen må ha til formål ("object") eller virkning ("effect") å forhindre, begrense eller påvirke konkurransen
4. Avtalen må påvirke samhandelen mellom medlemsstatene

I tillegg er det et ulovfestet vilkår:

5. Merkbarhetskriteriet (ulovfestet)

Det mest sentrale vilkåret i art 81(1) er at samarbeidet må ha konkurransebegrensende virkninger eller ha et konkurransebegrensende formål. I forhold til denne oppgaven forutsettes de øvrige vilkår oppfylt. Vilrårene vil ikke bli drøftet her da de ikke reiser noen særlige problemer i forhold til TV-rettigheter til sportsbegivenheter sammenlignet med andre sektorer og varegrupper.

Vilkåret om at det må foreligge et samarbeid mellom foretak kunne ha reist et interessant problem i forhold til offentlige kringkastere og arrangører av begivenheter, som drives uten tanke på profitt. Imidlertid har EF-domstolen avklart hva som ligger i begrepet "undertaking" (foretak) i Höfner-saken²³ der dom-

²³ Case C-41/90 Höfner og Elser vs Macrotron Gmb, Saml 1991 I-1979

stolen definerte ”undertaking” som ”every entity engaged in a economic activity”. Alle kringkastere og arrangører vil dermed i alle normale tilfeller falle inn under begrepet ”undertaking”.

Et utgangspunkt for vurderingen av art 81(1) er at det er en individuell og konkret vurdering som skal foretas i hvert enkelt tilfelle.²⁴ Med andre ord vil faktum i hver enkelt sak være avgjørende for om art 81(1) er overtrådt eller ikke. Det er særlig tre omstendigheter som er viktige i vurderingen av om avtalen har som formål eller virkning å begrense konkurransen. For det første vil innholdet i selve avtalen være avgjørende. For det annet vil type produkt og egenskaper ved produktet være viktig i vurderingen. For det tredje vil markedet avtalen virker i være av stor betydning. Disse forhold vil bli behandlet hver for seg under, og da med særlig vekt på hva som er spesielt for kringkasting av sportsbegivenheter. Først skal det imidlertid kort redegjøres for hva som gjennom praksis har blitt ansett som kjernen i at en avtale har som formål eller virkning å begrense konkurransen etter art 81(1).

2.1.1 Formål eller virkning å begrense konkurransen

Ordlyden i art 81(1) viser at bestemmelsen rammer både avtaler som har til formål (”object”) og avtaler som har som virkning (”effect”) å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Begrepene hindre, innskrenke eller vri konkurransen kan sammenfattes i uttrykket begrense konkurransen. Formål og virkning å begrense konkurransen er to alternative vilkår, men en og samme avtale kan for så vidt rammes av begge vilkår. Systematisk vil avtalene her bli behandlet først under ”object” og deretter under ”effect”. En rekke rettsavgjørelser fra EF-domstolen, samt kommisjonspraksis, har vist til at hvis formålet med en avtale er konkurransebegrensende, så trenger man ikke å undersøke om det foreligger en konkurransebegrensende virkning.²⁵ Klassifisering av at en avtale har som formål å begrense konkurransen har også den betydning at partene i avtalen ikke kan argumentere med at deres avtale rent faktisk ikke påvirker konkurransen. Traktaten har klassifisert disse avtalene som stridende mot konkurransen pr definisjon.

²⁴ Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94. *Night Services mfl v Kommisjonen*, Saml 1998 s II-3141

²⁵ Jfr Case 56/65 *Société Technique Minière v Mashinenbar Ulm*, ECR 1966 235, Case 56 og 58/64 *Constern og Grundig v Kommisjonen*, ECR 1966 s. 299. samt Kommisjonens avgjørelse i TACA-saken, OJ[2001] L 95/1

Imidlertid gjør vilkåret om påvirkning av samhandelen i art 81(1) og vilkåret om merkbarhet (ulovfestet), at man ikke kommer helt utenom en vurdering av virkningen. Parternes eneste mulighet for å gå klar av regelverket er å søke fritak etter art 81(3).²⁶ Men selv dette vil være vanskeligere når en avtale har som formål å begrense konkurransen.

Retten i Førsteinstans ga i Night Service saken følgende redegjørelse for hvordan avtaler skal vurderes under art 81(1):

”... inden den behandler parternes argumenter vedroerende rigtigheden af Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne, indledningsvis bemærke, at vurderingen af en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, [nå 81(1)] skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i... medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol ... I sidstnævnte tilfælde er det nemlig kun i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, [nå 81(3)] at sådanne begrænsninger kan afvejes i forhold til de påståede konkurrencefremmende virkninger med henblik på at fritage aftalen fra forbuddet i samme artikels stk. 1.”²⁷(Mine tilføjninger i klammene)

Av det siterte i avgjørelsen fremgår det at for noen typer avtaler vil det ikke være nødvendig å foreta en individuell vurdering om avtalene har virkning på konkurransen, fordi avtalene er ”åbenlyse konkurrencebegrænsninger”. Med andre ord avtaler som har som formål å begrense konkurransen. Hvilke typer avtaler som ansees å ha som formål å begrense konkurransen har blitt klarlagt gjennom praksis fra EF-domstolen, Retten i Førsteinstans samt praksis fra Kommisjonen.

For det første kan det fastslås at det at en avtale har som formål å hindre, innskrenke eller vri konkurransen ikke innebærer noe krav til bevis for partenes subjektive intensjoner da de inngikk avtalen.²⁸ Formålet med avtalen eller opptreden må finnes ved en

²⁶ Whish (2001) s. 93

²⁷ Forete saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94. European Night Services Ltd mfl mot Kommisjonen, Saml. 1998 II-3141 premiss 136

²⁸ Whish (2001) s. 92

objektiv tolkning av meningsinnholdet i avtalen samt formålet med avtalen vurdert i den økonomiske sammenheng som disse oppstod.²⁹ Man må med andre ord vurdere hver avtale for seg, og foreta en individuell vurdering av om avtalen kan sies å ha som formål å begrense konkurransen. En avtale kan ha et slikt formål, selv om det også kan påvises andre mer aktverdige formål. Vanligvis vil imidlertid ikke slike avtaler ha noen synlige positive virkninger, og er utelukkende inngått med formål å begrense konkurransen.³⁰

Selv om hver avtale skal vurderes for seg kan man si at noen avtaletyper typisk vil falle inn under ”object”. I art 81 litra a til e er det gitt en liste med eksempler på begrensninger som typisk vil medføre en overtredelse av art 81(1). Listen er ikke ment som noen uttømmende liste, men kun som eksempler. Disse eksemplene har også gjennom praksis blitt ansett å ha som formål å begrense konkurransen. Det kan her vises til det siterte fra Night Service saken. I Whishs Competition Law³¹ er følgende horisontale-avtaler listet opp som eksempler på avtaler med konkurransebegrensende formål:

- *”to fix prices*
- *to share markets*
- *to limit output*
- *to limit sales*
- *to exchange price information*
- *collectively exclusive dealing”*

Av vertikale avtaler nevner Whish:

- *”to fix minimum resale prices*
- *to impose export bans”*

Vurderingen av om avtalen har konkurransebegrensende virkninger skal etter fast praksis skje i lys av den rettslige og økonomiske sammenheng, som avtalen operer i. Vurderingen er om avtalen sammen med andre forhold kan ha medvirket til å begrense konkurransen i markedet³², idet man tar hensyn til hvordan markedet ville ha sett ut uten

²⁹ Whish (2001) s. 93

³⁰ Faul&Nikpay (1999) s. 82

³¹ Whish (2001) s. 96

³² Jfr. Dom i sak C-234 Delimitis. Saml. I-935, premiss 14

den angjeldende avtale³³. For å kunne foreta denne vurderingen er det nødvendig å ha klart for seg hvordan det aktuelle marked ser ut. Det må derfor foretas en avgrensning av det relevante produktmarked og geografiske markedet. Dessuten vil innholdet i den konkrete avtale og produktet være av avgjørende betydning.

2.1.2 Avtalen

Artikkel 81 skiller ikke mellom de vertikale og de horisontale begrensninger på konkurransen, begge former er omfattet av bestemmelsen.³⁴ Som nevnt er kollektive salgs- og kjøpsavtaler horisontale og eksklusive avtaler er vertikale begrensninger på konkurransen. De vertikale avtalene vil bli behandlet for seg nedenfor i avsnittet om eksklusive rettigheter (punkt 2.4). Man får da en såkalt to trinns analyse. Hvis man kommer til at avtalen ikke er i strid med art 81 pga de horisontale virkningene, må man deretter studere om de vertikale begrensningene er i strid med art 81. Kommisjonen har lagt opp til dette systemet i Kommisjonens meddelelse for horisontale avtaler³⁵.

2.1.3 Produktet

Kommisjonen har gitt følgende definisjon av produktmarkedet:³⁶

"Ved det relevante produktmarked forstås således markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrukeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål."³⁷

Fjernsynssendinger har imidlertid en noe spesiell karakter, og passer derfor ikke så veldig godt inn i denne definisjonen. Fjernsynssendinger er det økonomene kaller et "public good" (kollektivt gode). Det vil si at varen kan nyttes av flere uten at det forringer verdien for den enkelte. Men samtidig har også fjernsynssendinger innslag av "private

³³ jfr. Sak 56/65 Société Technique Minière v Mashinenbar Ulm, Saml 1966 s. 235 og sak C-306/96 Javico, Saml 1998 I-1983

³⁴ I praksis var det lenge tvil om også de vertikale begrensningene var omfattet av art 81. EF-domstolen slo fast at art 81 var anvendelig også for vertikale avtaler av i Constern og Grundig avgjørelsen (Sak 56 og 58/64, Saml 1966 s. 299)

³⁵ EFT [2001] C 3/2 av 06/01/2001 s.2-30

³⁶ Kommisjonens meddelelse om avgrensningen av det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurranserett, publisert i EFT [1997] C 372/3 (09.12.1997)

³⁷ Ibid premiss 7

good” (privat gode). Vanligvis kan private goder ikke deles om de ikke stykkes opp i mindre biter, men dette gjelder ikke fjernsynssendinger. At flere ser på et program gjør ikke at det blir mindre på de øvrige seere. Derimot vil overføringskapasiteten være et ”public good”. TV2 kan for eksempel kun sende et program om gangen.³⁸

Sportsbegivenheter skiller seg imidlertid fra andre fjernsynsprogrammer med noen særlige egenskaper.

”Ferskvare”

Sportsbegivenheter er det man kan kalle en ”ferskvare”. Begivenhetene har en helt annen interesse i øyeblikket, enn hva den vil ha senere. Vanligvis vil TV-seerne ha direkteoverføring fra begivenhetene mens det skjer. Selv en times forskyvning av TV-sendingen kan være avgjørende for seeropplutningen. Selv om bildene ikke er verdiløse i etterkant dekkes ikke det samme behovet, og verdien av sendingene vil være en helt annen. Ved direkte overføring er det mer en underholdningsverdi som dekkes. Usikkerheten om utfallet av begivenheten er et viktig element i sport. I etterkant kan det være mer en nyhetsformidling med kortere reportasjer som er interessant og etterspurt. En del større begivenheter vil kunne ha en markedsverdi i lang tid etter de har funnet sted, men produktet er da av en annen karakter og ligner mer på filmmarkedet.

I denne oppgaven vil jeg konsentrere meg om direktesendingene, fordi det er disse som reiser de mest interessante konkurranserettslige problemstillingene. Problemstillingene knyttet til eldre begivenheter vil derimot ofte være av opphavsrettslig art.

Substitutt

Et annet særtrekk ved sportsbegivenheter er at det ofte ikke vil finnes noe substitutt i andre sendinger. En ivrig Formel-1 entusiast vil ikke føle at han får dekket sitt behov ved å se en fotballkamp i stedet for en Formel-1 runde. Tilsvarende vil forholdet være for en fotballsupporter og hans favorittlag, idet han vil være mest interessert i å se sitt favorittlag spille. Man kan derfor ikke se sportsbegivenheter generelt som en enkelt vare, men heller som en varegruppe. Ulike idretter og idrettsgrupper vil utgjøre egne markeder. Markedsavgrensningen behøver imidlertid ikke å være den samme i alle medlemsstatene, ettersom preferanser kan variere fra nasjonalitet til nasjonalitet.³⁹ For

³⁸ Se nærmere Gaustad (2000)

³⁹ Jfr Kommisjonen (1998) s. 21

eksempel har vinteridrett og da særlig langrenn stått sentralt i de nordiske land. For de nordiske markeder vil det da kanskje være naturlig å skille mellom de ulike vinteridrettene som egne markeder. For markene i Syd-Europa er dette kanskje ikke like naturlig.

For kringkasterne er det vanskelig å finne alternativer om de ikke får rettighetene til de ønskede større begivenhetene som OL, VM ol. Markedet har derfor lett for å bli monopolistisk. På lengre sikt vil slike problemer være mulig å bøte på ved å bygge opp interessen rundt nye idretter gjennom merkevarebygging ol.

2.1.4 Markedet

En korrekt markedsdefinisjon kan være avgjørende for å nå frem til riktige resultat i konkurransesaker. Markedsdefinisjonen innenfor TV-sektoren er komplisert i utgangpunktet. Innblandingen av sport med de spesielle egenskapene som det er redegjort for over i punkt 2.1.3 gjør ikke definisjonen enklere. En fullstendig redegjørelse for markedsdefinisjonen innen TV-rettinghetsmarkedet for sportsbegivenheter vil sprengte rammene for denne avhandling. Det vil derfor ikke bli redegjort nærmere for problemene omkring markedsavgrensningen.

For en nærmere redegjørelse for markedsavgrensningen se Kommisjonen (1998), E. Jane Carter: "Market Definition in the Broadcasting Sector", Publisert i World Competition 24 2001.

Dessuten har det på vegne av Kommisjonen nylig blitt utarbeidet to større undersøkelser om markedsavgrensningen i mediesektoren: 1. "Market Definition in the Media Sector - Comparative Legal Analysis –" av Bird & Bird for the European Commission, DG Competition, desember 2002. 2. "Market definition in the media sector: economic issues" av Europe Economics, november 2002.⁴⁰

Et særtrekk ved TV-rettingheter som vare, som igjen vil ha betydning ved behandlingen under konkurransereglene, er at rettighetene i stor grad er konsentrert på få hender. Rettigheten er i stor grad bundet opp hos de ulike forbundene. Tilbudet på rettigheter blir videre begrenset ved at rettighetene vanligvis selges som eksklusive rettigheter over lengre tid, og gjerne også i pakker (for eksempel alle tippeligakamper i Norge).

⁴⁰ Begge studiene var pr. 25.05.03 tilgjengelige på <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/>

2.2 Kollektive salg av rettigheter

2.2.1 Innledning

2.2.1.1 Hva er kollektivt salg?

Kollektive salg av TV-rettigheter vil si at ulike arrangører av idrettsbegivenheter går sammen i et samarbeid om salg av de ulike arrangementene, i stedet for at hver enkelt arrangør selger sine egne rettigheter. Organiseringen av samarbeidet kan gjøres gjennom de ulike nasjonale forbundene, men også gjennom overnasjonale forbund. Som eksempel kan her nevnes at Norges Fotballforbund selger rettighetene til eliteserien samlet, i stedet for at for eksempel Rosenborg og de andre klubbene skulle gå ut og selge rettighetene sine selv til de ulike TV-selskapene. Tilsvarende ordninger finner man også på overnasjonalt nivå. For klubben er en slik håndtering av rettighetene en praktisk løsning. Ordningen er nok også ønskelig for de kanaler som er så økonomisk sterke at de klarer å skaffe seg TV-rettigheter til de ulike begivenhetene. Problemet med ordningen er at den begrenser antallet av tilgjengelige rettigheter i markedet, og dermed svekker konkurransen. Dette er også uttrykt av Alexander Schaub i en tale i Madrid i juni 2002 der han sier: *”Joint selling agreements prevent clubs from competing in the sale of their rights. As a consequence, it may limit competition between broadcasters and thereby consumer choice.”*⁴¹

2.2.1.2 Kommersiell praksis

Kollektivt salg av TV-rettigheter er en kommersiell praksis som har vært vanlig når man skal selge rettighetene til sportsarrangementer, og praksisen har blitt akseptert uten at man har stilt spørsmål om den kan være i strid med konkurranseretten.⁴² Til illustrasjon kan det nevnes at da Kommisjonen behandlet avtalen mellom BBC, BskyB og det engelske fotballforbundet i 1993, ble ikke spørsmålet om kollektive avtaler kunne være i strid med EF-retten tatt opp i det hele tatt.⁴³ Kommisjonen konsentrerte seg kun om eksklusiviteten i avtalen. Man kan således stille spørsmål om hvorfor en slik ordning har fått leve i fred uten innblanding fra nasjonale myndigheter eller Kommisjonen i EU.

⁴¹ Schaub (2002)

⁴² Jfr Nitsche (2000)

⁴³ Notis etter art 19(3) i Direktiv 17, EFT [1993] C 94/6 og IP/93/614

Det mest nærliggende svaret i mine øyne er at ordningen har vært nødvendig i den markedsstrukturen man hadde tidligere. Med en stor og sterk statskringkaster, som nærmest var i en monopolsituasjon for kjøp av nasjonale begivenheter, var det nødvendig med de kollektive salgssavtalene for å skape litt balanse i avtaleforhandlingene. Samtidig var det veldig praktisk å organisere salget slik, når alle arrangører uansett skulle selge rettighetene sine til statskanalen. Man kan dermed si at de konkurransebegrensende virkningene av salgssamarbeidet var mindre tidligere.

Utviklingen har gått i retning av frislipp av de kommersielle kanalene, og man har fått en reell konkurranse i markedet. Man kan da spørre om de kollektive salgssavtalene som tidligere ble akseptert nå står for fall. Ved en studie av dagens marked kan man slå fast at mange TV-rettigheter til sportsbegivenheter blir solgt samlet i en pakke, og av flere aktører samlet. Som eksempel kan det nevnes alle kampene i tippeligaen i en sesong eller flere sesonger, alle Fomel-1 rundene et år, alle konkurranser i et OL eller alle kampene til Champions League.

Imidlertid ser denne praksis ut til å være i ferd med å endre seg, eller i det minste få mer fokus på seg. På det nasjonale plan har konkurransemyndighetene i enkelte land begynt å fatte interesse for de kollektive salgssavtalene. Og det har blitt truffet vedtak av konkurransemyndighetene i bl.a. Nederland, Storbritannia og Tyskland⁴⁴.

Man har også indikasjoner på økt interesse på EU-nivå. Kommisjonen har uttalt i ”Broadcasting of Sports events and competition Law”:⁴⁵

” If there exists an inter-state trade effect, it will be necessary to examine whether the collective selling of rights to broadcasting matches or to series of events or competitions results in an agreement restrictive of competition contrary to Article 85(1) [Nå artikkel 81(1)] of the EC Treaty and the Commission will have to examine whether the criteria for exemption could nevertheless be met by the arrangements ”

Kommisjonene vil med andre ord ikke se gjennom fingrene lenger på kollektive salgssavtaler, slik de i stor grad har gjort tidligere. Kommisjonens tidligere tilbakeholdenhet

⁴⁴ Kommisjonen (1998)

⁴⁵ Kommisjonen (1998)

fra å gripe inn kan tyde på at den ikke hadde utviklet noen politikk for sektoren, man hadde med andre ord ikke en politisk ryggdekning for avveiningen av de ulike hensyn. Tilsvarende tilbakeholdenhet har man kunne observere også i andre sektorer, som for eksempel gass og skipsfart, før man hadde utviklet en politikk innenfor disse sektorene. Men når Kommisjonen har fått det fulle bildet og utviklet en politikk, må man anta at den vil ta et klarere standpunkt i forhold til kollektivt salg av sportssendinger. Kommisjonen har for tiden tre saker⁴⁶ inne til behandling som omhandler kollektivt salg av TV-rettigheter. Når Kommisjonen har ferdigbehandlet disse vil kanskje deres syn på kollektivt salg fremtre klarere.

2.2.1.3 Rettslige problemer

I denne delen av oppgaven er det art 81(1), nærmere bestemt konkurransebegrensningskriteriet som skal drøftes. I konkurranseretten er kollektivt salg en type samarbeid som blir sett på med stor skepsis. Det ligger nærmest en konkurransebegrensning skrevet over hele samarbeidet. For å kunne arrangere en liga, en serie eller en turnering må klubbene samarbeide. De må bli enige om reglene, om når kamper skal avvikles, hvem som skal spille mot hvem og hvor kampene skal spilles. I tillegg til disse organisatoriske reglene må man bli enige om hvordan TV-rettighetene skal selges. Organiseringen og driften av ligaen fordrer dermed at klubbene til en viss utstrekning samarbeider, og det gjelder også for salget av TV-rettighetene. Variasjonen av hvilke avtale typer man her kan tenke seg er imidlertid stor; alt fra at hver enkelt klubb har ansvaret for å selge sine egne kamper, eventuelt i samarbeid med motstanderlaget. Til det andre ytterpunktet hvor alle rettighetene forhandles kollektivt av det nasjonale forbundet, eller er sentralisert gjennom det internasjonale forbundet. Innholdet i avtalen vil da naturligvis være avgjørende for om det foreligger en konkurransebegrensning. I forhold til konkurransebegrensningskriteriet i art 81 reiser det kollektive salget av rettighetene to spørsmål. Det første er om avtalene har som formål å begrense konkurransen. Kommer man til at avtalen ikke har et slikt formål, blir spørsmålet om den rent faktisk har en slik virkning.

⁴⁶ Premier League, DFB, Champions League

2.2.1.4 Hvem eier rettighetene?

For å kunne ta stilling til om det foreligger en begrensning av konkurransen må man vurdere hvem som eier rettighetene til sportsbegivenhetene. Spørsmålet om blir om det er det nasjonale forbundet eller den enkelte arrangør som eier rettighetene til begivenhetene.

Spørsmålet om eiendomsretten til rettighetene er et opphavsrettslig spørsmål som ikke kan avklares gjennom konkurranseretten, men må avgjøres etter hvert enkelt medlemsstats interne rett. Av EF-traktaten art 295 følger det at traktaten ikke skal berøre de interne regler om eiendomsrett. Slike regler vil være et nasjonalt anliggende.

Man kan likevel tenke seg tre mulige løsninger på problemet om eiendomsretten som de nasjonale reglene kan komme frem til:

1. Rettighetene tilhører den enkelte arrangør (evt. de individuelle klubbene)
2. Rettighetene tilhører det nasjonale forbundet
3. Rettighetene tilhører dem begge i et sameie

Løsning nummer 2 at det nasjonale forbundet eier rettighetene alene, vil gjøre at de konkurranserettslige problemene i forhold til kollektivt salg ikke oppstår. Bakgrunnen er at det da ikke har foregått noe samarbeid mellom klubbene. De har da ikke rett til å selge rettighetene på egen hånd.

Ved løsning nummer 1 og 3 vil det derimot ha foregått et samarbeid mellom klubbene for å selge rettighetene. Hvis man kommer til at det er et sameie mellom klubbene og det nasjonale forbundet vil det i alle fall foregå et kollektivt salg for den delen som eies av klubbene.

Generelt vil nok de fleste medlemstater opphavsrett plassere rettighetene hos arrangørene enten alene eller i sameie. Dette kan gjøres med grunnlag i såkalte stadionrettigheter eller på annet grunnlag.⁴⁷ Nasjonale forbund vil dermed ikke være mer enn medeier i rettighetene. Det forutsettes derfor at eiendomsretten ligger til arrangørene. Den konkurranserettslige virkningen av plasseringen av eiendomsretten hos forbund eller arrangør vil ikke bli drøftet videre.

⁴⁷ Kommisjonen (1998) s. 25 (punkt IV premises 3)

2.2.1.5 Rettskildesituasjon

Rettskildesituasjonen er i utgangspunktet tynn når det gjelder anvendelsen av EF-traktatens art 81(1) på kollektive salgssavtaler til TV-rettigheter. EF-domstolen har aldri fattet noen avgjørelse om lovligheten av kollektive salgssavtaler til TV-rettigheter. Kommisjonen har som nevnt over også vært temmelig tilbaketrukket på området, men den ser nå ut til å ha blitt mer interessert i ordningen. Det kan vises til Kommisjonens avgjørelse i UEFA-champions league saken⁴⁸, som vil bli behandlet nedenfor, og behandlingen av FIA-saken⁴⁹ og DFB-saken⁵⁰. I tillegg har Kommisjonen startet en granskning av engelske Premier League. Teori på området er begrenset, selv om stadig flere ser ut til å vedkjenne at ordningen reiser problemer i forhold til konkurranseretten.⁵¹

2.2.2 Samarbeid med formål å begrense konkurransen

Ved behandlingen av om kollektive salgssavtaler har til formål å begrense konkurransen finner jeg det naturlig å dele opp temaet. Det første spørsmålet er hva som er formålet med kollektive salgssavtaler. Deretter blir spørsmålet hvordan avtalene rent faktisk er behandlet i praksis av Kommisjonen og andre myndigheter, samt hvordan de er omtalt i teorien.

1. Formålet med kollektive salgssavtaler, konkurransebegrensning?

Den rettslig relevante problemstilling er her, om avtalen mellom klubbene/arrangørene har til formål å begrense konkurransen i det angjeldende marked.

Utgangspunktet er at det må foretas en individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Man må da ta for seg den foreliggende avtale eller annet form for samarbeid, og vurdere hva som ut i fra en objektiv vurdering er formålet med avtalen. Vurderingen skal som nevnt over foretas ut fra avtalens rettslige og økonomiske kontekst.⁵² Ved vurderingen må man ta høyde for at kollektive salgssavtaler er en stor gruppe avtaler. De individuelle

⁴⁸ COMP/37.398 - UEFA

⁴⁹ COMP/35.163 – FIA og COMP/36.638 - FIA + FOA

⁵⁰ Sak IV/37.214 – DFB,

⁵¹ Jfr Bellamy&Child (2001) s.246 flg, samt Faul&Nikpay (1999) s.788 flg

⁵² Sak 29/83 og 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA og Rheinzinc GmbH v Kommisjonen, Saml 1984 s. 1679 premiss 24-25

variasjonene mellom avtalene kan være betydelige. Variasjonen går fra to begivenheter solgt samlet til en serie av begivenheter, og over et lengre tidsrom. Siden vi i vår sammenheng ikke har en konkret avtale som skal vurderes, må vi heller peke på de generelle trekkene man finner igjen i kollektive salgssavtaler, og hvilken betydning disse har.

Et naturlig utgangspunkt når man skal vurdere om et kollektivt salgssamarbeid har som formål å begrense konkurransen er *hvem* som har inngått avtalen, altså mellom hvilke parter samarbeidet er inngått. I forklaringen av kollektivt salgssamarbeid er dette et samarbeid mellom aktører på samme nivå i markedet. Med andre ord aktører som normalt skulle være aktuelle konkurrenter uten samarbeidet. Dette kan være en indikasjon på at avtalen er inngått med det formål å begrense konkurransen. Motsetningen vil være et samarbeid mellom parter på ulikt nivå i markedet, såkalte vertikale samarbeid, eller mellom parter som operer i ulike markeder (f.eks ulike geografiske markeder). Avtaler mellom disse vil normalt ikke falle inn under avtaler som har som formål å begrense konkurransen.

Etter at man har konstatert hvem som er parter i avtalen, vil en studie av avtalen og avtaleteksten være en naturlig oppfølging. Spørsmålet blir da om avtalene objektivt vurdert har som formål å begrense konkurransen. Det må da foretas en vurdering av de ulike bestemmelsene i avtalen og undersøkes hva som er bakgrunnen for utformingen av disse. Avtalebestemmelsene må tolkes for å finne frem til innholdet i bestemmelsene. Deretter må det foretas en objektiv vurdering av hva som var formålet med bestemmelsene. Hva partene mente da de inngikk avtalen (eventuelt hva de mener nå eller hevder de mente på avtaletidspunktet) er uten betydning. Man kan med andre ord se bort fra partenes subjektive intensjoner.⁵³

Når man foretar en slik individuell vurdering av den konkrete avtale vil man vanligvis finne bestemmelser om prisfastsetting for det kollektive salget. I tillegg vil avtalen normalt inneholde en fordelingsnøkkel for hvordan inntektene skal fordeles mellom de ulike arrangørene av begivenhetene. Slike bestemmelser om prisfastsetting vil innebære en koordinasjon av prisene mellom de ulike aktørene i samarbeidet. Uten samarbeidet

⁵³ Sak 29/83 og 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA og Rheinzinc GmbH v Kommissjonen, Saml 1984 s. 1679 premiss 24-25

kunne man tenke seg at hver arrangør setter sin egen pris ut i fra hva markedet er villig til å betale. Eventuelt at arrangørene lyser ut en anbudskonkurranse for rettighetene til sine begivenheter. Med salgssamarbeid vil derimot prisen være fastsatt gjennom samarbeidet. Siden man allerede er kommet til at partene i avtalen er aktuelle eller potensielle konkurrenter i markedet vil en koordinasjon av prisene innebære en begrensning av priskonkurransen i markedet. At en slik koordinasjon av prisene innebærer visse fordeler for aktørene er irrelevant i denne sammenheng, men kan ha betydning for mulighetene for fritak under art 81(3). Vesentlig i vår sammenheng er at prisene gjennom samarbeidet blir samordnet. Avtalen vil derfor fungere som et prissamarbeid.

Også i teorien er det uttrykt at kollektive salgssavtaler lett vil fungere som prissamarbeid, og at dette vil være hovedinnholdet i slike avtaler.⁵⁴ Prissamarbeid ("price-fixing") regnes som en av de groveste former for overtredelse av art 81(1), og er i litra a nevnt som eksempel på overtredelse av bestemmelsen. Samordning av prisene vil etter art 81(1) være et objektive kriterium som viser at partene hadde til formål å begrense konkurransen i markedet. Dette er også uttrykt av EF-domstolen i European Night Services-saken⁵⁵. Domstolen sa at avtaler som inneholder "aabenlyse konkurrencebegrensninger, som f.eks. prisavtaler, deling af markedet eller afsaetningskontrol" er avtaler som typisk faller inn under formål i art 81(1). Slike avtaler blir ansett som åpenbare brudd med formålet i fellesskapet, og er derfor forbudt per definisjon med mindre de får fritak etter 81(3).

Kollektive salgssamarbeid, som innebærer en prisregulering, vil derfor normalt falle inn under "formål" i art 81(1). Avtalene innebærer dermed et brudd med art 81(1).

Man kan så stille spørsmålet om de kollektive salgssavtalene kan ha andre formål enn bare formålet å regulere prisene, og dermed også formålet å begrense konkurransen.

Whish skriver i "Competition Law" at partene i en avtale som har konkurransebegrensende formål ikke kan gjøre gjeldende at avtalen også har andre formål. Han skriver at: "The classification of an agreement as having as its object the restriction of competition means that the parties, for example, to a price-fixing agreement cannot

⁵⁴ Se Faull&Nikkpay (1999) s. 398-399

⁵⁵ Forete saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94. European Night Services Ltd mfl mot Kommissjonen, Saml. 1998 II-3141

argue that the fixing of prices do not restrict competition.”⁵⁶ Det vil da normalt være uten betydning at partene også kan peke på andre positive formål med avtalen. Slike positive trekk skal normalt bare kunne gjøres gjeldende under art 81(3) under vurderingen om det er grunnlag for fritak. Imidlertid vil det i slike tilfeller virke noe kunstig å gjøre gjeldende at en avtale har konkurransebegrensende formål når avtalen åpenbart har helt andre klare formål. Det må da være mer naturlig å vurdere konkurransebegrensningen som en virkning av samarbeidet. Typiske eksempler på slike positive formål er inntreden i nye markeder eller utviklingen av et nytt produkt, eller en annen form for forbedring av konkurransen. I følge Bellamy & Child vil det i slike tilfelle ikke være riktig å klassifisere avtalen slik at den har til formål å begrense konkurransen, hvis ikke avtalen er av slik art at den begrenser konkurransen ”of its nature”.⁵⁷

På et mer generelt plan kan man også konstatere at man i kommisjonspraksis har blitt utsatt for hard kritikk for sin overanvendelse av art 81(1). Det har blitt hevdet at Kommisjonen har anvendt art 81(1) med et for bredt anvendelsesområde (fanger mange avtaler), men med store muligheter for fritak etter art 81(3).⁵⁸ Etter kritikk av Kommisjonens praktisering av art 81 kan man se tendenser til at Kommisjonen nå i større grad lar en del avtaler gå klar av art 81(1). Et slikt skifte bør også ha konsekvenser for vurderingen av anvendelsen av ”formål” i forhold til ”virkning” i art 81. Ved å la flere avtaler falle inn under virkning kan man lettere komme ut av art 81 uten å måtte gå veien om fritaket i art 81(3).

Hvis man så godtar at også andre formål kan gjøres gjeldende, blir så spørsmålet hvilke andre formål kan anføres som en begrunnelse for kollektive salgsvtaler. I forhold til kollektive salg av TV-rettigheter er det påberopt en rekke omstendigheter som bakgrunn for det kollektive salget. For det første er det hevdet at markedet ikke vil kunne fungere uten det kollektive salget. En slik påstand har formodningen mot seg, men det blir et bevisspørsmål i den konkrete saken om det er tilfelle. Klarer parten å føre bevis for at markedet rent faktisk ikke fungerer uten det kollektive salget vil avtalen naturligvis ikke kunne anees som konkurransebegrensende. Formålet var da å opprette et marked, ikke å begrense konkurransen i det allerede eksisterende marked. For det andre er det hevdet at de kollektive salgene muliggjør en omfordeling av ressurser mellom de økonomisk sterke og de økonomisk svakere klubbene. Det anføres videre at en slik omfordeling er

⁵⁶ Whish (2001) s. 93

⁵⁷ Bellamy & Child (2001) s. 102

⁵⁸ Whish (2001) s.90

nødvendig for å opprettholde en vis jevnbyrdighet mellom klubbene, og dermed også et attraktivt marked.

Et tredje formål som kan gjøres gjeldende er at det kollektive salget har som formål å skape balanse i markedet. Aktørene i kjøpermarkedet er store kringkastere med enorme økonomiske ressurser. I noen tilfeller har disse i tillegg også gått sammen om innkjøp av rettigheter. Arrangørene velger da å selge rettighetene sine samlet for å skape balanse mellom kjøper- og selgersiden i markedet. Formålet er dermed å skape balanse i markedet, ikke å begrense konkurransen.

Spørsmålet blir således om disse alternative formål kan overskygge formålet som ligger i prisreguleringen. Dette kan synes noe tvilsomt. I denne forbindelse er det av interesse å se på hvordan spørsmålet er behandlet i praksis.

2. Behandlingen av kollektive salgavtaler til TV-rettigheter i praksis og teori

Selv om kollektive salgavtaler har slike generelle trekk at de normalt skulle bli klassifisert å ha som formål å begrense konkurransen, har man i teori og praksis kunne observere en avvikende holdning når det gjelder kollektive salg av TV-rettigheter. I praksis og i sine uttalelser kan det virke som Kommisjonen studerer virkningene på konkurransen, og tar ikke eksplisitt opp spørsmålet om avtalene har et konkurransebegrensende formål.

EF-domstolen har som nevnt ikke tatt stiling til kollektive salg av TV-rettigheter, siden ingen sak er forelagt domstolen. Innen jordbruk har EF-domstolen behandlet en sak, *Oude Luttikhuis*⁵⁹, om kollektivt salg fra kooperativer. Domstolen konkludert med at de kollektive salgavtalene ikke falt inn under art 81 som følge av formålet i avtalene. Domstolen fant at avtalene hadde andre formål enn konkurransebegrensning blant annet modernisering og rasjonalisering i jordbruket. Men avtalene kunne naturligvis likevel falle inn under art 81 som følge av de konkurransebegrensende virkningene. For å vurdere dette måtte man foreta en fullstendig vurdering av virkningene av avtalen for å fastslå om begrensningene var nødvendige for at kooperativet skulle fungere ordentlig.⁶⁰

⁵⁹ Sak C-399/93 *Oude Luttikus v. Coberco* [1995] ECR I-4515

⁶⁰ *Bellamy&Child* (2001) s 243

Dommen viser at kollektive salgssamarbeid under gitte markedssituasjoner ikke behøver å ha til formål å begrense konkurransen.

Man kan så stille spørsmålet hvordan Kommisjonen har behandlet kollektivt salg av TV-rettigheter i praksis, under formål eller virkning?

Kommisjonen har behandlet kollektive salg av TV-rettigheter både i retningslinjer og i praksis. Kommisjonen har også utarbeidet et orienterings dokument (Orientation document) ”Broadcasting of Sports events and competition Law”⁶¹. Kommisjonen utaler der om anvendelsen av art 81 på kollektive salgavtaler:

”If there exists an inter-state trade effect, it will be necessary to examine whether the collective selling of rights to broadcasting matches or to series of events or competitions results in an agreement restrictive of competition contrary to Article 85(1) [Nå artikkel 81(1)] of the EC Treaty and the Commission will have to examine whether the criteria for exemption could nevertheless be met by the arrangements” (min tilføyning i klammen).

Uttalelsen fra Kommisjonen kan sies å være tvetydig. Man kan tolke uttalelsene slik at man her kun vurderer muligheten for fritak etter 81(3), og ikke tar stilling til om avtalen har til formål eller virkning å begrense konkurransen etter art 81(1). Jeg mener uttalelsen ikke kan forstås slik, og at Kommisjonen her i alle fall indirekte har vurdert avtalene under ”virkning” i art 81(1). Støtte for en slik forståelse finnes i samme dokument hvor Kommisjonen redegjør for de viktigste virkningene på konkurransen. I behandlingen av kollektive salg av TV-rettigheter er det bare vist til de konkurransebegrensede virkninger som oppstår som følge av kollektive salgavtaler. Om avtalene har et konkurransebegrensende formål drøftes ikke. En slik drøftelse ville være naturlig om Kommisjonen mente at kollektive salg av TV-rettigheter generelt hadde til formål å begrense konkurransen. Kommisjonen peker imidlertid på to virkninger, at avtalene er prisfastsettende og begrenser antallet rettigheter. Dette er typiske omstendigheter som gjør at avtalen vurderes å ha et konkurransebegrensende formål.

En annen kilde for å klarlegge Kommisjonens holdning innen sektoren er en direkte

⁶¹ Kommisjonen (1998)

forespørsel til Kommisjonen om den finner kollektivt salg som prinsipielt konkurransebegrensende. Mario Monti svarer på vegne av Kommisjonen at kollektivt salg kan være konkurransebegrensende⁶².

Charles Tannock stilte følgende spørsmål til Kommisjonen i en skriftlig forespørsel:

”Mener Kommissionen, at det kollektive salg af tv-transmissionsrettigheder til fodboldkampe eller en hvilken som helst anden sport prinsipielt eller potentielt er konkurrencebegrensende,”

Mario Monti svarte følgende på vegne av Kommisjonen:

”I drætsforbunds kollektive salg af tv-transmissionsrettigheder kan være konkurrencebegrensende i henhold til artikel 81 i EF-traktaten, når handelen mellem medlemsstater berøres ugunstigt. Kommissionen vil ved bedømmelsen af den begrænsende virkning af det kollektive salg af transmissionsrettighederne undersøge, om betingelserne for en eventuel undtagelse er mulig. Kommissionen, som er meget bevidst om de mulige fordele ved en økonomisk solidaritet inden for sporten, ønsker at sikre, at de meget betydelige medierettigheder til fodboldturneringer ikke sælges på en måde, der skader konkurrencen på mediemarkederne, og som følge heraf seerne.”⁶³

For det første kan det vel slås fast at uttalelsen fra Kommisjonen er noe unnvikende i forhold til spørsmålet om Kommisjonen anser kollektive salg av TV-rettigheter å være prinsipielt konkurransebegrensende. Når Monti omtaler virkningene av konkurransen behandler han dette sammen med muligheten for å få fritak etter art 81(3). I denne vurderingen vil det være korrekt også å vurdere virkningene, for å vurdere om avtalen har slike virkninger på konkurransen at de fordeler som oppnås ved avtalen veier opp ulemene. Dermed blir det også her vanskelig å si noe konkret om hva som er Kommisjonens holdning. Men man kan i alle fall konstatere at Kommisjonen har en unnvikende holdning til spørsmålet. Likevel mener jeg si at uttalelsen heller i retning av at det er virkninger Kommisjonen vil fokusere på, og ikke formålet ved avtalene.

Kommisjonens praksis på området for kollektivt salg av TV-rettigheter er som allerede nevnt noe begrenset. Praksisen begrenser seg hovedsakelig til disse fire sakene:

1. FIA og FOA, internasjonal motorsport⁶⁴
2. UEFA Champions League, (europeisk fotball)⁶⁵

⁶² Skriftlig forespørsel E-3474/01 av Charles Tannok (PPE-DE) til Kommisjonen (8. jan 2002). EFT C 172 E av 18/07/2002 s. 69

⁶³ Ibid

⁶⁴ Case IV./35.163/D3 FIA, EFT C361/5, 27.11.1997

3. DFB, Deutsche Fussballbund (tysk fotball)⁶⁶
4. FAPL, Football Association Premier League⁶⁷ (engelsk fotball)

Felles for alle sakene er at de ikke har munnet ut i noen formell beslutning fra Kommisjonen side. Den første saken endte med et forlik mellom Kommisjonen og aktørene. I UEFA-saken har UEFA og Kommisjonen forhandlet seg frem til en løsning, og det er ventet at Kommisjonen vil fatte et vedtak om fritak etter art 81(3). Mens de to sistnevnte er ennå ikke avgjort.

Kommisjonen har ikke i noen av sakene direkte vært inne på spørsmålet om det kollektive salg av TV-rettigheter har som formål å begrense konkurransen. Man omtaler i stedet de uheldige virkninger som avtalene medfører.

I UEFA-saken (behandlet grundigere under i punkt 2.2.3.2) utferdiget Kommisjonen et klageskrift hvor den hevdet at ordningen med salg av TV-rettighetene til Champions League innebar et brudd med art 81, og at det ikke kunne forventes å få fritak etter art 81(3). Grunnlaget for bruddet med art 81(1) synes å være en vurdering av virkningene avtalene har på markedet. Det at avtalene har et konkurransebegrensende formål blir ikke trukket frem. I et memo⁶⁸ som ble utgitt i forbindelse med saken sier Kommisjonen at kollektivt salg av TV-rettigheter klart faller innenfor rekkevidden til art 81(1). En slik holdning kunne indikere at man ikke ser på virkningene, men kun på formålet ved avtalene. Men i samme dokument omtaler Kommisjonen også at kollektivt salg kombinert med eksklusivitet har en ”important effect on the structure of the TV broadcasting markets”. Igjen er det virkningene som er i fokus.

Også i de øvrige sakene som Kommisjonen har behandlet har det vært virkningene på konkurransen som har vært det sentrale, og ikke om avtalene faktisk har et konkurransebegrensende formål. I den siste saken om Premier League gir heller Kommisjonen ut-

⁶⁵ Case IV./37.398 UEFA, Central marketing of the Commercial rights to the UEFA Champions League, EFT C 99/23, 10.4.1999

⁶⁶ Case IV/37.214 DFB, EFT C 6/10, 09.01.1999

⁶⁷ IP/02/1951

⁶⁸ MEMO/01/271

trykk for det motsatte. Kommisjonen utaler: ”All these anti-competitive effects do not mean, however, that joint selling is to be banned outright.”⁶⁹

I praksis fra andre sektorer har man sett at Kommisjonen ofte unngår det analytiske problemet, som oppstår når man må skille mellom formål og virkning, ved å la være å foreta et slikt skille. I noen saker for eksempel joint venture avtaler, har Kommisjonen bare vurdert virkningene.⁷⁰ Det kan virke som om det er det Kommisjonen også har gjort i forhold til kollektive salg av TV-rettigheter.

Sammenfattet kan man si at Kommisjonen ikke har tatt noe klart standpunkt til om kollektive salg av TV-rettigheter skal vurderes under formål eller virkning. Men gjennom sin behandling av avtalene synes virkningene ved avtalene å ha vært i fokus, og ikke formålet ved disse.

Heller ikke i juridisk teori på området har man tatt noe klart standpunkt til vurderingen. Men det virker som om virkningene og ikke formålet har vært i fokus også her. Man taler hele tiden om de antatte virkninger på konkurransen som kollektivt salg av TV-rettigheter har, og vurderer ikke hva som er formålet med slike avtaler.

I en tale⁷¹ i januar 2003 av Torben Toft, som er Pricipal Adminstrator i Kommisjonen, sier han under punktet om hvordan kollektivt salg begrenser konkurransen:

“The effect on competition has to be evaluated in its economic and legal context, taking into account, for example, the feasibility of participants selling rights individually.” (Min understrekning)

Selv om det meste av teorien ser ut til å konsentrere seg om vurderingen av virkningen på konkurransen, finnes det også teori hvor formålet er i fokus. Teori som går i denne retning finnes blant annet i John Temple Lang fra Fordham 1999 i artikkelen ”Media, multimedia an European Community antitrust law”⁷². Han sier at ”The most important argument in favour of joint selling by clubs is that it enables smaller poorer clubs to get

⁶⁹ IP /02/1951 20.12.2002: “Commision opens proceedings into joint selling of media rights to the English Premier League”

⁷⁰ Bellamy&Child (2001) s. 276 flg.

⁷¹ Toft (2003)

⁷² Lang (1997) s. 409

more money than they would otherwise obtain, but this argument, whatever its merits, does not deny that Article 85(1) [nå artikkel 81(1)] applies.” Selv om teksten kanskje ikke er helt entydig, synes jeg den heller mot at avtalene har som formål å begrense konkurransen og dermed rammes av formål. Også Faul & Nikpay i et avsnitt om kollektivt salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter kan tolkes slik. De skriver: “In general terms, collective selling agreements will normally constitute a restriction of competition within the scope of Article 81(1) EC, provided that the restriction is appreciable. Such arrangements have few redeeming features from a competition point of view as they may well inflate selling prices. They will also often restrict output.”⁷³

Et spørsmål som naturlig reiser seg er hva som eventuelt skulle være årsaken til å behandle kollektive salg av TV-rettigheter annerledes enn andre kollektive salg.

Av mer praktiske synspunkt kan det pekes på at det er lang tradisjon for kollektive salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter, og at ordningen har vært akseptert i EF-retten. Det kan virke som om Kommisjonen har vært tilbakeholden med å handle innen sektoren uten at man har hatt en klar plan for hva som er EF sin politikk og fremtid for hele sektoren. Ved å klassifisere avtalene under virkning får Kommisjonen en lettere oppgave. Vurderingen vil da være bredere og man vil lettere kunne opprettholde ordningene i sin foreliggende form. Med en klassifisering av avtalene under formål vil det være vanskeligere å se gjennom fingrene på slike avtaler. Utfallet vil være mer statisk. Videre vil det være lettere å innvilge fritak for avtaler som har konkurransebegrensende virkning enn for avtaler som har konkurransebegrensende formål.

Et annet synspunkt er at avtalene ikke har et konkurransebegrensende formål, men at konkurransebegrensningen eventuelt bare er en bivirkning. Formålet med avtalene er opprettelse av markedet, og for å få dette til å fungere er det nødvendig med et visst samarbeid mellom de deltagende aktørene. Det må erkjennes at et visst samarbeid mellom arrangører er nødvendig for i hele tatt kunne arrangere en liga og for så vidt også de enkelte kampene. Også samarbeid ut over dette kan være nødvendig for at en liga skal kunne overleve økonomisk. Hovedsakelig finansieres ligaene på tre måter: 1. Inntekter fra tilskuerne som betaler for å se på hver kamp eller begivenhet. 2. Inntekter fra reklame og sponsorer 3. Inntekter fra salg av TV-rettigheter. Alle disse inntektskildene er

⁷³ Faul & Nikpay (1999) s. 788

avhengig av at kampene eller begivenhetene er attraktive og spennende å følge med på. Hovedsakelig kan man si at det er to elementer som øker en sports verdi. Det første er kvaliteten på sporten som utøves. Normalt kreves det større ressurser til for å øke kvaliteten. I fotball kan dette gjøres ved innkjøp av bedre spillere eller ansettelse av bedre trenere og lignende. Verdien på sportsbegivenheten øker også hvis det er usikkerhet om utfallet av konkurransen. Hvis utfallet er gitt på forhånd er ikke folk villig til å betale for å se kampen, eller se kampen i det hele tatt. Størst mulig usikkerhet omkring resultatet av en begivenhet oppnås ved at aktørene er jevnbyrdige. Hvis de økonomiske forutsetningene for aktørene er like, er det større sjanse for at aktørene er sportslig jevnbyrdige. Man vil dermed få mer spennende konkurranser, som igjen har økt markedsverdi.

I de fleste kollektive salgssamarbeidene ligger det innebygd en økonomisk utjevning mellom aktørene i forhold til situasjonen ved individuelle salg. Ved individuelle salg vil de gode klubbene få en større andel av pengene, og kunne dermed rykke i fra også sportslig. Kampene i ligaen ville da blitt mindre økonomisk attraktive. Formålet med utjevningen er å skape mer økonomisk like klubber, og dermed øke verdien av kampene i ligaen. Man kan dermed si at formålet med samarbeidet ikke er prissamarbeidet, men å øke kvaliteten på kampene i ligaen.

Samarbeid mellom konkurrenter for å heve kvaliteten regnes ikke til den type samarbeid som faller inn under ”formål” i art 81(1).

Konklusjon:

Det er usikkert hva som er gjeldende rett her. Den viktigste årsak til uklarhetene er at man ikke har noen retningsgivende dom fra EF-domstolen. Men også Kommisjonen har bidratt til uklarheten ved å ikke ta klart standpunkt til om den mener at avtaler om kollektivt salg av TV-rettigheter rent prinsipielt har et konkurransebegrensende formål å begrense konkurransen. Slik det er vist tidligere, er ikke en slik unnvikende holdning fra Kommisjonen til det analytiske problemet mellom formål og virkning uvanlig. Imidlertid har Kommisjonen i skrivende stund tre saker om kollektivt salg inne til behandling. Det er å håpe at man kan få en avklaring gjennom disse sakene.

Med dagens rettskildesituasjon er det nok riktig å foreta en vurdering av om avtalene har konkurransebegrensende virkninger. Dette må sies å være et avvik fra hvordan til-

svarende avtaler (andre kollektive salgsavtaler) blir vurdert. Imidlertid skjer det stadige forandringer i sektoren både rettslige og teknologiske. Også Kommisjonen erkjenner at det vil komme en utvikling i sektoren. Kommisjonen har i en pressemelding fra 1999 om Kommisjonens diskusjon om konkurransereglens anvendelse på sport uttalt at sektoren er en sektor som ikke er fullt ut utviklet.⁷⁴ Med andre ord kan vi vente oss en utvikling.

2.2.3 Samarbeidets virkninger på konkurransen

Uavhengig av om man mener at avtaler om kollektivt salg av TV-rettigheter faller inn under formål eller virkning, kommer man som nevnt ikke helt utenom virkningsvurderingen. For det første skal avtaler vurderes individuelt, og det kan i alle fall ikke utelukkes at noen kollektive salgsavtaler er utformet på en slik måte at de går klar av formålsvurderingen. For det annet må man vurdere de virkningene på konkurransen for å kunne foreta en vurdering under art 81(3). Vurderingstemaet under art 81(3) vil nettopp være å holde de konkurransebegrensende virkninger opp i mot de fordeler man oppnår ved avtalen, og det er da nødvendig med en vurdering av alle disse virkningene.

Ulike avtaler om kollektivt salg av TV-rettigheter kan ha ulike virkninger på konkurransen. Omstendigheter i og rundt avtalen vil være av avgjørende betydning for hvilke virkninger på konkurransen som oppstår som følge av avtalen. Slik det er presisert tidligere må hver enkelt avtale vurderes for seg. Likevel kan det settes opp noen virkninger som mange avtaler har:⁷⁵

1. Prisregulerende
2. Antall tilgjengelige rettigheter begrenses
3. Styrker de sterkeste aktørene på bekostning av de svakeste
4. Virkninger på den dynamiske konkurranse

Disse fire virkningene på konkurransen vil bli behandlet hver for seg under, men er ikke ment som noen uttømmende liste over virkninger på konkurransen. Naturligvis kan en og samme avtale ha flere av de samme virkningene. Det vil da være den totale begrensningen på konkurransen man må se på. Men før man vurderer om en avtale har noen av de omtalte virkninger må man ha utgangspunktene klare.

⁷⁴ IP/99/133

⁷⁵ Se Kommisjonen (1998)

Det er viktig å ha klart for seg hvordan man vurderer om konkurransen er begrenset. Man må da ha en situasjon å vurdere nåværende situasjon opp i mot. Situasjonen man vurderer opp i mot må være slik markedet hadde fungert uten gjeldende avtale. EF-domstolen uttalte i *Société Technique*⁷⁶ at:

”...the consequences of the agreement should then be considered and for it to be caught by the prohibition it is then necessary to find that those factors are present which show that competition has *in fact* been prevented or restricted or distorted to an appreciable extent. The competition in question must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of agreement in dispute”.

Vurderingen blir da opp i mot den virksomme konkurranse i markedet slik det hadde fungert uten den foreliggende avtale. Man kunne tenke seg at vurderingen skulle foretas opp i mot den perfekte konkurransen i markedet, men slik har det ikke blitt gjort i praksis (Se punkt 1.7).

2.2.3.1 Virksom konkurranse

For at man skal kunne vurdere om en avtale har som virkning å begrense konkurransen må man vurdere konkurransesituasjonen i markedet med og uten avtalen. Fra praksis har man eksempel på at ulik vurdering av hvordan markedet fungerer med og uten avtalen kan være avgjørende for utfallet av en konkurransesak.⁷⁷

Virkingen av det kollektive salget vil det bli redegjort for i 2.2.3.2 - 2.2.3.4, spørsmålet er her om hva de konkurransemessige virkningene av avtalen skal vurderes i forhold til. Målsetningen for anvendelsen av konkurranseretten er den virksomme konkurranse. Det er en type konkurranse som kan fungere i markedet. Man er villig til å godta en del svakheter som finns i markedet, og at de optimale forhold som ligger til grunn for frikonkurransemodellen ikke kan oppnås. Men det gir ingen løsning på problemet å fastslå

⁷⁶ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH* Saml 1966 s. 235, på s. 249

⁷⁷ Jfr bla *Coöperatieve Stremmel-en Kleuerfabreik* (sak 61/82, Saml 1981 s 851) og *Gøtrup-Klim* (Sak C-250/92, Saml 1994 I-5641)

at det man ønsker å oppnå i markedet er den virksomme konkurranse. Hva som er den virksomme konkurranse må avgjøres konkret i hver enkelt markedssituasjon.

Ved vurderingen av hva som er den virksomme konkurranse i markedet for salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter er det hovedsakelig to alternative systemer som peker seg ut. Det første alternativet er individuelle salg, hvor klubbene og arrangørene selger sine egne rettigheter. Det andre alternativet er et kollektivt salg hvor rettighetene selges samlet gjennom et forbund eller annet form for samarbeid (se nærmere pnkt 2.2.1.1 over).

I Premier League saken fra England ble det argumentert med at det var situasjonen med kollektivt salg som måtte legges til grunn da det aldri hadde vært noen konkurranse i markedet.

”...obligations cannot be regarded as restrictions because they do not constitute the closing of a door which was previously open. The individual clubs never had any freedom to admit broadcasters to Premier League matches for the purpose of broadcasting those matches on television or filming or recording them for television. There would be no Premier League matches to which broadcasters could be admitted if it were not for the Rules of the Premier League which govern the playing of matches in the Premier League competition and those Rules reserve the exploitation of television rights to the Premier League itself and correspondingly deny the clubs freedom to exploit television rights in Premier League matches save with the consent of the Premier League.”⁷⁸ (Min understrekning)

Anførselen om ”åpen dør” prinsippet kan ansees som en anførsel om at den virksomme konkurransen i markedet var situasjonen med det kollektive salget siden dette var den eneste formen for salg som hadde eksister. Domstolen, Restrictive Practices Court (heretter RPC), var imidlertid ikke villig til å godta ”åpen dør” prinsippet. Domstolen mente at utgangspunktet man tok ble avgjørende for resultatet. Om man så det slik at systemet var der fra før, og at klubbene ikke har oppgitt noen frihet de en gang hadde, var det lettere å akseptere prinsippet. Domstolen var ikke villig til å godta dette synspunktet. Klubbene var frivillig med i Premier League, og kunne endre reglene om kollektivt salg ved et flertallsvedtak om regelendring. Resultatet som RPC har kommet til har så gode

⁷⁸ Avgjørelse av Restrictive Practices Court av 28. juli 1999, Premiere League-saken premiss 123

grunner for seg at jeg vil anta at EF-domstolen vil komme til det samme om den fikk saken forelagt seg. Det må antas at EF-domstolen vil være lite villig til å godta at konkurranseretten ikke var anvendelig på grunn av at ordningen alltid har vært slik. Man vil heller foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om hvordan markedet kan fungere uten det kollektive salget.

Spørsmålet man etter dette må stille seg er hvordan markedet vil fungere under en ordning med individuelt salg. Innenfor kollektive salg av TV-rettigheter argumenteres det med at markedet ikke vil fungere uten de kollektive salgene. Det hevdes at det vil oppstå kaos uten det kollektive salget, og markedet vil kollapse. Naturligvis kan det være delte meninger om dette er tilfellet. I denne anledning kan det vises til en avgjørelse, Erdevise, fra de nederlandske konkurransemyndighetene (NMa). Konkurransemyndigheten utalte i denne saken at de ikke finner noe grunnlag for at rettighetene ikke kan selges individuelt.⁷⁹ I overnevnte sak fra 1999 om engelske Premier League, som gikk for engelske Restrictive Practices Court (RPC) ble resultatet et annet. Office of Fair Trading (OFT) hadde lagt til grunn at det var mulig å etablere et fungerende system på grunnlag av individuelle salg av rettigheter. De hadde ikke i stor nok grad tatt hensyn til de særlige omstendigheter når det gjelder sport som vare. RPC påpekte dette og fant at markedet vil ha grunnleggende svakheter ved individuelle salg av rettighetene.

Man må foreta en individuell vurdering av en slik påstand om total markedskollaps uten de kollektive salgene. For vurderingen under art 81(1) er det ikke tilstrekkelig at markedet fungerer dårligere. Vurderingen vil munne ut i en bevisvurdering, og det må være de kollektive salgsorganisasjonene som har bevisbyrden for å bevise at markedet ikke vil fungere uten de kollektive salgssamarbeidene. Hvis man forutsetter at det er ført tilstrekkelig bevis for at markedene ikke vil fungere uten det kollektive salg av rettighetene, vil avtalene ikke medføre noen begrensning av konkurransen etter art 81(1). Vurderingen som skal foretas er jo nettopp en vurdering av markedet med og uten den foreliggende avtale. Hvis et marked ikke foreligger uten systemet må man konkludere med at den konkrete avtale ikke begrenser konkurransen. Imidlertid må det antas at det

⁷⁹ Sak nr 18 og 1162/14, Erdevisie NV, avgjørelse av 19. november 2002 av Nederlandske konkurransemyndigheter, premiss 40

vil være svært vanskelig å føre tilstrekkelige bevis for nødvendigheten av kollektivt salg. Også mindre inngripende systemer med mer begrenset omfang må vurderes fordi disse vil være alternativer til foreliggende system. Kan man tenke seg en mindre inngripende system som fungerer vil det være et alternativ til den foreliggende avtale. Man må da foreta en vurdering av konkurransen mellom det system som er minst inngripende og hvor markedet fungerer og det system som man har fått seg forelagt. Kommer man etter en slik vurdering til at det er mindre konkurranse i det foreliggende system vil det være en begrensning etter art 81(1).

Man kan spørre om det er nødvendig å drøfte om kollektive salg begrenser konkurransen i forhold til art 81(1), eller om man helt enkelt kunne la slike innsigelser falle inn under vurderingen i art 81(3). Slik jeg ser det er dette ikke en hensiktsmessig håndtering av problemet. Synspunktet har også støtte i praksis. Det kan her vises til Generaladvokatens uttalelser i Bosman-saken: "If a rule which at first sight appears to contain a restriction of competition is necessary in order to make that competition possible in the first place, it must indeed be assumed that such a rule does not infringe Article 85(1). It would be unconvincing to reject that argument on the grounds that paragraph 3 of Article 85 in any event provides the possibility of exemption from the prohibition in paragraph 1."⁸⁰

2.2.3.2 Prisregulerende

Problemstillingen blir her om kollektivt salg av TV-rettigheter virker prisfastsettende ("price-fixing").

Utgangspunktet er at en vare eller tjenestes pris er et sentralt konkurranseparameter. Konkurransen på pris medvirker til at prisene får et lavest mulig nivå, samtidig bidrar konkurransen på pris til den frie flyt av varer over landegrensene.⁸¹ Begrensninger av konkurranse på pris er direkte nevnt i art 81(1) litra a som et eksempel på en konkurransebegrensende avtale. En samarbeidsavtale som direkte eller indirekte reguler

⁸⁰ Genlaradvokat Lenz forslag til avgjørelse i sak C-415/93 av 20. september 1995 premiss 265

⁸¹ Sak 48/69, Imperial Chemical Industries v Kommisjonen, Saml 1972 s. 619 (Dansk spesial utgave 1972 s 151) premiss 115

priser vil etter denne bestemmelsen være forbudt. Pris og omsatt mengde har i følge økonomisk teori en direkte sammenheng, og den økte prisen vil dermed føre til en lavere omsetning i markedet. Dette vil ikke være samfunnsøkonomisk optimal situasjon, og konkurransereglene skal forsøke å unngå en slike situasjoner.

Et samarbeid om kollektivt salg mellom to foretak som er aktuelle eller potensielle konkurrenter vil nærmest automatisk lede til felles prisfastsettelse. En felles pris ligger så og si i samarbeidets natur. Prisen som partene fastsetter vil da bli lagt høyere enn den prisen partene ville ha valgt i en konkurransesituasjon. Hvis partene ikke velger en høyere pris vil ikke en eller begge tjene på samarbeidet. At avtalene fungerer som prisreguleringer ("price-fixing") er den sterkeste innvendingen mot kollektive salgavtaler.

Spørsmålet blir så om kollektive salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter virker prisfastsettende. EFD har som nevnt ikke hatt kollektive salgavtaler direkte oppe til behandling. Imidlertid virker det som både EFD⁸² og Genaradvokaten⁸³ i Bosman-saken baserte sine avgjørelser på at kollektivt salg av eksklusive rettigheter var en legitim måte for klubbene å omfordele ressurser på.⁸⁴ Systemet skulle fungere i stedet for systemet med overgangssummer ved spilleroverganger, som også bidro til å sikre økonomien i de mindre klubbene. Bellamy & Child (2001) tolker Domstolen og Generaladvokatens argumentasjon slik at den ser ut til å forutsette lovligheten av det kollektive salget, og at salget ikke faller inn under art 81(1).⁸⁵ Domstolen kan da heller ikke ha forutsatt at avtalene var prisregulerende siden avtalene da ville være forbudt etter art 81(1). Jeg finner imidlertid at det ikke er grunnlag for en slik tolkning. Domstolen viser bare kort til at det finnes andre systemer for omfordeling uten å gå inn på lovligheten av disse. Generaladvokaten redegjør grundigere for alternativene, men tar ikke eksplisitt stilling til lovligheten av de kollektive salgene og det var heller ikke tema for saken.

Siden Domstolen ikke har tatt noe klart standpunkt vil Kommisjonens praksis være en viktig kilde. Spørsmålet blir da hvordan Kommisjonen har behandlet avtalene i praksis.

⁸² Sak C-415 Union Royale Belge des Sociétés de Football Association v. Bosman, Saml 1995 I-4921

⁸³ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Lenz fremsatt den 20. september 1995 i Bosan-saken

⁸⁴ Se Bosman-saken premiss 110 og generaladvokatens forslag premiss 226 flg. og 282

⁸⁵ Se Bellamy & Child (2001) s. 248 fotnote 48

Argumentet om at de kollektive salgavtalene virker som prisreguleringer er trukket frem av Kommisjonen i flere av de sakene som Kommisjonen har behandlet. Det er også trukket frem av nasjonale myndigheter i deres behandling av kollektive salgavtaler.

I UEFA- saken⁸⁶ hevdet Kommisjonen at UEFAs system med salg av rettigheter til Champions League fungerte som en prisregulering, og dermed var en konkurransebegrensning etter art 81.

UEFA er en assosiasjon av nasjonale fotballforbund i Europa. UEFA arrangerer årlig en turnering, Champions League, med de beste klubbene (dvs. vinnerne av de nasjonale seriene, samt noen andre plasser) fra de ulike europeiske landene. UEFA sendte i 1999 sitt nye regelsett omkring salg av kommersielle rettigheter til Kommisjonen for godkjenning (notifikasjon). Tradisjonelt har UEFA solgt TV-rettighetene til disse kampene på vegne av klubbene som deltok i turneringen. Rettighetene ble solgt samlet til en enkelt TV-kanal i hver medlemsstat. Rettighetene var samtidig eksklusive og avtalen strakte seg gjerne over 4 år. Rettighetene til kampene ble normalt solgt til et såkalt "free-to-air" selskap, altså et selskap som ikke tar betalt for sendingene sine. Ofte videresolgte disse deler av rettighetene til betal-TV-selskap.

Etter å ha foretatt en grundig gjennomgang av reglene omkring salg av TV-rettighetene til Champions League, sendte Kommisjonen 19. juli 2001 et klageskrift (statement of objections) til UEFA der de varslet om at reglene i foreliggende form begrenset konkurransen og falt inn under forbudet i art 81(1). Videre kunne det ikke forventes å få fritak etter art 81(3).

UEFA kom imidlertid Kommisjonen i møte og endret en del av sitt regelverk, og Kommisjonen og UEFA har nå inngått et "forlik"⁸⁷. Kommisjonen har gitt sin foreløpige godkjenning av regelverket, og vil gi et fritak etter art. 81(3) om det ikke kommer innsigelser fra tredjeparter⁸⁸.

Kommisjonens opprinnelige holdning var som nevnt at UEFAs system ville virke prisfastsettende. Gjennom forhandlinger med UEFA kom Kommisjonen og UEFA frem til et nytt system som skulle virke mindre begrensende på konkurransen. Det nye systemet for salg av TV-rettigheter, som Kommisjonen har stilt seg positiv til, innebærer en utvikling mot mer konkurranse. Bakgrunnen for dette er at rettighetene er nå splittet opp i 14 mindre pakker, dessuten kan klubbene selge en del av rettighetene selv. Det vil dermed være vanskeligere for UEFA å kreve en høyere pris enn markedsprisen. Ved oppdelingen i mindre pakker kan man i det minste få en viss konkurranse mellom pakkene. Fortsatt er imidlertid rettighetene konsentrert, siden de viktigste rettighetene fremdeles

⁸⁶ COMP/37.398 - UEFA

⁸⁷ Jfr. IP 02/806

⁸⁸ Se Meddelelse offentliggjort i medhold av art 19(3) i Rådets forordning nr 17, EFT C 196/03 [2002]

ligger i UEFAs hender. Oppdelingen av rettighetene kan derfor ikke sees på som et fullgodt alternativ. Kommisjonen kom også til at art 81(1) var overtrådt selv etter endringene, men fant at det var grunnlag for fritak etter art 81(3).

En annen sak for Kommisjonen var FIA-saken.⁸⁹ Kommisjonen gransket i flere år internasjonal motorsport, og da særlig Fédération Internationale de l'Automobile (FIA). Kommisjonen åpnet i juni 1999 formelle prosedyre mot FIA etter en rekke klager. FIA er et internasjonalt motorsportsforbund med medlemmer i 119 land. FIAs medlemmer regulerer og kontrollerer motorsporten innefor sine respektive områder.

Kommisjonen hadde funnet flere punkter i de interne reglene til forbundet som den mente var i strid med EF-retten, og åpnet derfor en formell prosedyre mot FIA.⁹⁰ (De sider av prosedyren som gjelder misbruk av markedsrett etter art 82 vil ikke bli behandlet her). I forhold til kollektivt salg av TV-rettigheter hadde Kommisjonen innvendinger mot det systemet som FIA hadde innført for salg av disse rettighetene. Bakgrunnen for saken var at FIA i 1995 endret sine regler omkring rettigheter til TV-sendinger. De vedtok da at alle TV-rettighetene til internasjonale motorsportskonkurranser tilhørte FIA. FIA overførte igjen alle rettighetene sine til FOA (nå FOM), som er et selskap som er eiet av Bernie Ecclestone. I 1998 endret FIA reglene slik at de kun gjorde krav på rettighetene til begivenheter som inneholdt FIA-navnet. Kommisjonen anså imidlertid ikke denne endringen som tilstrekkelig, og åpnet som nevnt over en formell prosedyre mot FIA i 1999. Bakgrunnen for Kommisjonens innvendinger var at FIA brukte sin makt som regelgiver innen motorsport til å peke ut hvem som skulle få TV-rettighetene. Dette skapte en sterk monopolsituasjon.

FIA og FOA fremsatte en rekke forslag for å modifisere avtalene seg i mellom, samt vilkårene som FOA stilte overfor kringkastere som kjøpte rettigheter av FOA. Kommisjonen og FIA/FOA har nå kommet til enighet og Kommisjonen har avsluttet granskningen av motorsporten⁹¹. Resultatet av "forliket" ble at FOA har gått med på å endre mange av de gjeldende avtaler og avgitt en rekke tilsagn om fremtidig adferd. Særlig vil TV-selskapene i de forskjellige landene bli oppfordret til å avgi bud når de gjeldende avtaler løper ut. Videre har FIA/FOA gått med på å tidsbegrense fremtidige avtaler til tre år, med mindre spesifikke investeringer berettiger en varighet på fem år.

I EUs årlig rapport om konkurransepolitikk 2001 uttaler Kommisjonen at sektoren, altså motorsport, kommer til holdes under oppsikt. Og da særlig hvordan utviklingen blir på de etterfølgende markedsleddene til sendemarkedet.

I forhold til kollektive salg av TV-rettighetene til internasjonal motorsport sier ikke Kommisjonen noe om hva de oppfatter som de konkurransemessige virkningene av det

⁸⁹ COMP/35.163 – FIA og COMP/36.638 - FIA + FOA

⁹⁰ IP 99/434

⁹¹ IP 01/1523

kollektive salget. Men Kommisjonen fastslår at FOA har skaffet seg en monopol-situasjon. Selv om Kommisjonen ikke har utalt det uttrykkelig, må det her foreligge en åpenbar fare for prisfastsetting. Dette ligger så og si i monopolsituasjonen.

I juni 2001 innledet Kommisjonen på eget initiativ en undersøkelse av de kollektive salgene av rettigheter til engelske Premier League.⁹² Nasjonale domstoler (Restrictive Practices Court) hadde da allerede behandlet rettighetene til Premier League. Domstolen kom da til at det kollektive salget ikke hadde en negativ innvirkning på konkurransen. Avgjørelsen vil bli behandlet under i punkt 2.3.3.3.

Premier League sendte året etter (juli 2002) at Kommisjonen hadde startet en granskning av reglene en notifikasjon om sine regler om kollektiv salg av TV-rettigheter. De anmodet i denne om godkjenning under EUs konkurranseregler. I desember 2002 sendte Kommisjonen et klageskrift til den engelske Football Association Premier League (FAPL) vedrørende kollektivt salg av medierettighetene til Premier League kampene.⁹³ FAPL selger pakker av rettigheter på vegne av klubbene til TV-selskap i Storbritannia og Irland. Rettighetene blir solgt på eksklusivt grunnlag. Etter ordningene kan ikke klubbene selge rettighetene selv. Dette gjelder også de rettigheter som ikke inngår i pakkene, og dermed ikke blir utnyttet. I praksis medfører ordningen at kun 25% av kampene sendes direkte på TV.

Kommisjonen redegjør ikke i sin pressemelding for om de mener at det kollektive salget har fungert som en prisregulering. Kommisjonen mener at ordningen medfører økte priser. De sier: "One effect of joint selling, especially when coupled together with exclusivity, is that only big media groups can afford the acquisition and exploitation of the bundle of rights. This leads to higher prices and shuts out competitors from key content."⁹⁴ Jeg forstår Kommisjonen slik at den mener at høyere priser er en følge av at kun store mediekonsern kan kjøpe rettighetene. Med andre ord at færre deltagere i en konkurranse fører til høyere pris. Dette resonnementet finner jeg ulogisk. Man kan anta at Kommisjonen underforstått har ment at det kollektive salget fører til en prisregulering med høyere pris enn markedsprisen.

⁹² COMP/38.453, IP/02/1951

⁹³ IP/02/1951

⁹⁴ *ibid*

Også nasjonale myndigheter har behandlet kollektive salgsavtaler. I en nylig avgjort sak fra Danmark godkjente den danske Konkurrancerådet DR og TV2 avtale med Team Danmark og Dansk Håndballforbund om kollektivt salg av TV-rettighetene til håndball.⁹⁵ Rådet viser til Kommisjonens uttalelser, og sier at kollektive salgsavtaler kan påvirke prisene. I den konkrete saken sier rådet:

”Det forhold, at Team Danmark/DHF sælger alle rettighetene til dansk håndbold i en samlet pakke, vil kunne have begrænsning af konkurrencen til følge. For det første kunne det påvirke prisdannelsen på de respektive rettigheder. Pakken indeholder både ligahåndbold og landsholdshåndbold for henholdsvis herrer og damer. Værdien af rettighederne er meget afhængig af aktørernes præstationer. Når alle rettighederne samles i en pakke., vil prisen adskille sig fra den pris, der ville kunne opnås, hvis Team Danmark/DHF delte pakken op i mindre dele, som f.eks. herre og dame ligahåndbold hver for sig.”⁹⁶

Konkurrancerådet fant som et formildende moment i vurderingen at en del rettigheter, bla. VM og EM, innen dansk håndball var holdt utenfor de kollektive avtalene. Det var derfor mulig for konkurrerende kringkastere å kjøpe disse alternative rettighetene. Konkurrancerådet konkluderer derfor med: ”Den anmeldte aftale forvrider derfor på nuværende tidspunkt næppe i større omfang konkurransen mellom tv-stationerne på det relevante marked eller på det efterfølgende marked hvor tv-stationerne konkurrere om seerne.”⁹⁷

Slik det fremgår av fremstillingen 2.2.3.1 må man imidlertid vurdere en begrensning i forhold til den virksomme konkurranse. Spørsmålet blir da om det individuelle salg utgjør en virksom konkurranse. Fremstillingen av praksis viser at Kommisjonen har lagt til grunn at de kollektive salgene av TV-rettigheter vil fungere som en prisregulering. Representanter for Kommisjonen har også gitt uttrykk for en slik holdning i diverse

⁹⁵ Avgjørelse av Konkurrancerådet 27. nov 2002 ”Aftale mellem DR, TV2, Team Danmark og Dansk Håndballforbund om tv-, radio-, og internetrettighederne til dansk håndbold”

⁹⁶ Ibid premiss 71

⁹⁷ Ibid premiss 82

foredrag.⁹⁸ Gjennomgående ser det ut til at Kommisjonen ikke vurderer om et individuelt salg er en reell mulighet i markedet.

Konklusjonen må derfor bli at kollektive salgavtaler generelt fungerer som en prisfastsettelse hvis det finnes et alternativ i individuelle salg. Avtalene vil da falle inn under forbudet i art 81(1). Klarer partene å bevise at det individuelle salg ikke er et alternativ fordi markedet ikke vil fungere, kan avtalene gå klar av forbudet i art 81(1).

2.2.3.3 Antallet tilgjengelige varer begrenses

I et optimalt marked vil produsentene alltid levere det antall varer eller tjenester som er samfunnsøkonomisk mest effektivt. Antallet varer er gitt ved å sammenholde tilbud og etterspørsel i markedet, og finne en likevekt mellom disse.

Hvis partene ved avtale går inn og regulerer antall tilgjengelige rettigheter vil det oppstå et samfunnsøkonomisk tap, og en situasjon som ikke er ønskelige fra samfunnets side. Samfunnsøkonomisk effektivitet er et hovedhensyn bak konkurranseretten, og man forsøker derfor å unngå begrensninger i produksjon gjennom anvendelsen konkurranseretten.

Problemstillingen i vår sammenheng blir derfor om kollektive salg av TV-rettigheter medfører at antall tilgjengelige rettigheter begrenses.

For det første må det klargjøres hva som ligger i at antall tilgjengelige rettigheter begrenses. Fokuset vil her være forbrukerne og deres behov for sportssendinger. Spørsmålet vil derfor være om antall tilgjengelige sendinger begrenses for forbrukerne. Med sendinger menes her direktesendinger til sportsbegivenheter. Sendinger sendt som opp-tak eller som små sammendrag vil utgjøre egne markeder og begrensning i distribusjon av disse vil ikke bli tatt opp her.

En forskjell i TV-rettighetsmarkedet og andre markeder, er at TV-sendingene normalt faktisk blir produsert rundt på de ulike stadionene og arrangementene. Alle sendingene blir bare ikke formidlet ved direktesendinger til forbrukerne. Rettslig har dette imid-

⁹⁸ Jfr bla Mario Monti, Swissotel – Brussel 26. feb 2001, samt Monti Brussel 17.04.2000 speech/00/152

lertid ingen betydning. En begrensning vil foreligge enten det gjelder distribusjons- eller produksjonssiden av formidlingen av et produkt.

Kommisjonen har ved flere anledninger påpekt at begrensning i antall tilgjengelige rettigheter er en vikning av kollektive salgsvtaler.⁹⁹ Hvis alternativet til det kollektive salget er et individuelt salg følger det ganske naturlig at antallet rettigheter blir begrenset ved det kollektive fremfor det individuelle salget. Det blir færre tilbydere ved kollektivt salg enn ved det individuelle salget. Denne situasjonen kan sammenlignes med joint ventures, hvor Kommisjonen gjentatte ganger har sagt at konkurransen er begrenset fordi antallet konkurrenter i markedet er redusert, og man får et tap i den potensielle konkurransen.¹⁰⁰

I praksis har Kommisjonen tatt opp spørsmålet om begrensning av antall rettigheter i to saker. I UEFA-saken¹⁰¹ mente Kommisjonen at ordningen med kollektivt salg av alle rettighetene i en pakke og eksklusivitet slo uheldig ut. Ordningen slo uheldig ut for konsumentene fordi ikke alle rettighetene ble utnyttet.¹⁰² En del kamper ble aldri sendt, og i alle fall ikke direkte i mange medlemsstater. Rettighetene til slike sendinger ville typisk ha vært interessante for små ”pay-pr-view”- selskap som ikke har råd til å kjøpe hele pakken.¹⁰³ Rettighetene kunne også være av interesse for de større riksdekkende kanalene som ikke hadde rettigheter til Champions League. UEFA endret imidlertid reglene sine i forliket med Kommisjonen slik at rettighetene skulle stykkes opp og selges i mindre pakker til de ulike statene. Størrelsen på pakkene vil kunne variere etter hvordan markedet var for TV-rettigheter i den medlemsstat rettighetene blir tilbudt.¹⁰⁴ Siden regelendringen ikke har trådt i kraft, kan man ikke konstatere virkningene i markedet enda. Kommisjonene har åpenbart store forhåpninger til forliket. Mario Monti utalte om forliket: ”*This solution fosters a broader and a more varied offer of football in the European Union*”.¹⁰⁵

⁹⁹ Kommisjonen (1998), MEMO/01/171

¹⁰⁰ Nitsche (2001) s. 169

¹⁰¹ COMP/37.398 - UEFA

¹⁰² IP/02/806

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ Jfr EFT [2002]C 196/03 premiss 11

¹⁰⁵ IP/02/806

Den andre saken der Kommisjonen tar opp problemene om underutnyttelse av rettighetene er Premier League saken.¹⁰⁶ I Premier League-saken ble kun 25 % av alle kampene sendt direkte. Klubbene kunne ikke utnytte rettighetene som ikke ble solgt. Dette er en klar indikasjon på at det foreligger en begrensning av antallet tilgjengelige rettigheter, og dermed også konkurransen. Kommisjonen er også av denne oppfatning. De sier at: "Football fans are also potentially harmed since they are offered less football on TV, or no coverage at all in those cases where they do not subscribe to pay-TV as there are no live matches on free TV."

I denne sammenheng kan det nevnes at prosentandelen av utnyttede rettigheter ikke automatisk forteller om det foreligger en begrensning i markedet. Med dagens teknologi vil det i de færreste medlemsstater være mulig med en utnyttelse på 100 %, siden mange kamper blir spilt samtidig. Dessuten vil en utnyttelse på 100 % sannsynligvis ikke være bedriftsøkonomisk eller samfunnsøkonomisk lønnsomt ettersom sendeflaten er et "public good".

I nasjonal praksis finner man en av de grundigste redegjørelser for virkninger på konkurransen i Restrictive Practices Court avgjørelse i "The UK Premier League football case".¹⁰⁷ Saken gjaldt kollektivt salg av TV-rettigheter til engelske Premier League. I 1992 inngikk Premier League avtaler med BSkyB og BBC. Avtalen med BSkyB ga kanalen de eksklusive rettighetene til å sende utvalgte kamper i Premier League direkte i England. BBC fikk gjennom sin avtale retten til å sende høydepunktene fra utvalgte kamper i Premier League. Begge avtalene ble inngått på fem års basis. BBC og BSkyB forlenget rettighetene sine til 2000/01 sesongen.

UK Office of Fair Trading (OFT) tok opp saken og mente avtalen mellom BSkyB, BBC og Premier League var i strid med den britiske konkurranseloven¹⁰⁸ og begrenset konkurransen. OFT viktigste innvendinger mot avtalen var at:

¹⁰⁶ COMP/38.453 - FAPL+Sky, IP/02/1951

¹⁰⁷ Judgment of the Restrictive Practices Court (i England og Wales). 28.07.1999 i sak mot Football Association Premier League Limited og medlemmene

¹⁰⁸ Restrictive Trade Practices Act 1976

- Konsumenter var bedre tjent med konkurrerende leverandører enn kollektive salg
- En leverandør med monopol vil begrense leveransene
- Eksklusive avtaler vil begrense konkurransen i ”down-stream” markedet

Domstolen tilbakeviste alle disse påstandene på grunnlag av ført detaljert bevisføring om virkningene på konkurransen. Domstolen anerkjenner særegenheten ved sport som vare. Domstolen fant likevel at det ikke uten videre kunne sies at konsumentene var best tjent med konkurrerende leverandører, og ikke kollektivt salg. Domstolens vurdering var at klubbene til en viss grad måtte samarbeide for å skaffe de varene som konsumentene var interessert i, nemlig interessante og spennende fotballkamper. Som et minimum må klubbene samarbeide for å arrangere kamper og turneringer. I tillegg krevdes samarbeid for å sikre at lagene i kampene blir noenlunde jevnbyrdige, slik at utfallet i kampene er usikkert. Det er få som er villige til å se kamper hvor resultatet er gitt på forhånd.

Domstolen var videre ikke enig i OFT sin vurdering av at monopol leverandører begrenser produksjonen og øker prisene. Som et generelt synspunkt var domstolen enig i dette, men ikke sett i forhold til det aktuelle markedet. Domstolen mente at Premier League (arrangør/selger) ikke hadde noen interesse i å begrense antallet kamper som ble sendt på TV. I et lærebokseksempel på monopoler vil leverandøren øke prisen og begrense produksjonen i en monopolsituasjon. Monopolisten vil gjøre dette fordi han i lærebokseksempelen må kreve samme pris for hver vare som er produsert. Hvis produsenten vil selge en ekstra enhet må han overtale en kunde til å kjøpe en enhet mer og han må da senke prisen. Isolert sett vil et slikt ekstra salg være lønnsomt for produsenten så lenge prisen er over de totale produksjonskostnadene. Men læreboksmonopolisten vil da oppleve også en annen effekt ved salget. Fordi han må selge alle enheter til samme pris vil han måtte senke prisen på alle de eksisterende salgene. Dette vil medføre at monopolisten kan nekte å levere en ekstra enhet enda prisen er over produksjonskostnadene, på grunn av det tapte overskuddet han vil få på de øvrige salgene.

I markedet for sportsrettigheter vil Premier League ikke ha noe å vinne på å begrense antall kamper som blir vist selv om de er eneste selger av slike rettigheter. Bakgrunnen

for dette er at Premier League i motsetning til monopolisten i læreboken ikke trenger å ta samme pris fra hver solgte kamp. Man kan tenke seg at Premier League kan sette en pris for en gruppe kamper samlet, for eksempel alle kampene i en sesong. Hvis Premier League deretter ønsker å selge rettighetene til en ekstra kamp, vil de kunne sette en ny høyere pris for en ny litt større gruppe kamper. Den ekstra solgte kampen påvirker ikke prisen for de allerede solgte kampene. Dette medfører at Premier League har et insitamment til å selge en ekstra kamp om prisen gjør det økonomisk lønnsomt. Det vil derfor ikke foreligge noen begrensning av produksjonen ved kollektivt salg av rettigheter. Domstolen kom også til at salget av de eksklusive rettighetene ikke medførte høyere priser. Denne delen av avgjørelsen vil bli behandlet under punktet om eksklusive rettigheter.

En innvending mot RPC sin vurdering er at det virker som domstolen mener produksjonen ikke blir begrenset og at derfor blir ikke antall varer og tjenester begrenset. Men i forhold til forbrukerne behøver ikke dette å være tilfelle, siden begrensningen kan ligge hos kringkasterne.

For å kunne avgjøre om det foreligger en begrensning i antall tilgjengelige rettigheter må man vurdere det foreliggende system opp mot et alternativ. Alternativet til det kollektive salget vil være et individuelt salg eventuelt et salg med mindre pakker med rettigheter. Også ved individuelle salg har de store kringkasterne mulighet til å kjøpe opp mange rettigheter. Og de vil heller ikke i et slikt system utnytte alle rettighetene de har. Problemet med underutnyttelse av rettigheter vil dermed kunne oppstå også ved individuelle salg.

En forutsetning for at de kollektive salgavtalene skal kunne begrense tilgjengelighetene av antall rettigheter er at det er praktisk mulig å selge rettighetene individuelt.¹⁰⁹ Hvis transaksjonskostnadene ved slike individuelle salg blir for store vil rettighetene ikke bli solgt. Virkningen av at et slikt salg ikke kommer i stand vil være et samfunnsøkonomisk tap. Hvis et eventuelt kollektivt salg av rettigheten får i stand et salg som ellers ikke ville ha skjedd vil det virke konkurransefremmende og ikke begrensende. Derimot kan

¹⁰⁹ Jfr Pons (1999)

man ikke akseptere en kartellignende organisasjon om hver enkelt aktør hadde vært kapabel til å selge sine egne rettigheter til de ulike kringkasterne.

Spørsmålet om antall rettigheter begrenses ved kollektivt salg, har en tett forbindelse med eksklusivitet. For at man skal komme til at rettighetene begrenser antall tilgjengelige rettigheter må de være eksklusive. Uten eksklusiviteten ville forbundene kunne selge samme pakke av rettigheter til mange forskjellige kringkasterne. Dermed kan man spørre om det er det kollektive salget eller eksklusiviteten som medfører at antall tilgjengelige rettigheter blir begrenset. Werner Rumphorst har hevdet at et forbud mot kollektivt salg for de nasjonale forbund, med følge at klubber konkurrerer med hverandre om salg av rettighetene, kun vil føre til en forskyvning av krefter fra idretten til kringkasterne og muligens mellom kringkasterne. Det vil ikke nødvendigvis medføre noe økt tilbud av sportssendinger, siden markedet i dag er dominert av eksklusive rettigheter. En annen løsning enn å forby det kollektive salget, er å godta kollektive salg som ikke er eksklusivt kun til en kringkaster.¹¹⁰

Konklusjonen blir etter dette at man ikke entydig kan si at antall varer blir begrenset ved det kollektive salget. Ved kollektivt salg i kombinasjon med eksklusivitet må konklusjonen likevel bli at antallet tilgjengelige rettigheter begrenses, og at det dermed foreligger en begrensning av konkurransen.

2.2.3.4 Øket markedsmakt til de sterkeste

Et kollektivt salg av rettigheter gjør at kjøperne må ha store økonomiske ressurser for å kunne kjøpe hele pakken. Kringkasterne får bare et valg mellom å kjøpe alt eller ingenting. Kommisjonen har hevdet at dette har til følge at kun de største kringkasterne har økonomisk mulighet til å kjøpe rettighetene, noe som igjen svekker konkurransen i markedet.¹¹¹ Spørsmålet blir dermed om kollektivt salg har en slik virkning.

Et viktig motargument mot at virkningen av kollektivt salg styrker de sterkeste, er at det har vært en utstrakt praksis for kollektive innkjøp av rettigheter. Dette gjelder særlig for

¹¹⁰ Rumphorst (1999)

¹¹¹ Se Pons (1999) s. 17

rettighetene til store begivenheter som OL, VM og lignende gjennom EBU-systemet. (EBU-systemet blir det redegjort nærmere for i pnkt 2.3). Med kollektive innkjøps-samarbeid avdempes virkningen som Kommisjonen peker på. Det vil oppstå en konkurranse mellom de store mediekonsern og EBU, samt eventuelle andre innkjøps-samarbeid. I tillegg finnes det noen mediekonglomerat som kjøper rettigheter for deretter å videreformidle disse til ulike land, og som også åpner muligheten for mindre kringkastere.

Løsningen man kom frem til i UEFA-saken var ment å skulle bidra til å styrke bredden i kringkastingen. Ved å dele opp rettighetene i mindre pakker som er tilpasset i størrelse i forhold til strukturen i det nasjonale markedet, gir man også de mindre kringkasterne en mulighet til å kjøpe rettigheter. Problemet med at de store kringkasterne har større økonomiske ressurser og dermed kan overby de små vil fortsatt være der. Men under det nye systemet har de i alle fall en teoretisk mulighet til å delta i kampen om rettighetene. Det nye systemet ga desstuen klubbene en mulighet til å selge en del av rettighetene selv. Slike salg vil gi muligheter for mindre kanaler, eventuelt klubbkanaler, til å kjøpe rettigheter.

Også i Premier League saken mener Kommisjonen at de kollektive salgavtalene begrenser markedet til kun de store mediekonsernene. Kommisjonen uttaler at: "One effect of joint selling, especially when coupled with exclusivity, is that only bi media grips can afford the acquisition and exploitation of the bundle of rights."¹¹²

Konklusjonen blir at selv om man kan konstatere at kollektive salg gjør det vanskeligere for små kringkastere å hevde seg, finnes det ikke noe fullgodt alternativ. Hvis man tenker seg et system med individuelle salg vil noe av de samme problemene oppstå. Konkurransen vil derfor kun i mindre grad være begrenset på grunn av det kollektive salget.

¹¹² IP/02/1951

2.2.3.5 Virkninger på den dynamiske konkurranse

Når man vurderer de virkninger som oppstår som følge av et salgssamarbeid kan man ikke bare ta i betraktning virkninger på konkurransen i dagens situasjon. Man må også vurdere hvordan den fremtidige konkurransen begrenses, og om samarbeidet hindrer utvikling av ny teknologi. Det har vært framme som et moment i vurderingen av kollektive salgssamarbeid at disse hindrer at ny teknologi blir tatt i bruk. Det er i særlig grad den nye teknologien rundt internett som man har hevdet har blitt begrenset som følge av det kollektive salget. Bakgrunnen for dette er at kringkasteren som har kjøpt alle rettighetene har hindret andre å benytte rettighetene og har normalt heller ikke utnyttet slike rettigheter selv. Man frykter en tilsvarende situasjon i forhold til den nye generasjon av mobiltelefoner (UMTS). En del av det ”forliket” som ble oppnådd mellom UEFA og Kommisjonen i UEFA-saken innebar at UEFA skulle begynne å selge rettighetene til UMTS og internett også. Tidligere hadde disse rettighetene ikke blitt benyttet.¹¹³

2.2.4 Konklusjon i forhold til art 81(1)

Kollektivt salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter vil normalt falle inn under art 81(1), enten avtalen anses å ha som formål eller virkning å begrense konkurransen. Det er påvist en viss usikkerhet om avtalene skal anses å ha konkurransebegrensende formål eller virkning. Imidlertid vil denne usikkerheten ha liten praktisk betydning ettersom avtalene normalt vil oppfylle begge vilkårene.

De virkningene som er påvist som en følge av avtalene er alvorlige konkurransebegrensninger, som ikke er i samsvar med målsetningen om effektiv ressursbruk. Dette vil igjen ha betydning for vurderingen av muligheten til å oppnå fritak etter art 81(3).

¹¹³ EFT [2002] C 196/3 og IP/02/806

2.3 Kollektive kjøp av rettigheter

2.3.1 Innledning

2.3.1.1 Generelt

Når flere kringkastere går sammen om å kjøpe rettighetene til et arrangement eller en serie av arrangementer vil dette være et kollektivt innkjøpssamarbeid. Formålet med samarbeidet vil normalt være å oppnå den fordel det er å kunne stå sammen i en forhandlingssituasjon. Samtidig vil de kollektive avtalene normalt redusere transaksjonskostnadene sammenlignet med en situasjon der hver enkelt må forhandle om rettighetene. Med transaksjonskostnader menes alle de kostnader partene har for å komme frem til en endelig avtale og gjennomføre denne. Normalt deler man disse kostnadene inn i søke-, forhandlings- og kontrollkostnader.¹¹⁴ Gjennom et innkjøpssamarbeid kan partene redusere disse kostnadene ved at man har en forhandlingsrunde fremfor mange runder med de ulike deltakerne. Det vil dessuten være enklere og mer effektivt med en kollektiv oppfølging av avtalene enn at hver enkelt må følge opp sine avtaler.

Kollektive kjøp av rettigheter skiller seg fra de kollektive salgssamarbeidene ved at de av natur er mindre konkurransebegrensende enn salgssamarbeidene.¹¹⁵ I mange tilfeller vil de heller styrke konkurransen, enn å begrense den.¹¹⁶ Dette gjelder i særlig grad dersom avtalen omfatter små aktører som ikke er store nok til å kunne handle alene. Men dersom formålet er å opprette et kartell, ved for eksempel å være et fordekt samarbeid for samordning av videresalgsprisene, vil samarbeidet falle inn under art 81(1). Utenom disse tilfellene må man foreta en bredere vurdering av om avtalene rent faktisk har en negativ innvirkning på konkurransen. Det må derfor i større grad foretas en individuell vurdering enn under de kollektive salgssamarbeidene, og hver enkelt avtale må vurderes i sin rettslige og økonomiske kontekst.

¹¹⁴ Søkekostnader er kostnader forbundet med å finne frem til en avtalepart. Forhandlingskostnader påløper ved fremforhandlingen av en avtale. Kontrollkostnadene vil oppstå i forlengelsen av avtalen ved å påse at avtalen blir riktig oppfylt.

¹¹⁵ Jfr. Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler premiss 124

¹¹⁶ Jfr Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, EFT [2001] C 3/2

2.3.1.2 Forholdet til eksklusivitet

Kollektive innkjøpsavtaler kombineres ofte med eksklusivitet. Med eksklusivitet menes her en enerett til å vise en sending innen et avgrenset område, normalt et geografisk avgrenset område. Eksklusivitet er en vertikal konkurransebegrensning. I følge Kommisjonens guidelines for horisontale avtaler¹¹⁷ punkt 4.1 må man da foreta en tottrinnsanalyse. For det første må man foreta en vurdering av den horisontale avtale i seg selv. Hvis man kommer til at man kan godta den horisontale konkurransebegrensningen i avtalen i forhold til art 81, må man vurdere den vertikale begrensningen for seg og sammen med den horisontale. En slik vurdering vil det også bli lagt opp til her. I dette avsnittet skal de horisontale innkjøpsavtalene vurderes. Mens eksklusivitet vil bli behandlet særskilt under i punkt 2.4.

I den videre fremstilling må det nok forutsettes at avtalene er eksklusive, mange av de konkurransebegrensende virkningene vil ikke oppstå dersom avtalene ikke er eksklusive. Dette vil også være normalsituasjonen i praksis i markedet for direkteoverførte sportsbegivenheter.

2.3.1.3 Samarbeidet

Et felles innkjøp kan foretas gjennom et selskap som partene kontrollerer i fellesskap eller et selskap hvor alle har en liten kapitalandel, gjennom en avtale eller enda løsere form for samarbeid. Et eksempel på en av de mer omfattende samarbeid er Eurovision Broadcasting Union (heretter kalt EBU). Samarbeidet er et formalisert samarbeid med et omfattende regelverk som regulerer hvordan innkjøp skal foregå, og hvordan rettighetene skal fordeles mellom medlemmene i etterkant.

Ved de mer faste former for samarbeid opprettes det i noen tilfelle et felles selskap, altså såkalte "Joint Ventures" (heretter kalt JV). Ved opprettelsen av slike fellesselskap må man foreta en vurdering av om fusjonsforordningen¹¹⁸ kommer til anvendelse. Spørsmålet vil da være om det er et fullt ut fungerende ("full-function") JV. "Full-function" JV er definert som "performing on a lasting basis all the functions of an autonomous

¹¹⁷ Ibid

¹¹⁸ Merger Regulation 1310/97, EFT [1997] L 180/1

economic entity”¹¹⁹. Hvis så er tilfelle vil avtalene vurderes ut i fra fusjonsforordningen og ikke art 81, og dermed falle utenfor oppgavens tema. I vår sammenheng forutsettes det at samarbeidet ikke er fullt ut fungerende JV.

2.3.1.4 Rettskilder

Innenfor kollektivt kjøp av TV-rettigheter er rettskildesituasjonen noe bedre enn hva den var innenfor kollektivt salg av rettigheter. Riktignok er EBU-saken¹²⁰ den eneste saken som Retten i Første i Instans har behandlet hvor kollektivt innkjøp av rettigheter har vært tema, og EF-domstolen har ikke behandlet noen saker. Kommisjonen har derimot behandlet EBU-saken¹²¹ i flere omganger og Screensport-saken¹²². Dessuten kan man finne veiledning i Kommisjonens Orientation document og Retningslinjene for horisontale avtaler¹²³.

2.3.2 Avtaler med konkurransebegrensende formål

De fleste kollektive innkjøpssamarbeidene har ikke som formål å begrense konkurransen, men noen eksempler finnes. Et klart eksempel har man dersom partene ved avtalen har ment å dele opp videresalgsmarkedet mellom seg geografisk eller på annen måte. Et annet eksempel er hvor partene går inn i et prissamarbeid, hvor de samarbeider for å holde prisene oppe. Partene kan dermed ta en høyere pris av sine konsumenter enn den konkurransemessige prisen. Også avtaler om produktbegrensning vil det være naturlig å si har et konkurransebegrensende formål. Alle disse avtaletypene er nevnt opp i art 81(1) litra a til c.

De overnevnte tilfeller faller klart inn under ”formål” i art 81(1), og avtalene vil være et brudd med denne om også de andre vilkårene er oppfylt. Utenom disse klare tilfellene vil man måtte vurdere virkningen av samarbeidet. Selv om man skulle finne at en avtale

¹¹⁹ Premiss 11 i Interface Notice fra 1998, jfr Nistche (2001) s. 92

¹²⁰ Saken er behandlet 2 ganger av Retten i Første Instans: 1. Forente saker T-528/93, T-542/93, T-542/93 og T-546/93, Metropole television mfl v Kommisjonen, Saml. II-649. 2. Forente saker T-185/00, T-216/00, T-299/00 og T-300/00, Metropole television mfl v Kommisjonen. Dom 8. oktober 2002

¹²¹ Sak IV/32.150 - EBU/Eurovision, EFT [1993] L 179/23

¹²² Sak IV/32.524 – Screensport/EBUs medlemmer, EFT [1993] L 63/32

¹²³ EFT [2001] C 3/2

har konkurransebegrensende formål, må man vurdere om det er mulig å få fritak etter art 81(3).

2.3.3 Konkurransebegrensende virkninger

Man kan operere med to hovedtyper av virkninger på konkurransen. Den ene virkningen av samarbeidet, er at konkurransen mellom deltakerne i samarbeidet blir redusert. Den annen er den konkurransebegrensende virkningen i forhold til tredjemenn. Kommisjonen nevner i sitt Orientation document fra 1998¹²⁴ tre forhold som er av betydning for om avtalene er konkurransebegrensende:

1. Er det tale om viktige konkurrenter. Det vil si både aktuelle eller potensielle konkurrenter.
2. Hvor sterk posisjon har de i det aktuelle markedet?
3. Omfanget og varigheten av de eksklusive rettighetene som blir kjøpt inn

I forhold til konkurransebegrensningen mellom deltakere i samarbeidet vil det første punktet som ha størst betydning. Hvor sterk posisjon deltakerne i det aktuelle markedet har vil ha størst betydning i forhold til konkurransebegrensningen overfor tredjemenn.

Når man skal undersøke de virkninger en horisontal avtale har på konkurransen er det ikke tilstrekkelig å konstantere at avtalen begrenser konkurransen mellom avtalepartene i samarbeidet. Selv om man skulle komme til at avtalen begrenser konkurranse mellom deltakerne i samarbeidet, har man ikke funnet ut om avtalen har en konkurransebegrensende virkning. Det må da også være sannsynliggjort at avtalen begrenser konkurransen i markedet med slikt omfang, at det kan forventes en negativ innvirkning på pris, produksjon, innovasjon, produktsortiment eller produktenes kvalitet.¹²⁵

Kommisjonen nevner i sine retningslinjer for horisontale avtaler at samarbeid mellom virksomheter som ikke er konkurrenter kun faller inn under art 81 om partene har en betydelig markedsstyrke og hvis det er sannsynlig med markedsavskjæringer i forhold til tredjemenn.¹²⁶ Den retningslinje som Kommisjonen stiller opp her, kan ikke gjelde

¹²⁴ Kommisjonen (1998)

¹²⁵ Jfr Retningslinjer for horisontale avtaler EFT[2001] C 3/2 premiss 19

¹²⁶ Ibid premiss 24 samt 123

for kollektive kjøp av TV-rettigheter. Kommisjonens retningslinje er en generell retningslinje for samtlige typer varer og tjenester. Regelen passer best for varer eller tjenester som er kvantifiserbare. Det vil si at etter de sterke aktørene med betydelig markedsstyrke har kjøpt sin del, vil det være mindre igjen av varen eller tjenesten til andre innkjøpere. Dermed vil det få innvirkning for øvrige innkjøpere at flere går sammen for å kjøpe varer eller tjenester, selv om de ikke er konkurrenter med disse aktørene i det etterfølgende markedet. Slik er det ikke med TV-rettigheter. Når man først har produsert en TV-sending koster det tilnærmet ingen ting å selge en ekstra enhet. Hver ekstra enhet vil gi et økt overskudd til produsenten, altså arrangøren av begivenheten. Et samarbeid mellom flere kringkastere med betydelig markedsrett om innkjøp av rettigheter vil ikke kunne begrense konkurransen overfor tredjemenn som ikke er konkurrenter med disse kringkasterne. I TV-rettighetsmarkedet blir dermed en begrensning av konkurransen mellom avtalepartene en nødvendig men ikke tilstrekkelig forutsetning for å kunne si at en avtale begrenser konkurransen.

2.3.3.1 Markedet som blir påvirket

Når man skal vurdere kollektive innkjøpssamarbeid er det i hovedsak to markeder som kan påvirkes av samarbeidet. Det er for det første det relevante innkjøpsmarkedet ("upstream market"). Innkjøpsmarkedet er det markedet som er direkte berørt av avtalen. Det er markedet for kjøp og salg av rettighetene til sportsbegivenheter av den gjeldende type eks. sendingene til vinter OL. Aktørene her vil være arrangørene og kringkastere, for eksempel IOC (Den internasjonale olympiske komité) og NRK. Det andre markedet som kan påvirkes er omsetningsmarkedet ("down-stream market"). I dette markedet er kringkasterne selgere og de skal prøve å selge sendingene sine videre til konsumentene. Kringkasterne som er med i innkjøpssamarbeidet vil her konkurrere med øvrige kringkastere om flest mulig TV-seere. I det etterfølgende markedet vil de reklamefinansierte kanalene konkurrere om annonsører og betal-TV kanalene konkurrere om abonnenter. Men også de statlige kringkasterne med frie sendinger er avhengig av seertall. Disse skal forsvare kostnadene med drift av kanalen, som enten er finansiert av skattebetalerne eller gjennom lisenser, med høye seertall.

2.3.3.2 Konkurransbegrensning mellom deltakerne i samarbeidet

Spørsmålet er her om hva som skal til for at konkurransen er begrenset mellom deltakerne i samarbeidet.

Aktører som operer i samme marked vil normalt være aktuelle eller potensielle konkurrenter i dette markedet. En avtale mellom to aktører som ikke operer i samme markedet vil ikke begrense konkurransen aktørene i mellom. Kommisjonen har i sine retningslinjer vist til at aktørene må være konkurrenter for at samarbeidet skal kunne begrense konkurransen.¹²⁷

To forhold kan gjøre at aktørene har ulikt marked, og dermed ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter. For det første kan aktørene ha ulikt produktmarked. En sportskanal og en filmkanal vil normalt ha ulikt marked for innkjøp av rettigheter. Et samarbeid mellom disse kanalene vil ikke begrense konkurransen i de respektive innkjøpsmarkeder.

Selv om aktørene har det samme produktmarkedet vil de ikke være aktuelle eller potensielle konkurrenter om de har ulikt geografisk marked. Kringkastere vil normalt ha sitt geografiske marked knyttet til hjemstaten, selv om stadig flere kanaler sendes i flere land. Et samarbeid mellom en norsk og en italiensk kringkaster om innkjøp av rettigheter vil dermed normalt ikke begrense konkurransen, ettersom de ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter.

I EBU-saken¹²⁸ var problemet med aktuelle konkurranse fremme. The European Broadcasting Union (heretter kalt EBU) er et kollektiv samarbeid mellom radio- og TV-kringkastere for innkjøp av rettigheter til TV-programmer, samt bytte av rettigheter til ulike programmer.¹²⁹

¹²⁷ EFT [2001] C 3/2 premiss 24

¹²⁸ EFT [1993] L 179/23

¹²⁹ EBU ble opprettet i 1950 og er en ikke kommersiell organisasjon uten mål om profitt. EBU bestod tidligere stort sett bare av statskringkasterne, og regelverket som regulerte hvem som kunne bli medlemmer var utformet slik at det var kun disse som passet inn. På dette området har det imidlertid skjedd endringer og medlemsbetingelsene er pr. i dag mye friere. Det kan i denne sammenheng nevnes at både NRK og TV2 er medlemmer.

Eurovision er et regelverk opprettet av EBU som regulerer (1) det felles innkjøps samarbeidet av TV-rettigheter til sportsbegivenheter, (2) delingen mellom medlemmene for disse rettighetene, (3) deling og regler for formidling av signaler til sportsbegivenheter, (4) muligheten for tilgang for ikke medlemmer til sportsbegivenheter og (5) sublisensieringsregler for betal-TV sin utnyttelse av Eurovision sine rettigheter. Den 3. april 1989 søkte EBU om en såkalt "negative clearance" for Eurovision systemet sitt. Den 11. juni 1993 innvilget Kommisjonen et fritak¹³⁰ som varte frem til 25. februar 1998. Kommisjonens beslutning ble opphevet av Domstolen i Førsteinstans sin beslutning 11. juli 1996, etter en klage fra en rekke TV-stasjoner.¹³¹ Beslutningen ble anket av EBU, men anken ble senere trukket tilbake, derfor består opphevelsen av Kommisjonens avgjørelse. Den 10. mai 2002 fattet Kommisjonen en ny beslutning¹³² som ga Eurovision systemet fritak fra 1993 til 2005. Denne avgjørelsen har imidlertid blitt opphevet av Domstolen i førsteinstans ved en avgjørelse av 8. oktober 2002.¹³³

Kommisjonen fant i sin avgjørelse at avtalen begrenset konkurransen mellom medlemmene i samarbeidet. Hvis samarbeidet innen Eurovision ikke hadde eksistert, hadde medlemmene i EBU i alle fall til en viss grad konkurrert mot hverandre i markedet for rettigheter til sport på TV. Medlemmene i EBU kommer fra forskjellige land rundt i Europa. Et spørsmål som da reiser seg er om disse medlemmene operer på ulike geografiske markeder og at de dermed ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter.

Kommisjonen kom til at medlemmene var aktuelle konkurrenter i to henseende. For det første var det fem stater¹³⁴ hvor det var mer enn en kringkaster som var medlem. Dermed ble konkurransen mellom disse to kringkasterne redusert. For det andre var det et stigende antall kanaler som sendte via satellitt eller kabel inn i andre stater. Normalt ville disse kringkasterne måtte konkurrere med andre EBU-medlemmet i medlemsstaten om TV-rettighetene for sending av sportsbegivenheter geografisk begrenset til den aktuelle staten. I stedet for å konkurrere mot hverandre i budrunder, kunne deltakerne i samarbeidet bli enige om en pris og andre vilkår for ervervelsen av rettighetene.

¹³⁰ EFT [1993] L 179/23

¹³¹ CFI avgjørelse 11. juli 1996 *Metropole télévision*, Saml [1996] II-649

¹³² Kommisjonens beslutning av 10. mai 2000 i sak IV/32.150, EFT [2000] L 151/18

¹³³ CFI avgjørelse 08. oktober 2002, *Forente saker T-185/00, T-216/00, T-299/00 og T-300/00 Metropole télévision*, mfl, ECR [2002] II- (sidetall ikke kjent enda)

¹³⁴ Belgia, Frankrike, Danmark, Tyskland og Storbritannia. Antallet stater med mer enn ett medlem har økt mye siden Kommisjonens vedtak i 1993.

Et annet spørsmål som er aktuelt i forhold til kollektive innkjøpssamarbeid er muligheten til å bruke andre kanaler enn samarbeidet for innkjøp av rettighetene. Det er ikke så uvanlig at man i samarbeidet har regulert medlemmenes adgang til å drive parallelle forhandlinger eller å delta i andre innkjøpssamarbeid. Slike reguleringer av muligheten for medlemmene til å handle fritt kan styrke den konkurransebegrensende virkningen av samarbeidet.

Spørsmålet var fremme i EBU-saken. Med bakgrunn i solidariteten mellom EBU-medlemmene forbød avtalen medlemmene å drive parallelle forhandlinger om rettighetene til sportsbegivenhetene. Først når forhandlingene med EBU hadde brutt sammen kunne EBU-medlemmene komme på banen og by på rettighetene selv. Kommisjonen anså dette som en konkurransebegrensning i forhold til art 81.¹³⁵

Tilsvarende situasjon som den som var oppe i EBU-saken om plikt til å benytte det kollektive samarbeidet har vært oppe for EF-domstolen tidligere i to saker. Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabreiek¹³⁶ og Göttrup-Klim¹³⁷ omhandlet også kollektivt innkjøpssamarbeid, men innen for andre sektorer. Faktum i sakene ligner ganske mye på hverandre, men domstolen kom til forskjellig resultat. Begge sakene omhandlet et kooperativt samarbeid om felles innkjøp. Men en vesentlig forskjell i saken var markedsstrukturen som de kollektive samarbeidene fungerte i.¹³⁸ Det mest vesentlige i vår sammenhengen er at domstolen i Göttrup-Klim anerkjente at det kunne være et behov for et kollektivt samarbeid å forby deltakelse i konkurrerende virksomhet. Domstolen fant at reglene i samarbeidet om forbud for medlemmene i å delta i konkurrerende samarbeid ikke var i strid med art 81(1). Så lenge reglen var nødvendig for at samarbeidet skal fungere ordentlig og for å opprettholde forhandlingsstyrken til samarbeidet i forhold til produsentene, vil regelen bli akseptert selv om konkurransen mellom deltakerne i samarbeidet var begrenset.

¹³⁵ EFT [1993] L 179/23 premiss 49

¹³⁶ Sak 61/50, Saml. 1981 s. 851

¹³⁷ Sak C-250/92, Saml. 1994 I-5641

¹³⁸ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tesouro i Göttrup-Klim, Saml 1994 I-5641

I forhold til kollektive innkjøpsamarbeid om TV-rettigheter må avgjørelsen gjelde tilsvarende. I EBU var det kun tale om en plikt til ikke å inngå parallellforhandlinger i konkurranse med EBU. I Gøttrup-Klim var markedet preget av store leverandører og med store konkurrerende aktører ved siden av Gøttrup-Klim. Tilsvarende situasjon gjelder for TV-rettighetsmarkedet. Slik vi skal komme tilbake under er markedssituasjonen for internasjonale sportsbegivenheter på mange måter lik den i Gøttrup-Klim. Det må dermed kunne trekkes paralleller fra denne avgjørelsen og over til vår sektor. Det kan med andre ord være helt legitimt og ikke i strid med art 81(1), å opprette et innkjøpsamarbeid om innkjøp av TV-rettigheter, som pålegger deltakerne og benytte dette samarbeidet for innkjøp av sine rettigheter. Dette går lenger enn EBU-systemet som kun forlangte at partene ikke skulle føre parallell forhandlinger i konkurranse med EBU. Forutsetningen for opprettelsen av et slikt samarbeid er naturlig nok at samarbeidet ikke får en for sterk markedsposisjon. Hva som ligger i dette vil bli behandlet under konkurransebegrensninger i forhold til tredjemenn.

Spørsmålet om den potensielle konkurransen var begrenset var oppe i en annen sak for Kommisjonen, Screensport-saken¹³⁹. Også denne saken omhandlet EBU-medlemmer, men det var her tale om et samarbeid mellom disse og en kommersiell kanal Sky Television (heretter kalt Sky). Faktum var her kort fortalt at en del EBU-medlemmer gikk sammen i et samarbeid med Sky om opprettelsen av Eurosport. Eurosport skulle være en europeisk TV-kanal som kun sendte sport. En konkurrerende kanal Screensport sendte inn en klage til Kommisjonen. Kommisjonen fant at det var et brudd med art 81(1). Kommisjonen ville videre ikke gi fritak etter 81(3).

Kommisjonen fastslo at avtalen var et brudd med art 81(1) fordi avtalen virket konkurransebegrensende mellom avtalepartene. Sky hadde forut for samarbeidet med de andre kanalene sendt sport på TV, og var en kjøper på markedet for sportsbegivenheter. Dermed kunne man si at den aktuelle konkurransen var begrenset gjennom samarbeidet. I tillegg var det var alminnelig kjent at Sky gikk med planer om opprettelsen av en ren sportskanal. Sky ble videre sendt i fem stater (Storbritannia, Belgia, Tyskland, Irland og Nederland), slik at en eventuell ny kanal ville være tilgjengelig for mange av Eurosport sine seere. Sky ville dermed være en potensiell konkurrent til Eurosport. Men ved å ta

¹³⁹ Sak IV/32.150, EFT [1991] L 63/32

med Sky i samarbeidet unngikk Eurosport denne konkurrenten. Den potensielle konkurransen kunne dermed sies å være begrenset ved samarbeidet. Saken endte med at Sky trakk seg fra samarbeidet.¹⁴⁰

2.3.3.3 Konkurransbegrensning i forhold til tredjemenn.

Et samarbeid mellom kringkastere om innkjøp kan virke konkurransbegrensende i forhold til tredjemenn, altså kringkastere som ikke er en del av samarbeidet. Avtalen behøver imidlertid ikke virke begrensende, det er helt avhengig av markedsposisjonen og størrelsen til deltakerne i samarbeidet.¹⁴¹ Et spørsmål blir om et innkjøpssamarbeid gir kjøperne en slik markedsrett at de kan kjøpe inn rettighetene til en lavere pris enn markedsprisen. Denne problemstillingen settes imidlertid sjelden på spissen ved innkjøp av sportsbegivenheter ettersom det ofte er tale om svært attraktive sendinger for kjøperne.¹⁴² Et spørsmål som oftere oppstår er om konkurranse blir begrenset mellom konkurrerende kringkastere i innkjøpsmarkedet. I Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler vises det til at begrensningene i forhold til de andre innkjøpere kan skje ved å avskjære disse fra innkjøpsmarkedet eller forøke deres omkostninger.¹⁴³ Økningene i omkostningene skyldes at leverandørene vil forsøke å oppveie de lavere priser overfor en kundekategori med forhøyde priser overfor andre kunder. Denne problemstillingen er ikke så aktuell ved salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter, siden rettighetene normalt er eksklusive. Rettighetene vil da bare bli solgt en gang og arrangøren kan dermed ikke foreta noen oppjustering av prisen overfor andre kunder. I forhold til kollektivt innkjøp av sportsbegivenheter vil det derfor være de avskjærende virkninger som er i fokus.

Partenes markedsandeler og markedsstrukturen vil være avgjørende for om et kollektivt samarbeid er begrensende for konkurransen eller ikke. Kommisjonen redegjør i sine retningslinjer for betydningen av markedsandeler ved kollektive innkjøpssamarbeid generelt.¹⁴⁴ Kommisjonen fremhever at markedsposisjonen mellom deltakerne er av

¹⁴⁰ Fleming (1999), s. 145

¹⁴¹ Kommisjonen (1998)

¹⁴² Faul&Nikpay (1999) s. 784

¹⁴³ Retningslinjene for horisontale avtaler premiss 129

¹⁴⁴ Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler punkt 4.3.2

betydning for hvilken virkning samarbeidet har for konkurransen i markedet. Hvis partene har en liten markedsandel er det liten grunn til å gå videre med undersøkelsen av om samarbeidet har noen konkurransebegrensende virkning på markedet, fordi det er usannsynlig at samarbeidet skal ha en slik effekt. Videre er det fremhevet av Kommisjonen at et samarbeid mellom små og mellomstore foretak for å oppnå et større volum, slik at de kan oppnå volum avslag eller økonomisk størrelse som konkurrentene, kan virke styrkende på konkurransen i stedet for å begrense den. Skulle man likevel komme til at slikt samarbeid faller inn under art 81(1), bør det gis fritak etter art 81(3).

Ved vurderingen av markedsandeler må utgangspunktet være at man vurderer partenes stilling på de markeder som berøres av samarbeidet. Deres stilling her er avgjørende for om samarbeidet vil føre til at partene samlet får en markedsstyrke. Markedsstyrken kan brukes til å skape negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, innovasjon, produktsortiment eller produktkvalitet.¹⁴⁵ Kommisjonen har i sine retningslinjer for horisontale avtaler gitt uttrykk for at dersom en avtale mellom to konkurrenter utgjør under 15 % samlet markedsandel på innkjøpmarkedet og tilsvarende andel på omsetningsmarkedet, vil det normalt ikke være en begrensning i forhold til konkurransen.¹⁴⁶ Dette er ikke noen absolutt terskel for når en avtale medfører en begrensning i konkurransen, og en markedsandel over 15 % betyr ikke automatisk at en avtale er begrensende på konkurransen. Det medfører bare at man i disse tilfeller må vurdere avtalen grundigere. Kringkasternes sterke stilling kan oppveies av tilsvarende sterk stilling hos arrangørene. Hvis arrangørene av begivenheter har en sterk markedsposisjon i seg selv eller har gått sammen i et kollektive salgssamarbeid, kan man i større grad godta kollektive innkjøpssamarbeid med markedsandel over 15%. Tilsvarende vil det være om strukturen i kjøpermarkedet er dominert av store aktører med en sterk markedsposisjon. Et samarbeid der alle deltakerne er for små alene til å erverve rettighetene til de aktuelle sportsbegivenhetene, men til sammen er store nok til å by på rettighetene normalt ikke utgjøre noe problem, selv om man passerer 15 % grensen.

EBU-saken er et eksempel fra praksis hvor Kommisjonen mente at innkjøpssamarbeidet virket begrensende i forhold til kringkastere som ikke var medlem i EBU og dermed

¹⁴⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler premiss 27

¹⁴⁶ Ibid premiss 130

ikke tok del i Eurovision systemet. Kommisjonen mente det var en ulempe for disse kringkasterne at de ikke fikk ta del i den rasjonaliserings og omkostningsbesparelse, som man kunne oppnå gjennom EBU systemet.¹⁴⁷ Gjennom en samling av kjøperkreftene vil EBU-medlemmene oppnå en markedsrett som det var vanskelig for ikke medlemmer å konkurrere mot. Arrangører av begivenheter ser seg tjent med å selge alle begivenhetene samlet til EBU, fremfor å måtte forhandle med de kommersielle kringkasterne i hvert enkelt medlemsland. Imidlertid svekkes dette argumentet ved den økende grad av internasjonale sportsrettighetsagenturer. Disse er så store at de kan kjøpe opp rettighetene for et større område, for deretter selge de stykkevis ut til nasjonale kringkastere. Denne ordningen har gjort det enklere for kommersielle kanaler, i særdeleshet de som er tilknyttet et agentur. Ordningen gjør dermed at konkurransebegrensningene ved innkjøps samarbeid blir mindre enn hva de var tidligere.

Kommisjonen kom også ved sin andre behandling av EBU-systemet at disse virket begrensende overfor kringkastere som ikke var med i samarbeidet. For å forsøke å løse problemet med konkurransebegrensninger i forhold til tredjemenn ble avtalen endret som følge av påtrykk fra Kommisjonen.¹⁴⁸ Kringkastere som ikke var en del av samarbeidet fikk i større omfang enn tidligere tilgang til rettighetene gjennom såkalt sublisensiering (nærmere om sublisensiering i punkt 2.4.6). Begrensningene i forhold til tredjemenn ble dermed etter endringen mindre enn hva den ellers ville ha vært uten systemet.

Også i Screensport-saken¹⁴⁹ kom Kommisjonen til at samarbeidet medførte en begrensnings av konkurransen i forhold til tredjemenn. Da Kommisjonen fattet avgjørelse i Screensport-saken var det kun to kommersielle flernasjonale kanaler med sport som innhold i Europa. Disse var Eurosport og Screensport. Begge kanaler sendte fra satellitten Astra, slik at de dekket det samme geografiske området. Det vil si at kanalene hadde det samme markedet for TV-seere, programmer og reklame. Men samarbeidet mellom EBU og Sky om opprettelsen av Eurosport satte Eurosport i en privilegert posisjon i forhold til Screensport. Eurosport fikk tilgang på alle sendingene som EBU kol-

¹⁴⁷ EFT [1993] L 179/23 premiss 50

¹⁴⁸ Se EFT [1999] C 248/4 premiss 14

¹⁴⁹ EFT [1991] L 63/32

lektivt forhandlet seg frem til. Dette innebærer rettighetene til store internasjonale begivenheter. Verken Screensport eller noen andre hadde slike privilegier. Tredjeparter som Screensport fikk kun tilgang gjennom sublisensieringsavtaler. Siden Eurosport bestod av flere EBU-medlemmer som stod kollektivt sammen i forhandlinger ville dette styrke Eurosport sin forhandlingsposisjon i forhandlinger om nye rettigheter.¹⁵⁰

Hvis man i Screensport saken ser bort fra den spesielle stilling EBU har, ville kanskje Eurosport hatt mulighet å få fritak. Men så lenge Eurosport var den eneste sportskanalen som fikk tilgang til EBU sine rettigheter uten å betale for det, var virkningen på konkurransen for stor til at dette kunne godtas av Kommisjonen.

2.3.4 Konklusjon i forhold til art 81(1)

Kollektive kjøp av rettigheter til sportsbegivenheter vil i mange situasjoner ikke reise problemer i forhold til konkurransebegrensningskriteriet i art 81(1). Slik det er vist vil samarbeidene heller i mange tilfeller virke styrkende på konkurransen, ved at en ny aktør kan delta i konkurransen om kjøp av store begivenheter.

Det er påvist to forhold som kan gjøre at samarbeidet faller inn under art 81(1).

For det første vil samarbeidet kunne virke begrensende på konkurransen dersom det oppnår en for høy markedsandel i innkjøps- eller omsetningsmarkedet.

For det annet må de interne reglene i innkjøpssamarbeidet ikke begrense konkurransen mer enn det som er nødvendig for å oppnå fordelene ved samarbeidet. Går reglene utover det nødvendige, vil det innebære en begrensning etter art 81(1).

2.4 Eksklusive rettigheter

2.4.1 Generelt om eksklusivitet

Eksklusive avtaler vil si at en distributør av en vare sikres enerettigheter til å formidle varen videre, vanligvis begrenset innen et geografisk territorium, for eksempel et land eller en del av et land. Eksklusive avtaler er en vertikal konkurransebegrensning, som kan rammes av art 81(1) dersom vilkårene er oppfylt.

En eksklusiv avtale innen kringkasting av sport innebærer at en kringkaster får enerett til å kringkaste et sportsarrangement. Et eksempel på eksklusive rettigheter er at NRK

¹⁵⁰ Ibid premiss 66

kjøper rettighetene til å sende vinter OL i Norge. Hvis NRK har kjøpt rettighetene eksklusivt, noe de normalt vil gjøre, vil dette forhindre TV2 fra å sende de samme sendingene i Norge.

En eksklusiv avtale til rettighetene til sportsbegivenheter kan være to ting. Det kan være en enerett til å sende en enkelt begivenhet, for eksempel slik at NRK har enerett til å sende bilder fra OL i fem år etter at arrangementet har vært avholdt. Slike avtaler kan sammenlignes med rettighetene til hvilket som helst annet TV-program som filmer ol. Sportsbegivenheter er en utpreget "ferskvare" (se avsnitt 2.1.3 over), og det er de eksklusive rettighetene til de direkte sendte begivenhetene som i størst grad virker lukkende på markedet. I praksis vil eksklusiviteten ofte bare gjelde direkte sending fra arrangementet. Retten til å sende utdrag og nyhetsklipp vil normalt bli formidlet på ikke-eksklusiv basis. I vår sammenheng er det de direkte sendte begivenhetene som skal behandles.

Eksklusiviteten avgrenses normalt geografisk, men det finnes også andre former for avgrensninger. En annen avgrensning er knyttet til retten til å sende gjennom et bestemt media, for eksempel gjennom kabel eller via satellitt. Rettighetene vil da kunne være delt slik at en kringkaster bare kan sende via bakkenettet, mens en annen får eneretten til overføringer via satellitt.

En kringkaster som har skaffet seg eksklusive rettigheter vil normalt ha muligheten til å sublisensiere rettighetene til en eller flere tredje kringkastere. Å sublisensiere disse vil si å videreselge rettighetene. Salget kan gjelde forsinkede rettigheter, utdrag av rettigheter eller direkte sendte begivenheter. Salg av direkte sendte begivenhetene vil være særlig aktuelt hvis kringkasteren ikke akter å utnytte alle rettighetene selv. Videresalget behøver imidlertid ikke å bety at den opprinnelige erverver mister sine rettigheter.

Når man skal vurdere om en avtale har som formål eller virkning å begrense konkurransen må man foreta en individuell vurdering av hver enkelt avtale man får forelagt. Eksklusivitet vil være et moment i vurderingen av den foreliggende avtalen. Men eksklusiviteten kan, og vil normalt, være kombinert med andre konkurransebegrensende avtalevilkår. I hovedsak kan man dele eksklusive rettigheter inn i tre:

1. Eksklusivitet kombinert med kollektivt innkjøp

2. Eksklusivitet kombinert med kollektivt salg
3. De rene eksklusive rettighetene, uten noen form for kombinasjon med andre begrensninger

Rettslig har inndeling betydning fordi man må vurdere virkningen av begrensninger samlet, og da vil kombinasjoner av begrensninger virke sterkere begrensende på konkurransen enn de rene eksklusive rettighetene.

Når man skal vurdere virkningene av eksklusive rettigheter må man også ta stilling til hvem avtalen påvirker. Den kan for det første virke konkurransebegrensende overfor tredjeparter. Med andre ord aktuelle og potensielle konkurrenter til kringkasteren som ikke har fått kjøpe rettigheter eksklusivt. Aktuelle konkurrenter må finne seg alternative rettigheter i stedet for de eksklusive rettighetene. I forhold til potensielle konkurrenter vil eksklusiviteten virke som en etableringshindring. For å kunne etablere seg i markedet er man avhengig av å få kjøpt rettigheter. Slik vi skal komme tilbake til, vil eksklusive rettigheter begrense antall tilgjengelige rettigheter i markedet. Dermed vil det bli vanskeligere for nye aktører å etablere seg. Eksklusivitet kan også få virkninger overfor forbrukerne, altså neste ledd i handelskjeden, fordi deres valgmuligheter kan bli redusert som følge av eksklusiviteten.

2.4.2 Bakgrunnen for eksklusivitet

Eksklusivitet er en kommersiell praksis innenfor kringkasting som har vært godtatt i EF-retten.¹⁵¹ Eksklusivitet er for så vidt vanlig innenfor mange andre sektorer også, og har vært akseptert som en nødvendighet også der. Formålet ved eksklusiviteten er å sikre verdien av TV-programmet for kjøper av rettighetene. Uten eksklusivitet vil mange sendinger miste sin verdi, eller i alle fall ha en mye lavere verdi. Dette gjelder særlig i forbindelse med direktesendte populære begivenheter. Fordelene ved eksklusivitet gjelder både for kjøper og selger. For selger gir eksklusivitet mulighet til å få bedre betalt enn om man hadde solgt rettighetene til flere uten eksklusivitet. For kjøper gir eksklusivitet en større sikkerhet for at man kan oppnå et høyere seertall både på kort og lang sikt. Seertallet har igjen betydning for inntektene fra reklame eventuelt abonnenter på betal-TV. Fra Norge kan man vise til et eksempel fra VM på ski i Ramsau

¹⁵¹ Kommisjonen (1998) pnkt III, premiss 1

hvor både NRK og TV2 hadde rettigheter til arrangementet, og hvor begge kringkasterne valgte å sende begivenhetene. Man fikk dermed parallelle direkte sendinger i de to riksdekkende kanalene. Resultatet ble at begge selskapene fikk lavere seerandel enn det de hadde kunnet forvente om de hadde inngått eksklusive avtaler.¹⁵²

En kringkaster kan også bruke de eksklusive sendingene til å bygge opp en identitet rundt sin TV-kanal, og samtidig bygge opp et publikumsgrunnlag på kortere og lengre sikt. Dessuten kan spesielle sendinger brukes til å skaffe seere i en spesiell målgruppe for sendingene. Golf og snowboard har antagelig ikke samme målgruppe, og dette kan utnyttes kommersielt av TV-kanalene. Sportssendinger har også vist seg svært egnet for å skaffe inntekter til lansering av ny teknologi. I England har man observert at bare førstegangsvi sning av Hollywood filmer kan måle seg med sportssendinger for å skaffe seere til betal-TV. Overskuddet kan brukes av kringkasteren til nye investeringer i for eksempel kabel, dekodere, satellitter osv. For en kringkaster går det dessuten en viss prestisje i å være den eneste kringkasteren som viser en spesielt populær sport.¹⁵³

2.4.3 Rettskilder og rettslige problemer

Tidligere har Kommisjonen vært noe tilbakeholden med å ta fatt i problemene omkring kollektive salg og kollektivt innkjøp. Men i forhold til eksklusivitet har dette ikke vært tilfelle. Kommisjonen har her tatt fatt i det de har oppfattet som problemer innen sektoren. Derfor finnes det en noe Kommisjons praksis på området.

Det rettslige problemet med eksklusive avtaler er at det skaper en monopolsituasjon for den kringkasteren som erverver rettighetene. Spørsmålet blir om denne monopolsituasjonen gjør at konkurransen i markedet blir begrenset.

¹⁵² Jfr Torhild Henriksen, Vinn eller forsvinn – kampen om kringkastingrettane til populære sportsarrangement, Konkurrans nr. 2 juni 1999 s. 24 (utgitt av konkurransetilsynet)

¹⁵³ For en nærmere redegjørelse se Kommisjonen(1998) punkt III premiss 2

2.4.4 Forholdet til Television without Frontiers direktivet art 3A¹⁵⁴

2.4.4.1 Generelt om direktivet

Rettslig plassering og relevans

Television without Frontiers¹⁵⁵ direktivets art 3a er en spesiell rettskilde som kommer inn ved behandlingen av eksklusive avtaler. Art 3a i direktivet er ment å fungere som en motvekt til eksklusiviteten. Formålet med bestemmelsen er å sikre forbrukerne i Europa tilgang til begivenheter som er av ”major importance for society”.

Artikkel 3a er en regulering under EUs medierett, og ikke en direkte konkurranse-regulering. Bestemmelsen er gitt for å imøtekomme seernes forventninger og interesser. I fortalen til direktivet av 1989 er det sagt at direktivet ikke skal få innvirkning på EFs konkurranserett.¹⁵⁶ Tilsvarende må innfortolkes i endringsdirektivet av 1997 som innførte art 3a i direktivet.¹⁵⁷ Selv om bestemmelsene ikke skal ha noen direkte innvirkning ved anvendelsen av art 81(1), vil direktivet for noen begivenheter legge rammene for konkurransesituasjonen i markedet for de begivenheter direktivet omfatter. Det vil derfor være relevant i forhold til oppgavens tema å fastlegge hvilke begivenheter som er omfattet av direktivet.

Bakgrunnen for reguleringen

Art 3a i direktivet omhandler retten til å se hele begivenheter enten de er direkte sendte eller i opptak, og regulerer ikke adgangen til å formidle nyhetsinnslag fra begivenhetene. Formålet med bestemmelsen er å sikre at borgerne i de ulike medlemsstatene kan få se store nasjonale begivenheter på TV. Man fryktet at prisutviklingen innen TV-rettighetsmarkedet skulle medføre at det var kun betal-TV kanalene som hadde råd til å kjøpe rettigheter til de største begivenhetene. Bestemmelsen gir medlemsstatene på et nasjonalt nivå en mulighet til å angi viktige sportsbegivenheter som skal være til-

¹⁵⁴ Systematisk kan det diskuteres hvor direktivet passer inn, siden det ikke er en anvendelse av konkurranseretten, men av medieretten. Jeg har valgt å se på direktivet slik at det legger bakgrunnen for vurderingen av eksklusive rettigheter og derfor behandles i forkant av vurderingen av art 81(1).

¹⁵⁵ Se endringsdirektiv nr 36 i 1997. (Opprinnelig direktiv 89/559). Art 3a er tatt inn som vedlegg til denne oppgave i punkt 7.

¹⁵⁶ Fortalen til rådsdirektiv 89/552/EØF premiss 17

¹⁵⁷ Fortalen til Europaparlaments og Rådsdirektiv 97/36/EF se premiss 24 samt 44

gjengelig på betalingsfritt TV. Dette forhindrer at kringkastere i medlemsstatene som sitter på eksklusive rettigheter bruker sin monopolsituasjon til å presse prisene oppover på f.eks gjennom betal-TV ol. En slik ordning som EU innførte med art 3a har eksistert i noen av medlemsstatene i lengre tid. I Storbritannia blant annet har man ført en liste over begivenheter som skulle ansees som nasjonal eiendom, og derfor gjøres tilgjengelige for alle.

Innholdet i direktivet

Kjernen i direktivet er at hver enkelt medlemsstat kan sette opp en liste over begivenheter som den anser å være av ”major importance for society”. Virkningen av at en begivenhet står på en slik liste er at eksklusivitet med hensyn til den aktuelle begivenhet ikke kan påberopes overfor en betalingsfri TV-kanal som dekker en ”substantial proportion of the public”.

I det følgende vil det kort bli gjort rede for hva som skal til for at begivenhet skal falle inn under art 3a, og hvilken praktisk betydning det har at en medlemsstat har satt opp en slik liste.

2.4.4.2 Praktisk gjennomføring

Listen

Det første en medlemsstat må gjøre for å sikre at viktige sportsbegivenheter blir allment tilgjengelige er å sette opp en liste over viktige begivenheter. Medlemsstatene har en rett til å sette opp en slik liste, men det foreligger ingen plikt til å gjøre det. Derimot er medlemsstatene pålagt en plikt til å sørge for at kringkastere under sin jurisdiksjon respekterer øvrige land sine lister. Hva som regnes som viktige begivenheter vil variere fra medlemsstat til medlemsstat. . Begivenheten kan både være nasjonale og ikke-nasjonale. Men det er klart at begivenhetene som settes opp på en slik liste må ha en viss bredde og generell oppslutning i folket for å falle inn under art 3a sin definisjon ”major importance for the society”. I en slik vurdering vil det være viktig å se på om det foreligger en tradisjon i landet for å vise begivenheten på riksdekkende fjernsyn. Dessuten vil det være viktig poeng om det er nasjonale deltakere med i begivenhetene. Videre er det av betydning hvilken seeropplutning man kan regne med på begivenhetene.

Kommisjonen har gitt ut retningslinjer for hvordan bestemmelsen skal forstås på dette punkt. I disse sies det at minst to av de under nevnte punkter må være oppfylt for at begivenheten skal falle inn under direktivet.¹⁵⁸

- Begivenheten har tradisjonelt blitt sendt i vederlagsfritt fjernsyn og har vært fulgt av en stor del av fjernsynsseerne i den aktuelle medlemsstaten.
- Begivenheten har en særlig allmenn kulturell betydning for befolkningen i den aktuelle medlemsstaten som en del av medlemsstatens kulturelle identitet.
- Et nasjonalt lag deltar i en større begivenhet
- Begivenheten har en særlig allmenn betydning i den aktuelle medlemsstaten og ikke bare for de seerne som vanligvis følger aktiviteten.

Listen må videre være klar presis og oversiktlig¹⁵⁹. Det må videre fremgå om begivenheten skal sendes helt eller delvis direkte, eller hvor det finnes tilstrekkelig med forsinkede sendinger. Når listen er utarbeidet må den sendes til Kommisjonen for godkjenning (for Norges del EFTAs overvåkningsorgan). Kommisjonen vil kontrollere at de begivenheter som er satt opp på listen oppfyller de krav som er stilt.

Dekningsprosent

Det neste spørsmål er hvor mange prosent av befolkningen som må ha tilgang til TV-sendingene for at det skal kunne regnes som en ”substantial proportion of the public”.

Ordlyden tyder her på at det må være tale om en veldig høy andel av folket. Men det er i praksis opp til hver enkelt medlemsstat å avgjøre om hvor stor andel som skal regnes som en ”substansial proportion”. I praksis har man lagt til grunn at det må ligge opp i mot 90-95%. I det danske forslaget til gjennomføringen av direktivet ble 90 % av seerne ansett som tilstrekkelig, mens i det svenske ble det lagt til grunn at 95 % var å anse som en vesentlig del av befolkningen. Departementet legger i Ot.prp nr. 2 (1999-2000) til grunn at minst 90 % av de norske seerne må kunne motta fjernsynssignalene for at det skal ansees som en vesentlig del av befolkningen.

I praksis betyr denne vurderingen at det er kun NRK og TV2 som oppfyller kravet i Norge pr. dags dato. Det er selvfølgelig mulig at med den TV-utviklingen man ser om-

¹⁵⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 2 (1999-2000) pnkt 4.4.4, se også Guideline 98/552/EEC

¹⁵⁹ Jfr Ot.prp. nr. 2 (1999-2000)

kring digital-TV og digitalt bakkenett vil medføre at flere TV-kanaler kan oppnå en slik dekningsprosent, men det vil antagelig ikke skje på mange år fremover.

Betalingsfritt

Det er videre et krav at kringkasterne som skal falle inn under direktivet skal være vederlagsfrie. Med vederlagsfrie forstås fjernsynsendinger som kan sees uten annen betaling enn kringkastingsavgift. Heller ikke tilknytningsavgift til kabelnettet ansees som betaling. Departementet anser i Ot. prp. nr. 2 (1999-2000) at betaling for såkalte satellittkort heller ikke er å anse som betaling.

"Listed events"

Spørsmålet er her hvilken betydning har det at en begivenhet finnes seg på en medlemsstats liste over viktige begivenheter. For det første påligger det ikke noen plikt for de kringkasterne som oppfyller dekningsprosenten til å vise de såkalte "listed events". Det er heller ikke forbud mot at andre kringkasterne, som ikke oppfyller dekningsprosenten, kjøper rettigheter til å sende i et land, selv om begivenhetene står på en liste. Kringkasterne med lavere dekningsprosent eller betal-TV kanalene må legge forholdene til rette slik at det er mulig for kringkasterne som oppfyller vilkårene å få tilgang til begivenhetene. Virkningen vil være at de ikke kan sikre seg eksklusive rettigheter, men må dele rettighetene. Dette kan enten skje ved at opprinnelig rettighetshaver gis mulighet til å selge til kringkasteren som oppfyller direktivet eller ved at de rettighetene videregives fra den ervervende kringkaster. Selv om det ikke fremgår av direktivet skal prisen for overgangen tilsvare markedspris. Det er ikke noe formål med direktivet at kringkasterne som oppfyller vilkårene skal få rettighetene til lavere pris enn markedspris. Kringkasterne som oppfyller kravene etter direktivet kan derimot sikre seg eksklusive rettigheter.

Inngrep ("measurement")

Medlemsstaten har da mulighet til å gripe inn ovenfor kringkasterne under sin jurisdiksjon som bryter med art 3a. Imidlertid må medlemsstaten varsle Kommissjonen om de tiltak de ønsker å sette i verk ovenfor en kringkaster. Innen en frist på tre måneder må Kommissjonen bekrefte at de planlagte tiltak er i samsvar med EF-retten. Men medlemsstatene er også pålagt en plikt til å følge opp kringkasterne under sin jurisdiksjon slik at de ikke omgår listene satt opp i en stat, ved å sende fra andre stater. Resultatet av dette

blir at samtlige kringkastere innenfor EU-området (og EØS-området) må respektere listene satt opp i mottakerstaten.

2.4.4.3 Hvordan er direktivet gjennomført i Norge og øvrige land?

Norge

Under behandlingen av direktivet vedtok Stortinget desember 1999 at det skulle utarbeides en liste for Norges vedkommende. Så langt har man imidlertid ikke utarbeidet noen liste i Norge.¹⁶⁰

Andre Land

Stadig flere land i Europa har opprettet lister over viktige begivenheter. Danmark var det første landet i Europa som opprettet en slik liste som følge av direktivet, og de fikk listen sin godkjent. På Danmarks liste var sommer- og vinter-OL, VM og EM, i fotball og håndball, både for menn og kvinner. Etter Danmark sin liste hadde blitt godkjent har en god del andre EU-land fulgt opp med sine lister. Imidlertid har den danske regjering kommet med et utspill om de nå ønsker å fjerne den danske listen. I en pressemelding fra Kulturministeriet sies det: ” Alle tv-stasjoner – både danske og udenlandske – skal have mulighed for at som f. eks. fodboldlandskampe og håndbold-VM med enerett. Det skaber fri og bedre konkurrence på området og kan dermed give større indtægter til sports- og idrætsorganisationerne og deres arbejde for dansk idræt.” Danmark trakk tilbake sin liste i begynnelsen av år 2002.¹⁶¹

Ved begynnelsen av år 2003 hadde følgende land truffet foranstaltninger i forhold til direktivets art 3a ved å sette opp lister over viktige nasjonale begivenheter: Italia, Tyskland, Storbritannia og Østerrike. Myndighetene i både Belgia og Irland jobber også med å utarbeide en liste.

¹⁶⁰ Jfr Kommissjonens ”Fjerde beretning fra kommissionen til Rådet, Europaparlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sosiale utvalg og Regionsutvalget om gjennomførelsen af direktiv 89/552/EØF om ”fjernsyn uden grænser” av 6. januar 2003 hvor Norge i punkt 3.3 ikke er nevnt som noen av de land som har truffet foranstaltninger i forhold til direktivets art 3a, med andre ord satt opp en liste.

¹⁶¹ Ibid

2.4.4.4 Praksis

TV-Danmark 1 vs ITC (Independent Television Commission)¹⁶²

I en sak for House of Lords i England var det en tvist mellom TV-Danmark 1 (heretter kalt TVD) og Independent Television Commission (heretter kalt ITC).

TVD er en britisk lisensiert satellitt TV-kanal som det koster omkring 20 kroner i måneden å abonnere på. Kanalen dekker 60 prosent av det danske markedet. I juni 2000 auksjonerte UFA Sports, en ledende sportsrettighets megler i verden, bort eksklusive rettigheter til VM-kvalifiseringskampene til Danmark (5 stk). TVD vant budrunden mot DR, TV2 og TV3. Alle deltakere i anbudskonkurransen la inn lavere bud enn det som var en antatt markedsverdi. Konflikten oppstod når ITC, som er et kontrollorgan for britiske kringkastere, nektet TVD å vise kampene som de hadde skaffet seg rettighetene til. High Court opprettholdt ITC sin nektelse til å vise kampene. Court of Appeal godkjente derimot TVD sin anke. Saken ble deretter sluppet inn for behandling hos House of Lords.

Bakgrunnen for ITC sin beslutning om å nekte TVD å sende kampene var at kampene falt inn under de såkalte "listed events" som Danmark hadde satt opp i følge Television without frontiers direktivets art 3a. Selv om kampene ikke falt inn under den britiske listen plikter britiske myndigheter å følge med at andre lands lister blir respektert jfr. art 3a (3). Lordene i House of Lords var uenig med Court of Appeals avgjørelse. De mente at man måtte vurdere på hvilken måte eksklusive rettigheter ble utøvd og ikke bare på omstendighetene rundt innkjøpet. Selv om de offentlige kringkastere hadde mulighet til å skaffe seg rettigheten i en vanlig auksjon, kunne ikke TVD utøve de eksklusive rettighetene uten tanke på de øvrige kringkastere. TVD måtte gi de kringkastere som oppfyller kravet i direktivets art 3a en mulighet til å ta del i rettighetene, enten ved å tilby salg av alle rettighetene eller ved å gi slipp på eksklusiviteten.

2.4.4.5 Hensiktsmessigheten av art 3A reguleringen?

Spørsmålet her er om en slik liste er en god måte å sikre at viktige begivenheter blir sendt på riksdekkende fjernsyn.

¹⁶² Regina v. Independent Television Commission (appellants) ex parte TV Danmark 1 Ltd, 25. juli 2001

Det kan ikke være særlig tvilsomt at det er av stor betydning for en arrangør om begivenheten man skal arrangere havner på en slik liste. Prisen man kan få for rettighetene til begivenhetene har vist seg å falle betraktelig når de står på en liste. I høringsuttalelsen omkring den norske gjennomføringen av direktivet uttaler idrettsforbundet:

”Departementets forslag vil innebære at det er færre fjernsynskanaler som kan nyttiggjøre seg av TV rettighetene til de idrettsarrangement som måtte bli oppført på en slik liste i forhold til dagens situasjon (...) I en markedsøkonomi må en derfor legge til grunn at færre potensielle kjøpere/utnytttere, vil gi redusert priskonkurranse.”

Skepsisen til direktivet, som det fremgår av uttalelsen, er nok uttrykk for en nokså generell holdning som arrangører av idrettsbegivenheter innehar. Dette er forståelig sett i sammenheng med den store økonomiske betydning salg av TV rettigheter innebærer for arrangører av idrettsbegivenheter. Departementet uttaler at:

”Det faktum at for eksempel betalingskanaler ikke alene kan utnytte ervervede enerettigheter til overføring av begivenheter som er oppført på listen, vil kunne medføre at prisstigningen man har hatt på overføingsrettigheter til idrettsarrangement vil avta.”

Etter min mening er departementets her for forsiktige i sine antagelser. I ettertid har det nok vist seg at prisen på idrettsarrangementer som havnet på lister har gått betraktelig ned. Dette medfører igjen at det går mindre penger til arrangørene, og dermed også idretten generelt. Dette er også konklusjonen man har kommet til i Danmark etter å ha anvendt reglene en stund der. Danmark har nå fjernet sin liste. Kommisjonen har i et arbeidsdokument for revisjon av fjernsyn uten grenser direktivet utalt at ”Kommisjonen ønsker ikke at udbygge denne bestemmelse. Den finder imidlertid, at det er hensiktsmessigt at gennemgå formuleringen af art 3a med henblik på en bedre gennemførelse.”¹⁶³ Uttalelsene fra Kommisjonen tyder på at også den anser at direktivet ikke fungerer slik man hadde tenkt seg.

Formålet med direktivet er ikke å frata de betal-TV kanaler som har ervervet de aktuelle rettighetene, dennes rett til å kringkaste disse, men å hindre bruken av eksklusiviteten. Reelt er det nok ganske naivt å tro at betal-TV kanalen vil sende de samme sendingene som allmennkringkasteren. Det vil ikke være noen grunn for seerne å betale for sen-

dingar, som de har tilgjengelige på fritt tilgjengelig TV. Resultatet blir at betal-TV kanalene ikke kjøper slike begivenheter. Konkurransesituasjonen i markedet er dermed påvirket. På tilsvarende måte vil direktivet virke overfor kanaler med lavere dekningsprosent enn kravet. Heller ikke for disse kanalene vil det være økonomisk forsvarlig å kjøpe inn rettigheter, siden de ikke er garantert en enerett. Dermed vil direktivet til tross for at det i utgangspunktet er en medieregulering, ha indirekte betydning for konkurransesituasjonen i markedet.

2.4.5 Eksklusivitet med formål å begrense konkurransen

Eksklusivitet er en vertikal konkurransebegrensning. Avtaler med eksklusive rettigheter inngås vanligvis fordi begge parter er tjent med eksklusiviteten. Spørsmålet som da kan reises er om avtalebestemmelser med eksklusivitet er nok til å finne at avtalen har som formål å begrense konkurransen etter art 81(1).

Den mest sentrale dommen på dette området er Coditel II dommen.¹⁶⁴ EF-domstolen ble spurt om en prejudisiell avgjørelse av om eieren av rettighetene til en film som gir de eksklusive rettighetene til visning av filmen innen et geografisk område faller inn under art 81(1). Retten viste til sin tidligere avgjørelse i Coditel I¹⁶⁵, hvor domstolene hadde uttalt at en av de mest sentrale trekkene ved å inneha rettighetene ("copyright") til en film var at man kunne kreve avgift av alle som ønsket å se filmen. I forlengelsen av dette utalte domstolen i Coditel II:

"It must therefore be stated that it is for the national courts, where appropriate, to make such inquiries and in particular to establish whether or not the exercise of the exclusive right to exhibit a cinematographic film creates barriers which are artificial and unjustifiable in terms of the needs of the cinematographic industry, or an exclusivity the duration of which is disproportionate to those requirements, and whether or not, from a general point of view, such exercise within a given

¹⁶³ Under punkt 2.2 i Bilag til "Fjerde beretning" i pnkt X

¹⁶⁴ Sak 262/81 Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, mfl. v Ciné-Vog Films SA mfl. Saml. 1982 s. 3381

¹⁶⁵ Saml 1980 s. 881

geographic area is such as to prevent, restrict or distort competition within the Common Market.”¹⁶⁶

Med andre ord vil ikke bruk av eksklusive rettigheter i seg selv innebære noe brudd med art 81 selv om de skaper et absolutt monopol i forhold til konkurrenter om de samme rettighetene. Avgjørelsen i Coditel II gjaldt rettighetene til filmer på kino. Man kan da stille spørsmålet om det samme må gjelde for TV-rettigheter til sportsbegivenheter.

Mange trekk ved TV-rettigheter og filmer er like, men det er også noen klare forskjeller. Forskjellen er nok særlig tydelig med tanke på forbrukernes vurdering av alternative produkter som kan gjøre samme nytten, altså substitutter. I forhold til sportsbegivenheter er det nok i mange tilfeller vanskeligere enn med film å finne tilfredsstillende substitutt for forbrukerne. En forbruker vil normalt ikke være tilfreds med å se golf i stedet når han egentlig er interessert i motorsport. Eksklusiviteten vil dermed i større grad lukke markedet ved sportsbegivenheter enn ved kinofilmer, og dermed ha en større virkning i markedet generelt. Selv om det er forskjeller mellom filmmarkedet og sportsrettighetsmarkedet, kan imidlertid ikke disse ansees store nok til å begrunne en annen behandling av TV-rettighetene til sportsbegivenheter. Det virker også som Kommisjonen også har lagt seg på en slik retningslinje i forhold til sport.¹⁶⁷

2.4.6 Eksklusivitet med virkning å begrense konkurransen

Eksklusive avtaler kan ha som virkning å begrense konkurransen i markedet i to måter:

- Begrenser antall tilgjengelige rettigheter i markedet.
- Fører til høyere priser, som sannsynligvis blir videreført til neste ledd i markedet

Det er flere ulike elementer i avtalene som påvirker styrken av disse virkningene. Noen avtalevilkår kan dessuten svekke effekten av begrensningene på konkurransen. Disse ulike momentene vil bli behandlet under.

Begrenser antall tilgjengelige rettigheter

Ved eksklusive rettigheter vil kun en kringkaster bli tildelt rettighetene, i stedet for at flere får anledning til å kjøpe rettighetene. Rettigheter til TV-signaler vil normalt kunne reproduseres uten særlig kostnad og vil i teorien kunne selges til flere kringkastere uten

¹⁶⁶ Coditel, Saml 1982 s. 3381 premiss 19

¹⁶⁷ Se Kommisjonen(1998) punkt III premiss 5

at det vil koste noe mer for arrangørene av begivenhetene. Men på grunn av eksklusiviteten vil kun en kringkaster sitte igjen med enerettigheter. Virkningen av dette er åpenbart at antallet tilgjengelige rettigheter blir redusert. Man kan bare selge rettighetene en gang innenfor hvert avgrensede område, i stedet for flere ganger. Dessuten vil de eksklusive avtalene ofte gå over en viss tidsperiode og innbefatte alle arrangementer i perioden. Aktørene i markedet vil da bare kunne konkurrere om rettighetene til begivenhetene i en svært begrenset periode. Utenom disse periodene hvor sendingene er lagt ut for salg vil rettighetene vil det ikke være noen konkurranse i markedet. Det er åpenbart at begge disse forhold medfører at konkurransen i markedet reduseres i forhold til en situasjon hvor rettighetene hadde blitt solgt individuelt og uten eksklusivitet.

Som et eksempel på begrensningen i antallet tilgjengelige rettigheter og utnyttelsen av disse rettighetene kan det vises til engelsk Premier League. Nær 400 kamper spilles årlig i Premier League. Bare omkring 100 av disse kampene vises direkte på TV. Resten av kampene vises det bare utdrag fra, om de vises i det hele tatt.¹⁶⁸ Eksemplet viser at eksklusiviteten begrenser antallet tilgjengelige rettigheter. Man må kunne anta at andre kringkastere enn de som eier de eksklusive rettighetene ville være interessert i å vise noen av de 300 kampene som ikke vises. Eksemplet viser også klart at eksklusiviteten får virkninger overfor forbrukerne og deres valgmulighet av sportssendinger.

Høyere priser

En annen virkning er at prisene sannsynligvis blir høyere ved eksklusivt salg enn hva de ville blitt uten. Begrunnelsen for dette er at selgerne av rettighetene må forventes å være rasjonelle aktører som ønsker å få størst mulig verdier ut av rettighetene til begivenhetene. Hadde man fått større verdier ved ikke-eksklusive salg ville dette ha blitt gjennomført. Men det skal her tas et lite forbehold. I noen tilfeller kan også rasjonelle aktører på kort sikt se seg tjent med lavere inntekter for å sikre inntektene på lang sikt. Et eksempel knyttet til TV-rettigheter er hvor en kringkaster selger eksklusive rettigheter til et betal-TV selskap som overbyr en allmennkringkaster. Normalt ville dette være et rasjonelt valg, men et slikt valg kan føre til redusert oppmerksomhet omkring sporten. Noe som igjen kan føre til lavere etterspørsel og dermed lavere priser på andre tjenester tilknyttet sporten som sponsorinntekter, adgangsinntekter osv. Man kan også

¹⁶⁸ Jfr. IP/02/1951 samt Schaub [2002]

tenke seg at verdien av selve TV-rettigheten kan svekkes gjennom sending på betal-TV i en periode. Rettighetene kan bli mindre attraktive ettersom færre får tilgang til sendingene, egenreklamen ved sendingene forsvinner og man får ikke bygget opp en stor fast seersvære. Når rettighetene da skal selges ved utløpet av den eksklusive periode vil rettighetenes verdi være svekket sammenlignet om de hadde vært allment tilgjengelig hos en allmenn kringkaster i den foregående periode. Under slike omstendigheter vil en rasjonell aktør, med full innsikt i konsekvensene av sine valg, velge å selge rettighetene på ikke-eksklusiv basis eventuelt til en allmennkringkaster i stedet.

I Premier League saken fra England ble det anført som del av forsvaret av avtalene at konkurranseloven ikke kunne komme til anvendelse på forholdet. Forsvaret anførte at: "The resolution of these conflicting aspirations is an example of competition at work which one would expect the legislature to favour and promote, not to impede or outlaw."¹⁶⁹ Domstolen fant ikke at det var grunnlag for å utelukke anvendelsen av konkurranseretten på dette grunnlag. Domstolen fant at "these are inevitable consequence of an attempt to promote competition by striking down commercial provisions which have to be identified by applying the highly technical provisions of the 1976 Act."¹⁷⁰

Omstendigheter ved avtalen som påvirker styrken av virkningene

De kanskje viktigste omstendighetene som er avgjørende for virkningen av en eksklusiv avtaler er lengden og omfanget av avtalen. Dette ble også fremhevet av domstolen i Coditell II avgjørelsen som et av de viktigste punktene for om art 81(1) kom til anvendelse. Forskjellene fra avtale til avtale kan her være enorm. Spennet går fra avtaler som kun knytter seg til en enkelt begivenhet til eksklusive avtaler som går over flere år og en serie av ulike begivenheter.

Lengden på avtalen er naturlig nok av stor betydning. De konkurransebegrensende virkninger virker bare så lenge avtalen er effektiv. Isolert sett vil dermed en avtale på fem år være mer begrensende enn en på fire, siden markedet blir lukket i et år ekstra. Lange eksklusive avtaler virker utelukkende for aktører som allerede er i markedet og er inter-

¹⁶⁹ Premier League, Restrictive Practices Court premiss 138

¹⁷⁰ Ibid premiss 143

essert i å konkurrere om rettighetene til begivenhetene, men også for nye aktører vil langvarige eksklusive avtaler virke utelukkende. For nye aktører som ønsker å starte opp i markedet kan attraktive sportsbegivenheter være en gunstig måte å komme inn i markedet på. Hvis rettighetene er solgt eksklusivt for et lengre tidsrom vil deres inntreden i markedet være vanskeliggjort, og den potensielle konkurransen i markedet er redusert. Man kan så stille spørsmålet om hvor lang en avtale må være for at den skal kunne sies å begrense konkurransen etter art 81(1). Siden hver avtale skal vurderes individuelt kan det ikke svares nøyaktig på dette. Noen utgangspunkter finnes imidlertid i praksis og teori.

En yttergrense for varigheten av eksklusive avtaler trekkes opp av Kommissjonens retningslinjer for anvendelsen av art 81(3) for vertikale avtaler¹⁷¹. Selv om retningslinjene direkte gjelder art 81(3) må de være relevante i konkurransebegrensningsvurderingen, og synspunktene må kunne ha en vis overføringsverdi. I artikkel 5a i retningslinjen settes det en absolutt grense på fem år for muligheten for fritak etter art 81(3). Bakgrunnen for at man her har angitt en slik grense må være at de konkurransebegrensende virkninger av avtaler utover fem år blir funnet for store. Tilsvarende yttergrense må antas kunne gjelde for vurderingen av virkninger under art 81(1), og bare unntaksvis vil avtaler lengre enn fem år ikke virke begrensende på konkurransen. Kommissjonens holdning gjennom praksis har vært at langt kortere avtaler har vært konkurransebegrensende.

I 1993 i Football Association saken som ble behandlet av Kommissjonen fant Kommissjonen at det forelå et brudd med art 81(1) for en avtale mellom BSB (nå BSB), BBC og det engelske fotballforbundet. Avtalen gjaldt eksklusive rettigheter til engelske fotballkamper mellom 1988 og 1993, altså i en fem års periode. Avtalen omfattet både nasjonale og internasjonale kamper hvor det engelske landslaget var deltager. Kommissjonen uttalte at slike eksklusive avtaler normalt burde begrenses til en sesong. Begrunnelsen var her at de fikk øvrige kringkastere en mulighet til å konkurrere om de

¹⁷¹ Kommissjonens forordning (EF) nr. 2790/1999 av 22. desember 1999 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 81(3), på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis. EFT [1999] L 336/21

mest attraktive rettighetene jevnlig.¹⁷² Kommisjonens holdning i forhold til lengden på eksklusive rettigheter er med andre ord at eksklusive avtaler bør begrenses til ett år for å gå klar av art 81. Dette er en holdning som er gjentatt av i flere foredrag. Nylig har DG IV gjentatt denne holdningen.¹⁷³ Et litt mer moderat syn ble fremført av Principal Administrator i Kommisjonen Torben Toft i et foredrag i januar 2003. Han utalte: “We consider in many cases exclusive contracts for a single sport event or for one season in a given championship would not normally pose any competition problem. A 3 years period would often seem acceptable”¹⁷⁴

Ut i fra det rettskildematerialet som finnes er det nok tvilsomt om det er grunnlag for å stille opp noen absolutt regel. Men mer generelt kan man si at avtaler mellom en og fem sesonger vil være innenfor det akseptable. Det vil da ikke være lengden på den eksklusive avtalen alene som er avgjørende, men andre faktorer rundt avtalen.

Den andre omstendigheten ved eksklusive avtaler som ble trukket frem i Coditell II avgjørelsen er omfanget av eksklusiviteten. Naturlig nok vil avtalen være mer begrensende jo større omfang avtalen har. Med omfang må det her forstås både omfang i antall begivenheter som er omfattet og antall timer med TV-sendinger, men også viktigheten av begivenhetene. Variasjonen kan også her være stor. Alt fra den ene boksekampen til alle attraktive kamper innen sporten i en lengre periode fremover. Generelt kan man si at en avtale er mer begrensende jo bredere den er, og jo færre rettigheter det er igjen i markedet til konkurrerende kringkastere. Ved kjøp av fotballrettigheter fra de nasjonale forbundene har det vært vanlig å kjøpe alle rettighetene til toppligaen samt landskamper.¹⁷⁵ For øvrige kringkastere som enten er etablert i markedet eller som er interessert i å etablere seg i markedet, vil det ikke være mange rettigheter igjen å kjøpe inn. Konkurransen i markedet vil dermed være lukket i en periode frem til utløpet av den eksklusive avtale.

¹⁷² EFT [1993] C 94/6, I denne konkrete saken fant Kommisjonen at det var grunnlag for fritak etter 81(3).

¹⁷³ Schaub (2002)

¹⁷⁴ Toft (2003)

¹⁷⁵ Jfr Premier League saken

Markedsavgrensningen får her imidlertid avgjørende betydning for hvordan man skal vurdere virkningen av en eksklusiv avtale. Ved en snever markedsavgrensning der man definerer egne markeder for hver enkelt sport fordi man ikke finner at de er substituerbare vil man lett komme til at eksklusive avtaler overtrer art 81(1). Hvis man derimot har en litt bredere markedsavgrensning, der sportssendinger av høy kvalitet blir et eget marked vil en avtale innen en sport være ubetydelig i forhold til konkurransen i hele markedet.

Videre kan virkningene variere i forhold til hvilken sport det er tale om. Generelt vil det være mer begrensende for konkurransen med langvarige eksklusive avtaler for en svært attraktiv sport/begivenhet enn for en mindre populær sport/begivenhet. Eksklusive rettighetene til fotball er et eksempel på rettigheter som regnes som svært attraktive, og hvor varighet utover en sesong kan falle inn under art 81(1).¹⁷⁶ For mindre attraktive begivenheter kan salg over lengre tid være nødvendig for at et salg skal komme i stand. Det kreves ressurser for å lansere en sport og bygge opp en seermasse. Det vil dermed være omstendigheter ved produktet som nødvendiggjør eksklusiviteten. Ved attraktive begivenheter er dette derimot ikke nødvendig. Det vil her være godt mulig å kjøpe rettighetene kun for en sesong og fortsatt tjene penger på denne sesongen. I noen tilfeller har store økonomiske investeringer blitt brukt som et argument for at man må ha lengre eksklusive avtaler. I forhold til art 81(1) vil ikke dette kunne brukes, men det er et relevant argument under vurderingen om fritak etter art 81(3).

Andre forhold med begivenhetene kan også nødvendiggjøre lengre eksklusive avtaler. Begivenheter som ikke arrangeres årlig, men med noen års mellomrom, ved for eksempel VM og OL, vil man kunne forsvares at rettighetene går over lengre tid, dvs flere mesterskap.¹⁷⁷

Et annet punkt som er trukket frem i praksis er hvem som erverver rettighetene, og hvor sterk markedsposisjon erververen har i markedet. Man vil i mindre grad være villig til å godta eksklusive avtaler hvis det er tale om sterke markedsaktører som kanskje allerede eier store deler av rettighetene innen sporten. Virkningene av en ny eksklusiv avtale vil

¹⁷⁶ Jfr Football Association saken, EFT [1993] C 94/6

¹⁷⁷ Jfr Kommisjonen (1998)

da virke sterkere ved erverv av denne kringkasteren, enn for en kringkaster som ikke har andre rettigheter.

Fornyelsesklausuler i avtalen er en omstendighet ved avtalen som forsterker de konkurransebegrensende virkninger ved avtalen. En fornyelsesklausul har normalt den funksjon at de eksklusive rettighetene kan forlenges i en periode til. I noen tilfeller er den begrenset til å gi rettighetshaveren en rett til å tre inn på høyeste bud. Slike fornyelsesklausuler reiser problemer i forhold til konkurranseretten. Kommisjonen anser slike klausuler for å være konkurransehindrede. Kommisjonen fant blant annet i BSKyB-saken i forhold til rettighetene til Premier League at en klausul om at BSKyB kunne tre inn på høyeste bud fra en tredje part ved fornyelse av avtalen ikke var tilfredsstillende.

Også i Sport7-saken¹⁷⁸ ble en avtale om automatisk fornyelse underkjent. Sport7 var en ny TV-kanal i Nederland som inngikk en avtale med KNVB (dvs. det nederlandske fotballforbundet) om eksklusive rettigheter til fotballsendinger. Kommisjonen ville ikke godta notifikasjonen fra Sport7. Avtalen ble for det første fanget av art 81(1) fordi den gikk over et for langt tidsrom, nemlig 7 år. I tillegg fant Kommisjonen at klausulen om at Sport7 etter det kunne tre inn på høyeste bud fra konkurrenter etter perioden. Kommisjonen fant at slike klausuler virket forstyrrende på konkurransen, og at reforhandlingene ikke blir særlig reelle når man har slike klausuler.

Avtaler med eksklusive rettigheter vil i mange tilfeller fungere sammen med andre konkurransebegrensninger slik som kollektive kjøp og salg. Når man skal foreta en vurdering av avtalene er det en totalvurdering av konkurransebegrensningen som skal foretas. Man må derfor se på den samlede virkningen av både kollektivt salg/kjøp og eksklusiviteten. Eksklusiviteten vil normalt forsterke de virkningene som oppstår som en følge av kollektive samarbeid. I Screensport-saken¹⁷⁹ fant Kommisjonen at Eurosport fikk et konkurransefortrinn ovenfor Screensport og eventuelt andre potensielle konkurrenter fordi Eurosport hadde ubegrenset tilgang til alle programmene som EBU hadde eksklusive rettigheter til, mens Screensport bare kunne skaffe seg begrenset til-

¹⁷⁸ Sak IV/36.033 KNVB/Sport 7, EFT [1996] C 228/4

¹⁷⁹ EFT [1991] L 63/32

gang til disse rettighetene gjennom sublisensiering. I prinsippet fikk de kun tilgang til forsinkede sendinger, altså ikke direktesendinger. En av Kommisjonens innvendinger mot Premier League systemet slik det foreligger i dag er at kun de største mediekonserner som har råd til å kjøpe rettigheter til Premier League. I følge Kommisjonen er dette en virkning av at kollektivt salg kobles sammen med eksklusivitet.¹⁸⁰ Kombinasjonene medførte videre i følge Kommisjonen til høyere priser og mindre utvalg for forbrukerne.

Sublisensiering er et viktig element når Kommisjonen vurderer om det er grunnlag for fritak etter art 81(3). Men også etter art 81(1) må bestemmelser være relevant ettersom de begrenser de konkurransebegrensende virkningene av en avtale.

Sublisensiering vil si at rettigheter blir videresolgt fra en kringkaster til en eller flere andre. I mange tilfeller er et vilkår om sublisensiering det eneste som kan forsvare eksklusive avtaler vedrørende rettigheter til større idrettsbegivenheter. Rettighetene til f.eks OL kan nok ikke tildeles eksklusivt på noen annen måte enn med krav om sublisensiering. Det er nødvendig med sublisensiering for at vilkåret i art 81(3) om at avtalen ikke skal utelukke konkurransen for en vesentlig del av markedet for den omhandlede varegruppen skal være oppfylt. Sublisensiering kan også være et viktig virkemiddel for å unngå at avtaler faller inn under missbruk av markedsrett i art 82, noe som ikke skal behandles nærmere her.

Sublisensiering kan på mange måter sammenlignes med læren deling av "essential facility". I begge tilfeller godtar man et monopol mot at øvrige aktører blir sluppet inn i markedet gjennom en slags viderefoming.

Sublisensiering kan likevel ikke sees på som en løsning av ethvert konkurransemessig problem. Hvor god løsning sublisensiering er, avhenger av vilkårene som blir satt ved sublisensieringen. Det sier seg selv at hvis selskapet som har de opprinnelige rettighetene stiller urimelige vilkår ved sublisensieringen, vil rettighetshaveren i praksis ha et monopol. Vilråene bør derfor være kjent på forhånd før man godkjenner en eksklusiv avtale. Tildeling av slike sublisenser bør skje på en ikke diskriminerende måte. Vilråene som blir stilt må være oversiktlige og rimelige.

¹⁸⁰ IP/02/1951

Med vilkår mener man her ikke bare prisen for sublisensen. Også andre vilkår kan være urimelige. Man må se på hele avtalen som helhet. Viktig i denne sammenheng vil være reguleringer av sendetid, betalingstidspunkt, retten til uredigert materiale, konfliktløsning osv.

Kommisjonen vil normalt ikke gå inn og endre på vilkårene i en sublisensieringsavtale, og det kan være vanskelig å fastslå om vilkårene er rimelige. I EBU-saken,¹⁸¹ behandlet over i punkt 3.2.2.3 var det et viktig moment for at Kommisjonene skulle godta fritaket etter art 81(3) at rettighetene ble sublisensiert. Retten til sublisens gjaldt både rettighetene til direktesendte, utdrag og nyhetsklipp fra begivenheter omfattet av EBU-samarbeidet.¹⁸² Kommisjonen sier at reglene som fantes i EBU systemet oppveier de konkurransemessige hindringer ved felles ervervet av rettighetene. Reglene ville videre sikre ikke EBU-medlemmer utstrakt adgang til både direkte og forsinkede sendinger på rimelige vilkår.¹⁸³

2.4.7 Konklusjon om forholdet til art 81(1)

Eksklusivitet har ikke som formål å begrense konkurransen, men kan ha noen konkurransebegrensende virkninger. De to viktigste virkningene som følge av eksklusivitet er at antall tilgjengelige rettigheter begrenses og at prisnivået blir høyere. Styrken av virkningene beror imidlertid på en rekke omstendigheter ved avtalen. I vurderingen vil eksklusivitetens lengde og omfang være særlig viktig. Avtaler med vilkår om sublisensiering vil svekke de konkurransebegrensende virkningene ved eksklusiviteten, mens fornyelsesklausuler vil forsterke konkurransebegrensningene.

Eksklusivitet alene uten en kombinasjon med kollektivt kjøp eller kollektivt salg, vil normalt ikke falle inn under art 81(1).

2.5 Konklusjon art 81(1)

Fremstillingen over viser at det er kollektivt salg av rettigheter som særlig grad reiser problemer i forhold til art 81(1), og slik praksis vil normalt være forbudt etter bestem-

¹⁸¹ EFT L 151/18 [2000]

¹⁸² Ibid premiss 103 flg

¹⁸³ IP/00/472

melsen. Kollektive kjøp og eksklusivitet er derimot mer akseptable former for kommersiell praksis. Disse kan ha positive virkninger på konkurransen, hvis de ikke har et for omfattende omfang.

Imidlertid vil kollektive kjøp, kollektive salg og eksklusivitet ofte eksistere i samspill. Virkningene på konkurransen må derfor vurderes samlet både for det kollektive element og for den eksklusive siden ved avtalen. Selv om man skulle komme til at hvert element isolert sett ikke utgjør begrensninger på konkurransen, vil det avgjørende være hvordan de samlet virker inn på konkurransen. Eksklusiviteten vil for eksempel forsterke virkningene av det kollektive salget og kjøpet. Dess mer omfattende og langvarig eksklusivitet er, dess mer begrenses konkurransen ved det kollektive salget eller kjøpet.

3 Fritak etter art 81(3)

3.1 Generelt om vurderingen under art 81(3)

3.1.1 Innledning

Kjernen i art 81(3) er muligheten for å oppnå fritak for avtaler som har blitt funnet å falle inn under og dermed være forbudt etter art 81(1). Forutsetningen for å oppnå et fritak er at de fire kumulative vilkårene oppstilt i art 81(3) er oppfylt. Forenklet kan man si at vilkårene i art 81(3) er oppfylt dersom ”the advantages of the system for competition outweigh the disadvantages”.¹⁸⁴ Slik det fremgår av sitatet vil vurderingen etter art 81(3) være avveining av mellom de negative og positive innvirkningene avtalen har på konkurransen. Kommisjonen og EF-domstolen har tolket bestemmelsen slik at det er en forholdsvis bred helhetsvurdering som skal foretas. Samtidig er det en individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹⁸⁵ Innenfor noen sektorer har man imidlertid forenklet denne vurderingen ved å innføre såkalte gruppefritak. Hvis en avtale faller inn under vilkårene for gruppefritaket vil den automatisk være fritatt fra forbudet i art 81(1). Det har vært diskutert om man bør ha et gruppefritak for sport og audiovisuelle rettigheter. Foreløpig er det ikke gitt noe slikt fritak, og derfor vil kjøp og salg av TV-rettigheter til sportsbegivenheter bero på en individuell vurdering, og ikke om det er grunnlag for fritak etter de såkalte gruppefritakene (”block exemptions”).

Retten i Første Instans har i Marta Hachette-saken slått fast at ingen konkurransebegrensninger rettslig sett er unntatt fra muligheten til fritak etter art 81(3).¹⁸⁶ I hvert tilfelle må Kommisjonen undersøke om vilkårene i art 81(3) er oppfylt. Selv om det er

¹⁸⁴ Sak 75/84 Metro v Kommisjonen, Saml 1986 s. 3021, premiss 49

¹⁸⁵ Jfr Saker T-528/93 mfl, Métropole Télévision mvl v. Kommisjonen, Saml 1996 II-649

¹⁸⁶ Sak T-17/93, Marta Hachette v Kommisjonen, Saml II-595 premiss 85

svært usannsynlig at prisfastsettende og markedsoppdelende avtaler vil kunne få fritak, er det prinsipielt mulig.¹⁸⁷

Til slutt påpekes at ved den rettslige vurderingen under art 81(3) også har blitt trukket inn mer politiske hensyn i vurderingen. De overordnende samfunnmessige hensyn kan gjøre at konkurransehensynene ikke alltid er avgjørende i vurderingen.¹⁸⁸

Fritak etter art 81(3) oppnås rent praktisk på to måter. Den ene er ved såkalte ”block exemptions”. Det vil si at Kommisjonen har gitt reguleringer for visse grupper, som automatiske vil få fritak om de oppfyller de krav som er stilt i reguleringene. Hvis man ikke oppfyller vilkårene i ”block exemptions” kan man søke om individuelt fritak (”individual exemption”). Dette gjøres ved å sende inn en melding til Kommisjonen, en notifikasjon, om innholdet i avtalene mellom to eller flere parter. Denne ordningen er imidlertid i ferd med å endres, fordi den medfører alt for mye arbeid for Kommisjonen. Fra og med 1. mai 2004 vil man selv måtte vurdere om kriteriene i tredje ledd er oppfylt, og eventuelt selv ta risikoen for egne feil ved vurderingene. Det vil da være de nasjonale domstoler som skal vurdere om det er grunnlag for fritak etter art 81(3), hvis saken blir tatt inn for domstolene.¹⁸⁹

3.1.2 Vilåarene i art 81(3)

Art 81(3) inneholder som nevnt fire vilkår for at en avtale skal kunne få fritak selv om den faller inn under forbudet i art 81(1). De to første vilkårene er positive, mens de to siste er negative. For det første er det et krav at avtalen enten forbedrer produksjonen eller distribusjonen av varen, eller fremmer økonomisk eller teknisk fremgang. Samtidig må konsumentene få en rettferdig andel av fordelene som oppnås. De negative vilkårene er at avtalene ikke begrenser konkurransen mer enn absolutt nødvendig og heller ikke fjerner konkurransen i en vesentlig del av det markedet det gjelder.

1. Forbedring av produksjonen eller fordelingen av varene eller fremme av den økonomiske utvikling

Det første av de fire vilkår som art 81(3) stiller opp, inneholder et krav om at avtalen medfører merkbare objektive fordeler som kan oppveie de ulemper for konkurransen

¹⁸⁷ Jfr. Whish (2001) s. 124

¹⁸⁸ Bellamy & Child (2001) s. 160

¹⁸⁹ Jfr Forordning 1/2003

som er en følge av avtalen.¹⁹⁰ Vilkåret kan forstås på to måter. En snever måte der man ser kun på de økonomiske effektivitets fordeler som oppnås ved avtalen, slik som lavere omkostninger, større utvalg, forbedret service samt nye og forbedrede produkter. Det er ikke partenes økonomiske fordeler som er fokus, men hele fellesskapets fordeler ved avtalen.¹⁹¹ Bevisbyrden for at avtalen innebærer en samfunnsmessig fordel må bæres av partene.¹⁹² De økonomiske fordelene må da beviselig overskride de negative virkningene. En videre forståelse av vilkåret, er at også andre fordeler er relevante i vurderingen. Relevante ikke økonomiske hensyn er for eksempel hensynet til miljø, arbeidsplasser, industrielle hensyn samt kulturelle og regionale hensyn. I praksis og teori kan det virke som om den videre forståelsen er den rådende.¹⁹³ Når det gjelder anvendelsen av konkurransereglene på sport må det også være den videre forståelsen av ”improvement” som er den riktige. Kommisjonen har i alle fall lagt dette til grunn i ”Broadcasting of Sports events and Competiton law” hvor den sier at vurderingen under art 81(3) ikke er en rent økonomisk vurdering. Den sier: ”The fulfilment of these criteria should not be based on purely commercial considerations. The special characteristics of sport in question have to be taken in to account.”¹⁹⁴ Altså vil sportslige hensyn være relevant i vurderingen om fritak skal innvilges etter art 81(3).

2. Fordeler for forbrukerne

Kravet i art 81(3) om at forbrukerne skal sikres en rimelig andel av fordelene, er utslag av det mer generelle prinsippet om forbrukervelferd. *Forbrukere* skal her forstås i en vid betydning. Til illustrasjon vil forbrukere slik det i norsk rett er definert i forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd være en alt for snever avgrensning av begrepet i EF-retten. Forbrukere skal i EF-retten forstås som en konsument lenger ned i handelskjeden.¹⁹⁵ Det vil si at begrepet omfatter både næringsdrivende og egentlige forbrukere som konsumenter. I forhold til de kollektive salgavtalene av TV-rettigheter vil det som oftest være private forbrukere som skal få sin rimelige andel av de fordeler avtalen gir. Fordelene for forbrukerne kan både være av økonomisk og ikke økonomisk art. For eksem-

¹⁹⁰ Jfr Forente saker 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Saml 1966 s. 245

¹⁹¹ Faul & Nikpay (1999) s 103

¹⁹² Ibid

¹⁹³ Whish (2001) s. 127

¹⁹⁴ Kommisjonen (1998) premiss 9

¹⁹⁵ Jfr Whish (2001) s. 129

pel kan fordeler innenfor TV-rettighetsmarkedet være lavere priser på ”pay-pr-view” sendinger. Men det kan også være et bedre kanaltilbud eller muligheten til å få se større begivenheter som for eksempel sommer og vinter OL.

Kommisjonen har ikke prøvd å trekke noen grense for hva som ligger i ”rimelig andel”. Hva som regnes som en ”rimelig andel” vil derfor følgelig måtte bli en svært skjønnsmessig vurdering.¹⁹⁶

3. Nødvendige begrensninger

Kommisjonen vil ikke innvilge et fritak som går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå de ventede fordeler. Dette er egentlig kun en lovfesting av det alminnelige prinsipp i EF-retten om proporsjonalitet. Prinsippet går ut på at inngrepet skal begrenses til det objektivt nødvendige, og hvor det minst inngripende middel skal velges.

Hvilke avtalevilkår som ansees nødvendige vil variere etter hvilken kontraktstype det er tale om, og hvilke konkrete kommersielle risiki som er forbundet med avtalen.¹⁹⁷

Som en veiledning for hva som ikke vil bli godtatt av Kommisjonen kan man se på den såkalte ”black list”¹⁹⁸ i gruppefritakene. Dette er en liste utarbeidet av Kommisjonen som hindrer anvendelsen av såkalt ”block exemption”, dvs. fritak som er gyldige uten varsling til Kommisjonen. Selv om det ikke i seg selv er utelukket at man kan få fritak for avtalevilkår som er omfattet av den såkalte ”black list”, har det formodningen mot seg at Kommisjonen vil anse vilkår om nødvendighet for oppfylt i slike tilfeller.

I praksis vil Kommisjonen ofte gå inn i forhandlinger med aktørene for å påvirke disse til å fjerne eventuelle unødvendige begrensninger på konkurransen. Kommisjonen kan også gi fritak under forutsetning av at unødvendige konkurransebegrensninger fjernes fra avtalen.

4. Utelukkelse av konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder

Dersom en avtale begrenser konkurransen vesentlig for de varer den omhandler vil den ikke kunne få et fritak etter art 81(3). Dette er i realiteten en dominantstest, som skaper konsistens mellom behandlingen etter art 81 og fusjonsforordningen.¹⁹⁹ Ved behand-

¹⁹⁶ Ibid

¹⁹⁷ Hansen mfl (1998) s. 104

¹⁹⁸ se Art 4 i Regulation 2790/99

¹⁹⁹ Hansen mfl (1998) s. 105

lingen etter art 81 må det imidlertid tas hensyn til at individuelle fritak er tidsbegrenset. Det kan derfor være forsvarlig med en større begrensning i en periode, dersom konkurransen i etterkant kommer styrket ut av situasjonen. Når man skal vurdere om en avtale vesentlig begrenser konkurransen må man fastslå det relevante produkt markedet og det geografiske markedet. Kommisjonens Notice on Market Definition²⁰⁰ vil være retningsgivende her. Etter å ha slått fast det relevante produkt og geografiske markedet, må man foreta en vurdering av de samarbeidende aktørenes markedsposisjon i markedet samt deres konkurrenters markedsposisjon. Samtidig vil det være relevant å vurdere om hvilke muligheter det er for potensielle konkurrenter å etablere seg i markedet. I vurderingen er det også relevant å vurdere situasjonen til kjøperne av de samarbeidende foretaks produkter. En konsentrasjon i kjøpermarkedet kan gjøre det mer berettiget med en større konsentrasjon i selgermarkedet.

5. Helhetsvurderingen

Selv om man i art 81(3) stiller opp fire separate vilkår som må være oppfylt for at fritak skal kunne innvilges, har praksis vist at det er en helhetsvurdering som skal foretas. Dette følger også av utgangspunktet for vurderingen under art 81(3), der man skal holde de negative virkningene ved en avtale opp i mot de positive virkningene. Hvis man tenker seg et tilfelle hvor en avtale klart oppfylder de to første vilkårene, vil Kommisjonen kanskje være villig til å lempe noe på de to siste vilkårene, og dermed innvilge et fritak.²⁰¹

Slik det er anført over sier Kommisjonen at man skal ta hensyn til de særlige omstendigheter ved sport. I den helhetsvurdering som skal foretas under art 81(3) vil det da være naturlig å ta hensyn til sporten i betraktning. Selv om man godtar spesielle sportslige hensyn vil man ikke kunne unnta sport generelt fra anvendelsen av konkurranse retten. Man må ikke glemme at idrettsorganisasjonene i tillegg til den sosiale og kulturelle dimensjonen, har en økonomisk dimensjon.²⁰²

²⁰⁰ EFT [1997] C 372/5

²⁰¹ Jfr Hansen mfl (1998) s. 106

²⁰² Jfr Pons (1999)

3.2 Kollektivt salg – samarbeid mellom arrangører

Virkingen av kollektive salg av rettigheter, slik det er redegjort for over i punkt 2, har en del negative konsekvenser for konkurransen. Problemstillingen vil her være om avtalen har slike positive sider at disse kan oppveie de negative innvirkninger på konkurransen. Dette vil bero på en helhetsvurdering, men samtidig må vilkårene som er oppstilt i art 81(3) være oppfylt.

Ved vurderingen av kollektive salgavtaler vil det her forutsettes at disse også er eksklusive avtaler. Kombinasjonen med kollektivt salg og eksklusivitet gjør at man må legge sammen de negative virkningene som oppstår som følge av eksklusiviteten med de som oppstår som en følge av det kollektive salget. I behandlingen vil det i størst mulig grad bli tatt høyde for at det er tale om en kombinasjon av virkninger, men jeg har likevel funnet det nødvendig og hensiktsmessig å behandle eksklusivitet særskilt under punkt 3.4 fordi det er noen egne spørsmål som oppstår uavhengig av om det er tale om kollektivt salg eller innkjøp.

3.2.1 Forbedring av produksjonen eller fordelingen av varene eller fremme av den økonomiske utvikling

Spørsmålet blir her om kollektive salgavtaler innebærer forbedringer som er relevant i forhold til art 81(1). Grovt inndelt kan de fordeler som har blitt anført under art 81(3) deles inn i tre grupper. Disse er omfordeling av ressurser, økte økonomiske ressurser og organisatoriske fordeler.

Omfordeling av ressurser

Med omfordeling av ressurser menes her en formuesforskyvning fra de økonomisk sterkeste til de økonomisk svakeste klubber og arrangører. Spørsmålet blir da om en slik forskyvning er en relevant fordel å ta i betraktning i forholdt til art 81(3).

I utgangspunktet vil en ren formuesforskyvning fra en part til en annen ikke innebære noen fordel etter art 81(3). Det vil selvfølgelig isolert sett være en fordel for den som mottar ytelsen, men ikke for samfunnet som helhet, og det er det som er relevant under art 81(3). Likevel er det argumentet man oftest møter på som forsvar for kollektivt salg, at det er nødvendig av hensyn til solidaritet mellom klubber. Blant annet ble argumentet

anført i UEFA-saken, Premier League-saken og DFB-saken (nærmere om utfallet av disse blir behandlet under). Tanken bak anførslene er at man kan bruke kollektive salg-avtaler til å omfordele ressurser mellom de økonomisk svakere klubbene og de økonomisk sterkere klubbene, altså en form for solidaritet mellom klubbene. I en normal markedsituasjon ville dette være en type omfordeling som kun de svakeste klubbene vil være tjent med, men i sportssektoren er alle klubbene tjent med en slik omfordeling. Bakgrunnen for dette er at sport skiller seg fra annen økonomisk aktivitet. Normalt konkurrer aktørene i et marked med hverandre for å oppnå høyere markedsandeler. Om en aktør skulle falle fra, vil det medføre en gevinst for de øvrige. Innen sport har aktørene bruk for hverandre for å kunne konkurrere i det hele tatt. I tillegg bør det opprettholdes et vist minimum av sportslig likevekt mellom aktørene for å gjøre mesterskapet eller kampene mer interessante eller spennende. Et mesterskap der for eksempel en klubb tiltrekker seg alle de økonomiske ressursene, og derfor dominerer sportslig over alle de andre, vil normalt være mindre attraktivt enn et mesterskap mellom likeverdige aktører. Resultatet vil normalt over tid bli en lavere etterspørsel etter begivenheten, og dermed også lavere produksjon (dvs. mindre distribusjon av TV-sendinger). Denne forskjell i de konkurransebegrensende virkninger sammenlignet med aktører i andre markeder ble fremhevet av generaladvokaten i Bosman-saken²⁰³.

For å kunne vurdere hvilke fordeler som oppstår i et marked ved en avtale, må man ha alternativet klart for seg. Hvis man tenker seg et system med forbud mot kollektive salg, hvor alle salgene må gjennomføres individuelt, må man anta at en del uheldige virkninger vil oppstå. Uten omfordelingen av ressurser kan økonomien til noen klubber være i stor fare. Man kan allerede observere at enkelte klubber økonomisk drar i fra de andre klubbene.²⁰⁴ Med et strengt system hvor rettighetene må selges individuelt vil denne polariseringen sannsynligvis bare øke. Toppklubbene vil antagelig kunne selge rettighetene sine til en høyere pris enn hva de får ut av potten i dag, mens bunnlagene antagelig vil få mindre enn i dag. Om man skal gjennomføre et system med individuelle salg av rettigheter vil det i mange idretter kreve et eller annet system for å sikre at øko-

²⁰³ Sak C-415/93: premiss 227 I generaladvokatens forslag til avgjørelse

²⁰⁴ Noen eksempler på klubber som drar fra de andre økonomisk er Manchester United i England og Rosenborg i Norge

nomien til de svakeste klubbene holder et vist nivå.²⁰⁵ I denne sammenheng har det vært fremmet forslag om et såkalt solidaritetsfond blant annet var generaladvokat Lenz inne på det i Bosman-saken. Hvordan et slikt fond nøyaktig skal fungere er noe uvisst. Det må antas at kjernen i systemet er at rettighetene selges individuelt, men at en viss andel av inntektene ikke går til klubbene men til et fond som igjen fordeler penger ut til de økonomisk svakeste klubbene.

I praksis har argumentasjonen om økonomiske utjevning blitt anført i bla UEFA-saken. UEFA anførte i sin notifikasjon til Kommisjonen at deres system førte til en omfordeling av ressurser mellom finansielt sterke og finansielt svake klubber.²⁰⁶ Noe tilsvarende har blitt anført i Premier League-saken av FAPL. Kommisjonen har ikke vært uenig i denne argumentasjonen, men mente at vilkåret om forholdsmessighet ikke var oppfylt.²⁰⁷ I Premier League saken fra England var ikke domstolen (RPC) i tvil om at omfordelingen av ressursene hadde positiv innvirkning på sport. Domstolen uttalte på dette punkt:

”...we consider that these provision for the distribution of television income have a real and substantial effect, in that the less successful and less popular clubs receive a greater share of the aggregate income from the broadcasting of Premier League matches on television than they would be likely to receive if the present system for distribution of such income became inoperative and was not replaced by a new system which is equally effective...”²⁰⁸

Domstolen sier videre om deres vurdering av virkningene av en slik omfordeling:

“The existence of a scheme for redistribution of television income is in our view, an extremely important factor in the creation and preservation of competitive balance, which, for the reasons we already indicated, is a vital factor in maintaining the quality and interest of Premier League football.”²⁰⁹

²⁰⁵ Rumphorst (1999) s. 11

²⁰⁶ EFT [1999] C 99/24 premiss 8

²⁰⁷ EFT [2002] C 196/3 premiss 7

²⁰⁸ Premier League (1999) premiss 239

²⁰⁹ Premier League premiss 240

I en sak fra Tyskland, DFB-saken²¹⁰ (Deutscher Fussballbund, DFB) var ankedomstolen (Bundesgerichtshof, BGH) ikke villig til å godta omfordeling av ressurser som et argument for fritak fra den tyske konkurranseloven. Domstolen fant at forbudet i loven var overtrådt og at motivasjonen var irrelevant. Avgjørelsen ble i etterkant kritisert og medførte en intens lobbyvirksomhet fra DFB som fryktet store inntektstap som følge av avgjørelsen.²¹¹ Som en følge av dette ble den tyske konkurranseloven endret slik at den unntok kollektivt salg av TV-rettigheter fra loven.²¹² Loven gir imidlertid ikke tyske foretak immunitet mot EFs konkurranseregler. DFB har derfor notifisert sine avtaler til Kommisjonen. Kommisjonen har denne notifikasjonen inne til behandling, og avgjørelse i denne saken har ennå ikke falt.

Sammenfattet må det være riktig å konstatere at omfordeling av ressurser er et relevant hensyn når man skal vurdere om en avtale oppfyller vilkårene for fritak etter art 81(3). Men selv om man aksepterer at omfordeling innebærer en fordel som er relevant i forhold til vurderingen i art 81(3), har man ikke sagt noe om hvilken vekt det bør ha i vurderingen. Utformingen av reglene for omfordeling av ressursene vil da være avgjørende. Det vil alltid finnes grader av omfordeling. Alt fra avtaler der de svakeste klubbene rent faktisk får mest, til systemer der alle får likt og til den andre ytterkant der de beste klubbene får mest men de dårligste får mer enn hva de ville fått med individuelle salg. Med bakgrunn i praksis²¹³ virker det som det normale er tre deler i fordelingen av inntektene fra det kollektive salget. For det første er det en del der alle får like mye. For det annet en del som er prestasjonsavhengig, det vil si avhengig av plassering i serien o.l. Til slutt er det en del som er avhengig av hvor mye man har blitt vist på TV. Med en slik utforming av reglene er det kun den første faktoren som direkte bidrar til omfordeling av ressursene mellom de økonomisk sterke og de økonomisk svakere klubbene. De to neste faktorene vil derimot normalt bidra til å styrke de sterkeste, siden det er disse klubbene som vanligvis plasserer seg best og det er de som blir vist mest på TV. Denne situasjonen ble fremhevet av de nederlandske konkurransemyndighetene i Erdi-

²¹⁰ Dom av 2. september 1994, B 6-727000-J-601194, WuW/BKartA 2696

²¹¹ Jfr Nitsche (2001) s. 170

²¹² § 31 i Gestez gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) endret med virkning fra 1. januar 1999.

²¹³ Vises til systemet i Premier League fra England, Erdivise-saken fra Nederland

vise-saken. Det ble utalt: ”The fact that the professional football organisations receive a unequal share of the total income cannot be viewed as an expression of solidarity.”²¹⁴

Hittil har vi kun sett på omfordeling mellom klubber på samme nivå, altså mellom de profesjonelle klubbene. Omfordelingen av ressursene behøver ikke bare være mellom klubber i samme serie eller samme mesterskap. Penger som stammer fra kollektive salg kan også brukes til trening av yngre spillere eller støtte til amatøridretten. I UEFA sin notifikasjon til Kommisjonen ble dette punktet fremhevet. Ordningen omfordelte ikke bare ressursene mellom klubbene som deltok i konkurransen, men ordningen ble samtidig brukt til å støtte amatør og ungdomsfotball. Tilsvarende ble også anført i Premier League saken.

Jean-Francois Pons har sagt i en tale om fritak etter art 81(3):

”When considering the criteria for possible exemption, the characteristics of the sport must also be taken into consideration. It is often argued that it is important to take account the solidarity between the stronger and weaker economic actors or between the professional and amateur sides of the sport or that a sport is played by young people. It must also be with a balanced distribution of the resulting revenue, can be seen as justified to promote sporting activities within the population, as well for interesting sporting competition”.²¹⁵

De kollektive avtalene kan brukes til å fremme sport generelt i befolkningen. I Erdivise-saken fra Nederland, var ikke konkurransemyndighetene villige til å godta denne argumentasjonen fra klubbene. Myndighetene mente at det var ikke var nødvendig med kollektivt salg av kringkastingsrettigheter for investeringer i ungdomsfotball, amatør-fotball og lignende. Også ved individuelle salg kan man reservere en viss andel av inntektene til slike formål. Man kan naturligvis spørre om ikke en slik vurdering hører hjemme under vilkåret om at det skal være tale om en nødvendig begrensning. På den annen side mente muligens myndighetene at det ikke var noen nødvendig sammenheng mellom de hensyn som ble trukket frem og den begrensning i konkurransen som ble gjort gjeldende.

²¹⁴ Erdivise-saken premiss 54 Offentlig uautorisert oversettelse av avgjørelsen

²¹⁵ Pons (1999)

Innen EF-retten må det imidlertid være riktig å ta hensyn til en omfordeling av ressurser til amatøriddrett, ungdomsiddrett og fremme av idretten generelt. At slike hensyn kan tillegges vekt stemmer godt overens med den videre forståelsen av fordeler i art 81(3) utover de snevrere effektivitetsgevinster.

Økte økonomiske ressurser

En naturlig følge av at rettighetene til begivenhetene selges eksklusivt og kollektivt er at man kan kreve mer for disse enn hva man ellers kunne ved et individuelt salg. Det kan da argumenteres med at disse ekstra inntektene kommer idretten til gode²¹⁶, og dermed utgjør en fordel under art 81(3). Men et slikt resonnement er ikke holdbart under denne vurderingen. Under art 81(1) vil det ikke være fordeler for partene isolert sett som skal vurderes, men fordelene for hele fellesskapet. Økte priser vil føre til større utgifter for kringkasterne, som igjen vil få negative konsekvenser for forbrukerne. Disse må enten betale, gjennom økte priser på TV-abonnenter, TV-lisenser eller økte priser på varer og tjenester pga økte reklamepriser. En omfordeling slik den er beskrevet her vil ikke innebære noen fordel for fellesskapet, men kun for den aktuelle idretten.²¹⁷

Organisatoriske hensyn

Av organisatoriske hensyn er det særlig tanken om at kollektivt salg gir praktiske fordeler for klubbene som gjør seg gjeldende. En samling av salget vil være en effektivisering, hvor man bruker mindre ressurser på å forhandle. For noen idretter som er mindre attraktive, kan kollektive salg være den eneste måten å selge arrangementene på. Kringkasterne er kanskje ikke interessert i kun enkeltarrangementer. For det første fordi kringkasterne vil bygge opp en seermasse, gjennom flere program. For det annet kan transaksjonskostnadene forbundet med kjøp av kun et arrangement bli så store at kringkasterne ikke finner kjøpet økonomisk lønnsomt.

Organisatoriske hensyn har ikke vært anvendt i noen særlig grad, i alle fall ikke i de større sakene som har vært behandlet av Kommisjonen. Dette kan muligens skyldes at fordelene er så små i forhold til de begrensninger som legges på markedene gjennom avtalene.

²¹⁶ Eredivise-saken premiss 59

²¹⁷ Ibid

3.2.2 Fordeler for forbrukerne

Problemstillingen blir her om forbrukerne har blitt sikret en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd som en følge av avtalen. Fordelene for forbrukerne kan både være av økonomisk og av ikke økonomisk art.

Den mest umiddelbare fordel for forbrukere ved samarbeidet er at idrettskamper og begivenheter blir mer spennende, og dermed attraktive i deres øyne. Bakgrunnen for dette er at ressursene ved det kollektive salget har blitt bedre fordelt mellom aktørene, og dermed vil klubber bli mer jevnbyrdige. Jevne og spennende oppgjør er noe forbrukerne verdsetter og dermed etterspør. Ved et godt og velfungerende omfordelingssystem mellom klubbene vil forbrukerne være sikret en rimelig andel ved at de blir tilbudt bedre (jevnere) kamper. UEFA anførte i sin notifikasjon til Kommisjonen at de var med på å styrke konkurransen innen europeisk fotball som igjen forbrukerne får glede av gjennom mer underholdene fotballkamper.²¹⁸

De kollektive salgssavtalene bidrar ofte ikke bare til en omfordeling av ressursene innen toppidretten, men også nedover i systemet til amatør- og ungdomsidrett. En slik omfordeling gir forbrukerne direkte fordeler. I teorien er det fremhevet at det lettere kan gis fritak til fotball og andre folkeidretter enn for eksempel internasjonal motorsport.²¹⁹ Bakgrunnen for dette er at ”gressrot” forbindelsen er mye sterkere ved fotball og lignende folkeidrett enn for eksempel ved motorsport. Det vil da være lettere å føre bevis for at den kollektive salgssavtalen fremmer breddeidretten.

Kollektivt salg i kombinasjon med eksklusivitet har den virkning at rettighetene til en serie av arrangement samles hos en kringkaster. Resultatet kan f.eks bli at en hel sesong med fotball eller Formel-1 går på en kanal. En samling av rettighetene til en serie hos en TV-kanal gjør at forbrukerne kan følge med på hele serien med begivenheter. Forbrukerne vil normalt være interessert i å se flere kamper i en serie eller turnering og ha muligheten til å følge utviklingen. I forhold til betal-TV vil det for forbrukerne være til-

²¹⁸ EFT [1999] C 999/23 premiss 8

²¹⁹ Nitche (2001) side 173

strekkelig å skaffe seg et abonnent til en betal-TV kanal i motsetning til en situasjon hvor rettighetene var spredt utover flere kanaler. Skulle man da følge sin favorittklubb vil man kanskje være avhengig av flere abonnenter. I verste fall vil man også være avhengig av ulike teknologiske løsninger for å kunne motta de ulike TV-sendingene f.eks at man både må ha kabel og parabol. I en slik situasjon er forbrukerne tjent med at alt går på en TV-kanal. En samling av rettighetene kan derfor innebære en fordel for forbrukerne.

I UEFA-Champions League saken ble enda en fordel for forbrukerne trukket frem. UEFA fremhever i sin notifikasjon til Kommisjonen²²⁰ at UEFA er med å sikre at TV-rettigheter blir tilgjengelig på betalingsfritt fjernsyn. Normalt vil dette være en fordel for forbrukerne. Men dersom prisen forbrukerne betaler for dette gjennom økte lisensinnbetalinger og økte priser på produkter pga økte reklamekostnader vil ikke argumentet kunne påberopes som noen fordel for forbrukerne. Sendinger på betalingsfritt fjernsyn er derfor bare en fordel så lenge den indirekte prisen forbrukerne må betale ikke er for stor.

3.2.3 Nødvendige begrensninger

Vurderingen her er om det er mulig å nå de samme mål, men med mindre inngripende midler. Eller sagt med andre ord om det forligger proporsjonalitet mellom mål og middel.

Den sentrale argumentasjonen for kollektive salgavtaler er at de bidrar til en omfordeling av ressursene, som er nødvendig for å skape jevnbyrdige lag. Spørsmålet er da om en slik omfordeling kan gjennomføres med mindre inngripende midler enn ved kollektivt salg av rettighetene i kombinasjon med eksklusivitet.

I vurderingen av om begrensningen er nødvendig vil det være sentralt å ta stilling til hvilke alternativer det finnes til ordningen i den foreliggende avtale. Slik det er presentert over (i punkt 3.2.1) er et forslag til alternativ til dagens ordning, et såkalt solidaritetsfond. Med et solidaritetsfond vil rettighetene kunne selges individuelt,

²²⁰ EFT [1999] C 99/09 premiss 8

begrensningene på konkurransen vil da være mindre. Samtidig får man omfordelt ressursene mellom klubbene og for så vidt også til andre deler av idretten om det er ønskelig. Tanken om et solidaritetsfond har ikke fått særlig oppslutning i teori og praksis. Likevel må solidaritetsfond vurderes i den konkrete sak. Hvis et slikt system gjør samme nytten som en omfordeling av ressurser gjennom kollektivt salg og samtidig er mindre begrensende på konkurransen, kan ikke fritak gis til det kollektive salgssamarbeidet (i alle fall ikke på dette grunnlag).²²¹

I Premier League saken for Kommisjonen var problemet at de kollektive salgavtalene slik de praktiseres nå ikke er absolutt nødvendig for å sikre solidariteten mellom klubber som deltar i den engelske ligaen. Kommisjonen mener det er mulig å oppnå solidaritet uten at det behøver å oppstå konkurransebegrensende virkninger.²²²

Et normalt utgangspunkt for vurderingen av hva som ikke blir ansett nødvendig er den såkalte "black list" jfr pnkt 3.2.1 over. En av de former for begrensninger som det normalt ikke skal være mulighet for å få fritak for etter denne, er prisfastsettende avtaler. Avtaler om kollektivt salg av rettigheter har nettopp en slik virkning jfr. avsnitt 2.2.3.2 over. Kommisjonen viser i sitt "Orientation document"²²³ til at kollektive salgavtaler vil være prisregulerende, samtidig påpeker man muligheten for å fritak etter art 81(3). Det ser heller ikke ut til at man i praksis har sett noe problem i å innvilge fritak i slike tilfeller. Bakgrunnen for at man her har godtatt de kollektive salgene selv om de er prisregulerende er usikker, siden problemet ikke har blitt tatt opp direkte. En mulig forklaring på at man ikke tar opp dette problemet er at de kollektive salgene også har andre formål enn å virke prisregulerende. Hvis det kollektive salget er en nødvendighet for at markedet skal fungere kan ikke forbudet i svartelisten ha særlig stor vekt.

3.2.4 Utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder

For å kunne ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt må man definere det relevante markedet for rettighetene som avtalen omhandler. Kollektivt salg i seg selv vil sjelden

²²¹ Se Nitsche (2001) s. 174

²²² IP/02/1951

²²³ Kommisjonen (1998)

ha en slik virkning alene at det utelukker konkurransen for en vesentlig del av markedet. Derimot kan kollektivt salg i kombinasjon med eksklusivitet ha en slik virkning. Avgjørende vil da være hvor mange andre rettigheter det finnes i markedet som kan tilfredsstille behovet til andre kringkastere som ikke får tilgang til de rettighetene til de rettighetene som er omhandlet i avtalen. Det vil bli redegjort nærmere om denne problemstillingen under punkt 3.4.4 om eksklusivitet.

3.2.5 Helhetsvurderingen

Etter at man har gått gjennom de ovennevnte vilkår vil man i mange tilfelle likevel være tvil om samarbeidet, og dermed begrensningen på konkurransen, bør opprettholdes. Spørsmålet som da oppstår er hvordan man skal avgjøre om begrensningen skal godtas. Det er da naturlig å se hen til de hensyn som begrunner konkurransereglene. Dessuten må man se hen til de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende innenfor sektoren. Utgangspunktet for vurderingen må være hensynet til effektiv ressursbruk. Hensynet til effektiv ressursbruk ligger som en grunntanke bak hele konkurranseretten, og må naturligvis ha stor betydning her. Fokuset vil da være hvilke virkninger på konkurransen som oppstår som følge av begrensningen holdt opp i mot hvordan markedet eventuelt vil kunne fungere uten denne begrensningen. Man bør da velge den løsning som er samfunnsøkonomisk mest effektiv.

Som tidligere nevnt er det en bredere vurdering som skal foretas under art 81(3). Hensynet til forbrukerne må veie tungt. Dessuten vil hensynet til sport som en kulturell faktor være relevant. Det skal også tas hensyn til at avtaler, arrangement og TV-sendinger som går over landegrensene bidrar til integrasjon i et felles marked, som er en målsetning ved konkurranseretten.

3.3 Kollektivt innkjøp – samarbeid mellom kringkastere

De konkurransebegrensende virkningene av kollektive innkjøp som ble behandlet over i punkt 2.3 var mindre for kollektive innkjøp enn for kollektive salgssamarbeid. I utgangspunktet burde det da være lettere å få individuelle fritak etter 81(3) for kollektive innkjøp av rettigheter. Men vurderingen vil også her være om de fordeler som opp-

nås som en følge av samarbeidet kan oppveie de konkurransebegrensende virkninger som oppstår som en følge av samarbeidet.

Ved vurderingen av samarbeidet forutsettes det at det er et kollektivt innkjøp av eksklusive rettigheter som vurderes. Vurderingen vil dermed bli om fordelene kan oppveie både de konkurransebegrensende virkningene som oppstår som følge av det kollektive innkjøpssamarbeidet og eksklusiviteten. Særlige forhold som bare er knyttet til eksklusiviteten vil bli tatt opp i punkt 3.4.

3.3.1 Forbedring av produksjonen eller fordelingen av varene eller fremme av den økonomiske utvikling

De forbedringer som man kan oppnå ved kollektive salgssavtaler kan deles inn i økonomiske, dvs. effektivitets forbedringer og ikke økonomiske forbedringer. Til slutt vil forholdet til offentlige pålagte oppgaver bli behandlet.

Økonomiske fordeler

Kollektivt innkjøp av TV-rettigheter kan medføre økonomiske fordeler, som bla stordriftsfordeler i forbindelse med avtaleinngåelser og håndtering av avtalene. Slike stordriftsfordeler kan oppveie de konkurransebegrensende virkninger avtalen har. Men hvis partene har betydelige markedsandeler må effektivitetsgevinstene vurderes nøye.²²⁴ Innkjøpssamarbeid som gir bedre innkjøpsbetingelser pga økt markedsrett er ikke å anse som en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse.²²⁵ En gevinst hos denne aktøren vil gi et tap hos den andre, og det har dermed kun foregått en omfordeling av ressurser til fordel for innkjøper. Det har ikke oppstått noen fordel for samfunnet etter art 81(3). Det er likevel lett å tenke seg at salget ofte vil være motivert av at salg til den store aktøren for eksempel EBU betyr så mye for arrangøren av begivenheten at de der villig til å redusere prisen for å få i stand et salg. Et stort salg vil ofte gi større profitt enn noen få mindre salg. En slik kostnadsgevinst gir heller ikke en samfunnsøkonomisk gevinst, og kan dermed ikke brukes om argument for fritak under art 81(3).

²²⁴ Retningslinjen premiss 132

²²⁵ Kolstad (1998) s. 301 samt 281

Bedre innkjøpsbetingelser som er en følge av reduserte kostnader hos selger pga lavere transaksjonskostnader vil være en ”fordel” i art 81(3) sin forstand. Med transaksjonskostnader menes slike kostnader som må til for å få en avtale i stand. Kostnadene kan bestå i å skaffe seg informasjon om hvilke avtaler det er mulig å inngå, finne frem til avtalepartene og utføre selve avtaleinngåelsen.²²⁶

I EBU-saken fant Kommisjonen at systemet innen for EBU reduserte transaksjonskostnadene ved inngåelsene av avtalene om kjøp av TV-rettigheter, sammenlignet med separate forhandlinger med hver enkelt TV-stasjon i alle statene hvor det var medlemmer i organisasjonen.²²⁷ Dessuten ble det av Kommisjonen fremhevet at man var sikret at forhandlingen ble ført av den mest kompetente forhandleren. Systemet var slik at det var TV-stasjonen med hjemstat der begivenheten skulle finne sted eller EBU (med spesialiserte forhandlere) som forhandlet frem avtalene. Dette var igjen noe de mindre kringkasterne var tjent med, da de ikke hadde egne forhandlere og vanskelig ville kunne nå frem til avtaler som tilfredstilte deres spesielle behov. Det er vanskelig å se at hensynet til spesialiserte forhandlere har noen plass ved siden av hensynet til reduserte transaksjonskostnader. Med spesialiserte forhandlere vil nettopp følgen normalt bli lavere transaksjonskostnader.

Ikke økonomiske fordeler

Et innkjøpssamarbeid som gir økonomiske fordeler for deltakerne kan forsvares ut i fra hensynet til å opprettholde en kringkastingsektor med begrensede ressurser.²²⁸ De mindre kanalene i Europa er under stadig press fra de fire store kringkasterne BSKyB, Canal Plus, Bertelsmann og Kirch, og konkurransen om de mest attraktive rettighetene er stor. Selv om man skulle komme til at konkurransen på kort sikt blir begrenset ved et samarbeid mellom de mindre kringkasterne, behøver ikke det å gjelde på lang sikt. Hvis et samarbeid kan bidra til at de mindre kringkasterne kan hevde seg overfor de store, vil de ha større sjanse til å overleve i markedet. Man vil dermed unngå en enda større konsentrasjon i marked, og en dermed svekking av konkurransen. Samtidig sikres bredden innen kringkastingsektoren. Hensynet til å sikre bredden og dermed opprettholde

²²⁶ Se Eide (1997) s. 60

²²⁷ EFT L [1993] 179 premiss 58

²²⁸ Kommisjonen (1998) punktVI premiss 2

den eksisterende konkurranse er derfor et relevant hensyn ved vurderingen av innkjøps-samarbeid.

En annen forbedring som kan oppnås ved innkjøpssamarbeid er økt produksjon og distribusjon av sport på TV. En slik fordel ved EBU systemet som ble trukket frem av Kommisjonen i EBU-saken. Kringkastere kunne her sende sendingene sine fritt inn i andre medlemsstater via kabel eller satellitt uten å måtte betale for det.²²⁹ Uten EBU systemet ville kringkasterne antageligvis måtte skaffe seg rettighetene til distribusjon i alle land de ønsket å sende, i alle fall rettighetene til å sende via kabel eller satellitt. For mange kringkastere vil en slik ordning bli veldig dyr. Og særlig dyrt blir det om man bare har en liten markedsandel i dette landet, siden man da ikke vil ha særlig inntekter fra dette markedet ved reklame ol. Kollektive innkjøpssamarbeid kan derfor bidra til økt distribusjon av sportssendinger, dessuten kan salget bidra til grenseoverskridende TV-sendinger. Dette igjen bidrar til å styrke samhandelen over landegrensene og et felles europeisk TV-marked. Styrkingen av samhandelen er et tungveiende hensyn i EF-retten, og må sies å være særlig relevant i forhold til vurderingen under art 81(3).

Fordelene og forbedringene som oppnås som følge av det kollektive salget behøver ikke bare gjelde eksisterende tjenester, men kan også gjelde introduksjonen av nye tjenester og kanaler. I Screensport saken forsøkte EBU-medlemmene å få innvilget et fritak etter art 81(3). Argumentasjonen var her at Eurosport, som en ny kanal, forbedret produksjonen og distribusjonen i markedet. Dette gjaldt særlig siden Eurosport var en av de første tematiske TV-kanalene som sendte over landegrensene og fremmet sport generelt, herunder også de mer ukjente sportsgrenene. Det ble også argumentert med at de økonomiske og tekniske barrierene som Eurosport måtte overvinne tilsa at samarbeidet ble innvilget et fritak. Eurosport mente at de fremmet økonomisk og teknisk fremskritt gjennom deres økte bruk av satellittsendinger, økt reklame og investeringer innen sport og økte muligheter for sponsorer og annonsører. Kommisjonen avslo imidlertid å innvilge et fritak etter art 81(3). Kommisjonen vedkjente at Eurosport hadde satt i gang noe nytt ved opprettelsen en ny satellitt kanal med sport som innhold, men fant at dette ikke tilfredstilte kravet i art 81 (3) om ”improvement”. Det Kommisjonen i særlig grad reagerte mot var at avtalen mellom Sky og EBU-medlemmene hadde som formål å påvirke

²²⁹ EFT L [1993] 179 premiss 61

konkurransesituasjonen i det berørte marked på en uforholdsmessig måte. Saken endte med at Sky trakk seg fra avtalene. Selv om saken i det konkrete tilfellet endte med at fritak ikke kunne innvilges, må det likevel være klart at introduksjonen av nye tjenester og kanaler vil være forbedringer i art 81(3), og være relevante i vurderingen av om fritak skal kunne innvilges.

Offentlige oppgaver som grunnlag for fritak

Et spørsmål som lett kan oppstå i kringkastingssektoren, hvor det offentlige innslaget er forholdsvis stort, er om kringkastere kan påberope seg offentlige oppgaver som et grunnlag for fritak etter art 81(3). I EBU-saken trakk Kommisjonen frem at hensynet til offentlige kringkastere var pålagt en bestemt offentlig oppgave som et argument for at EBU fikk fritak for sine avtaler om kollektivt kjøp av rettigheter under art 81(3).²³⁰ Metropole Television og en del andre kanaler gikk til annullasjonssøksmål mot Kommisjonens vedtak om fritak. Retten i Første Instans fant at dette var en uriktig anvendelse av art 81(3), og satte Kommisjonens avgjørelse til side.²³¹ Rettens begrunnelse for opphevelsen av Kommisjonens vedtak var at offentlige oppgaver var regulert av art 90. Kommisjonen hadde selv kommet til art 90 ikke kom til anvendelse i dette tilfellet. Da kunne man ikke bruke de samme argumentene i en vurdering om fritak etter art 81(3).²³²

3.3.2 Fordeler for forbrukerne

Etter art 81(3) er det et krav om at forbrukerne skal ta del i de fordeler som oppstår som en følge av samarbeidet. Når kringkasterne gjennom samarbeidet oppnår en kostnadsbesparelse skal forbrukerne ta del i denne besparelsen. Det mest nærliggende vil være at forbrukerne også får økonomiske fordeler, ved for eksempel lavere priser på betal-TV eller lavere priser på varer generelt pga. lavere reklameomkostninger for selgerne.

²³⁰ EFT L [1993] 179 premiss 72 og 74

²³¹ Forente saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, Metropolé mfl mot Kommisjonen, Saml 1996 II -649

²³² Retten i Første Instans fant to feil ved Kommisjonens avgjørelse som ga grunnlag for opphevelse av Kommisjonens fritak. Disse var for uklare medlemsbetingelser til at de kunne vurderes opp i mot art 81(3) og at "bestemte offentlige oppgaver" ikke kunne begrunne fritak etter art 81(3).

Fordelen for forbrukerne trenger ikke bare omfatte de økonomiske fordelene som oppnås ved avtalen. Et bredere og bedre programtilbud ved for eksempel nye kanaler som dekker andre behov enn de bestående kanalene vil også være fordeler for forbrukerne. I Screensport-saken²³³ hevdet Sky at de var med på å fremme sporten i alminnelighet, og med særlig vekt på de mindre kjente sportsgrenene. Dette ville igjen skape et publikum og marked, som også andre kringkastere kunne nyte godt av å betjene. Kommisjonen kom til at vilkåret på kort sikt var oppfylt. At Eurosport, som en ny europeisk satellitt-TV-kanal, kom inn på markedet som et helt nytt tilbud til forbrukerne, var noe forbrukerne på kort sikt var tjent med. Men Kommisjonen fant at på lengre sikt ville forbrukerne være bedre tjent med å ha forskjellige kanaler med ulik kvalitet, innhold og stil. Dessuten tok ikke Eurosport i sin vurdering høyde for at konsumentene gjennom samarbeidet mistet en valgmulighet i den ventede sportskanalen fra Sky som ikke ville oppstå hvis samarbeidet fikk bestå. For forbrukerne vil en slik valgmulighet innebære en fordel, og det talte dermed i mot å innvilge fritak.

Også i EBU-saken fant Kommisjonen at avtalene førte til at kringkasterne kunne sende flere og bedre sportssendinger. Dette gjaldt både sportssendinger som appellerer til det store flertall av TV-seere og mindre populære sportsgrener. Særlig TV-selskaper i små land vil kunne være i stand til å tilby et bredere programtilbud, med internasjonale begivenheter.²³⁴ I land med mer enn ett EBU medlem anså Kommisjonen det som en fordel for forbrukerne at rettighetene ble distribuert gjennom EBU ved større arrangement som OL og lignende. Med to kanaler med rettighetene i stedet for en kunne en større del av arrangementet vises på TV.

Slik det fremgår av praksis har man lagt vekt på at forbrukerne sikres mer og bedre kvalitet på sportssendingene i vurderingen om fritakt skal innvilges etter art 81(3).

I EBU-saken ble kommentarer på morsmålet og nasjonalt tilpasset programtilbud trukket frem som en annen fordel for forbrukerne ved det kollektive innkjøpssamarbeidet. Bakgrunnen for dette argumentet var at samarbeidet sikret de nasjonale kringkastere en mulighet til å kjøpe rettighetene, i stedet for at rettighetene ble kjøpt opp av de store internasjonale aktørene. Med de nasjonale kringkasterne som eiere var det mer sann-

²³³ EFT [1991] L 63/32

²³⁴ EFT [2002] L 151/18, EBU, premiss 91

synlig at sendingen ville bli kommentert på morsmålet. Det samme gjaldt et tilpasset programtilbud i forhold til nasjonale interesser.

3.3.3 Nødvendige begrensninger

For at partene skal oppnå fritak etter art 81(3) må de kunne godtgjøre at de fordelene som oppstår skyldes samarbeidet, og at fordelene ikke kunne vært oppnådd med mindre restriktive midler. Dersom de oppnådde fordelene kan oppnås med mindre restriktive midler kan de ikke påberopes. Om en begrensning er nødvendig må vurderes ut i fra markedsforholdene.

I Screensport saken anså Kommisjonen det som en uforholdsmessighet mellom begrensningen på konkurransen og de fordeler man oppnådde. Kommisjonen mente at det måtte være mulig å opprette en tverrnasjonal sportskanal, uten å hindre konkurransen i så stor grad som var tilfellet der. Den anså dermed samarbeidet som en overdreven forholdsregel.²³⁵ Det måtte være mulig å opprette en kanal som Eurosport, altså en europeisk sportskanal, uten at det ble lagt så store begrensninger på konkurransen. Screensport som klaget saken inn til Kommisjonen er jo nettopp et eksempel på at det var mulig.

I EBU-saken mente Kommisjonen at de kostnads- og rasjonaliseringsvirkninger som EBU-systemet medførte ikke kunne oppnås på en mindre restriktiv måte.²³⁶ I forhold til det kollektive innkjøpet ble ikke dette utdypet noe nærmere. Men det kan bemerkes at Kommisjonen i EBU-saken kom til at det var en fordel for forbrukerne med sendinger kommentert på morsmålet og at man fikk nasjonalt tilpasset programtilbud. At dette er fordeler for forbrukerne er nok ganske utbestridt, men man kan spørre om samarbeidet er en nødvendig begrensning for å oppnå dette. Hvis konsumentene i et land etterspør slike sendinger vil de naturlig oppstå i markedet, noe som også har skjedd (etter at avgjørelsen ble truffet). Som eksempel kan det nevnes at Eurosport sendes i egen nordisk versjon, med kommentarer på de nordiske språk. Slik situasjonen er i dag må man derfor kunne anta at kommentarer på morsmålet og nasjonalt tilpasset kanaltilbud i alle fall

²³⁵ EFT [1991] L 63/32, Screensport, premiss 74

²³⁶ EFT L [1993] 179 premiss 70

ikke alene er fordeler som kan anses tilstrekkelige for å begrunne fritak for en kollektiv salgavtale.

Markedsstrukturen i det markedet avtalen skal fungere i vil være relevant å ta i betraktning når man vurderer om avtalen er en nødvendig begrensning. I TV-rettighetsmarkedet for sportsbegivenheter har det vært en utstrakt praksis for kollektive salg av rettigheter. Det kan gjøre det nødvendig å være store også på innkjøpssiden for å ha mulighet til å kunne forhandle og by på store pakker av rettigheter.

3.3.4 Utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder

Det er ikke mulig å få et fritak etter art 81(3) dersom dette medfører at konkurransen i markedet blir utelukket, og at en aktør dermed får en dominerende posisjon i markedet. I EBU-saken fant Kommisjonen at samarbeidet ikke innebar en utelukkelsen av konkurransen. For det første var det kun internasjonale begivenheter som var en del av EBU-systemet og ikke nasjonale begivenheter. Dermed ble bare en del av markedet påvirket. Dessuten var det en økende konkurranse fra uavhengige kringkastere om de relevante rettigheter.

Kommisjonen kan her kritiseres for å legge en vid markedsavgrensning til grunn. I alle fall for store internasjonale begivenheter som OL, VM i fotball og lignende vil ikke nasjonale begivenheter tilhøre det samme markedet. I nyere kilder virker det som om Kommisjonen legger en smalere markedsavgrensning til grunn.²³⁷

3.3.5 Helhetsvurderingen

I helhetsvurderingen som skal foretas under art 81(3) vil partenes markedsandeler være av stor betydning. Slik det er redegjort for i punkt 2.3.3.3 vil partenes markedsandeler være avgjørende for om avtalen vil falle inn under art 81(1) eller ikke. Markedsandeler vil også ha betydning for hvor begrensende samarbeidet er for konkurransen, og dermed muligheten for fritak etter art 81(3). Et innkjøpsamarbeid med en lav markedsandel vil

²³⁷ Se Kommisjonen (1998) punkt. II

ha større muligheten for fritak enn et med en høy markedsandel. En slik fortolkning har støtte i retningslinjene for horisontale avtaler punkt 4.3.2.²³⁸

Særlige sportslige hensyn vil det derimot være mindre plass for under vurderingen av om kollektive innkjøpssamarbeid skal få fritak enn ved kollektivt salg. Bakgrunnen for dette er at aktørene i innkjøpssamarbeidet er kringkasterne og ikke klubbene. Hensynet til sport som en kulturell faktor og hensynet til forbrukerne kan derimot være relevant, siden det er forbrukerne som får fordelene ved samarbeidet ved mer sport.

3.4 Eksklusive avtaler

Slik det er pekt på under vurderingen av art 81(1) er spennet av eksklusive avtaler stort, virkningene på konkurransen vil som vist være forskjellig for hvilket omfang og varighet avtalen er gitt. Disse to omstendighetene vil også være viktige i avgjørelsen om det er grunnlag for å innvilge fritak etter art 81(3). Under vurderingen etter art 81(3) er det viktig å huske på at eksklusivitet i seg selv ikke har blitt ansett som en overtredelse etter art 81(1). Det vil si at det kun er i de tilfellene hvor eksklusiviteten er over et vist omfang eller over en viss tid, at det blir aktuelt å vurdere om det er grunnlag for fritak etter art 81(3). Dermed blir det en glidende overgang fra de avtalene som går klar av forbudet etter art 81(1) og de som faller inn under forbudet, men likevel kvalifiserer til fritak etter 81(3).

3.4.1 Forbedring av produksjonen eller fordelingen av varene eller fremme av den økonomiske utvikling

Forbedringer i form av introduksjon av nye kanaler og ny teknologi

En introduksjon og etablering av en ny kanal i et marked krever normalt store økonomiske ressurser. For å sikre slike store investeringer blir det ofte inngått lengre eksklusive avtaler om kringkasting av større sportsbegivenheter. Eksklusive rettigheter til slike arrangement vil gi gode og stabile inntekter. En introduksjon av en ny kanal vil innebære en forbedring av produksjonen, og introduksjonen vil normalt styrke konkurransen i markedet. Slike forbedringer vil være relevante i forhold til vurderingen av om avtalen

²³⁸ EFT [2001] C 3/2 premiss 130

skal innvilges fritak etter art 81(3). Eksklusiviteten kan gjøre at konkurransen svekkes på kort sikt, men på lang sikt vil introduksjonen normalt innebære en styrking av konkurransen. Kommisjonen har også gitt uttrykk for at eksklusivitet kan være nødvendig i slike tilfeller:

”There are circumstances when a long period of exclusivity may be justified, for example to assist a new entrant becoming established in the market (the ”new entrant” rationale) and in particular, a new entrant introducing new and expensive technology who needs a long period of exclusivity in order to recover large investment costs”²³⁹ (”Broadcasting of Sports events and Competition law”).

Kommisjonen har også i praksis gitt fritak i slike tilfeller. I Football Association-saken²⁴⁰ kom Kommisjonen opprinnelig til at eksklusivitet i over et år medførte en overtrødelse av art 81(1). Men i det konkrete tilfellet fant Kommisjonen det berettiget med eksklusivitet i en periode på fem år pga. nyetableringen av kanalen BSB. Også i Screensport-saken ble det argumentert med at introduksjonen av kanalen Eurosport ville forbedre produksjonen og distribusjonen av sports TV-sendinger i markedet. Kommisjonen kom til at introduksjonen av en ny kanal var en forbedring av produksjonen i art 81(3) sin forstand. Man fikk gjennom Screensport sin inntreden i markedet et nytt kanaltilbud med en tematisk sportskanal som sendte over landegrensene. Kommisjonen mente imidlertid at opprettelsen av kanalen Eurosport ikke innebar noen ”forbedring” i et slikt tilfelle. Når opprettelsen medførte en stor forstyrrelse av konkurransen i markedet, kunne ikke den tekniske eller den økonomiske utvikling sies å være fremmet. Kommisjonens to avgjørelser viser at vurderingen under art 81(3) av om eksklusivitet er berettiget ikke kan vurderes abstrakt, men at det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle. Et viktig moment i vurderingen vil da være markedsposisjonen til avtaleparten som erverver den eksklusive avtalen. I Screensport saken stod en del EBU-medlemmer og Sky bak opprettelsen av Eurosport. Eurosport hadde derfor klare konkurransemessige fortrinn, og dermed en forventet sterk markedsposisjon som følge av dette.

Slik det fremgår av Kommisjonens uttalelser over skal det i særlig grad vektlegges hvorvidt introduksjonen av en ny aktør i markedet som samtidig introduserer ny og

²³⁹ Kommisjonen (1998) Punkt III premiss 7

²⁴⁰ EFT [1993] C 94/06

kostbar teknologi, ved vurderingen under art 81(3). Den teknologiske utviklingen vil bestandig gå i bølger. Dermed kan det i noen perioder være berettiget med eksklusive avtaler for å lansere teknologi, mens dette i andre perioder ikke vil være tilfelle. Den teknologiske situasjonen vil dessuten variere fra land til land, slik at eksklusivitet kan være mer berettiget i noen land enn andre. Men det er ikke nødvendigvis slik at eksklusiviteten alltid er mest berettiget i svakere utviklede land. Vurderingen må knyttes opp i mot den konkrete kommersielle risiko i hvert tilfelle, og den kan jo være vel så høy ved introduksjonen av kostbar teknologi i høyt utviklede land.

Unngå dobbel dekning

En annen fordel for samfunnet ved eksklusive avtaler er at man unngår dobbelt dekning av de samme arrangementene. Hvis to TV-kanaler med samme seermasse sender de samme begivenhetene, og til samme tid (siden det er direkte), vil dette være en ineffektiv bruk av samfunnets ressurser. Som tidligere nevnt skjedde dette her i Norge ved dekningen av begivenhetene i VM i Ramsau²⁴¹. Hvis derimot kanalene har ulike seermasser, kan ikke-eksklusive avtaler og dermed parallelle sendinger være samfunnsøkonomisk lønnsomt, fordi en større andel av befolkningen får tilgang til begivenhetene.²⁴²

Særlige forhold ved betal-TV

I forhold til betal-TV har man den spesielle situasjon at disse er helt avhengige av eksklusivitet. Normalt vil forbrukerne ikke velge å betale for å få sendinger som de har tilgang til gratis på en annen kanal. Eksklusiviteten blir dermed en forutsetning for eksistensen av betal-TV. Selv om man ser at det er et behov for eksklusive rettigheter for å opprette betal-TV kanaler, behøver ikke opprettelsen av disse å innebære en fordel for samfunnet. Man kan se det slik at virkningen blir at forbrukerne må betale for noe de tidligere fikk gratis, men dette vil nok være en forenkling av bildet. Selv om man ikke betaler direkte for å se kamper på frie kanaler, vil det foregå en indirekte betaling fra forbrukerne gjennom økte priser på varer pga. reklamebudsjetter og høyere TV-lisenser. Inntreden av betal-TV kan dermed være en fordel i art 81(3) sin forstand siden det styrker konkurransen.

²⁴¹ Se avsnitt 2.4.2 over

²⁴² Konkurransen (1999) s. 27

3.4.2 Fordeler for forbrukerne

Også ved de eksklusive avtalene må kanalene sikre at forbrukerne får en rimelig andel av de fordeler som oppnås ved avtalen. De fordeler som forbrukerne oppnår ved eksklusivitet vil normalt være et bedre programtilbud og økt kvalitet på sportssendingene. I Screensport-saken²⁴³ kom Kommisjonen til at vilkåret på kort sikt var oppfylt, men ikke på lengre sikt (Se punkt 3.2.3 over). Teknologiske fremskritt vil også innebære fordeler for forbrukerne, som disse er tjent med. Generelt kan man anta at bakgrunnen for at slik utvikling finner sted er for å tilfredsstille et behov hos forbrukerne, og dermed vil utviklingen være en fordel for disse.

Økonomiske fordeler for forbrukerne oppstår sannsynligvis ikke som en følge av eksklusiviteten. Eksklusivitet skaper en midlertidig monopolsituasjon for den kringkaster som har ervervet rettighetene. En kringkaster i en slik situasjon har ikke noe incitament til å sette ned prisene på reklame, lisens eller prisen på betal-TV, noe som ville gi økonomiske fordeler til forbrukerne.

3.4.3 Nødvendige begrensninger

Spørsmålet blir her om eksklusiviteten går lenger enn hva som er nødvendig for å oppnå de fordeler som oppstår av avtalen. Altså om det er forholdsmessighet mellom de fordeler man oppnår og den begrensning avtalen innebærer. Alternativet til den foreliggende avtale vil normalt være en avtale med mer begrenset eksklusivitet enten det gjelder omfang eller varighet.

I forhold til eksklusive rettigheter har det særlig vært lengden på de eksklusive avtalene som har blitt trukket frem som uforholdsmessige. Avtalene må ikke være lengre enn at de kan forsvare konkurransebegrensningene de medfører. Vurderingen av hva som er en nødvendig lengde vil bero på en konkret og individuell vurdering.

²⁴³ EFT [1991] L 63/32

Noen holdepunkter har man imidlertid fra praksis. I Fotballforbund-saken²⁴⁴ som gjaldt rettighetene til engelske Premier League, fant Kommisjonen at art 81(1) var overtrådt, men at det var grunnlag for å innvilge et fritak etter art 81(3) i en femårs periode. Bakgrunnen for fritaket var at BSB var en relativt ny kanal, og at man i oppstartsfasen av en ny kanal trengte en lengre avtale. Dessuten skulle man lansere en ny tjeneste ved direkte sendte sendinger via satellitt.

I Sport 7-saken fra Nederland prøvde man å få godkjent en avtale om eksklusiv rett til kampene i nederlandsk fotball for 7 år. Kommisjonen fattet aldri noe vedtak i saken. Men uttalelser fra representanter fra Kommisjonen, kan tyde på at de anså dette utover hva som var nødvendig.²⁴⁵

I UEFA-saken var en del av det kompromiss som ble inngått mellom UEFA og Kommisjonen at eksklusiviteten var begrenset til tre år. I en artikkel i *World Competition* av Adrian Robertson er det hevdet på bakgrunn av UEFA-saken at: "three years will be regarded as the maximum permissible period for an agreement from now on".²⁴⁶ Slik jeg ser det finnes det ikke noe rettslig grunnlag for en slik påstand. Vurderingen som skal foretas er en individuell vurdering, og konkrete omstendigheter kan begrunne lengre eksklusivitet. Slike omstendigheter kan være introduksjonen av nytt kanaltilbud eller ny og kostbar teknologi. I UEFA-saken forelå ikke noen slike omstendigheter, og det er ingen uttalelser som tyder på at man her befant seg i yttergrensen for hva man kunne akseptere. En yttergrense for avtalene kan heller finnes i Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler.²⁴⁷ Artikkel 5 litra a setter opp en grense på fem år. Avtaler som overstiger dette vil normalt ikke kunne vente å få fritak etter art 81(3).

Omfanget av en eksklusiv avtale kan også gå utover hva som er nødvendig, selv om varigheten er akseptabel. I UEFA-saken hadde Kommisjonen innvendinger mot omfanget av den eksklusive avtalen. Resultatet ble her at man delte opp rettighetene i mindre pakker. UEFA saken er den første saken der en slik oppdeling har blitt krevd. Oppdelingen skjedde frivillig fra UEFA sin side, men det er vel lite trolig at Kommi-

²⁴⁴ Sak IV/33.245 BBC, BSB og Football Association, EFT [1993] C 94/06

²⁴⁵ Scaub (2002)

²⁴⁶ Robertson (2002)

²⁴⁷ EFT [1999] L 336/23

sjonen hadde vært villig til å innvilge fritak uten en slik oppdeling. Tiden vil vise om et krav om oppdeling blir en vanlig praksis fra Kommisjonens side når den mener omfanget ved avtalene er for omfattende.

3.4.4 Utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder

Et problem med eksklusive avtaler er at de lett kan innebære en lukking av markedet. Eksklusiviteten skaper en monopolsituasjon i forhold til de rettighetene den omfatter og i det geografiske markedet den gjelder. For å avhjelpe slike uheldige virkninger kan man innføre et system med sublisensiering av rettigheter. Sublisensieringen vil dessuten ofte bli stilt som et vilkår for at fritak etter art 81(3) skal kunne innvilges. (Se nærmere om sublisensiering i punkt 2.4.6 over). I EBU-saken hadde EBU satt opp et omfattende sublisensieringssystem for å sikre ikke-medlemmer tilgang til rettighetene som EBU hadde kjøpt inn eksklusivt. Sublisensieringssystemet dempet de restriktive virkningene av det kollektive innkjøp av eksklusive rettigheter og muliggjorde dermed et fritak etter art 81(3).²⁴⁸

Kommisjonens beslutning har imidlertid blitt satt til side av Domstolen i Førsteinstans ved en avgjørelse av 8. oktober 2002.²⁴⁹ Domstolen fant at grunnlaget for Kommisjonens avgjørelse om at sublisensieringssystemet ga ikke-medlemmer en effektiv adgang til rettighetene i innkjøps samarbeidet var feil. Dermed medførte systemet en utelukkelse av konkurransen. Domstolen utalte følgende som begrunnelse:

”Selv om det af hensyn til eksklusiviteten af rettighederne til transmission af sportsarrangementer og til bevarelsen af deres økonomiske værdi (jf. ovenfor i præmis 60) måtte være nødvendigt for EBU's medlemmer at forbeholde sig den direkte transmission af de programmer, EBU har købt, er der imidlertid ingen af disse grunde, som berettiger, at de kan udstrække denne ret til alle konkurrencer, som indgår i en begivenhed, selv når de ikke har til hensigt at transmittere alle konkurrencerne direkte.”²⁵⁰

²⁴⁸ EFT [2000] L 151/18 premiss 103 flg

²⁴⁹ Forente saker T-185/00, T-216/00, T-299/00 og T-300/00, Metropole mfl mot Kommisjonen, Saml [2002] (sidetall ikke kjent enda)

²⁵⁰ Ibid premiss 73

Avgjørelsen viser at det må foretas en konkret vurdering av sublisensieringssystemet for å avgjøre om dette er effektivt for å hindre en lukking av markedet.

3.4.5 Helhetsvurderingen

Et viktig element i helhetsvurderingen som skal foretas under art 81(3) vil være hvor omfattende eksklusiviteten i den konkrete sak er. Hvis det er tale om et tilfelle som bare så vidt faller inn under art 81(1) vil man ikke kunne kreve at det skal kunne dokumenteres store fordeler for å la avtalen passere. Er det derimot tale om en omfattende eksklusiv avtale over mange år, og som i tillegg innehas av en sterk markedsaktør, taler nok mye for å ikke innvilge fritak. Skal det innvilges fritak etter art 81(3) må det stilles store krav til de samfunnsmessige fordeler som oppnås ved avtalen.

3.5 Konklusjon art 81(3)

Slik det er vist over i punkt 2.5 er det et samspill mellom kollektive salg, kollektive kjøp og eksklusivitet. De konkurransebegrensende virkningene forsterkes ved kombinasjoner. Ved vurderingen under art 81(3) blir dette samspillet særlig aktuelt i forhold til vilkåret om utelukkelse av konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder. Kombinasjoner av eksklusivitet og kollektivt kjøp eller salg har lett for å føre til at et marked lukkes, og at tredjeparter utestenges. Kommisjonen har også vært inne på dette i praksis i UEFA-saken²⁵¹. I redegjørelsen fra klagepunktmedelsen fremgår det at ”Kombinationen af de to begrænsninger forsterker deres begrænsende virkning”.

I forhold til eksklusivitet er den viktigste måten å unngå en lukking av markedet sublisensiering. Første Instansretten har i EBU-saken slått fast at sublisensavtalen må være effektiv for at den skal tas i betraktning under art 81(3).

Hensynet til sporten er et viktig hensyn ved vurderingen i forhold til art 81(3). Dette gjelder særlig i forhold til vurderingen om det bør innvilges fritak for kollektive salgssamarbeid. Salgssamarbeid vil normalt være grove overtredelser av konkurransen, men Kommisjonen har likevel gått inn for å gi fritak til kollektive salgssamarbeid. Hen-

²⁵¹ EFT [2002] C 196/3 pennis 5

synet til forbrukerne kommer også inn i vurderingen om salgssamarbeid bør få innvilget fritak. Dette hensynet gjør seg enda sterkere gjeldende i forhold til kollektive innkjøps-samarbeid.

4 Sammenfattende bemerkninger og konklusjon

Hovedkonklusjonen i oppgaven er at konkurransereglene får anvendelse innen sektoren, men at det må tas hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende for sektoren. Disse hensyn er hovedsakelig hensynet til sportens utvikling og forbrukerne.

Ved vurderingen under art 81(1) har imidlertid disse særlige hensyn ikke gjort seg gjeldende i noen betydelig grad. Hensynet til sporten kommer indirekte inn som et svekkende moment ved vurderingen av om det foreligger konkurransebegrensninger. Det er likevel ikke aktuelt å unnta en avtale som reelt er konkurransebegrensende under art 81(1), med den begrunnelse at det gjør seg særlig hensyn gjeldende ved sport.

Vurderingen under art 81(3) åpner i mye større grad for å ta hensyn til mer sportslige hensyn. Omfordeling av ressurser pga. ønsket om jevnbyrdige lag er et eksempel på et sportslig hensyn som har blitt tatt i denne vurderingen. Dessuten er hensynet til trening av yngre spillere og amatøridretten trukket frem. Et problem som allerede er påpekt, og som kanskje vil få mer fokus på seg i tiden fremover, er om kollektivt salg er den minst konkurransebegrensende måten disse fordeler kan oppnås ved.

Hvis man godtar at sportslige hensyn er relevant ved vurderingen under konkurransereglene bør man være oppmerksom, slik at hensynet ikke brukes som et skalkeskjul for en konkurransebegrensning. Dersom så er tilfelle, bør samarbeidet forbys.

Hensynet til forbrukerne kommer i særlig stor grad inn ved kollektive innkjøps-samarbeid som sikrer at forbrukerne tilgang til større sportsbegivenheter. Man antar at dette målet kan nås ved å la allmennkringkasterne samarbeide om innkjøp av eksklusive rettigheter. Retten i Første Instans har imidlertid satt Kommisjonens fritak til side to ganger i EBU-sakene. Man kan spørre seg om Retten noen gang vil godta et fritak etter art 81(3) for et så omfattende innkjøpssamarbeid.

Inntrykket man sitter igjen med etter å ha studert sektoren er at rettsutviklingen er uferdig innen sektoren. Med den økonomiske og samfunnsmessige betydning sektoren har, må det i fremtiden forventes at Kommisjonen vil ta noen klare grep for å etablere en klarere politikk på området. Dette kan for eksempel gjøres ved å innføre gruppefritak for kollektivt salg og kollektivt innkjøp av sportsbegivenheter. Et problem i forhold til slike inngrep i sektoren, er at denne er i en stadig utvikling. Gode løsninger i dag kan derfor virke begrensende på konkurransen når morgendagens teknologi tas i bruk.

EF-domstolen har ikke spilt noen aktiv rolle innen sektoren til nå. En avklarende dom fra EF-domstolen hadde selvfølgelig vært ønskelig, men domstolen kan bare behandle saker den får seg forelagt. Man kan spørre hva som er grunnen til at EF-domstolen og Retten i Første Instans ikke har fått noen saker forelagt for seg, utover EBU-sakene, innen sektoren. For det første kan det pekes på Kommisjonens usikre holdning ved behandlingen av sektoren. Kommisjonen her derfor ikke grepet inn mot en del åpenbare tilfeller av konkurransebegrensninger. Imidlertid virker det nå som det i alle fall er vilje fra Kommisjonens side til å gripe inn ved klare overtredelser. For det annet kan det virke som de involverte virksomheter i sektoren ikke ønsker noen avklaring fra EF-domstolen. Virksomhetene ønsker kanskje ikke en avklaring lignende den man fikk i Bosmann-saken, hvor domstolen fant at hele overgangssystemet var i strid med reglene om fri bevegelighet av arbeidskraft. Man kan tenke seg at de nasjonale og overnasjonale forbund er redd for at EF-domstolen vil komme til det tilsvarende ved kollektivt salg av rettigheter. Dette blir naturligvis bare antagelser, men foretakenes velvilje til å inngå forlik med Kommisjonen kan tyde på at de ikke ønsker noen konfrontasjon.

Litteraturliste

- Anderman (2000) Steven. D. Anderman: "EC Competition Law and Intellectual Property Rights", Oxford University Press, 2000
- Arnesen (1995) Finn Arnesen: "Introduksjon til rettskildelæren i EF" 3. utgave, Universitetsforlaget Oslo 1995
- Bellamy&Child (2001) Christopher Bellamy & Graham Child: "European Community Law of Competition, Fifth Edition, Sweet & Maxwell , London 2001
- Bishop&Walker (2002) Simon Bishop og Mike Walker: "The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement", Sweet & Maxwell, London 2002
- Borgli&Arnesen (1993) Anneke Biesheuvel Borgli og Finn Arnesen: "Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS", Universitetsforlaget, Oslo 1993
- Brinckman (1998) Dirk Brinckman og Erik Vollebregt: "The Marketing of Sport and its Relation to E.C Competition Law". European Competition Law Review nr 5 1999
- Caiger&Gardiner (2000) Andrew Caiger og Simon Gardiner (ed.): "Professional Sport in the EU: Regulation and Re-regulation", Asser Press, 2000
- Carter (2001) E. Jane Carter: "Market Definition in the Broadcasting Sector", World Competition, Kluwer Law International 2001 nr. 1
- Eide (1997) Erling Eide: "Rettøkonomi for Offentligrett", 2. utg Oslo 1997
- Eide&Satavang (2001) Erling Eide og Endre Stavang: "Rettsøkonomi – analyse for privatrett og miljørett", Cappelen, Oslo 2001
- Faul&Nikpay (1999) Jonathan Faul & Ali Nikpay: The EC Law of Competition, OUP, Oxford 1999

- Fleming (1999) Hazel Fleming: Exclusive Rights to Broadcast Sporting Events in Europe, artikkel i European Competition Law Review, Volume 20: Issue 3 – Mars 1999
- Garzaniti (2000) Laurent Garzaniti: “Telecommunications Broadcasting and the Internet: E.U. Competition Law and Regulation”, 2000
- Gaustad (2000) Terje Gaustad: “Økonomiske egenskaper ved sport som programvare”, Discussion paper 4/2000, Handelshøyskolen BI
- Goyder (1998) D. G. Goyder: “EC Competition Law”, Third Edition, Clarendon Press, London 1998
- Halgren (2000) Lars Halgren: “Sportsret”, Thomson Gadjura, København 1999
- Hansen mfl (1998) Kim Lundegaard Hansen, Lars Kjølbye, Henrik Saugmandsgaard Øe: ”EU konkurrence retten”
- Kolstad (1998) Olav Kolstad: Fra konkurransepolitikk til konkurranserett, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1998
- Kommisjonen (1998) Kommisjonen: ”Broadcasting of Sportsevents and Competition law” An orientatation document from the Commission`s Services. Publ. Competition Policy Newsletter 1998 Nummer 2 juni
- Lane (2000) Robert Lane: “EC Competiton law”, Longman, Culross, Scotland 2000
- Lang (1997) John Temple Lang: “Media, Multimedia and European Community Antitrust Law” Fordham Corporate Law Institute 1997 kapittel 18, s.377 flg.
- Monti (2000) Mario Monti: “Competition and Sport the Rules of the game”, tale Swissotel – Brussel 26. februar 2001
- Monti (2001) Mario Monti: “Sport and Competition”, foredrag Brussel 17.04.2000, speech/00/152
- Nitsche (2000) Ingrid Nitsche: ”Collective Marketing of Broadcasting by Sport Associations in Europe” European Competition Law Review vol 21: issue 4 – april 2000

- Nitsche (2001) Ingrid Nitsche: "Broadcasting in the European Union – The role of Public interest in Competition analysis", Asser Press, Bonn 2001
- Pons (1999) Jean-Francois Pons: "Sport and European Competition Policy", Fordham Corporate Law Institute, Twenty-sixth annual Conference on International Antitrust law & Policy, New York, 14-15 oktober 1999
- Rumphorst (1999) Werner Rumphorst: "Sports Broadcasting Rights and EC Competition Law", Fordrag 12. oktober 1999
- Robertson (2002) Aidan Robertson: "The Application of European Competition Law to Sports Broadcasting", artikkel i World Competition 2002 nr. 4
- Schaub (2002) Alexander Schaub: Sport and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events, tale Madrid 26. februar 2002
- Sejersted mfl. (1995) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Stein Foyn og Helge Stemshaug: "EØS-rett", Universitetsforlaget, Oslo 1995
- Skogly&Kirkesæther (2000) Trond Skogly og Alf I. Kirkesæther: "Konkurranserett", Juristforbundetsforlag, Oslo 2000
- Szymanski (2000) Stefan Szymanski: "Sport and Broadcasting"
- Taylor (1999) Paul M. Taylor: "EC & U.K. Competition Law & Compliance", Sweet & Maxwell, London 1999
- Ungerer (2002) Herbert Ungerer: "Media and EU Competition Law", foredrag 13. Feb 2002 Warszawa ved Conference on Media in Poland by the Polish Confederation of Privat Employers
- Whish (2001) Richard Whish: Competition Law, 4th ed., Butterworths, London 2001
- Wise & Meyer (1997) Aaron N. Wise og Bruce S. Meyer: "International Sports Law and Business", volume 3, Kluwer Law International, 1997

5 Vedlegg

Television without frontiers directive art 3a

Article 3a

1. Each Member State may take measures in accordance with Community law to ensure that broadcasters under its jurisdiction do not broadcast on an exclusive basis events which are regarded by that Member State as being of major importance for society in such a way as to deprive a substantial proportion of the public in that Member State of the possibility of following such events via live coverage or deferred coverage on free television. If it does so, the Member State concerned shall draw up a list of designated events, national or non-national, which it considers to be of major importance for society. It shall do so in a clear and transparent manner in due and effective time. In so doing the Member State concerned shall also determine whether these events should be available via whole or partial live coverage, or where necessary or appropriate for objective reasons in the public interest, whole or partial deferred coverage

2. Member States shall immediately notify to the Commission any measures taken or to be taken pursuant to paragraph 1. Within a period of three months from the notification, the Commission shall verify that such measures are compatible with Community law and communicate them to the other Member States. It shall seek the opinion of the Committee established pursuant to Article 23a. It shall forthwith publish the measures taken in the Official Journal of the European Communities and at least once a year the consolidated list of the measures taken by Member States

3. Member States shall ensure, by appropriate means, within the framework of their legislation that broadcasters under their jurisdiction do not exercise the exclusive rights purchased by those broadcasters following the date of publication of this Directive in such a way that a substantial proportion of the public in another Member State is deprived of the possibility of following events which are designated by that other Member State in accordance with the preceding paragraphs via whole or partial live coverage or, where necessary or appropriate for objective reasons in the public interest, whole or partial deferred coverage on free television as determined by that other Member State in accordance with paragraph 1.

A