



LUND UNIVERSITY

Efter 50 år – mindre principer och mer politik i konkurrensrätten

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Europarättslig tidskrift

2008

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Lidgard, H. H. (2008). Efter 50 år – mindre principer och mer politik i konkurrensrätten. *Europarättslig tidskrift*, 49-63.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Särtryck ur

EUROPARÄTTSLIG TIDSKRIFT

HANS HENRIK LIDGARD

**Efter 50 år – mindre principer och mer politik i
konkurrensrätten**

EFTER 50 ÅR – MINDRE PRINCIPER OCH MER POLITIK I KONKURRENS- RÄTTEN

Hans Henrik Lidgard*

1. YTTERLIGARE EN FÖRDRAGSREVISION

Huvuddragen i det konstitutionella fördragsutkastet har bevarats i Lissabonöverenskommelsen, men de högtflygande formuleringarna har tonats ned och ambitionen att skapa en bred förankring för den europeiska tanken har övergivits. Känslomässiga bindningar ska elimineras och ersättas av tekniskt formulerade ändringar i existerande fördrag.

Återigen ett tilläggsavtal till det ursprungliga Romfördraget, som lappar, lagar och ändrar. Den variabla geometrin förstärks genom att fler medlemsstater erbjuder särlösningar. Resultatet blir två överenskommelser: ett Fördrag om etablerande av den europeiska unionen och ett Fördrag om unionens funktion. Fördragen understryker nationell suveränitet och nationellt inflytande över beslutsprocessen samtidigt som överstatlig kompetens kringkärs. Federala visioner får stå tillbaka och initiativet flyttas över på medlemsstaterna.

2. KONKURRENSRÄTTEN PÅVERKAS

En särskild förändring påverkar konkurrensrätten. I 50 år har Romfördraget i sina olika versioner uttryckt att ett medel för att uppnå de mål som anges i fördragets artikel 2 skall innefatta ”g) en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”.

Konkurrensrätten har varit en viktig gemenskapsangelägenhet under hela perioden; inte ett mål, men väl ett betydelsefullt medel. Rättspraxis och aktiviteter i medlemsstaterna har förstärkt konkurrensrättens position till den grad att

* Professor, civilrätt, Lunds universitet.

det konstitutionella fördraget upphöjde konkurrensrätten till ett självständigt mål. Artikel 3:2 stadgade att

Unionen skall erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser samt en inre marknad, *där det råder fri och icke snedvriden konkurrens.*

Den formuleringen har genom Lissabonfördraget lyfts ut ur den grundläggande fördragstexten. Den nya artikel 2.3 hänvisar bara i allmänna ordalag till att gemenskapen ska vara en på många sätt dynamisk inre marknad, som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt och på prisstabilitet med en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft.

Referensen till konkurrensrätten har förvisats till ett separat protokoll om den interna marknaden och konkurrensen. Protokollet är kort och anger lakoniskt:

DE HÖGA FÖRDRAGSSLUTANDE PARTERNA, SOM BEAKTAR att den inre marknaden enligt definitionen i artikel 2 i fördraget om Europeiska unionen innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids, HAR ENATS OM att unionen för detta ändamål, om nödvändigt, ska vidta åtgärder enligt bestämmelserna i fördragen, inbegripet enligt artikel 308 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Detta protokoll ska fogas till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Formuleringarna är resultatet av de närmast hemliga överläggningar som medlemsstaterna fört. Om hur idéer vuxit fram kan man bara spekulera. Processen har varit allt annat än öppen och transparant. Kvar står frågan vad som åsyftas med förändringarna och om revisionen kommer att ha en betydelse för den framtida konkurrensrätten. Tar politiken över den konkurrensrättsliga bedömningen? Här diskuteras frågan mot bakgrund av de principiella bestämmelsernas betydelse historiskt med sikte på om det finns anledning att anta att den framtida rättsutvecklingen kan komma att påverkas.

3. KONKURRENS – ETT FUNDAMENT

Vid Romfördragets tillkomst 1958 förde konkurrensrätten en tämligen slumrande tillvaro i Europa. Lagstiftning i de flesta länder byggde på en missbruksprincip – om regler alls existerade. Främjandet av konkurrensen var inte det främsta politiska styrmedlet, utan nationella åtgärder karakteriserades mer av reglering av en blandekonomisk modell. Romfördragets konkurrensrättsliga reglering kom att utgöra en startpunkt för den tämligen dramatiska förändring i synen på industripolitik, som ägt rum under senare delen av seklet. Artikel 3 f fastslog principen om fri konkurrens och denna princip följdes upp av de operativa bestämmelserna i fördragets dåvarande artiklar 85–93 om förbud mot

konkurrensnedvridande avtal, missbruk av dominerande ställning och snedvridande statliga stödåtgärder.

Den princip, som artikel 3 uttryckt, är enkel men av betydelse för tolkningen av de efterföljande bestämmelserna. Redan i klassiska *Van Gend & Loos*-fallet¹ fastslog EG-domstolen att klara och tydliga regler, som följde upp en principiell bestämmelse, var ägnade att ha direkt effekt. Konkurrensreglernas direkta effekt har väl egentligen aldrig ifrågasatts, men den strukturella uppbyggnaden har ändå sitt intresse för att markera reglernas ställning, vilket kommer att framgå av en genomgång av domstolens rättspraxis.

Romfördragets konkurrensregler har utvecklats genom en aktiv övervakning från kommissionen parad med EG-domstolens stundtals banbrytande uttolkning i konkreta ärenden. Den närmast anglosaxiskt inspirerade utvecklingen har följts upp i lagstiftning, som speglar rättspraxis. EG-utvecklingen har dessutom fått genomslag nationellt. Många länder har självständigt och utan att krav på harmonisering funnits, genomfört intern lagstiftning, som mer eller mindre fullständigt införlivat systemet i den nationella rättordningen. Den svenska konkurrenslagen har EG-rätten som förebild och förarbeten till den svenska lagen uttrycker att reglerna ska tolkas som gemenskapsreglerna.² Endast när avvikelser följer av reglernas föremål (t.ex. brist på samhandelskriterium eller olika tröskelvärden) uppstår olikheter. Rättsenhetligheten har också lett till ett nära samarbete mellan europeiska konkurrensmyndigheter. Situationen är likartad i många andra länder, möjligen med undantag för några större medlemsstater.

Under de 50 åren har den materiella konkurrensrätten skiftat fokus. Inledningsvis inriktades arbetet mot vertikala samarbetsrelationer. Efterhand gled tyngdpunkten över mot dominansmissbruk och koncentrationseffekter. Under de senaste åren har kartellövervakning haft första prioritet samtidigt som statliga stödåtgärder fått ökad uppmärksamhet. Övervakningen av nationella monopol på inte minst energi- och telekomområdena har särskilt uppmärksamats.

EG-myndigheterna har under det gångna halvsekle visat stor självständighet mot nationella påtryckningar. Kommissionens övervakning har drabbat nationella intressen utan åtskillnad. När kommissionen förbjöd samgåendet mellan fransk/italienska Aerospaziale-Alenia och kanadensiska de Havilland³ föranledde inställningen allvarlig kritik från högsta franska ort, utan att kommissionen lät sig påverkas. Svenska politiska påtryckningar inverkade inte på utgången av bedömningen av Volvo och Scantias planerade samgående. Den rättsliga bedöm-

¹ EG-domstolen, mål 26/62, *van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 5 februari 1963, [1963] REG 161.

² Svenska förarbetsuttalanden i Prop. 1992/93:56 s. 21. Se även SOU 2006:99 s. 126 ff.

³ EG-kommissionen, beslut 91/619/EEC, *Aerospaziale-Alenia/de Havilland*, 2 oktober 1991, EGT 1991 L 334/42.

ningen har styrt och nationella industripolitiska överväganden kommit till korta. Under senare tid har striden stått kring franska och spanska ”national champions” och det politiska motståndet har varit kraftfullt, men hittills verkningsslöst.⁴

Ett talande exempel gäller *Gas Natural/Endesa*. Gas Natural försökte sig på ett fientligt övertagande av Endesa. Tyska E.on bjöd över på villkor som tilltalade Endesas ledning. Spanska regeringen, som har sista ordet i koncentrationsärenden, grep in till förmån för en helspansk lösning. Talesmän för den spanska regeringen uttalade att Spanien skulle göra vad man kunde för att säkra att spanska energibolag förblev under spansk kontroll och kallade Endesas agerande ”opatriotiskt”.⁵ Trots allt godkändes sammanslagningen,⁶ men processen som föregick hann röra upp mycket damm kring industripolitik i förhållande till konkurrensrätt, nationell patriotism och skyddet för nationella champions.

Sverige har lärt sig av egna och andras erfarenheter. Konkurrensprocessen är fristående från industripolitiken. Någon nationell patriotism skymtar inte när regeringen släpper ifrån sig nationella statligt delägda industriklynder till utländska köpare. Pharmacia, som var ett av de två svenska flaggskeppen på läkemedelsområdet, är numera uttraderat som svensk aktör. Den pågående utförsäljningen av statliga bolag tar också sikte på utländska köpare och kommer sannolikt att leda till att tunga svenska företag hamnar i utländsk ägo – med de konsekvenser detta för med sig.

4. PRINCIPERNAS BETYDELSE FÖR KONKURRENSRÄTTENS UTTOLKNING

De gångna årens rättspraxis visar också vilken vikt EG-domstolen fäst vid den principiella bestämmelsen i artikel 3 f, (numera 3.1 g) vid sin uttolkning av de operativa konkurrensbestämmelserna. Även om artiklarna 85 och 86 (numera artiklarna 81 och 82) på många sätt är tydliga och bestämda – innehåller de bara ett rudiment till en konkurrensreglering. Alla begrepp har förtydligats. Tolkningsansvaret ligger enligt Romfördraget på EG-domstolen och en fortlöpande rättspraxis har successivt gett begreppen ett mer bestämt innehåll.

När nya områden av stor betydelse såväl rättsligt som ekonomiskt varit föremål för prövning har domstolen gjort en helhetsbedömning, som tagit avstamp i de bakomliggande principiella reglerna. I det följande redovisas exempel på när artikel 3.1 g utnyttjats som stöd för tolkningen av de operativa reglerna:

⁴ *Galloway, Jonathan*, The pursuit of national champions: The intersection of competition law and industrial policy, E.C.L.R. 2007, 28(3), 172–186.

⁵ Financial Times, 27 februari och 1 mars 2006.

⁶ Se Callol, Pedro., Spain: Mergers-Gas Supplies, [2006] 27 E.C.L.R. N63.

4.1 Tolkningen av artiklarna 81 och 82

1973 års *Continental Can-mål*⁷ gällde frågan om artikel 82 kunde tillämpas på strukturella förändringar, trots att Romfördraget till skillnad från Parisfördraget inte innehöll regler om företagskoncentration. Domstolen framhöll, med formuleringar, som för tankarna till *Van Gend & Loos*, att man måste utgå ifrån andan, systematiken och ordalydelsen i artikel 86 mot bakgrund av fördragets systematik och särskilda syften. En jämförelse mellan artikel 82 i Romfördraget och EKSG-fördraget var inte relevant. Artikel 82 ska ses i sitt sammanhang och mot bakgrund av artikel 3 f. En förpliktelse föreligger att ”iaktta fördragets grundläggande mål, särskilt dem som anges i artikel 3 f, vilket följer av den tvingande skyldighet som knutits till dessa mål”.⁸

Continental Can drev utan framgång linjen att artikel 3 saknade bindande verkan. Bestämmelsen är enligt EG-domstolen ett nödvändigt medel för att nå fördragets mål. Uttolkningen av handlingsreglerna är beroende av denna grundläggande princip. Med stöd av detta resonemang kunde domstolen fastställa att artikel 82 kan tillämpas på en företagssammanslagning med strukturella effekter, vilket då var ett djärvt domslut.

I *Commercial Solvents*⁹ från 1974 gällde problemet ett traditionellt missbruk i form av en leveransvägran, som hotade att eliminera en konkurrent. Domstolen följde upp formuleringarna från det ett år äldre *Continental Can*-fallet och anförde att förbudsbestämmelserna ska tolkas mot bakgrund av artikel 3 f och artikel 2 i fördraget. Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning avser följaktligen förfaranden, som direkt eller indirekt kan skada konsumenterna genom en försämring av de förutsättningar för effektiv konkurrens som avses i artikel 3 f i fördraget.¹⁰ Det är således inte bara uppträdanet, som kan vara missbrukligt, utan effekterna kan leda till att ett visst agerande anses uppfylla kriterierna i artikel 82.

I 1990 års *Tetra Pak I*¹¹ gällde frågan om det faktum att ett avtal, som det dominerande företaget var part i och som uppfyllde kraven för gruppundantag enligt artikel 81, därmed också kunde anses undantaget från tillämpning av artikel 82. Förstainstansrätten utnyttjade den principiella bestämmelsen i artikel 3 f och kunde därigenom, liksom i *Continental Can*,¹² bestämma de två operativa bestämmelsernas inbördes relation.

⁷ EG-domstolen, mål 6/72, *Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc. mot EG-kommissionen*, 21 februari 1973, [1973] REG 215 (svensk specialutgåva s. 89).

⁸ Id. Punkterna 22–24.

⁹ EG-domstolen, förenade mål 6 & 7-73, *ICI & Commercial Solvents Corp. mot EG-kommissionen*, 6 mars 1974, [1974] REG 223 (svensk specialutgåva s. 229).

¹⁰ Id. Punkterna 32 ff.

¹¹ Förstainstansrätten, mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA mot EG-kommissionen*, 10 juli 1990, [1990] REG II-0309 (svensk översättning saknas).

¹² Id. Punkterna 21 och 22.

*AKZO*¹³ från 1992 fungerar som exempel på hur den principiella bestämmelsen används för att behandla rovprissättning. Artikel 86 gör inte kostnaderna till det avgörande kriteriet för att fastställa huruvida prissänkningar, som vidtas av ett dominerande företag, är missbruk. De allmänna målen för gemenskapens konkurrensregler i artikel 3 f i fördraget måste beaktas, vilket bl.a. innebär att angrepp på en effektiv konkurrensstruktur inom den gemensamma marknaden måste förhindras. Schablonmässiga kriterier lägger inte tillräcklig vikt vid den strategiska aspekten på ett beteende inriktat på prissänkningar. En prissänkning kan begränsa konkurrensen, oavsett om den angripande parten sätter sina priser över eller under omkostnaderna, hur man än tolkar dessa kostnader.¹⁴

2007 års dom mot *British Airways*¹⁵ gällde om flygbolagets bonuspolitik mot resebyråer kunde anses vara missbruk av en dominerande ställning. Bolaget hävdade att missbruk förutsätter att det dominerande företagets beteende har haft faktiska och substantiella effekter för företagets konkurrenter. Generaladvokaten framhöll att Artikel 82, i likhet med övriga konkurrensbestämmelser i fördraget, inte enbart skyddar enskilda konkurrenters eller konsumenters direkta intressen, utan marknads struktur och därmed konkurrens. Skadas konkurrensen drabbas konsumenten. Artikel 82 bygger på 3.1 g.¹⁶ Missbruk kan följa redan av det dominerande företagets beteende om det strider mot syftet i artikel 3.1 g att skydda konkurrensen inom den inre marknaden från snedvridning.

Domstolen delade generaladvokatens resonemang och slog fast att Artikel 82 inte endast avser missbruk, som direkt kan skada konsumenter, utan också avser det missbruk som påverkar de strukturella krav artikel 3.1 g uppställer. Det var således inte nödvändigt att undersöka huruvida agerandet orsakat konsumenterna en nackdel när det kunde fastställas att systemet begränsat konkurrensen.

4.2 En fundamental rättsprincip

Riktig tyngd fick bestämmelsen 1999 i *Eco-Suisse*.¹⁷ Här fastslår domstolen att de konkurrensrättsliga reglerna har en fundamental betydelse, som till och med står sig mot en internationell överenskommelse.¹⁸

¹³ EG-domstolen, mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot EG-kommissionen*, 3 juli 1991, [1991] REG I-3359 (svensk specialutgåva s. 249).

¹⁴ Id. Punkt 64.

¹⁵ Mål C-95/04 P, *British Airways mot EG-kommissionen*, 15 mars 2007, *REG*, punkterna 106 och 107.

¹⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott av den 23 februari 2006 i mål C-95/04 P, *British Airways plc mot EG-kommissionen*, punkterna 67 ff.

¹⁷ EG-domstolen, mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*, 1 juni 1999, [1999] REG I-3055.

¹⁸ Id. Punkterna 36 och 37.

Vid konflikt mellan olika fundamentala principer blir avvägningen delikat. I *Albany*¹⁹ hade domstolen 1999 i ett mål rörande obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond att ställa konkurrensreglerna mot socialpolitiken och återigen vändes blicken mot de inledande principiella bestämmelserna. Frågan gällde om artiklarna 3.1 g, 10 och 81 utgjorde hinder för offentliga myndigheter på ansökan från arbetsgivare- respektive arbetstagarorganisation att göra anslutningen till en tjänstepensionsfond obligatorisk. Domstolen underströk att artikel 3.1 g och 3.1 j EG innefattar en ordning, som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids, men även enligt artikel 2 en politik på det sociala området. Något hinder förelåg därför inte.²⁰

*Courage*²¹ från år 2001 är ytterligare ett exempel på betydelsen av den principiella bestämmelsen i artikel 3. I detta fall gällde frågan hur gemenskapens konkurrensregler skulle bedömas mot en grundläggande nationell regel, som förhindrade deltagare i förbjudet avtal att rikta skadeståndsanspråk mot motparten ("clean hands"). Återigen fastslår EG-domstolen konkurrensrättens fundamentala betydelse för att nå gemenskapens mål. Bestämmelsen är "oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrots skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera".²² Ett absolut förbud grundat på den nationella regeln mot en skadeståndstalan vore oskäligt. Hänsyn måste tas till det inbördes förhållandet mellan parterna och deras respektive ansvar för den förbjudna handlingen.

4.3 Statliga stödåtgärder m.m.

Den grundläggande bestämmelsen har också kommit till användning i mål där statliga åtgärder på ett eller annat sätt varit inblandade.

1978 tillämpades artikel 3 f i *Inno mot ATAB*²³ i ett ärende rörande bruttoprissättning på tobaksvaror, som grundades på en nationell lagbestämmelse. Domstolen konstaterade att medlemsstaterna inte får vidta åtgärder som gör det möjligt för privata företag att undandra sig de krav som åläggs genom artikel 85–94 i fördraget. Ett missbruk omfattas av förbudet i artikel 86 även då detta missbruk främjas genom en nationell lagbestämmelse. Fördraget utesluter varje nationell åtgärd som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindrar handeln inom gemenskapen.

¹⁹ EG-domstolen, mål C-67/96, *Albany International BV och Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, 21 september 1999, [1999] REG I-5751.

²⁰ Id. Punkterna 46 och 54.

²¹ Mål C-453/99, *Courage Ltd & Bernard Crehan och Bernard Crehan & Courage Ltd m.fl.*, 20 september 2001, [2001] REG I-6297 (utan referenser).

²² Id. Punkterna 20 ff.

²³ Mål 13/77, *Inno mot ATAB*, 16 november 1977, [1977] REG 2115.

På liknande sätt användes bestämmelsen 1987 i *Belgian Travel Agents*,²⁴ som gällde lagstiftning som tvingade reseåterförsäljare att följa de taxor som fastställdes av researrangörerna och förbjöd dem att dela provisioner med kunder.

1996 fastställde Förstainstansrätten i *Air France*²⁵ att artikel 92.1 träffar statliga stödåtgärder av alla slag. Bestämmelsen ska tolkas mot bakgrund av sitt syfte, vilket enligt artikel 3 g är att säkra att konkurrensen inte snedvrids. Följaktligen faller alla offentliga stödåtgärder under förbudet utan att det krävs att en regering eller annan central myndighet ligger bakom åtgärden.²⁶

Det italienska tändsticksmonopolet var under 2003 föremål för avgörande i EG-domstolen i *CIF*.²⁷ Återigen gällde det frågan om nationell lagstiftning immuniserade ett företags agerande från de konkurrensrättsliga reglerna och återigen blev svaret nekande.

Kanske kan man förvänta sig att det är inom området för statliga stödåtgärder, som den principiella bestämmelsen i artikel 3 skulle kunna få sin största betydelse i framtiden. Här ställs statliga åtgärder mot artikel 87.1 i Fördraget och motsatta intressen gör sig gällande på ett mer påtagligt sätt. Gemenskapsrätten öppnar möjligheter till betydande stöd riktat mot t.ex. små och medelstora företag. Å andra sidan är bestämmelserna inte tänkta för att bevara existerande strukturer och skydda s.k. ”national champions”. Avvägningarna kan förväntas bli svåra och frågan är vem som ska göra dem – politiker eller rättsliga myndigheter.

4.4 Slutsats

Slutsatsen är tämligen entydig. Artikel 3 f har varit ett viktigt och nödvändigt redskap genom åren. Bestämmelsen saknar direkt effekt, men som princip har den varit central vid uttolkning av de operativa konkurrensbestämmelserna, och för att fastställa reglernas inbördes förhållanden och konkurrensrättens relation till andra regelverk. Bestämmelsens centrala betydelse för EG-domstolen framgår bäst av uttalandena i *Continental Can*:

[24] Då det genom artikel 3 f upprättas en ordning, som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, förutsätts med desto större rätt att konkurrensen inte får sättas ur spel. Detta krav är så väsentligt att många bestämmelser i fördraget inte skulle ha något syfte, om det saknades. Dessutom överensstämmer det med den tvingande bestämmelsen i artikel 2 i fördraget om att gemenskapen skall ha till uppgift att ”främja en harmonisk utveckling av näringslivet inom gemenskapen som

²⁴ Mål 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mot ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, 1 oktober 1987, [1987] REG 3801.

²⁵ Mål T-358/94, *Air France mot EG-kommissionen*, 12 december 1996, [1996] REG II-2109.

²⁶ Id. Punkt 55.

²⁷ Mål C-198/01, *CIF*, 8 juli 2004, [2003] REG I-8055 se punkt 46 ff.

helhet”. De konkurrensbegränsningar som enligt fördraget är tillåtna under vissa förutsättningar, därför att de olika målen måste samordnas, får inte vara mer begränsande än vad som följer av kraven i artiklarna 2 och 3 eftersom den försvagade konkurrensen då riskerar att motverka den gemensamma marknadens syften.

5. POLITIKER ÄNTRAR SCENEN

I en gemenskap grundad på ”rule-of-law” kan de rättsvårdande myndigheterna inte bortse från EG-domstolens tydliga yttrande i *Continental Can*. Artikel 3 lägger ett viktigt fundament för uttolkningen av de konkurrensrättsliga bestämmelserna. Situationen ter sig kanske annorlunda från en politisk utgångspunkt, som ofta menar att konkurrensrätten lägger en hämsko på industripolitiska överväganden.

Redan inför toppmötet i juni 2007 annonserade Frankrike att man önskade att hänvisningen till konkurrensrätten skulle lyftas ut ur målparagrafen i det reviderade fördraget.²⁸

I samband med en presskonferens i juni 2007 anförde president Sarkozy:

We have obtained a major reorientation on the objectives of the Union. Competition is no longer an objective of the Union or an end in itself, but a means to serve the internal market...²⁹

På frågan vilka konsekvenser förändringen skulle få för medborgarna svarade presidenten att Europa skulle bli mer mänskligt och fortsatte:

Because as an ideology, as dogma, what did competition give to Europe? It has given less and less to the people who vote at the European elections, and less and less to the people who believe in Europe. There was perhaps a need to reflect. I believe in competition, I believe in markets, but I believe in competition as a means and not an end in itself. This may also give a different legal direction to the Commission. That of a competition that is there to support the emergence of European champions to carry out a true industrial policy. It was not a question of making an economic Treaty or a liberal Treaty and explain it to the citizen. It was a question of turning our backs to ideology, dogma and naivety.³⁰

²⁸ Se Presidency Conclusions, 23 juni 2007, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf.

²⁹ Inställningen bekräftas även på franska utrikesdepartementets (engelska) hemsida: “Competition is no longer an objective in and of itself on which Union’s policies can be founded. It can be used as a tool for consumers, to be used among others, and that’s all. While competition is an EU objective in the current Treaties, the new Treaty removes this objective. The objectives of the Union do not mention competition (article 1, point 4, and article 2, point 12 of the Treaty)”.

³⁰ <http://www.euractiv.com/en/competition/brussels-plays-eu-treaty-competition-fears/article-164974>.

I sin TV-sända kommentar den 10 februari 2008 till den franska ratificeringen upprepade president Sarkozy att konkurrens inte fick bli ett mål i sig. Den franska hållningen styrs av en industripolitisk vilja att skydda (de inhemska) företagen mot illojal konkurrens.

Den fristående och självständiga konkurrensrätten har under lång tid stört franska intressen. Redan vid moderniseringsreformen lyckades fransmännen utverka speciella regler, som tog fasta på interna franska förhållanden.³¹ Konkurrensrättens starka ställning i förhållande till allmän politik och speciellt industripolitik har styrt statliga åtgärder för att bl.a. värna nationella champions. Genom eliminering av principbestämmelsen i artikel 3 och ett mer tydligt inflytande för politiska krafter – inte minst de nationella – söker Frankrike balansera den rättsliga utvecklingen mot industripolitiska intressen. Huruvida det är en klok politik kan diskuteras. Politisk kontroll och styrning på industriområdet kan visa få exempel på goda resultat medan näringslivets kyrkogårdar är fulla av fallna nationella klenoder som understötts med statliga stödåtgärder – eller för att uttrycka sig med generaldirektör Lowe ”they’re illegal, they’re immoral and they’re fat”.³²

6. FORMALITETER UTAN BETYDELSE?

Det faktum att principiella stadganden om konkurrensrätten förflyttats till ett särskilt protokoll är inte unikt. Ett annat exempel är stadgandet om gemenskapsrättens företrädare framför nationell rätt. Principen anses genom både EG-domstolarnas och de nationella domstolarnas fasta rättspraxis så grundmurad att det var på tiden att förhållandena dokumenterades i det konstitutionella fördraget. I Lissabonfördraget har även denna bestämmelse förpassats till ett protokoll, som ska biläggas de reviderade fördragstexterna. Ingen räknar med att principen därmed ifrågasätts. Tvärtom, nu är principen om det gemenskapsrättsliga företrädet även fördragsmässigt etablerad. Huruvida det sker i själva texten eller ett protokoll saknar juridisk relevans.

I efterföljande kommentarer till förändringen av artikel 3 har de politiska ledarna – med undantag för Sarkozy – betygat att förändringen är rent redaktionell och inte kommer att förändra något.³³ I samma anda framhåller en ledande representant för DG konkurrens i Financial Times att den redaktionella ändringen av artikel 3 saknar betydelse:

³¹ I Rådsförordning 1/2003 klargörs i artikel 2 att tillämpning av nationell rätt inte får leda till förbud av avtal m.m. som inte faller under förbudet i artikel 81. Något förvånande gäller inte detta för missbruk av dominerande ställning där de nationella åtgärderna kan förbjuda det som tillåts enligt EG-rätten, vilket påstås vara en eftergift till franska intressen.

³² Philip Lowe, What is Wrong with National Champions? speech to the Enforcing Competition Law Conference at Chatham House, London, June 23, 2006.

³³ Brussels plays down EU competition fears, 27 juni 2007, www.EurActiv.com.

Clearly, an objective that does not exist cannot be lost! The fact that competition is a means and not an objective of the Community has not – over the past 50 years or so – prevented the European institutions, and in particular the European Commission and the European Court of Justice, from taking effective action against any restriction or distortion of competition within the internal market, whether resulting from initiatives taken by undertakings or by member states' public authorities.³⁴

Mot detta resonemang invänder Alan Riley att en fördragstext ska – enligt artikel 31(1)³⁵ och 33(4)³⁶ i Wien-konventionen om traktaträtten – tolkas mot bakgrund av sitt underliggande syfte och mål.³⁷ Med den beslutade omgrupperingen saknas den kopplingen. Riley understryker också att artikel 3 f fyllt en särskild funktion med hänsyn till att fördraget förekommer i olika språkversioner. Det går inte att bortse ifrån hur EG-domstolen historiskt tillämpat de principiella bestämmelserna i fördraget – främst artiklarna 2 och 3 samt 10 och 13.

Till det anförda kommer att protokollet om konkurrensrätten är intetsärande: Unionen ska agera för att säkra det konkurrensrättsliga systemet. Sådant agerande ska ske inom fördragets ramar – enkannerligen artiklarna 81 ff. – eller som de kommer att omnumreras till: 100 ff.³⁸

Protokollet hänvisar därutöver till proceduren i artikel 308, vilket är en nyhet och döljer ett djupare resonemang, som saknades i artikel 3 f.³⁹ Avsikten förefaller vara att koppla uttolkningen av konkurrensreglerna till allmänna ändringar av fördraget, vilket naturligtvis förhindrar alltför långtgående utveckling i rättspraxis. Idag stipuleras i Artikel 308 att rådet kan lagstifta om tillämpningsbestämmelse saknas. Bestämmelsen är dock föremål för betydande revision, som bl.a. klargör att de nationella parlamenten ska konsulteras när förändringar

³⁴ Se brev till redaktören för Financial Times av den 27 juni 2007 från Michel Petite (EG-Comp.) med hänvisning till ett två dagar tidigare inlägg från Wolfgang Munchau under rubriken "The madness of Europe's drift to mercantilism". Petit framhåller att konkurrensrätten aldrig varit ett mål i gemenskapsrätten och att den redaktionella förändringen av artikel 3 f till ett protokoll inte gör någon skillnad. Ett protokoll är lika bindande som själva fördragstexten.

³⁵ Wienkonventionen, artikel 31.1: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

³⁶ Wienkonventionen, artikel 33.4: "When a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the objects and purpose of the treaty, shall be adopted".

³⁷ Se Riley, Alan, The EU Reform Treaty & the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law, CEPS Policy Brief no 142, September 2007, <http://www.ceps.eu>.

³⁸ Själva omnumreringen är naturligtvis ett problem i sig. Det tog några år att lära sig den gamla omnumreringen och nu blir det väl rent kaos. Det kräver en betydande uppfinningsrikedom för att EG-domstolen på ett entydigt sätt ska kunna hänvisa till de olika versionerna.

³⁹ Hänvisningen är i sig förvirrande. Enligt den omnumrering som ska ske av Fördragets bestämmelser handlar artikel 308 om investeringsbanken. Om hänvisningen däremot avser 308 i det existerande fördraget som senare ska omnumreras till artikel 266 blir hänvisningen rimligare. Detta framgår dock inte av texten och det gäller att hålla tungan rätt i munnen när man söker följa de ledtrådar som protokollstexten lägger ut.

genomförs. Om inget annat bör detta regelsystem, som ligger fördolt i en enkel paragrafhänvisning i protokollet, lägga en ordentlig hämsko på EG-domstolens mer långtgående utläggningar om hur fördragen ska tolkas.

7. SLUTSATSER

Somliga hävdar att det stora problemet med nyordningen är att vi åter får tam-pas med omnumrering av fördragets bestämmelser. Det är förvisso sant, men en allt för enkel analys. Problemet ligger nog mer i att politiker har svårt att accep-tera de framgångar som ett fristående konkurrenssystem med tydliga regler medfört under de senaste 50 åren. Vi kan förvänta oss mer av politiskt styrda industripolitiska kurer i framtiden.

Av det anförda framgår att EG-domstolen i sin rättspraxis återkommande utnyttjat den principiella bestämmelsen i artikel 3 f för att forma och utveckla gemenskapens konkurrensrätt. Med stöd av bestämmelsen har relationerna mel-lan olika gemenskapsbestämmelser klargjorts och behovet av att innefatta struk-turella effekter på marknaden uppenbarats. Bestämmelsen har också använts för att klargöra förhållandet till nationell rätt och internationella konventioner. En särskilt viktig funktion har bestämmelsen haft vid bedömningen av olika former av nationella åtgärder, som kunnat snedvrída konkurrensen.

Med Lissabonfördraget förändras denna fundamentala princip till en enkel protokollsanteckning med en högst generell formulering på en undanskymd plats i fördraget. Protokollsanteckningen markerar dessutom hur förändringar av gemenskapsrätten ska genomföras med en tydlig hänvisning till de nationella parlamentens inflytande.

Det förefaller orimligt att påstå att förändringen inte har någon betydelse. Det är ställt utom allt tvivel att initiativtagaren avsett en förändring. Tyngd-punkten ska förflyttas från en rättslig utveckling till en politisk styrd utveckling. Om skälen bakom denna djupgående förändring kan bara spekuleras, men det franska missnöjet med kommissionens inställning till koncentrationsärenden och önskan att stödja "nationella champions" förefaller ha varit betydande driv-krafter.

Mot resonemanget kan kanske hävdas att förändringar av Fördraget med tveksam innebörd har förekommit tidigare. Genom Amsterdamfördraget till-fördes en obskyr hänvisning tjänster av allmänt ekonomiskt intresse till Unio-nens gemensamma värden. Tillägget oroade. Kunde det medföra en försämring av konkurrensrättens ställning? Frukten har inte besannats i praxis, utan 2000-talet har snarast karakteriserats av en mer hårdhänt övervakning och skärpta påföljder vid överträdelser. Det finns kanske ingen anledning att se framtiden an med oro.

Det förefaller dock inte troligt att de rättsvårdande myndigheterna kan bortse från den tydliga markering som nu sker. Den franske presidenten understryker vikten av vad han själv vill benämna ett förenklat fördrag:

Par ce succès, car c'est un succès, la France est de retour en Europe. Elle y a retrouvé son influence, sa capacité à faire valoir son point de vue, ses valeurs et le rôle moteur qui avait toujours été le sien par le passé.

Fransk politik är tillbaka på banan och kommer med det nya fördraget att styra den europeiska utvecklingen. Konkurrensrätten fångas in och den fortsatta utvecklingen ska ske under politiskt kontrollerade former. Det osar protektionism om den franska inställningen, och inflytandet ska inte underskattas.

Andra medlemsstater har goda skäl att följa den närmaste utvecklingen. Om det europeiska samarbetet ska präglas av ökad protektionism och nationalistiska överväganden är det kanske inte rätt tid att sälja ut en svensk champion till franska intressen. Franska regler, som skyddar inhemsk industri, kan behöva skärskådas innan nästa steg tas.

I alla händelser är det svårt att uppfatta den senaste utvecklingen på det politiska området som en uppmaning till EG-domstolarna att fortsätta den dynamiska tolkningspraxis som det senaste halvsekle har kännetecknats av. Det är en tydlig signal från politiker att man önskar ett större inflytande över utvecklingen. Huruvida det är bra eller dåligt för Europa råder det säkert delade meningar om.

