



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Gimbergsson

Artikel 101 FEUF: dess historiska
identitet i ljuset av
moderniseringsprocessen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Henrik Norinder

EU-rätt, konkurrensrätt

HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Bakgrund	5
1.3 Syfte och frågeställningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Avgränsningar och disposition	7
2 KONKURRENSRÄTTENS MÅL	9
2.1 Introduktion	9
2.2 Målens karaktär	9
2.3 GlaxoSmithKline	11
3 DET ORDOLIBERALA ARVET	14
3.1 Introduktion	14
3.2 Freiburgskolan	14
3.3 Ordoliberalismens grundvalar	15
3.4 Ordoliberal influenser i Paris- och Romfördraget	16
3.5 Domstolens roll och utövande	19
3.6 Consten/Grundig i ljuset av ordoliberalismen	20
3.7 Continental Can	21
3.8 Kommissionens roll	22
3.9 Kommissionens utövande	23
4 INFLUENSER FRÅN ANTITRUST LAW	25

4.1	Oenigheten om antitrust laws inverkan av tillkomsten av GWB	25
4.2	Influenser i Paris- och Romfördragets konkurrensartiklar	26
4.3	Harvardskolans influenser	28
4.3.1	Structure Conduct Performance	29
4.3.2	En ”fungerande konkurrens”	29
5	‘THE ECONOMIC APPROACH’	31
5.1	En bristande avtalsanalys	31
5.2	Vertikala avtal	32
5.2.1	STM	33
5.2.2	Consten/Grundig	33
5.3	Vertikala avtal i ljuset av den parallella utvecklingen i antitrust law	34
5.3.1	Rule of reason	35
5.3.2	Förespråkare av vertikala avtals positiva effekter	35
5.3.3	Icke prisrelaterade begränsningar	36
5.3.4	Prisrelaterade begränsningar	36
5.4	Kommissionen öppnar för en förändring	37
5.4.1	Maastrichtfördraget	38
5.4.2	Påtryckningar utifrån	40
5.4.3	Förordning 1/2003	41
5.5	Rule of Reason i EU-rätten	42
5.5.1	Nungesser	43
5.5.2	Pronuptia	43
5.5.3	Métropole	44
5.5.4	Wouters	45
5.5.5	Meca-Medina	45
5.6	Sammanfattning	46
6	AVSLUTANDE KOMMENTAR	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	50
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Summary

The concept of a united European community might not be Ordoliberal but the foundation of what it is built upon is to a large extent. The project of integrating the European markets was seen as an important peace keeping incentive and according to Ordoliberal ideals the competition process was regarded as a crucial component of a social market economy. Both the European Court and the European Commission have been accused of applying an over formalistic approach to agreements in conflict with article 101 FEUF, either on the ground of hampering the integration goal or impeding the principle of *freedom-of-action* without taking into account their economical efficiencies. The case law has been far from consistent between the commission and the courts, but vertical agreements were for a long time targeted by both as malign which was the cause of serious debates within the community about who the competition law really was to protect: the competitors or the competition process?

The American antitrust law served as an important source of inspiration in the debate, although the principle of *rule of reason* never acquired acceptance in Europe. The paradigm shift towards a more lax attitude came in the 1990's after the commission realized its formalistic approach was out of date and they understood the importance of economic efficiencies in an allocative and innovative matter. The modernisation was welcomed and came as a result of a series of events over time: the globalization which had called for the need of a more efficient European market but also procedural motives since the community's members had increased. Consumer welfare has since climbed in rank as a community goal, but the market integration has not lost its position as a leading competition objective which the outcome of the GlaxoSmithKline case shows. The amplification of the multiple goal policy in competition law shows a less defensive attitude towards (economical) efficiency arguments when applying article 101 FEUF.

One can still attribute plenty of features in the evolution of the European competition to American antitrust law when looking at the analytical model inspired from the Harvard School or even the Chicago School when discussing economic efficiencies. The influence to the Rome Treaty's drafting process is however disputed. A rudimental fact though is the heritage the ordoliberals provided for: the idea of a constitutional framework and the stance of a competition process as a significant component in a market society; with other words the corner stone of the European Union.

Sammanfattning

Stommen för den europeiska konkurrensrätten har till stor del utvecklats från Freiburgskolans ordoliberal ideal, enligt vilken konkurrensprocessen och individens handlingsfrihet sågs som förutsättningar för ett fritt samhälles existens. Med syfte att upprätta en gemensam inre marknad gjordes formalistiska avtalsolkningar under artikel 101 FEUF där vertikala avtals välfärdseffekter inte gärna erkändes i kommissionens och EG-domstolens avtalsbedömningar. Strukturalismen ska emellertid inte skyllas på ordoliberalismen och dess högt hållna princip om *freedom-of-action*, då både kommissionen och domstolen prioriterat målet om en integrerad marknad framför en allokativ resursfördelning gynnandes konsumentens välfärd.

Moderniseringen av den europeiska konkurrensrätten har inte skett över en natt och har långt ifrån varit entydig. Ekonomiska element i avtalsanalyser under artikel 101 FEUF har under många år fått stå tillbaka för målet om marknadsintegrationen och förespråkare av en annorlunda välfärdsparadigm inom konkurrensrätten –särskilt gällande synen på vertikala avtal- har haft svårt att hävda sig mot kommissionens formalistiska approach. De genomförda förändringarna har inte bara påkallats av praktiska skäl för att underlätta en ökande arbetsbörda utan även av insikten att en reform behövdes av tolkningen av artikel 101 FEUF. Debatten var i stort sett pågående ända sedan Romfördragets stiftande, ofta med referenser till amerikansk antitrust law och dess version av *rule of reason* som flitigt diskuterats i jämförelse med kommissionens förhållningssätt till vertikala avtal.

Både Harvardskolan och den senare Chicagoskolan har utgjort viktiga källor till inspiration av synen på avtalsanalyser men det ordoliberal arvet lyser fortfarande igenom med idén om en ekonomisk konstitution som skulle skydda individens handlingsfrihet. Konkurrensrätten har med de multipla målen blivit mer ett verktyg än ett mål i sig, där konsumenten fått en allt viktigare roll, även om avgörandet i GlaxoSmithKline visar att marknadsintegrationen på intet sätt är uträknad.

Förord

När så det sista strået är draget till stacken vill jag i korthet tacka mina vänner och min familj för att ha varit ett stöd i min utbildnings sista moment; i synnerhet Håkan och Nina som i kritiska ögonblick utgjort värdefulla källor för nytt engagemang, men även min handledare för att med stort tålamod lett mig igenom skapandeprocessen.

Malmö, 2013

Erik Gimbergsson

Förkortningar

DG	Directorates-Generale
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	EG-fördraget
EU	Europeiska Unionen
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
RPM	Retail Price Maintenance
SCP	Structure Conduct Performance

1 Inledning

1.1 Introduktion

Som en del av den Europeiska Unionens evolution har konkurrensrätten varit en essentiell byggsten. Till skillnad från den äldre federationen USA har EU haft en betydligt yngre och mer diversifierad marknad att integrera och således har prioriteringarna genom tiden sett annorlunda ut. Detta beror till mångt och mycket på att EU-kommissionen (hädanefter endast: kommissionen) i sin policy ofta premierat upprättandet av en gemenskapsrättslig marknad framför de faktiska ekonomiska effekterna på marknaden och konsumentintresset. Att ta större hänsyn till ekonomiska aspekter i konkurrensrätten är något som debatterats sedan stiftandet av Romfördraget. EU-domstolens (hädanefter endast: domstolen) praxis och kommissionens policys har aktivt diskuterats och analyserats genom åren och den amerikanska rättsutvecklingen av antitrust law har framställts som gott exempel av de som argumenterat för en ”modernare” och flexiblare konkurrensrätt i den europeiska gemenskapen. Den neoliberala Chicagoskolan är den tankeströmning som gjort sig känd att stå för ekonomiska analyser och en tillbakahållen statlig inblandning i den nationella ekonomin. Dess doktrin om *rule of reason* har skapat debatt huruvida en liknande skälighetsregel hade utrymme i artikel 101(1) FEUF.

1.2 Bakgrund

Konkurrensrätten har genomgått tre olika faser, där den första utmärktes av ovan nämnda strävan av en integrerad gemenskapsmarknad där den konstitutionella aspekten var väldigt viktig. Den andra fasen karaktäriseras av inrättandet av undantag för att gynna en industriell integration i den europeiska gemenskapen. Den tredje fasen kan tolkas att bitvis ha frångått marknadsintegrationen som sitt huvudsakliga mål för att främst söka främja andra syften där sociala värden och marknadseffekter på marknaden ofta är centrala; det är där vi befinner oss idag.¹

Kritiken som riktats mot kommissionen har varit att deras avtalsanalyser varit allför formalistiska till nackdel för ekonomiska kriterier. Stelbentheten att väga in möjliga marknadseffekter (resursfördelning bland annat) i avtalsanalyser resulterade i att flertalet avtal ansågs *per se* strida mot artikel 101 FEUF trots att de i själva verket kunde generera positiva marknadseffekter. Kommissionens breda tolkning av vilka avtal som skulle träffas av förbudet kan förklaras med att dess främsta syfte var att uppnå en integrerad marknad framför något annat mål och syfte, vilket domen i *Consten & Grundig* bevisligen understrukt. Denna strukturalism kom att präglade tillvägagångssättet att bedöma avtal ända in på 1970-talet, även om

¹Paul Craig, Gráinne de Búrca, EU Law: Text, Cases and Materials, (2007) s. 951.

domstolen tidvis uttryckt ett visst utrymme för ekonomiska argument, i bland annat avgörandena *STM*, samt nyss nämnda *Consten & Grundig*.

Till skillnad från kommissionen tillämpade EU-domstolen i större utsträckning en teleologisk tolkning i avtalsbedömningar och utförde även i viss utsträckning ett slags ekonomiska analyser.

Ideologiska men även praktiska motiv föranledde sedermera en förändring av kommissionens bedömning av konkurrensrätten där den ekonomiska analysen erkändes och marknadsintegrationen inte längre var ett av de dominerande målen.² De största förändringarna initierades under 1990-talet i takt med att unionens syfte vidgades. Kommissionens policy tar mer än tidigare hänsyn till ekonomiska omständigheter och ser inte konkurrensen i lika stor omfattning ur en strikt juridisk synvinkel. Ekonomiska principer har fått större plats och konsumentens välfärd blivit en central del av konkurrenspolicy. Tolkningen av både artikel 101 och 102 FEUF har omvärderats och ett flertal nya riktlinjer och regleringar har publicerats av kommissionen för att säkerställa att den moderniseringsprocess som sattes under 1990-talet ska följas av såväl medlemsländer som EU-institutioner.

Det vidgade perspektivet för konsumentnyttan och ekonomiska argument i den europeiska konkurrensrätten är intressant därför att den största förändringen har skett på relativt kort tid och för att attitydförändringen skulle kunna ses som omvälvande med de ursprungliga syftena i åtanke.

Ett flertal idéströmningar har spelat en roll i gemenskapens konkurrensrätt; till en början Freiburgskolan, Harvardskolan och även Chicagoskolan. Konkurrensen må ha blivit mer än tidigare ett verktyg istället för ett mål i sig, då andra visioner än en friktionsfri konkurrens präglar EU:s konkurrenspolicy. Ingenting är statiskt, inte heller synen på konkurrensrätten.

1.3 Syfte och frågeställningar

Meningen med uppsatsen är att undersöka konkurrensrätten i EU och det fokusskifte av konkurrenspolicy som hävdas allt mer ha frångått det ursprungliga integrationsmålet och istället ökat fokuset på konsumenten i avtalsbedömningar. Påståenden att amerikansk antitrust law har influerat till flexibla avtalsbedömningar gör att det är intressant att se vilket ideologiskt arv artikel 101 FEUF egentligen bär på och om ordoliberalismen hämmat den ekonomiska rättsutvecklingen av praxis och därmed konkurrenspolicy. Den centrala artikeln i arbetet är artikel 101 FEUF och tolkningen av densamma när den tillämpas på konkurrensbegränsande avtal. Frågeställningen kan utifrån detta formuleras som:

² Katalin Judit Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, (2005), s 125.

- Har ordoliberalismen varit den grundläggande och präglade ideologiska influensen av Lissabonfördragets konkurrensbestämmelser, och vad var dess betydelse för moderniseringsprocessen av konkurrensrättens avtalsbedömningar och förändring av konkurrensrättens?

1.4 Metod och material

De viktigaste rättskällorna inom doktrinen har varit artiklar från juridiska tidskrifter, gemenskapsrättsliga förarbeten, riktlinjer, samt beslut och uttalanden från kommissionen. Uppsatsen kräver en viss förkunskap i europeisk konkurrensrätt, eftersom begrepp och artiklar annars riskerar att fördunkla texten.

Då uppsatsen bygger på en deskriptiv metod har praxis studerats och diskuterats; merparten är EU-rättsliga avgöranden, men även praxis ifrån *the Supreme Court* i USA har till viss del inhämtats. Urvalet av rättsfall har gjorts på basis av domars effekt på rättsläget, domstolens eller kommissionens argumentation i domslut, men urvalet har även grundats på den betydelse de haft för att befästa och belysa rättsliga principer – i de flesta fall principen om *rule of reason*. Den gemensamma kopplingen för materialet är tolkningar av konkurrensbegränsande avtal, såväl amerikanska som europeiska och huruvida den bedömning som gjorts haft ett ekonomiskt fokus eller en formalistisk approach. Till största del är det rättsfall som på något sätt behandlar inskränkningar av marknadsintegrationen och vägs mot ekonomiska argument. Detta givet är det i första hand artikel 101 FEUF samt Section 1 i Sherman Act som berörs i de aktuella rättsfallen.

1.5 Avgränsningar och disposition

Uppsatsen tar avstamp ifrån en introduktion av konkurrensrättens mål och konsumenten som konkurrenspolicy. En övergång görs sedan från rättsläget efter domen i GlaxoSmithKline till nästa kapitel som ger en kronologisk genomgång av grundandet till den europeiska konkurrensrätten och de innehållande konkurrensartiklarna.

I anslutning till ordoliberalismen diskuteras konsumenten och ekonomiska avtalsanalyser, följt av en inblick i den roll som vertikala avtal har spelat för moderniseringsprocessen. Exempel ges med relevanta rättsfall för att förklara utvecklingen av rättsläget. Diskussionen om vertikala avtals betydelse för kommissionens tolkningsutveckling av konkurrensrätten anknyts till debatten om principen *rule of reason* i den europeiska konkurrensrätten, även detta genom exempel av rättsfall som indikerar på rättsutvecklingen. I den mån som tillåts presenteras materialet i kronologisk ordning.

Det är främst kommissionens och domstolens attityder och benägenhet att tillämpa ekonomiska teorier i avtalsanalyser som har studerats i relation till det påstådda ordoliberala arvet. Även amerikansk antitrust law berörs för att påvisa influenser. Övrig lagstiftning, doktrin och praxis än den amerikanska och EU-rättsliga kommer att utelämnas, med undantag för den tyska konkurrenslagen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (fortsättningsvis endast: GWB).

”Ancillary restraints” kommer i uppsatsen att lämnas därhän, liksom merparten av artikel 102 FEUF så långt som möjlighet ges. Kommissionens konkurrenspolicy med multipla mål diskuteras avslutningsvis i relation till ordoliberalismen och antitrust law konkurrensrättsliga motiv. Tyngdpunkten ligger på vad som fört det ekonomiska resonemangen fram till en förändring av tolkningen av artikel 101 FEUF. Den äldre numreringen av artikel 101 och 102 FEUF kommer att undvikas i så stor utsträckning som möjligt, förutom i direkta citat eller i sammanhang för att åtskilja de gamla och de nya fördragen.

2 Konkurrensrättens mål

2.1 Introduktion

Den senaste och mest uppenbara förändringen av den europeiska konkurrensrätten skedde vid Lissabonfördragets införande. Då plockades konkurrensrätten ur fördragstextens artikel 3(2) EGF som självständigt mål och placerades istället i ett tillhörande protokoll som föreskriver att ”den inre marknaden [...] innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids”. Detta tåls att jämföras med fördragets nuvarande artikel 2(3) FEU som refererar till konkurrensen i samband med att den sociala marknadsekonomin ska vara dynamisk med hög ”konkurrenskraft”. Det är i kontexten av fördragets grundartiklar som artiklarna 101 och 102 FEUF ska läsas. Som domstolen uttalade i domen till *Metro*³ definierades konkurrensrätten efter hur väl den levde upp till målen i fördraget, något som åter för tankarna till att konkurrensrätten är ett *verktyg* och inte ett mål i sig. Detta ”verktyg” drivs i sin tur av kommissionens konkurrenspolicy vars multipla mål är en emulsion av politiska och ekonomiska mål. Tyngdpunkten i policyn har flyttats och balansakten utgörs i dagsläget av konsumentens välfärd och marknadsintegrationen som efter utgången i GlaxoSmithKline inte har visat sig vara ute för räkning ännu.

2.2 Målens karaktär

De konkurrensrättsliga målen låter sig inte kategoriseras lätt. Det är svårt att peka på uttryckliga ändamål, men i ljuset av fördragstexten är det i första hand en effektiv *konkurrens* (ett ekonomiskt mål) och i andra hand en *marknadsintegration* (ett politiskt mål) som varit de mest framträdande. Möjligt är även att utstaka ett tredje mål som riktar in sig på en effektiv marknad med syfte att uppnå en effektiv *resursallokering*⁴. Denna går visserligen hand i hand med marknadsintegrationen som även har ekonomiska syften såsom frihandel; en effektiv resursallokering på en gemensam marknad. I den akademiska debatten har företeelsen med multipla mål diskuterats som problematisk i det att målen riskerar stå i konflikt med varandra. Till exempel kan den ekonomiska friheten rimligtvis inte alltid stå i harmoni med målet om marknadsintegration, vilket attityden mot vertikala avtal vittnar om. Trots vagheten går de också att dela in som självständiga mål [ultimate goals] och delmål [intermediate goals] eller så

³Mål C-26/76 Metro.

⁴Denna indelning av tre huvudmål stöds av G. Monti som menar att de tre huvudmålen är den ekonomiska friheten, marknadsintegrationen samt ekonomisk effektivitet. Även C. Ahlborn och A.J. Padilla gör en snarlik bedömning.

kan de kategoriseras, som i stycket ovan, efter sin sociala och konkurrensrättsliga karaktär eller i en blandgrupp. Oavsett är de potentiella konflikterna enkla att föreställa sig. Under de två sista årtiondena är det särskilt två mål som utmärkt sig i kommissionens konkurrenspolicy vars syften kan ses stå i konflikt. Följande avsnitt ger exempel på detta.

För att upprätta den ekonomiska gemenskapen var det dominerande inslaget på kommissionens agenda den första tiden integrationsmålet tillsammans med den ekonomiska friheten. Konkurrensrättens roll var att stimulera och skydda handeln medlemsländerna emellan.

De uppstådda spänningarna mellan politiska och ekonomiska målsättningar var tydliga inom artikel 101 FEUF där konkurrensbegränsande beteenden balanserades mot ett avtals effektivitet. En av de viktigaste frågorna var utrymmet av en mindre ekonomisk avtalsanalys var möjlig under 101(1) FEUF. I ljuset av ordoliberalismen går det egentligen att se det som en konflikt mellan två sorters effektiviteter; en effektiv konkurrensprocess och en effektiv resursfördelning baserat på konsumentens välfärd. Som presenterats i föregående kapitel var debatten om skälighetsbedömningar långdragen och konsekventa bedömningar över vad som utgjorde en försvarbar konkurrensbegränsning saknades. Faktum kvarstod att om ett avtals uppenbara syfte var konkurrensbegränsande, var chansen liten att godkänna det med skäl av en värdeöverföring till konsumenterna -trots påståendet att inga *per se*-förbud existerade inom artikel 101 FEUF.⁵

Innan marknadsintegration hade förverkligats fick de ekonomiska argumenten i avtalsanalyser stå tillbaka. Konsumenten har emellertid aldrig varit förbisedd i den europeiska konkurrensrätten, utan har istället ansetts gynnas indirekt av marknadsintegrationen, närmast att beskriva som ett indirekt mål sprunget ur effekterna av en gemensam marknad. Hållningen har kritiserats av akademiker, särskilt från amerikansk antitrust law för att skada konkurrensprocessens effektivitet. Kommissionens ”enkelspårighet” kan möjligen förklaras genom att konsumentnyttan sågs i ett långsiktigt perspektiv i förhållande till den ”trade-off” som var tvungen att göras till fördel för marknadsintegrationen. Vidare kan argumenteras att en integrerad marknad är en förutsättning för att överhuvudtaget ha en europeisk konsumentvälfärd att försvara.⁶

I takt med att integrationsmålet inte krävde samma engagemang som tidigare hörsammade kommissionen slutligen kritikernas röster om att konkurrensrätten var i behov av en vidare tillämpning av ekonomiska teorier. Moderniseringsprocessen sjuöppades med en omvärdering av vertikala avtal som början. Det ekonomiskt resonemanget i avtalsanalyserna under artikel 101(1) FEUF öppnade med tiden för ett större utrymme att ta i beräkning konsumentens välfärd som ett mer självständigt mål.⁷

⁵ K. Cseres, s. 250.

⁶ L. Parret, s. 355.

⁷ K. Cseres, s. 194, L. Parret, s. 359.

Decentraliseringen av konkurrensrätten följde och kommissionen antog en mindre interventionistisk karaktär i sitt utövande och fokuserade istället på horisontella avtal samt missbruk av dominerande ställning. Den tidigare formalistiska tolkningen av artikel 101 FEUF hade missgynnat konsumenten till fördel för principen om *freedom-of-action*, men konsumenten fick nu en mer erkänt positionerad ställning med den ekonomiska ”approachen” på flera nivåer: konsumentskydd, konsumentvälfärd samt ett större inkluderande i beslutsprocessen i konkurrensrätten (i och med decentraliseringen).

Kommissionen har ett flertal gånger uttryckt att syftet med artikel 101 FEUF är att genom marknadsintegration och en effektiv konkurrens generera välfärd för konsumenten⁸. Motivet till det ökade konsumentfokuset, kan enligt Parret, emellertid även ses vara en taktisk lösning från kommissionens sida för att öka trovärdigheten och förankra tanken på en europeisk union på gräsrotsnivå. Ett intressant påpekande som Parret gör i anslutning till det ökade konsumentfokuset är ifall konsumentskyddet växer sig till en så oavhängig del av EU-rätten att den riskerar att stå i konflikt med de konsumentintressen som åsyftas i konkurrenspolicy, som till sin art är mer ekonomiska. En annan risk, enligt Parret, ligger i om fokuset på en viss typ av grupp av konsumenter låts diktera konkurrensrätten vilket skulle försvåra genomförandet av de ekonomiska målen.⁹

Synen på konsumenten överensstämmer emellertid bättre idag som en del av balansgången mellan *efterfrågan* och *utbud* på marknaden och har skiljts ut som ett mer eller mindre fristående mål i konkurrenspolicy. Konsumenten återkommer gång på gång som inslag i kommissionens konkurrenspolicy, men samtidigt som intresset för konsumenten vuxit är det felaktigt att påstå att marknadsintegrationen skulle ha tappat i betydelse.

2.3 GlaxoSmithKline

Ett bra exempel på konflikten mellan marknadsintegrationen och konsumentens välfärd är fallet GlaxoSmithKline¹⁰ (fortsättningsvis GSK). Målet handlar om ett farmaceutiskt företag, GSK, som i ett försök att stävja en vidareförsäljning av deras produkter utomlands, tillämpade en dyrare prissättning på de läkemedel som inte kunde skyddas patenträttsligt från parallelexport från Spanien. Det ska i första hand nämnas att Spaniens läkemedelspriser var låga jämfört med den europeiska marknaden och i andra hand att prissättningen av läkemedel regleras efter nationella bestämmelser, ett faktum som GSK i sitt försvar menade peka på att det inte förekom någon tillämpning av dubbelprissättning, eftersom priset var påtvingat från myndigheternas sida. GSK hävdade att en begränsning av

⁸ Meddelande från kommissionen -tillkännagivande- riktlinjer för tillämpning av artikel 81.3 i fördrag. (2004/C 101/08), p13.

⁹ L. Parret, s. 368.

¹⁰ Förenade målen 501/06P et al., 6 oktober 2009.

parallellhandeln var nödvändig för att säkerställa intäkter som skulle investeras forskning och utveckling och att konsumenterna den vägen skulle tillgodogöras konsumentnytta.

I likhet med kommissionen förklarade förstainstansrätten avtalet i strid med artikel 101(1) FEUF (dåvarande artikel 81(1) EGF), men klargjorde att avtal som har som syfte att begränsa parallellhandeln *ipso facto* inte kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte. Förstainstansrätten menade att avtal som begränsar parallellhandeln är skyddsvärd så länge det ger upphov till en ökad konkurrens: tydligare uttryckt en värdeöverföring till slutkonsumenten. Efter en bedömning av avtalets effekter kom emellertid förstainstansrätten fram till att avtalet påverkade slutkonsumenterna negativt i det att de spanska läkemedelsgrossisterna utestängdes från den inre marknaden. Vidare underkändes kommissionens beslut att inte bevilja dispens enligt 101(3) FEUF då det ansågs fattat på felaktiga grunder.¹¹

Målet överklagades till EG-domstolen som också fann avtalet stridande mot artikel 101(1) FEUF, men inte på den grund att parallellavtalet innebar skada för slutkonsumenten. Marknadsstrukturen och konkurrensen ansågs vara tillräckligt skyddsvärda mål, varför ett resonemang byggt på konsumentens välfärd som sådant ansågs vara överflödigt och felaktigt: parallellavtal *har* ett konkurrensbegränsande syfte, oavsett en värdeöverföring till slutkonsumenten eller inte. Förstainstansrättens hade till att börja med gjort en felaktig bedömning i att avtalets negativa effekter på konsumenterna skulle påvisas för att bedömas som konkurrensbegränsande enligt 101(1) FEUF, något som EG-domstolen tog avstånd ifrån. Domen innebar också att förstainstansrätten var tvungen att göra om sin utvärdering huruvida avtalets försäljningsvillkor kunde ges dispens eller inte.¹²

“It follows that, by requiring proof that the agreement entails disadvantages for final consumers as a prerequisite for a finding of anti-competitive object and by not finding that that agreement had such an object, the Court of First Instance committed an error of law.”¹³

Domen kan tolkas som att konsumentens välfärd inte ensamt var grund nog för att förklara ett parallellhandelsavtal konkurrensbegränsande, vilket i det avseendet ger marknadsintegrationen en större tyngd. EG-domstolens beslut sett i ljuset av en ordoliberal paradigm kan sägas ge bättre stöd åt en sund konkurrens mellan marknadsaktörerna än förstainstansrättens, eftersom en konkurrensbegränsning definierades i relation till marknadsintegrationen och inte i första hand till konsumentens välfärd. Att konsumentens välfärd inte ansågs som en nödvändig komponent för att påvisa ett avtals konkurrensbegränsande syfte bör dock inte tolkas som en återgång till principen om *freedom-of-action*. En gemensam marknad kräver en konkurrens där aktörerna har lika villkor så långt som möjligt, men likt

¹¹ Mål T-168/01, p. 134-136, 140, 307.

¹² Förenade målen 501/06P et al., 6 oktober 2009, p. 63.

¹³ Ibid., p. 64.

ordoliberalismen är konsumenten antingen direkt eller indirekt inkluderad i konkurrensrätten, i detta fall genom att kommissionen ådömdes göra en ny undersökning ifall avtalet uppfyller kraven för en dispens i 101(3) FEUF¹⁴. Det ligger ett visst intresse i att undersöka bakgrunden till de ursprungliga fördragen som grundlade den union vi känner idag, för att få en uppfattning och känsla för vad konkurrensrättens syfte och mål är och har varit. Vissa förändringar har varit tydliga, andra mer subtila. Nästa kapitel behandlar Romfördragets ursprung och stiftarnas inflytande på såväl stiftandeprocessen som den europeiska konkurrensprocessen.

¹⁴ Artikeln har omnumrerats sedan GSK meddelade kommissionen om sina försäljningsvillkor år 1998.

3 Det ordoliberalala arvet

3.1 Introduktion

Det fanns delade visioner om vilket slags union som skulle utformas efter andra världskrigets slut i Europa och vissa tankeströmningar satte mer prägel än andra på fördragstexterna. Utvecklingen av den europeiska konkurrensrättens policy fortgår än idag med den senaste större moderniseringen genomförd i början av millennieskiftet. Ordoliberalismen brukar tillskrivas som en av de ursprungliga bidragande idéströmningarna, även om de amerikanska Harvard- och Chicagoskolorna förvisso är influenser att räkna med.

Mellankrigstidens Europa hade omhuldat ett klimat där statens inblandning på marknaden kunde te sig rent godtycklig med ofta vaga riktlinjer där myndigheterna såg konkurrensrätten som något underordnat den ekonomiska politiken. Erfarenheter från odemokratiskt styrda marknader fanns färskas i minnet, inte minst i efterkrigstidens Tyskland där *Freiburgskolans* konkurrensteoretiker ordoliberalerna istället förespråkade en särskild maktbalans mellan stat och marknad som skulle regleras med hjälp av den konkurrensrättsliga processen. Det socioekonomiska samhället de stod för passade väl in med USA:s plan på återuppbyggnad av Europa och införande av en fri marknadsekonomi i den nybildade västtyska staten.¹⁵

3.2 Freiburgskolan

Det är möjligt att se Freiburgskolan som en motreaktion till mellankrigstidens ekonomiska oreda i Tyskland, som bland annat resulterade i hyperinflation och privat marknadsmissbruk. Kartellbildningar hade varit mer regel än undantag och tilliten till marknadens självreglering var därför liten. Det var dock först efter nazisternas fall som ordoliberal idéer fick verkligt genomslag i Tyskland, när de fann stöd hos den amerikanska ockupationsmakten, vars agenda bland annat bestod av att upplösa de karteller man ansåg gett upphov till ett statskick präglad av diktatur och militarisering. En av de mest framträdande nyckelfigurer av Tysklands återuppbyggnad var ordoliberalen Ludwig Erhard, som under sina aktiva år bland annat var ekonomiminister.¹⁶

¹⁵ Nicola Giocoli, Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European Competition Policy, *Journal of Competition Law and Economics* 4.5 (2009), s. 763 ff, D.J. Gerber, *Law and competition in the twentieth century Protecting Prometheus*, (2001), Oxford University Press (2001), s. 335.

¹⁶ D.J. Gerber, (2001), s. 257 ff.

3.3 Ordoliberalismens grundvalar

Ordoliberalismen utvecklades i nazityskland vid universitetet i Freiburg av ekonomer och jurister. Ordoliberalerna satte en särskild tilltro på marknadens konkurrensförhållanden som en avgörande komponent för ett humanistiskt och välmående samhälle i en transaktionsekonomi.¹⁷ Utan en fungerande konkurrensrätt skulle marknaden resultera i att privata företag växte sig så starka att de så småningom riskerade att slå ut konkurrensen och i och med det även den för ordoliberalismen ideologiskt viktiga sociala integrationen. En effektiv *konkurrensprocess* eftersträvades, eftersom det ansågs som källan till ett välmående samhälle. Det mest optimala ansågs vara när konkurrensen var som intensivast, samt när ingen aktör med tvång kunde påverka någon annans marknadsbeteende. Freiburgskolans fader Walter Eucken kallade det för den fullkomliga konkurrensen [*vollständiger Wettbewerb*].¹⁸ Det är dock viktigt att påpeka att den ekonomiska effektiviteten betraktades som en biprodukt och inte ett nödvändigt syfte i sig. Det var konkurrensprocessen i första hand som skulle vara effektiv.

Ordoliberalerna ansåg att staten skulle upprätthålla en transaktionsekonomi genom att tillgodose en effektiv juridisk stomme med generella *ekonomiska principer* som skulle skapa incitament för en så effektiv och rättvis konkurrens som möjligt. Dessa principer skulle vara förankrade konstitutionellt och säkerställa så att privata aktörer inte fick för mycket ekonomisk eller politisk makt på marknaden och i samhället. Tanken med de konstitutionella principerna var att de skulle fungera som ett ramverk som även den politiska makten skulle hålla sig inom. Mer specifika regleringar skulle sedan försäkra en effektiv tillämpning av konstitutionen.

Det var endast under premissen att statens implementering skedde konstitutionsenligt som den fick ingripa i ekonomin för att verkställa de ekonomiska principerna. Följaktligen var det inte endast privata intressen som betraktades av ordoliberalismen som möjliga hot mot transaktionsekonomi utan även staten och dess utövande i sig. Statlig överreglering och godtyckliga beslut skulle undvikas av samma juridiska principer som gav rätt till statliga interventioner. Detta indirekta regleringsförfarande kallades av ordoliberalerna för ”*Ordnungspolitik*” (varav namnet Ordoliberalism) och försäkrade en viss juridisk objektivitet och rättssäkerhet.¹⁹

Ordoliberalerna var förespråkare av ”as-if”-principen, som innebar att företag med dominerande marknadsandel skulle verka på marknaden som om de var utsatta för konkurrens (*complete competition*), för att skydda den konkurrensrättsliga processen. Detta var bland annat aktuellt i tillåtna monopol, som i till exempel patenträtter. I övrigt ansågs horisontella

¹⁷ En del idéer i ordoliberalismen kan spåras tillbaka till 1800-talet. Friedrich List, 1789-1846, var en tysk nationalekonom som förespråkade idén om den ”starka staten”. List förordade även tanken om frihandel och en tysk tullunion.

¹⁸ K. Cseres, s. 85, N. Giocoli, s. 772.

¹⁹ D.J. Gerber (2001), s. 247 f.

karteller och monopol som allvarliga hot mot den individuella friheten. Mångfalden på marknaden skulle gynnas och bevaras.²⁰

Konsumentens intressen var aldrig ett syfte i sig utan betraktades snarare som en bieffekt i strävan efter den individuella *ekonomiska friheten*; vilken ansågs utgöra ett lika viktigt mål som en effektiv konkurrensprocess.²¹ Samma syn gällde för den ovan nämnda ekonomiska effektiviteten som ansågs vara en biprodukt genererad av konkurrensrätten.²²

Som antytts är enligt ordoliberalismen juridik och ekonomi beroende av varandra: de ekonomiska principerna var bara genomförbara om lagarna kunde implementeras av en oberoende konkurrensmyndighet som i sin tur granskades av ett politiskt obundet judiciellt organ. Konkurrensmissbruk skulle regleras med förbud och inte genom godtyckliga kontroller, ett synsätt som Freiburgskolan delade med Harvardskolan.²³

Sammanfattningsvis går att säga att de tre stöttstenarna i ordoliberalismen är: en *stark stat* som skyddar individen mot ekonomiska intressen, vilken tillsammans med den andra stöttstenen; en *ekonomisk konstitution* skyddar samhället från privat marknadsmissbruk och säkerställer den ekonomiska friheten. Den tredje stöttstenen är ett instrument för ett statligt regleringsförfarande: den så kallade ”*Ordningspolitiken*” vilken innebar att lagar och förordningar alltid skulle underordnas och tolkas under de konstitutionella principerna för att begränsa godtyckliga regeringsbeslut.²⁴

3.4 Ordoliberal influenser i Paris- och Romfördraget

I ett försök att hindra framtida konflikter i Västeuropa bildades en samarbetsorganisation för kol- och stålproduktionen mellan Tyskland och dess grannländer, efter initiativ av den franske utrikesministern Robert Schuman. När Parisfördraget signerades år 1951 var bildandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG) ett faktum, där Frankrike, Tyskland, Italien, Belgien, Nederländerna och Luxemburg var de fördragsslutande staterna. Konventionen som trädde i kraft året efter var dock inte en helt europeisk produkt, utan kom att bära spår av amerikansk antitrust law. En av många bidragande anledningar till detta var lagstiftaren och amerikanen Robert Bowie, vilken även hade uppdrag som juridisk rådgivare för den allierade kommissionen²⁵ i Tyskland efter andra

²⁰ D.J. Gerber, (2001), s. 252.

²¹ K. Cseres, s. 87.

²² L. Parret, Shouldn't we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU Competition Law and Policy, European Competition Journal, August (2010), s. 346.

²³ Giocoli, s. 773.

²⁴ Giocoli, s. 770.

²⁵ High Commission for Occupied Germany. HICOG.

världskrigets slut. Bowie blev tillfrågad att ta fram ett utkast till konkurrensartiklarna i EKSG²⁶, vilket han gjorde enligt den förbudsbaseade principen som var kännetecknande för den i USA då förhärskande Harvardskolan, ett universitet vid vilket Bowie själv hade studerat juridik. Vikten av att snabbt få till stånd en ekonomisk allians medförde att processen blev förhållandevis kortvarig. Utkastet omformulerades sedan för att passa ett europeiskt idiom. Artikel 65 EKSG förbjöd alla konkurrensbegränsande avtal, vilka emellertid kunde beviljas dispens om de innebar vissa marknadsmässiga förbättringar utan att påverka konkurrensen negativt. Större företagsfusioner som ledde till en överdriven [excessive] marknadsmakt var enligt artikel 66 EKSG anmälningspliktigt. Den förbudsbaseade principen var i stort sett obekant i Europas konkurrensrätt vid den här tiden, förutom i Tyskland.²⁷

Paradigmskiftet i Europa som den nya konkurrensrätten innebar i och med Parisfördragets stiftande kan i stor utsträckning påstås vara politiskt triggat av bland annat Frankrike som ville ha en del av den då tyskdominerade kol- och stålmarknaden, men även av USA som gärna ville inkludera konkurrensbestämmelser i Parisfördraget för att undvika en framtida europeisk kartell inom sektorn i fråga. USA:s inblandning i stiftningsprocessen doldes emellertid i så stor utsträckning som möjligt eftersom det ansågs kunna påverka fördragsparterna negativt.

Den förbudsbaseade principen accepterades av den orsaken att den till största del skulle inverka på tysk ekonomi. Emellertid var Tyskland även det land som var mest bekant med denna, eftersom den allierade ockupationsmakterna hade infört en tillfällig rättsordning efter krigsslutet, vilken också den innehöll konkurrensbestämmelser av liknande slag. Att Tyskland i sin tur ställde sig positiv till Parisfördragets införande och dess konkurrensbestämmelser kan delvis förklaras med att det administrativa ansvaret över kol- och stålindustrin skulle återfås.²⁸

Som en uppföljare till EKSG upprättades den Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) i och med stiftandet av Romfördraget år 1957. Freiburgskolans influenser var inte försumbara i det nästa steg mot ett enat Europa och en ekonomisk gemenskap. Den största anledningen till detta var att Tyskland var det land som hade störst kunskap och erfarenhet av konkurrensrätt och gick därför vinnande ur förhandlingarna mot de övriga medlemsländer som ville se en svagare ställning av konkurrensrätten. De tyska representanterna vid förhandlingarna om Romfördraget stödde nästan uteslutande ordoliberal ideal och kunde bidra med en omfattande konkurrensrättslig kunskap, vilket fördragsparterna antagligen fick erfaras. Precis som vid förhandlingarna av Parisfördraget hade den tyske representanten varit en anhängare av ordoliberalismen.²⁹

²⁶ På uppdrag av Jean Monnet, Frankrikes utvecklingskommissionär som även var den som utarbetade Schumanplanen.

²⁷ D. J. Gerber (2001), s. 337ff.

²⁸ A.W. Lovette, The United States and the Schuman Plan. A Study in French Diplomacy 1950-1952, The Historical Journal, Vol. 39 nr. 2, 1996, Cambridge University Press, s. 453.

²⁹ D.J. Gerber (2001), s. 331f.

Fördraget kom att symbolisera den ekonomiska konstitution som ordoliberalismen höll som ideal, där det konkurrensrättsliga systemet var fundamentalt för att uppnå en fri och gemensam marknad. Konkurrensrätten nämndes i ingressen till Romfördraget och förankrades dessutom i den dåvarande versionen av de grundläggande fördragsartiklarna 2 och 3 EGF som skulle läsas tillsammans med de mer detaljerade konkurrensartiklarna, artiklarna 85 och 86 EGF (dagens artiklar 101 och 102 FEUF, vilka är oförändrade förutom omnumreringen). Tillsammans utgjorde dem de fyra friheterna på marknaden för privata aktörer.³⁰

Artikel 2 EGF angav de huvudsakliga målen i gemenskapen: en ekonomisk integration och en gemensam marknad, medan artikel 3(f) EGF stadgade att delmålen skulle uppnås genom en konkurrensrättslig ordning.

Precis som den tyska konkurrenslagstiftningen GWB, även den från år 1957, innehöll Romfördragets artikel 85 förbud mot karteller, samt förbud mot missbruk av dominerande ställning i artikel 86 EGF³¹. Romfördragets likhet med GWB och Parisfördragets artikelutformning vittnar om ett tyskt arv, med ett betydande inflytande av ordoliberaler. Det är uppenbart att tyskarna hade sin egen lagstiftning i åtanke under Messinadebatterna som hölls inför stiftandet av Romfördraget.

Förhandlingarna som föregick Romfördraget kan egentligen sägas ha resulterat i en kompromiss mellan de medlemsländer -där Frankrike var mest framträdande å ena sidan- som ville ge den europeiska konkurrensrätten en mer administrativ och därmed marginell roll och Tyskland -å andra sidan- som i ordoliberal anda ansåg att en mer konstitutionell tyngd skulle ges. De tyska delegaternas förhandlingsskicklighet gav resultat. Bland annat lyckades de införa förbudet mot karteller och missbruk av dominerande ställning, något som möjligtvis hade utelämnats om det inte vore för ordoliberal påtryckningar. En ytterligare bedrift var att utforma konkurrensartiklarna att bli mer detaljerade och preciserade jämfört med Parisfördraget.³² Strategiskt nog formulerades artiklarna tillräckligt öppet för att möjliggöra en teleologisk tolkning och en viss flexibilitet i tillämpningen. Emellertid bidrog de generella formuleringarna till att rättsosäkerheten ökade, något som kritiker har lastat ordoliberalismen för. En för snäv lagstiftning hade å andra sidan lätt kunnat bli oapplicerbar, vilket hade kunnat hindra utvecklingen av den unga gemenskapen. Det gällde att inte sätta tvångströja på fördragsparterna när ett förtroende för Romfördraget nu skulle byggas.

Det fanns inga ytterligare dokument som gick in på hur konkurrensartiklarna skulle tillämpas utan tanken var att genom praxis utveckla ett ramverk av lagar och förordningar. När artiklarna inte gav

³⁰ Alberto Pera, Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law, European Competition Journal, 4.1 (2008), s.146 f.

³¹ Stiftningsprocessen till GWB pågick i närmare tio år där flertalet inblandade var ordoliberaler. Redan 1949 lades det första utkastet fram till GWB, det så kallade Jostenutkastet.

³² D.J. Gerber (2001), s. 342f.

klarhet nog, sökte domstolen istället guidning hos de grundläggande målen i fördraget, vilkas funktion som normer öppnade för en vidare tolkning. I rättsfallet *Continental Can*³³ gör domstolen just detta för att kunna tillämpa ett förbud mot företagskoncentrationer, när de läser artikel 86 EGF i ljuset av artikel 3 EGF.

3.5 Domstolens roll och utövande

Den närmast mekaniska synen på avtalsbedömningar rådde även hos domstolen i gemenskapens unga år. Ett avtals resursallokering och ekonomiska effekt på marknaden var underordnat gemenskapens huvudsakliga fokus; marknadsintegrationen. Ordoliberalismen bidrog aldrig med någon analysmodell för hur avtal skulle bedömas, utan den hämtades istället från Harvardskolan dryga två årtionden efter Romfördragets stiftande. Passande nog präglades denna av en empirisk teori med en formalistisk beslutsprocess, där marknadsstrukturen ansågs som avgörande för marknads effektivitet.³⁴

Doktrinen om kontraktsfrihet *-freedom of action-*, som var kännetecknande för ordoliberalismen, gick att tolka som särskilt framträdande i både kommissionens och domstolens utgångspunkt för sina resonemang i avtalsbedömningar. Domstolen var konsekvent i sin attityd (om än inte i sin argumentation) mot begränsningar av gränsöverskridande handel orsakat av privata krafter och såg till att konkurrensrätten innehade rollen som pådrivande kraft i upprättandet av marknadsintegrationen. Detta var en del av ett medvetet drag för att stärka sin betydelse mot kommissionen som egentligen var den centrala institutionen för konkurrensen i gemenskapen.

Territoriella begränsningar var ett beteende som i synnerhet ansågs som ett hot mot en enad europeisk marknad. En av de största riskerna mot marknadsintegrationen ansågs vertikala avtal utgöra och liten skillnad gjordes mellan dessa och horisontella avtal. Det kan ifrågasättas ur ordoliberal synpunkt varför inte principen om kontraktsfrihet omfattade skyddet av vertikala avtal, eftersom rimligtvis även parter med vertikala förhållanden borde omfattas av avtalsfrihet.

I Euckens *fullkomliga konkurrens* låg fullkomligheten i att den effektiva marknaden inte innehöll parter som med tvång kunde påverka någon annans beteende. Även om geografiska inskränkningar kunde ske frivilligt vid vertikala avtal sågs marknadsuppdelning som en omöjlighet i den gränsfria marknaden som skulle upprättas. Vertikala avtal förblev länge en käpphäst i debatten om konkurrensrätten, även om lättnader infördes genom gruppundantag för till exempel franchiseavtal.

³³ Mål 6/72, Europemballage Corporation v. Commission [1973] ECR 215 (Continental Can).

³⁴ Teorin om Structure-Conduct-Performance. Mer om denna i samband med avsnittet om Harvardskolan.

I avtalstolkningarna förde domstolen ofta vida resonemang, till sin egen fördel, för att inte begränsa sig själv eller kommissionen i strävan att upprätta praxis. Detta gynnade kommissionen i sitt utövande gentemot de nationella konkurrensmyndigheterna, något domstolen i sin tur ansåg som en av nödvändigheterna för att uppnå integrationsmålet. Uniformitet i hela unionen var viktig och det fanns inget utrymme för diskrepans från nationella intressen. Det är möjligt att hävda att det i början förelåg en ömsesidig respekt och en viss beroendeställning mellan domstolen och kommissionen, något som var avgörande för uppkomsten av grundläggande rättsprinciper genom praxis.³⁵

3.6 Consten/Grundig i ljuset av ordoliberalismen

Ett av de viktigaste rättsfallen som demonstrerar vikten av integrationsmålet är det flitigt citerade Consten/Grundig, där domstolen går på kommissionens linje. Bakgrunden är ett exklusivt återförsäljaravtal där domstolen hade att bedöma om Constens absoluta territoriella skydd snedvred konkurrensen, eller var berättigat för att kunna etablera Grundigs produkter på den franska marknaden.³⁶ Domstolen gjorde den bedömningen att marknadsintegrationen var det främsta målet, som skulle prioriteras före ekonomisk effektivitet och tog således en formalistisk angreppslinje mot det vertikala avtalet i fråga. Domstolen lade tyngdpunkten på den konstitutionellt förankrade principen om gränsfri handel och utförde en formalistisk tolkning *ex post*, utan att beakta de ekonomiska effekterna av avtalet.

”Vid tillämpning av artikel 85.1 behöver de faktiska verkningarna av ett avtal beaktas om ett avtals syfte är att begränsa, hindra eller snedvrیدا konkurrensen. Det faktum att det beslut som överklagas inte innehåller någon som helst analys av avtalets verkningar på konkurrensen mellan likartade varor av olika märken kan i sig inte innebära något fel i beslutet”.³⁷

I domen går att utläsa den ordoliberala normen om en fri marknad i det att principen om *freedom of action* får företräde före argumentet om ekonomiska marknadseffekter, exempelvis i detta fall möjliggörandet av Grundigs marknadsetablering. Sett från ett ordoliberalt håll går det emellertid att väga integrationsmålet mot möjligheten till etableringen på en ny marknad: det *långsiktiga* respektive det *kortsiktiga* målet. Anledningen till att intresset för marknadseffekter kom i andra hand berodde bland annat på att de utgjorde ett hot mot de mindre och skyddsvärda småföretagarna,

³⁵ D.J. Gerber, the Transformation of European Community Competition Law, Harvard International Law Journal, Vol. 35, Jan. 1994, s. 109.

³⁶ Giocoli, s. 780.

³⁷ Mål 56 och 58/64 Établissements Consten S.A. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen, REG 1996, s. 299.

vars handlingsfrihet annars skulle begränsas och därmed inte få åtnjuta principen om *freedom of action* fullt ut. Det var inte bara en aktör som skulle få åtnjuta handlingsfrihet.

Alberto Pera menar emellertid att domstolens fokus på marknadsintegration inte var ett arv från en ordoliberal strukturalism. Detta eftersom en öppning till en vidare ekonomiska tolkning redan hade skapats genom rättsfallet *Société Technique Minière*³⁸ (hädanefter STM) från samma år. Där präglades analysen, som var utförd *ex ante*, av avtalets legala och ekonomiska kontext, istället för av formalism, vilket visade att det visst fanns utrymme för ett ekonomiskt resonemang hos domstolen och att en exklusivitetsklausul som den i Consten/Grundig inte nödvändigtvis stod i strid med artikel 85(1) EGF. Domstolen var således medveten om att bristfälliga analyser var skadligt för konkurrensrätten, vilket även bekräftades i domen av *Walt Wilhem*³⁹.

Enligt Pera var STM ett bevis på att ordoliberalismen mycket väl var öppen för ekonomiska analyser och att domstolen inte var helt uppslukad av marknadsintegrationen. Pera anser istället att formalismen som ofta klandrat domstolen och kommissionen var ett resultat av i huvudsak två parametrar; integrationsmålet i kombination med oron för en marknadssegmentering orsakad av vertikala avtal. Domstolen har i senare fall⁴⁰ också bekräftat ett visst utrymme för en ekonomisk analys, till skillnad från kommissionen som inte visat samma benägenhet.⁴¹

Det ordoliberal paradigmet om den ekonomiska friheten som grundsats för konkurrensrätten kan för den sakens skull ha påverkat domstolen och kommissionen att förhålla sig rent instrumentellt till konkurrensen i relation till de definierande målen i artikel 2 samt 3 EGF. Den europeiska konkurrensrätten kritiserades ofta från amerikanskt håll för att inte skydda konkurrensen utan istället *konkurrenterna* i och med de knapphända ekonomiska analyserna. Det var marknadsstrukturens uppbyggnad som ansågs ha störst inverkan på hur konkurrensprocessen utvecklades och det fanns en rädsla för företag som hade en alltför dominerande position. Samma oro delades visserligen av Harvardskolan, men dessa idéer hade till stor del redan övergivits under 1970-talet i USA för Chicagoskolans marknadsteorier vilka förkastade en statlig intervention på marknaden och istället förespråkade ett marknadsklimat inspirerat av *laissez-faire*.

3.7 Continental Can

I *Continental Can*⁴² visade domstolen hur långt den var villig att gå för att uppnå målet om marknadsintegration och för att skydda

³⁸ Mål 56/65 *Société La Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR s. 235.

³⁹ Mål 14/68 *Walt Wilhem v. Bundeskartellamt* ECR, 1969.

⁴⁰ Mål 23/67 *Brasserie De Haecht v. Wilkin* [1967] ECR I-407, Mål 234/89 *Delimitis v. Hanninger Bräu* [1991] ECR I-935.

⁴¹ A. Pera, s. 158.

⁴² Mål 6/72, (*Continental Can*).

konkurrensprocessen i Europa. Domstolen tillämpade en teleologisk tolkning av artikel 86 EGF för att också innefatta sammanslagningar, trots att lagtexten inte innehöll ett sådant förbud.

”Artikel 86 innehåller inte samma uttryckliga bestämmelse, därför att det enligt den ordning som inrättats för företag i dominerande ställning i denna artikel, i motsats till artikel 85.3, inte ges några undantag till förbudet. En sådan ordning innebär en förpliktelse att iaktta fördragets grundläggande mål, särskilt dem som anges i artikel 3 f, vilket följer av den tvingande skyldighet som knutits till dessa mål.”

En sådan vidsträckt omfattning av artikel 86 EGF riskerade att urholkade konkurrensrätten rent juridiskt- vilket också sedermera kom att hända. Även om konkurrensartiklarnas vida formulering var menad att utgöra just ett ramverk, går det att ifrågasätta hur långt ett behov kan rättfärdiga en teleologisk tolkning. *Metro*⁴³ följde samma anda av målorienterade agenda där måttstocken av en fungerande konkurrens var vad som var nödvändigt för att uppnå målen i Romfördraget.⁴⁴

3.8 Kommissionens roll

Det ordoliberal inflytandet var påtagligt i vad som skulle bli det viktigaste organet för gemenskapens genomförande av en konkurrensrätt: kommissionen. Dess förste ordförande var samme man som varit nyckelperson för den tyska delegationen vid förhandlingarna av Parisfördraget, juristen Walter Hallstein. Under Hallsteins administration tillsattes som den första konkurrenskommissionären, även han tysk, Hans von der Groeben. Vidare stod Generaldirektoratet för konkurrens⁴⁵ (fortsättningsvis endast: DG), vanligtvis under tysk ledning. Att ordoliberala värden därför blev en naturlig del i kommissionens framtoning tedde sig alltså som närmast ofrånkomligt.⁴⁶

Kommissionens roll i konkurrensrätten var till en början inte självklar, utan utstakade sig först fem år efter Romfördragets stiftande. Spörsmålet var bland annat vilken slags juridisk status Romfördraget och dess konkurrensartiklar skulle få och vilken institution som skulle ansvara för tillämpningen av konkurrensrätten i gemenskapen. Det var den tyske professorn Arvid Deringer vars rapport och analys av tre

⁴³ 26/76 *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co KG v. Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1977, s. 00431.

⁴⁴ A. Jones, Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implication for EC competition law, *The Antitrust Bulletin*: Winter 2008; 53, 4, s. 936.

⁴⁵ Dåvarande General Directorate IV.

⁴⁶ D.J. Gerber, Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the 'new' Europe, 42, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, (Jan. 1994a), s. 68, 71ff.

implementeringsförslag av artikel 101 och 102 FEUF som sedermera skulle bringa klarhet i saken, efter långdragna debatter.⁴⁷

Det tyska anbudet som bar tydliga ordoliberala förtecken, förespråkade en konstitutionell status av fördraget och att konkurrensartiklarna snarare skulle tillämpas som implementerbara lagar i gemenskapen än som riktlinjer eller rekommendationer för kommissionens beslutsfattning. En del medlemsstater var motsträviga till en centralisering av konkurrensrätten och ville inte ge fördraget för hög status. Efter förhandlingar antogs det tyska förslaget i Deringers rapport, vilket mynnade ut i Förordning 17/62.

I och med förordningen centraliserades verkställigheten av konkurrensrätten kring kommissionen och DG. Kommissionen var det närmsta en oberoende konkurrensmyndighet som det gick att komma det ordoliberalade idealet. Den kunde ikläda sig rollen som utredande, åklagande och dömande makt, med EU-domstolen som den enda granskande myndigheten. Inget annat generaldirektorat kom att åtnjuta självständighet i samma utsträckning som DG. Enligt förslaget fick kommissionen också ensamrätt att tillämpa dispensmöjligheten i artikel 101(3) FEUF.⁴⁸

3.9 Kommissionens utövande

Förordning 17/62 kom att fastslå den procedurrella och strukturella ramen för kommissionens utövande med makten på behörigt avstånd från direkta nationella politiska intressen, något som bar tydliga drag av ordoliberalismen. Med förordningen fick den ordoliberalade förbudsapproachen genomslag med preventiva kontroller, samt det anmälningssystem som den möjliga avtalsdispensen i artikel 101(3) FEUF innebar. Enligt Giocoli kan artikeln ses som ett spår av ordoliberalismen i det att det föreligger kommissionen en kompetens att bevilja dispens, men som starkt begränsas av de i artikeln uppställda kraven. Återigen ett uttryck för en konstitutionell styrning där godtyckliga intressen skulle hållas på avstånd.⁴⁹

Förordningen initierade en formalistisk kultur som skulle prägla kommissionens bedömningar i ärenden, något som till stor del skulle upprätthållas, ända fram till en ersättande förordning⁵⁰ aktualiserades i moderniseringsprocessen under 1990-talet. Merparten av 1960-talet engagerade sig kommissionen åt integrationsprocessen och gjorde till en början inga större utsvävningar i konkurrensrättens utveckling med rädsla för att förlora förtroendet från medlemsländerna. Av den anledningen utvecklades,

⁴⁷ Tyskland, Nederländerna och Frankrike gav varsitt tolkningsförslag av hur artikel 85 och 86 EGF (nuvarande artiklar 101 och 102 FEUF) skulle tillämpas. Intressant nog uppvisar Frankrikes förslag likheter med funktionen av dagens artikel 101 FEUF, efter att anmälningssystemet avskaffades.

⁴⁸ En exklusiv kompetens som skulle visa sig problematisk, i fråga om de nationella konkurrensmyndigheternas möjlighet att tillämpa rimlighetsprincipen *rule of reason*.

⁴⁹ N. Giocoli, s. 778.

⁵⁰ Reg. 1/03, [2003] OJ L1/1.

som nämnts tidigare, en slags beroendeställning till domstolen och dess agerande, eftersom den uppfattades som politiskt neutral och därför var lättare att söka stöd hos.⁵¹

1970-talet blev det årtionde kommissionen fick sitt strikta synsätt ifrågasatt av såväl affärslivet som domstolen. Det fanns nu ett ökande politiskt tryck som menade att bland annat ekonomiska kortsiktiga mål var nödvändiga i kommissionens konkurrenspolicy för att klara en allt tuffare global konkurrens.

Det gick så småningom upp för kommissionen att den snäva synen på vad som utgjorde konkurrensbegränsningar riskerade att göra större skada än nytta. Ett flertal gruppundantag som var direkt tillämpliga i den nationella domstolarna tillkom under årens gång för att avlasta den ökande arbetsbörda som det rådande anmälningssystemet från förordning 17/62 genererade. På så sätt bibehölls strukturen utan att en systemförändring krävdes. De anklagades jämväl för att vara formalistiska i sin utformning, där tillåtna respektive icke tillåtna avtalsvillkor listades svart på vitt. Kritikerna liknade gruppundantagen vid rena tvångströjor. Det närmsta en ekonomisk tolkning domstolen skulle komma, med vissa undantag från 1980-talets mitt och framåt, var genom att referera till ”den ekonomiska kontext” ett avtal kunde ses i.⁵²

⁵¹ D.J. Gerber, s. 352 f. (2001).

⁵² Georges Vallindas, European Law Journal, New Directions in EC Competition Law, Vol. 12, Sept. 2006, s. 639.

4 Influenser från antitrust law

4.1 Oenigheten om antitrust laws inverkan av tillkomsten av GWB

Det har redogjorts för ordoliberalernas betydelse för återuppbyggnaden av en tysk stat, men även för deras roll under kommissionens och gemenskapens första år. Därför är det av värde att diskutera ett annat påstått bakomliggande element: amerikansk antitrust law. Det finns en uppfattning att den amerikanska ockupationsmakten gjort märkbara avtryck i tysk konkurrensrätt och därigenom också i europeisk konkurrensrätt.

David Gerber och Nicola Giocoli är av den åsikten att amerikaniseringen av den europeiska, såväl som den tyska konkurrensrätten överdrivits eller i vart fall har missuppfattats och att det i egentligen mening genomfördes ett slags kompromiss mellan ordoliberalismen och amerikansk antitrust law. Eftersom rättsteorierna till mångt och mycket var kompatibla med varandra menar Gerber att amerikansk antitrust law, på ordoliberalismens bekostnad, fått ett större erkännande som en betydande influens för grundtanken bakom Romfördraget såväl som för kommissionens utövande.

Den tillfälliga lagstiftningen som infördes i Tyskland efter kriget baserades på amerikansk lagstiftning och siktade på att dekartellisera och demokratisera landet. Marknadsklimatet som hade berett Hitler en enkel väg till makt och pengar hade närt karteller och oligopol och de allierade hade ingen intention att lämna landet med liknande förutsättningar bakom sig. Ekonomisk stabilitet var essentiell och företagskoncentrationer och karteller skulle hållas under kontroll. Vidare var utvecklingen av en fri marknad symboliskt viktig när spänningarna med Sovjet utvecklades och det kalla kriget splittrade Europa mellan öst och väst. Att ledande poster i Tyskland hade säkrats åt de som låg ideologiskt närmast amerikanerna själva var ett strategiskt och viktigt drag för en ”västlig” marknadsevolution inte bara i Tyskland utan i Europa som helhet.

Dekartelleringslagarna gällde som övergångslagstiftning ända till tyskarna själva fick sin egen konkurrenslagstiftning GWB år 1958.

Missuppfattningen ligger enligt Gerber i det att den sistnämnda i stort baserats på antitrust law, något som förringar ordoliberalismens relevans i rättshistorien. Det var aldrig i fråga om rena lån eftersom ramverket och idéerna hade sitt ursprung ifrån Freiburgskolan och vidare kunde aldrig den tillfälliga lagstiftningen mäta sig rent detaljmässigt med GWB.

De allierade fanns med i bakgrunden under i stort sett hela processen för att understödja ordoliberalerna. Ett exempel på förenligheten mellan ordoliberalismen och de allierade (den amerikanska ockupationsmakten särskilt) kan ges i fråga om de mångåriga diskussionerna av de åtskilliga

utkast till vad som skulle bli GWB. Förhandlingarna bestod i princip av två huvudsakliga parter: den konservativa falangen samt representanter ifrån industrinäringen och på den andra sidan de som delade ordoliberalernas ideal. Som känt tänkte de allierade inte överlämna makten förrän Tyskland hade en fungerande konkurrenslagstiftning, vilket i deras ögon var en lag innehållande ett kartellförbud. Uppfattningen delades av ordoliberalerna så de amerikanska befattningshavarna kunde snarare agera som stöd åt ordoliberalerna än att aktiva driva debatten framåt.

Blotta behovet av att dekartellisera Tyskland och införa ett stabilt ekonomiskt skick går inte att använda som grund för att antitrust law skulle ha legat till grund för GWB. En drivande tysk opinion om en egen konkurrensakt kan inte försummas. Det går måhända inte att neka till att dekartelleringslagarna påverkade marknadsstrukturen eller marknadsaktörernas agerande men det faktum att förändringen även kan ha påverkats av det politiska skiftet gör att det är svårt att göra en uppskattning av antitrust laws direkta effekt. Gerber menar att dekartelleringslagarna spelade en försumbar inverkan på stiftningsprocessen av GWB som i jämförelse var mer raffinerad. Dessutom var den förbudsbaserade principen inget nytt begrepp för tyskarna som genom ordoliberalerna sedan tidigare var bekant med denna.⁵³

Det vore därför felaktigt att säga att antitrust law inspirerade GWB. Gerber menar att idén om en utvecklad konkurrensmodell redan fanns etablerade i Tyskland och inte kopierades från dekartelleringslagarna.

4.2 Influenser i Paris- och Romfördragets konkurrensartiklar

Parisfördragets konkurrensartiklar var förebilden för Romfördragets och det ligger därför i sakens natur att undersöka bakgrunden. Detta till trots att artiklarna tillämpades i en tämlig blygsam utsträckning och därför gjorde få avtryck under Parisfördragets första år.

I stiftningsprocessen av Parisfördraget hade USA ett direkt och på samma gång anonymt inflytande. Förklaringen till USA:s delaktighet var rädslan för att en europeisk kartellbildning skulle uppstå utan konkurrensregler över Europas kol- och stålindustrier. Till saken hörde även att USA hade investerat hundratals miljoner dollar och även lånat ut avsevärda summor för att åter få Europa på fötter. En av nyckelfigurena, Jean Monnet, var inte bara en viktig förutsättning för att samla de allierade krafterna mot Hitler under andra världskriget, men även för att få till stånd kol- och stålunionen i krigets spillror. Monnet som egentligen var affärsman utnyttjade sina kontakter, däribland amerikanska, för att snabbt få till stånd konkurrensartiklar i det nya fördraget som kunde godtas utan långdragna

⁵³ D.J. Gerber (2001), s. 271 ff.

debatter. Därför fick amerikanen Robert Bowie i uppdrag att bakom mer eller mindre lyckta dörrar ta fram utkastet till de blivande artiklarna 65 och 66 EKSG. Amerikanerna var följaktligen aldrig med i några förhandlingar, men satt tillsammans med Monnet i Washington och utarbetade fundamentet till artiklarna. Med anledning av att mycket skedde i det dolda är det svårt att få en exakt bild av hur skapandeprocessen såg ut, men klart är att den utvecklats av en idéutbytande grupp bestående av både amerikaner och européer. Innan slutprodukten sedan kunde presenteras var det Maurice Lagranges⁵⁴ uppgift att bearbeta texten till ett europeiskt ”språkbruk”, vilket indikerar om hur känslig en amerikansk involvering var för de inblandade fördragsparterna.⁵⁵

Textmässigt skiljer sig inte Parisfördraget mycket ifrån det senare Romfördraget. Bortses från Tyskland så innebar förbudsbaseringen i artikel 65 EKSG något nytt för den nationella konkurrensrätten i Europa.

”Parisfördraget, Artikel 65

1. Överenskommelser mellan företag beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som är ägnade att inom den gemensamma marknaden direkt eller indirekt förhindra inskränka eller snedvrída den normala konkurrensen är förbjudna särskilt sådana som består i att:

- a) fastställa eller bestämma priser
- b) inskränka eller kontrollera produktion teknisk utveckling eller investeringar
- c) dela upp marknader produkter kunder eller försörjningskällor.”

Vidden av avtalsförbudet sågs som en aning kontroversiell i förhållande till den missbruksprincip som var mer bekant vid den här tiden. Gerber menar emellertid att artikeln godtogs utan svårlösta debatter och påtryckningar från amerikanskt håll, vars medverkan som nämnts hölls hemlig. En möjlig förklaring till medgörligheten kan enligt Gerber ha berott på att den part som till störst del skulle beröras av det nya kartellförbudet, Tyskland, utgjordes av ordoliberaler vilka välkomnade idén av en förbudsbaserad lag.⁵⁶

Artikel 66 EKSG reglerade företagskoncentrationer och marknadsmissbruk. Amerikanska erfarenheter var en viktig komponent för tillkomsten av en reglering över just samgåenden av företag, eftersom kunskapen av rättsområdet var begränsat i Europa. I Romfördraget kom dock denna del att strykas. Den del av artikeln som reglerar företagskoncentrationer utformades i vaga ordalag och lämnade stor handlingsfrihet till kommissionen. Giocoli gör en intressant jämförelse mellan Sherman Acts ordval av vad som utgör ett dominerande marknadsinflytande (*excessive*) och den som lagstiftarna valde till artikel 66 EKSG (*unreasonable*), och drar

⁵⁴ Maurice Lagrange skulle senare bli den första generaladvokaten i EU-kommissionen.

⁵⁵ D.J. Gerber (2001), s. 337ff.

⁵⁶ Ibid, s. 340.

slutsatsen att oavsett skillnaden verkar de efter en snarlik mild förbudsapproach. Trots Lagranges bearbetning av fördragstexten går det därför inte att bortse från möjligheten att likheterna kan ha sitt ursprung ifrån antitrust law.⁵⁷

Med Romfördraget blev artikel 86 EGF mer detaljerat utformad än sin föregångare artikel 66 EKSG. Pera menar att den nya skepnaden gick att förstå som ett arv från ordoliberalismen snarare än från antitrust law, eftersom förbudet till mesta dels tog sikte på ett exploaterande marknadsmissbruk som påverkade konsumenten, istället för exkluderande missbruk som i antitrust law⁵⁸. Pera får medhåll av Giocoli som menar att medan det inte råder någon tvekan om att kartellförbudet bar amerikanska förtecken, så var förbudet om marknadsmissbruk, en ordoliberal produkt.⁵⁹

Något som ytterligare talar emot antitrust laws inverkan menar Giocoli är den nämnda avsaknad av en specifik bestämmelse för företagsfusioner i artikel 86 EGF. Inte förrän 1989 skulle en liknande bestämmelse aktualiseras igen, efter ett införande av en ny förordning. Giocolis argument är att om antitrust law haft det inflytande många vill tro vore det en självklarhet att bestämmelsen inte plockades bort från Romfördraget.⁶⁰

Oavsett argumenten för och emot antitrust laws inflytande i fördragstexten, kvarstår det faktum att utkastet togs fram av erfarna amerikanska jurister. Det går heller inte att förbise att förenligheten med ordoliberal värderingar underlättade för en snabb beslutsprocess, men antitrust law kan med säkerhet tillskrivas en substantiell roll till utformningen av konkurrensartiklarna.

4.3 Harvardskolans influenser

Ännu en betydande influens var Harvardskolan som delade många ideologiska likheter med ordoliberalismen och kommissionens konkurrensolitik. Ett antagligen omedvetet (för stiftarna) förenande drag mellan Harvardskolan och Romfördraget var principen om en ”fungerande konkurrens”. Steget till att låna Harvardskolans avtalsanalys var därför inte så stort när behovet av ekonomiska teorier i konkurrensrätten inte längre gick att bortse från. Båda förespråkade formalistiska konkurrenssystem där konkurrensmyndigheten bemyndigades att intervensera när företag riskerade att bli marknadsdominerande. Metodiken för att utvärdera ett avtals ekonomiska effekter i EU-rätten var från 1950-talet och tjugo år framåt präglad av förbud *per se* i försvar av att skapa en förutsägbar och rättsäker praxis. Harvardskolan tillförde det verktyg som skulle behjälpa kommissionen för att uppnå en gemensam europeisk marknad; Structure Conduct Performance-analysen (fortsättningsvis SCP). Genomslaget kom på

⁵⁷ N. Giocoli, s. 766

⁵⁸ A. Pera, s. 147.

⁵⁹ D.J. Gerber, (1994a), s. 75.

⁶⁰ N. Giocoli, s. 768.

1970-talet i Europa, då Chicagoskolans laissez-faire-paradigm redan hade tagit över i USA och konsumentens välfärd hade anammats som syftet med antitrust law.

4.3.1 Structure Conduct Performance

Freiburgskolan hade aldrig försett kommissionen med annat än ideologier om ”ekonomisk frihet för individen” med resultatet att det saknades ett lämpligt instrument för att på ett konsekvent sätt urskilja konkurrenshämmande avtal. Harvardskolan erbjöd därför ett tacksamt alternativ för kommissionens behov under 1960-talet av en avtalsanalys som kunde anpassas efter Romfördragets mål.

SCP-analysen stödde sig på empiriska efterforskningar om förklaringar till företags *marknadsbeteenden* och *prestationer*. Fokuset i analysen låg på själva *marknadsstrukturen* eftersom marknadsdominerande företagskoncentrationer ansågs utmana en sund konkurrens, även om konsumentgynnande effekter som till exempel prissänkningar kunde uppnås. Förutom att liten vikt fästes vid allokativ effektivitet var en utmärkande skillnad med Chicagoskolan att uppkomsten av företagskoncentrationer förklarades med inträdeshinder på marknaden. En hög företagskoncentration var enligt Harvardskolan ett tecken på en osund konkurrens där nya aktörer inte släpptes in på grund av konkurrenter med till exempel skalekonomiskt övertag.⁶¹

Systemet visade sig lämpligt för kommissionen som kunde bibehålla strukturen med en interventionalistisk konkurrensmyndighet som omfamnade småskaligt företagande. Förenbarheten med det ordoliberal paradigmet om småföretagande och individens handlingsfrihet torde ha varit en viktig omständighet som togs i beaktande. Den sociala marknadsekonomin behövde inte riskeras så länge kommissionen kunde gömma sig bakom en analys som försvarade den omfattande auktoriteten att agera efter så vidlyftiga principer som den totala välfärden och konkurrensen som ett mål i sig.

4.3.2 En ”fungerande konkurrens”

En förändring började att påkallas endast några år efter införandet av förordning 17/62 och Tyskland var i framkant vad gällde diskussionen om en flexiblare konkurrensrätt. Det var när Erhard Kantzenbach publicerade sin bok⁶² om hur konkurrensrätten skulle anpassas till en modernare marknad och de ordoliberal idealens prevalens, som debatten tog fart. En stagnerande ekonomisk utveckling hade fått kritiker, däribland Kantzenbach, att efterfråga ett konkurrenssystem som tillät företag att inta en maktposition på marknaden, för att intensifiera konkurrensen. Under

⁶¹ K. Cseres, s. 101, 102, 119.

⁶² Erhard Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des wettbewerbs*, Göttingen, (1966).

sådana förhållanden kunde innovativitet och rivaliteten trappas upp nationellt liksom internationellt.

Kantzenbach menade att Euckens fullkomliga konkurrens [*vollständiger Wettbewerb*] inte var eftersträvansvärd eller ens önskvärd ur konkurrenshänseende, utan istället var det företagskoncentrationer i form av oligopol som skulle rädda den tyska ekonomin mot en hotande global konkurrens. Teorierna var en blandning mellan sina egna och J.M. Clarks som anses vara en av de ursprungliga grundarna till teorin om en *fungerande konkurrens*.⁶³ Harvardskolan delade konceptet om denna teori, men en viktig skillnad var att Kantzenbachs konkurrensnorm i stort bestod av en enkel lärosats; att främja oligopol. Kantzenbach blev en frisk fläkt i debatten av hur en ny konkurrenspolicy skulle utvecklas i Tyskland och kom att fungera som en inspiration till utvecklingen av gemenskapsrätten. Tidpunkten efter kom kanske inte att innebära en brytpunkt med ordoliberalismen utan mer ett inslag i en nödvändig modifiering av konkurrensrätten.⁶⁴

Något som kan ses ge uttryck för denna ”infiltrering” av Harvardskolans teorier i den europeiska konkurrensrätten är domen i *Metro*⁶⁵ där domstolen menar att en fungerande konkurrens definieras i relation till hur väl huvudmålen uppnås.

”Enligt bestämmelserna i artiklarna 3 och 85 i EEG-fördraget om att konkurrensen inte får snedvridas, förutsätts att det finns en effektiv konkurrens (workable competition) på marknaden, dvs. den grad av konkurrens som är nödvändig för att de grundläggande kraven i fördraget skall uppfyllas och för att målen i fördraget skall uppnås, i synnerhet skapandet av en gemensam marknad med förhållanden som liknar dem som råder på en nationell marknad.”⁶⁶

Målet som gällde ett selektiv distributionssystem ansågs som objektivt nödvändigt eftersom den priskonkurrens som SABA sökte upprätthålla kunde leda till en ökad konkurrens på längre sikt. Domstolen tillämpade även en teleologisk tolkning och försvarade den givna dispensen av artikel 101(3) FEUF genom att arbetsmarknaden stabiliserades.⁶⁷

⁶³ Det ska sägas att Kantzenbach var mer strukturalistisk i sin syn av konkurrensrätten och Clark den vars teorier omfattade en dynamisk aspekt.

⁶⁴ D.J. Gerber, (2001), s. 299f.

⁶⁵ Mål 26/76 Metro.

⁶⁶ Ibid. s. 443, p. 20.

⁶⁷ Ibid. s. 443, p. 21, p. 43, A. Jones, (2006) s. 795.

5 'The economic approach'

5.1 En bristande avtalsanalys

Domstolen och kommissionen har inte alltid varit överens om hur mycket hänsyn som ska tas till ett avtals ekonomiska effekter. Kommissionens tillämpning av artikel 101(1) FEUF har anklagats för att vara mekanisk och inte ta i beaktande relevanta ekonomiska element i sina avtalsbedömningar. Desto större öppenhet har domstolen visat i sina avtalsanalyser som inte tagit en lika strikt ställning i vad som utgör en konkurrensbegränsning.

En av de största kritikerna av kommissionens konkurrenspolicy var amerikanen Barry E. Hawk som menade att den europeiska konkurrensrätten hade havererat tack vare förordning 17/62. Hawk förklarar misslyckandet med fem faktorer:

- Övertolkning av artikel 101(1) FEUF
- -vilket lett till rättsosäkerhet
- Ett ökande antal av gruppundantag
- Stelbenta analyser och en formalistisk approach
- Bristande insikt i vikten av relevanta ekonomiska analyser⁶⁸

I princip använde sig kommissionen av *marknadsintegration* som sitt enda kriterium i sina *formalistiska* analyser i avsaknad av en balanserad *ekonomisk* sådan inom artikel 101(1) FEUF. Detta var enligt Hawk en av de allvarligaste bristerna eftersom ett företags *marknadsandelar* borde ha varit en av grundstenarna i en konkurrensanalys, då konsumentens välfärd annars aldrig kunde tas i beaktning. Att utvärdera ett avtals (konkurrensbegränsande) marknadseffekter utan att ordentligt undersöka marknadsandelarna gör det svårt att bedöma både dess positiva och negativa resultat. Kommissionens inkonsekventa attityd av vad som ansågs utgöra ett konkurrensbegränsande avtal sågs också i många fall som ologiskt, då vissa avtal gavs dispens (som franchise-avtal), men inte andra, även om de hade liknande egenskaper.⁶⁹

Vidare utgjorde förordning 17/62 ramverket för tillämpningen av konkurrensreglerna som föreskrev att det enda sättet att söka dispens till förbudet i artikel 101(1) FEUF var genom en ansökan till kommissionen – det så kallade notifieringssystemet. Det förelåg alltså närmast en monopolställning i relation till artikel 101(3) FEUF; en bekväm position för kommissionen, eftersom domstolens praxis sällan följdes. Resultatet av

⁶⁸ Barry E. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, Common Market Law Review 32 (4), (1995).

⁶⁹ *Ibid.*, s. 975, 985.

detta blev en ökande rättsosäkerhet, då kommissionen och domstolen visade olika benägenhet för ekonomiska inslag i analyserna. Gruppundantagen som dessutom skulle reparera den uppkomna rättsosäkerheten och avlasta deras arbetsbörda var ofta inget annat än en mycket dålig kompromiss i företagets ögon, vilka många gånger fick se sina effektivitetsvinster gå om intet.

Hawk menade att kommissionen gjorde sig skyldiga till att genomföra onyanserade analyser genom att basera dem dels på målet om *marknadsintegration* och dels på det huvudsakliga skyddsobjektet (i enlighet med de ordoliberal ideal som låg bakom Romfördraget): den så kallade ”*freedom of action-doktrinen*”. Denna strategi innebar ett avsiktligt gynnade av de mindre företagen som skulle stärkas mot den växande globala marknaden, men även en del i strategin att centralisera konkurrensrätten och minska nationellt inflytande. I praktiken medförde detta formalistiska tolkningar och gav sedermera ett litet utrymme för ekonomiska argument, exempelvis huruvida ett avtal genererade positiva marknadseffekter eller inte. Syftet att skydda mindre företagare kan ses i ett långsiktigt perspektiv, men Hawk menade att individuella bedömningar borde ha gjorts i större utsträckning för att upptäcka om avtalet i fråga verkligen var konkurrensbegränsande eller inte. I detta sammanhang kan marknadsandelarna återigen användas som ett viktigt argument för att möjliggöra en bedömning av om ett företag är skyddsvärt.⁷⁰

5.2 Vertikala avtal

Vertikala avtal mötte i stort sett samma motstånd och skepsis ifrån kommissionen som horisontella avtal. Särskilt distributionsavtal var föremål för den förda konkurrenspolicy, men även licencavtal som riskerade att hindra parallellimport mötte ett hårt motstånd. Ett avtal med inskränkningar i handlingsfriheten för en av avtalsparterna kunde bedömas utan djupare analys som konkurrensbegränsande trots utslag av möjligt gynnsamma allokativa effekter. Den konkurrenspolicy som drevs uppfattades utifrån som aggressiv. Följden blev att företag undvek affärssuppgörelser som riskerade att fångas av förbudet och istället utformade avtal som uppfyllde kraven i de oflexibla gruppundantagen, ofta med ekonomisk förlust. Det var inte bara en fri konkurrens som skulle uppnås utan även en fri rörlighet för varor på marknaden. Oviljan att förändra ståndpunkten att vertikala avtal var annat än malign kan till stor del förklaras genom att enbart den *potentiella* risken att mellanmärkeskonkurrens kunde skadas ansågs utgöra ett hot mot parallellhandeln i gemenskapen. Kommissionen var strikt i sin attityd av territoriella begränsningar och i brist av ett ekonomiskt perspektiv skulle det dröja innan vertikala avtals positiva effekter på inommärkeskonkurrensen, allokativiteten av marknadsresurser och konsumentintressen skulle erkännas.⁷¹

⁷⁰ B. E. Hawk, s. 981.

⁷¹ A. Jones, (2008), s. 936ff.

Vertikala avtal ansågs utgöra ett minst lika allvarligt hot som horisontella avtal, även om de sistnämnda dock aldrig var i centrum för kommissionens intresse i tillnärmelsevis samma omfattning. Avtals ekonomiska legitimitet spelade liten roll när en konkurrensbegränsning utgjorde ett moment som kunde förhindra en öppen handel.⁷²

5.2.1 STM

Domstolen som i större omfattning till skillnad från kommissionen tog Romfördragets andra mål och syften i beaktande öppnade för att en avtalsanalys inom artikel 101 FEUF skulle ses i avtalets ekonomiska och juridiska *kontext* om syftet inte uppenbart var att snedvrیدا konkurrensen.⁷³ Under 1960-talet stärktes domstolens roll mot kommissionen och i rättsfallet *STM*⁷⁴, vilket rörde ett exklusivt distributionsavtal gjordes ett försök att införa en mindre formalistisk tolkning av artikel 101(1) FEUF. Domstolen uttalade i rättsfallet att avtal vars *syfte* inte var att begränsa konkurrensen skulle bedömas i förhållande till avtalets helhet, vilket innebar att den ekonomiska kontexten skulle beaktas.

”...it is necessary first to consider the precise purpose of the agreement in the economic context in which it is to be applied. The interference with competition referred to in Article 85(1) must result from all or some of the clauses of the agreement itself. When an analysis of the said clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious, the consequences of the agreement should then be considered [...] The competition must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute.”⁷⁵

STM var det första rättsfallet där domstolen gjorde en analys av marknadsstrukturen under artikel 101(1) FEUF innan avtalet i fråga bedömdes som konkurrensbegränsande.

5.2.2 Consten/Grundig

Det i uppsatsen tidigare presenterade målet *Consten/Grundig*⁷⁶ kan också tas som exempel på den ensidighet som rådde i avtalsbedömningar av vertikala avtal. Domstolen gick på kommissionens linje och ansåg att marknadsintegrationen gick före marknadssegmentering och att avtalet i fråga inte kunde berättigas under artikel 101(3) FEUF.

⁷² K. Cseres, s. 124.

⁷³ A. Jones (2008), s. 936.

⁷⁴ Mål 56/65, STM.

⁷⁵ Mål 56/65. STM., para.8.

⁷⁶ Mål 56 & 58/64, Consten/Grundig.

”Även om konkurrensen mellan tillverkare i allmänhet är mer märkbar än konkurrensen mellan återförsäljare för samma märke innebär detta inte att ett avtal som syftar till att begränsa konkurrensen mellan återförsäljarna skulle undgå att träffas av förbudet i artikel 85.1 bara därför att det skulle kunna öka konkurrensen mellan tillverkarna. Vid tillämpningen av artikel 85.1 behöver de faktiska verkningarna av ett avtal inte beaktas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen.”⁷⁷

Uppfattning var att även om avtalet kunde öka konkurrensen mellan tillverkare var själva begränsningen av inommärkeskonkurrensen ett tillräckligt starkt argument för att avtalet skulle finnas lagstridigt. Den bedömning som gjordes bortsåg ifrån positiva ekonomiska effekter och förstärkte den rigida linje som kommissionen drev mot vertikala avtal. *Consten/Grundig* satte därmed ett definitivt stopp för en marknadssegmentering som gick över nationella gränser. Att argumentet om en tillämpning av en ekonomisk rimlighetsanalys i form av en amerikansk version av *rule of reason* inte godtogs av domstolen kan emellertid tolkas som ett uttryck för att en oinskränkt geografisk marknadsindelning inte uppvägde de ekonomiska fördelarna (Grundigs marknadspenetration), snarare än att en ekonomisk analys i artikel 101(1) FEUF förkastades⁷⁸. Vidare hade det med tanke på gemenskapens få år på nacken framstått som paradoxalt om domstolen godkände en marknadsisolering av Frankrike. Med några få undantag kom domstolen att i stort vidhålla ståndpunkten att vertikala avtal borde bedömas i ljuset av den ekonomiska kontexten.⁷⁹

5.3 Vertikala avtal i ljuset av den parallella utvecklingen i antitrust law

Den ekonomiska utvecklingen i USA föregick den i Europa även om strukturalism fram till 1970-talet även var vanligt i antitrust law. Vertikala prisbindningar var efter avgörandet i *Dr. Miles*⁸⁰ år 1911 fram till 1950-talet förbjudna *per se*. Inte förrän år 1963 skulle Supreme Court för första gången utröna huruvida vertikala territoriella avtalsbegränsningar var lagstridiga i målet *White Motor*⁸¹. I domen till det sistnämnda målet hade domstolen en mer överseende attityd eftersom erfarenheterna dittills varit bristfälliga. En analys enligt *rule of reason* ansågs vara lämpligast för att fastställa om ett avtal var konkurrensbegränsande istället för att tillämpa ett förbud *per se*. Endast fyra år efter fallet vände diskursen åter igen och attityden var att

⁷⁷ Ibid, s. 289.

⁷⁸ Förstainstansrätten förtydligar i domen till *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission* att domstolen i *Consten/Grundig* inte menar att vertikala avtal ska avfärdas endast på den grund att det har som syfte [object] att begränsa konkurrensen, utan istället ska bedömas efter en skälighetsbedömning.

⁷⁹ K. Cseres, s. 124f.

⁸⁰ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Son Co* (1911).

⁸¹ *White Motor Co. v. U.S.*, 372 U.S. 253 (1963).

vertikala avtal skulle falla tillbaka under ett förbud *per se*. Supreme Courts negativa hållning förblev oförändrad i nära två decennium, innan utvecklingen kom att vända.

5.3.1 Rule of reason

Chicagoskolan hade på 1970-talet börjat få genomslag i USA som till skillnad från den tidigare förhärskande Harvardskolan avfärdade vertikala avtals negativa effekt på konkurrensen. I Europa klamrade sig kommissionen fortfarande fast vid Harvardskolans oflexibla analyser. Rättsutvecklingen i antitrust law är icke desto mindre intressant i en komparativ mening.

5.3.2 Förespråkare av vertikala avtals positiva effekter

En av de mest välkända kritikerna av det tidigare *per se*-förbudet i USA var professorn och domaren Robert Bork. Fostrad av Chicagoskolan ansåg Bork att det i realiteten inte fanns några belägg för att vertikala avtal kunde innebära negativa effekter för konsumenterna, utan snarare tvärtom: en producents intressen sammanföll inte bara i slutändan med konsumentens utan också ökade konkurrensen. Utan möjligheten till konkurrensbegränsande avtalsklausuler skulle det inte finnas incitament för producenter att göra investeringar för tilläggstjänster eller reklam för sina produkter: det så kallade *free rider-problemet*. Den ekonomiska effektiviteten var essentiell för konkurrensrätten och därför ansågs inte avtalsbegränsningar som omotiverade om de resulterade i en ökad konsumentnytta. Bork menade även att motviljan till vertikala avtal påverkades av den negativa klangen av själva ordet ”begränsning” [vertical restraint].⁸²

Bland de akademiker som gav stöd åt vertikala avtals benifika effekter fanns emellertid de som ändå ansåg att vertikala begränsningar skulle behandlas med stor försiktighet. Professor William S. Comanor var av den meningen att Bork överskattade konsumenterna som heterogen grupp och att det därmed innebar en risk i att tro att deras intressen alltid skulle sammanfalla med producenternas: ökad försäljning vis-à-vis konsumentnytta. Särskilt vertikala avtal beträffande redan etablerade produkter riskerade att vara skadliga för konsumenten, även om problemet, enligt Comanor, kunde åtgärdas genom ett förbud *per se* eller med en bedömning enligt ett slags *rule of reason*, där svaranden åläggs bevisbördan för att påvisa om avtalsbegränsningarna haft positiv effekt för konsumenterna. Däremot förespråkade Comanor att avtalsbegränsningar vid en marknadspenetration genererade en större konsumentnytta och därför inte behövde ifrågasättas

⁸² Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. New York: Basic Books, (1978) citerad i C. Burca s. 984.

lika hårt, (jfr. Conster/Grundig). Förutsättningen för en så korrekt bedömning som möjligt utgjordes, i Comanors mening av en genomgripande ekonomisk analys och insikten om att vertikala avtal inte alltid låg i konsumentens intresse.⁸³

5.3.3 Icke prisrelaterade begränsningar

I och med domen år 1977 i *Sylvania*⁸⁴, backade domstolen den aggressiva inställning att vertikala avtalsbegränsningar skulle förbjudas *per se*. Målet rörde sig om TV-tillverkaren Sylvania som ville begränsa sina återförsäljare till ett visst antal per område och även bestämma var dessa skulle bedriva sin verksamhet för att minska konkurrensen sinsemellan. Förhoppningarna var att med territoriella begränsningar öka mellanmärkeskonkurrensen. Tvisten mellan Sylvania och en av återförsäljarna hamnade till slut i Supreme Court. Utgången blev den att domstolen reverserade den dittills rådande *Schwinn-doktrinen*⁸⁵ vilket följaktligen betydde att icke prisrelaterade avtal skulle bedömas enligt en rimlighetsbedömning. Domen slog således fast att territoriella begränsningar i vertikala avtal skulle bedömas med hjälp av *rule of reason*. En helhetsbedömning av avtalets effekter ska tas i beaktning och är fallet så att de positiva nettoeffekterna överväger de negativa, spelar den minskade inommärkeskonkurrensen mindre roll.⁸⁶

Utgången i *Sylvania* innebar inte att alla vertikala avtal per automatik presumerades vara legitima; vinsten låg snarare i skiftet från formalistiska bedömningar till resonemang som var bättre ekonomiskt förankrade. Domens indikation att vertikala avtal hade en effektiv och gynnsam allokativ betydelse antydde också att det bakomliggande syftet med antitrust law var konsumentens välfärd, en insikt som var viktig i den fortsatta utvecklingen av attityden av RPM, vars förbud *per se* kom att bestå ännu några år.⁸⁷

5.3.4 Prisrelaterade begränsningar

Efter *Sylvania* skulle det dröja närmare två decennier innan nästa omvärdering av vertikala avtal skulle ske i målet *State Oil v. Khan*⁸⁸ och då i fråga om RPM. I fallet gjorde Supreme Court bedömningen att den restriktion i form av maximipris som oljebolaget State Oil tillämpade i sina återförsäljaravtal mot bensinstationsägaren Khan, skulle bedömas enligt *rule*

⁸³ William S. Comanor, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, (1985) Vol. 98, No. 5, Harvard Law Review, s. 990, 991.

⁸⁴ Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

⁸⁵ United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

⁸⁶ *Sylvania* (1977), s. 57f.

⁸⁷ A. Jones, (2008), s. 916f.

⁸⁸ State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates Inc., 522 U.S. 3 (1997).

of reason, eftersom begränsningen inte kunde bevisas vara skadlig i den omfattning att ett förbud *per se* var försvarbart.

Tio år senare slog Supreme Court fast i domen till *Leegin*⁸⁹ att minimipriser i RPM skulle bedömas med *rule of reason* istället för att förbjudas *per se*. De två parterna i målet var en klädaffär vid namn Kay's Kloset och tillverkaren av lädervaror Leegin. Upprinnelsen till tvisten var den återförsäljarpolicy Leegin upprättat som innebar att deras detaljister inte fick sälja under rekommenderat pris. När så uppdagades vara fallet med Kay's Kloset stoppade Leegin all vidare försäljning av varor. Kay's Kloset gick som en följd av detta till domstol och krävde Leegin på skadestånd för uteblivna inkomster. Leegin fälldes först i båda underinstanserna, men överklagade till Supreme Court, för att om möjligt få tillstånd en skälighetsbedömning som kunde ta i beaktning de positiva konkurrens effekterna avtalsbegränsningen i fråga innebar. I praktiken medför det ett ifrågasättande av hela *Dr. Miles*-doktrinen från år 1911.

Den av Supreme Court utförda bedömningen visade att argumentationen i *Dr. Miles* inte var tillräckligt underbyggd för att ge ett klart stöd för ett förbud *per se*. Utredningen visade även på att RPM i form av minimipriser kunde ge upphov till en effektiv varumärkeskonkurrens, utan att innefatta prissänkningar. Domstolen valde även att inte försvara ett förbud *per se* av rent rättsekonomiska skäl, eftersom den ekonomiska förlusten i att förlora konkurrensfrämjande avtal ansågs större. Kritikerna⁹⁰ menade emellertid att *rule of reason*-doktrinen innebar en ökande rättsosäkerhet och att domstolarnas möjlighet att göra korrekta skälighetsbedömningar skulle bli väldigt komplicerade.⁹¹

5.4 Kommissionen öppnar för en förändring

Initieringen av den processuella moderniseringsprocessen kan grovt räknas ifrån genomdrivandet av den Europeiska enhetsakten⁹² som bland annat innebar systemförändringar i beslutsprocesser men även inkluderandet av nya mål i gemenskapsrätten. Flera omständigheter pekade även på att kommissionen var tvungen att genomdriva en substantiell modernisering. För att nämna några indicium; den impopulära och interventionalistiska attityden av vertikala avtal, den ökande arbetsbördan som försvårade kommissionens arbete men även en växande kritik från marknaden och akademiker.⁹³

⁸⁹ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁹⁰ Domare Breyer motsatte sig reverseringen av *Dr. Miles* och kunde som mest sträcka sig till att modifiera ett undantag för *per se*-förbudet i de fall det rörde sig om en nyetablering på marknaden.

⁹¹ *Leegin*, s. 10, 15, A. Jones, (2008), s. 923ff.

⁹² Europeiska enhetsakten (1986).

⁹³ K. Cseres, s. 96 ff.

5.4.1 Maastrichtfördraget

I och med Maastrichtfördraget öppnade kommissionen för en mer effektbaserad tolkning vid bedömningen av konkurrensbegränsande avtal. Konsumenten och marknadseffekter fick på ett allt tydligare sätt en tyngre roll när gemenskapens mål omdefinierades. Den ekonomiska gemenskapen utvecklades till att bli en politisk union där ”ekonomi” diskuterades på en ny nivå. Det räckte inte längre att som ordoliberalerna att tala om en ekonomisk konstitution utan att nu också ge utrymme för nya teorier anpassade för en mer dynamisk marknad. Tiden innan Maastrichtfördraget hade den ekonomiska policyn varit vag och knapphändigt utformad. Den Europeiska enhetsakten var av stor betydelse och det genomgående målet var att utöka det europeiska samarbetet och förverkliga den inre marknaden innan år 1993. Med enhetsakten infördes en ny beslutsordning och nya begrepp kom även att introduceras i konkurrensrätten, bland annat konsumentskyddet.

Sammantaget ledde dessa omständigheter till en granskning som kommissionen själva satte samman 1996; Grönboken om vertikala avtal.⁹⁴ I granskningen medgavs att en intensiv mellanmärkeskonkurrens kunde resultera i fler positiva än negativa effekter, men även att kommissionen tidigare hade ägnat sig åt för knapphändiga ekonomiska analyser i artikel 101(1) FEUF. Granskningen var ett viktigt underlag för moderniseringen av vertikala avtal och den presenterade en rad möjliga alternativ för utveckla ett smidigare system för att hantera de vertikala avtalen.⁹⁵

Det första konkreta resultatet av reformen var det nya gruppundantaget⁹⁶ som till sin utformning var mindre formalistisk. Regleringen omfattade alla slags vertikala avtal vars marknadsandel inte översteg det angivna tröskelvärdet på 30% (förutom inom fordonssektorn). Däri specificerades även kriterierna för hur ett avtals negativa eller positiva effekter skulle bedömas.⁹⁷ I de åtföljande riktlinjerna⁹⁸ betonade kommissionen vikten av att ett vertikalt avtal borde bedömas i ljuset av dess ekonomiska kontext; detta med referenser till domstolens tidigare praxis. Själva riktlinjerna för vertikala avtal kom för övrigt att inspirera de tre kommande riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal.⁹⁹

I den Vitbok¹⁰⁰ som publicerades innan gruppundantagen för vertikala avtal förklarar kommissionen sina mål med moderniseringen; att stärka den ekonomiska analysens roll i konkurrensrätten och att kommissionen själv

⁹⁴ Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen 22 januari 1997.

⁹⁵ C. Bùrca, s. 986 f.

⁹⁶ Kommissionens förordning (EG) 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81(3) i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnande förfaranden.

⁹⁷ Förordning 2790/99, p. 7.

⁹⁸ Riktlinjer för vertikala begränsningar [2000] OJ C291/1.

⁹⁹ Riktlinjer för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, (2001/C 3/2).

¹⁰⁰ Vitbok om Modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, Kommissionsprogram, 99/027.

skulle förbättra sin ekonomiska kompetens. Kommissionens framtida relation till ekonomiska analyser tydliggjordes och även domstolens resonemang i rättsfallen *Pronuptia*¹⁰¹ och *Nungesser*¹⁰² erkändes; det vill säga att det existerar, om än i ett begränsat utrymme, en sammanvägning av ett avtals konkurrensgynnande eller konkurrenshämmande effekter inom artikel 81(1) EGF. En framtida dylik tillämpning skulle dock enligt kommissionen lämna artikel 81(3) EGF till att endast sättas i spel när konkurrenspolitiska mål väger tyngre än en konkurrensmässig analys. Även om tolkningsalternativet förpassas är det intressant att se kommissionen resonera kring ett slags *rule of reason*.¹⁰³

Än tydligare att kommissionen har tagit steget ifrån den traditionella tillämpningen mot en ökad ekonomisk orientering av konkurrensrätt är att generaladvokaterna för DG -ett flertal gånger- tagit ställning för att ”konkurrensen i sig inte är målet” utan endast utgör ett verktyg för att uppnå välfärd för *konsumenten* samt en effektiv resursallokering. Dessa värdegrunder skär sig med både Harvard- och Freiburgskolan som visserligen inte avfärdar vikten av en bred policy där konsumentens välfärd innefattas, men till saken hör att konkurrensrätten hos de två skolorna just uppfattades som ett verktyg och ett mål i sig. Värdeförskjutningen kan tolkas som ett steg närmare Chicagoskolan, även om en ökad ekonomisk orientering av konkurrenspolicyn inte behöver betyda annat än att ett uppmärksammat behov av en förnyelse tagits på allvar och ”lappats” med för syftet olika passande teorier. Utvecklingen har gått ifrån strukturalism mot en större öppenhet att inlemma ekonomiska teorier, därmed inte sagt att kursen är satt mot ett *laissez-faire* i Europa; uppfattningen om en effektiv konkurrens fanns redan i konkurrensrätten innan Chicagoskolans storhetstid.

Det kan avslutningsvis sägas att den konsensus som gradvis har vuxit fram hos kommissionen under 1990-talet är att konkurrensen är en process där de välfärdshöjande effekter är det eftersträvarvärda målet.¹⁰⁴ Nellie Kroes har i ett tal sagt att det är en effektbaserad ekonomisk approach som kommer att tillgodose konsumenterna frukterna av en fungerande marknadsekonomi.¹⁰⁵ De orden visar inslag av såväl ordoliberal ideal som influenser från amerikansk antitrust law. Rättsutvecklingen under 1990-talet visar uttryck av medvetna legeringar mellan olika skolor för att anpassas till unionens nya politiska syften, något som i praktiken formgivit vad som allt mer liknar ett eget skick av en europeisk konkurrensrätt.

¹⁰¹ Mål 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* [1986] ECR 353.

¹⁰² 258/78 *Nungesser, LC Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission*, REG 1982, s 02015.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 56-58.

¹⁰⁴ Philip Lowes tal på den 13:e Internationella konkurrenskonferensen och 14:e Europeiska konkurrensdagen, “Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?”, mars 2007.

¹⁰⁵ Neeli Kroes tal på “London Competition Day” – “Delivering Better Markets and Better Choices”, Speech/05/512, (september 2005).

5.4.2 Påtryckningar utifrån

En av de största kritikerna av kommissionens policy var Hawk som menade att kommissionen misslyckats med att hörsamma den utveckling av konkurrensrätten som initierats i Europa. Hawk var starkt kritisk mot kommissionens ovilja och envishet att skifta fokus från en konkurrenspolicy som hängav sig åt att skydda konkurrenterna till själva konkurrensen. Hawk ansåg att en överdriven hängivenhet åt principen om *freedom of action* var svårförenlig, om inte oförsvarbar tillsammans med gemenskapens ekonomiska mål vilket ledde till resultatet att en sund utveckling av en effektiv marknad hindrades. Det optimala var ifall målet om den ekonomiska friheten övergavs till fördel för den ekonomiska effektiviteten på marknaden. Kommissionen förringade vertikala avtals effektivitetsvinster och utmålade avtalen som hot mot skyddsvärda små- och medelstora företagare. Ett avtals försvarbarhet borde istället enligt Hawk prövas individuellt under en effektbaserad analys, först därefter kunde juridiska slutsatser dras.¹⁰⁶

Hawk uttryckte även sitt bekymmer över att amerikansk antitrust law missförståts av kommissionen och särskilt i debatten om ekonomiska analyser och en europeisk version av *rule of reason*, vars funktion och koncept enligt honom förbigåtts. Det var av mindre vikt vad den ekonomiska analysen under artikel 101(1) FEUF kallades och att tyngdpunkten istället lades på dess genomförande. En lösning som Hawk föreslog var ett delat utrymme i artikel 101(1) FEUF mellan *rule of reason* och ett förbud *per se*, likt det i Section 1 i Sherman Act, det var fullt möjligt att tillämpa båda funktionerna. Den ena uteslöt inte den andra: utan det var först i relation till varandra som principerna praktiskt kunde förstås fullt ut.¹⁰⁷

Kommissionen började så småningom inse att den inkonsekventa tillämpningen av artikel 101 EGF blivit ohanterlig. Policyn mot vertikala avtal medverkade i stor utsträckning till den ökande arbetsbördan och därmed kollapsen av den dåvarande förordningens anmälningsförfarande. Centraliseringen av konkurrensrätten hade på sikt visat sig bli ett bakslag då notifieringssystemet blivit en ohanterlig börda med en mängd krävande bedömningar som på bekostnad av andra uppenbara konkurrensmissbruk tog kommissionens tid i anspråk. Gruppundantagen erbjöd inte heller den avlastning man hoppats på genom ett visst mått av självreglering och dessutom minskade konkurrenskraften kraftigt i Europa jämfört med i USA, vilket sågs med både rädsla och avund.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Barry E. Hawk, s. 973, 975, 981.

¹⁰⁷ Ibid, s. 988.

¹⁰⁸ D.J. Gerber (1994), s. 108.

5.4.3 Förordning 1/2003

Konkurrensrätten låg i stort sett exklusivt i Kommissionens händer ända fram till att förordning 17/62 ersattes med den nya: förordning 1/2003. Gemenskapsländernas nationella domstolar och konkurrensmyndigheter saknade länge möjligheten att utföra en dispensprövning eftersom artikel 101(3) FEUF låg helt inom kommissionens kompetens. Undantaget i artikeln beviljades endast efter ett anmälningförfarande till kommissionen av den som ville få dispens för sitt avtal. Vidare utnyttjades detta av vissa företag för att stänga ute enskildas möjlighet att väcka talan vid de nationella domstolarna.¹⁰⁹

Centraliseringen av konkurrensrätten i kombination med notifieringssystemet innebar att antalet ärenden blev ohanterbara när antalet medlemsstater ökade till över 15 stycken. Till en början hade systemet varit försvarbart när en enhetlig tillämpning av konkurrensrätten skulle etableras, men med tiden blev det ohanterbart.

Förordningens syfte var bland annat att decentralisera konkurrensrätten då den möjliggjorde en nationell tillämpning av hela artikel 101 FEUF som tidigare endast legat inom kommissionens kompetens. Detta innebar att de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna nu själva kunde engagera sig i vilka avtal som var avtalsbegränsande eller vilka som skulle beviljas individuella undantag. Förordningen markerade även att nationella konkurrensregler inte var tillämpningsbara i frågor som påverkade den gemensamma marknaden. För att främja en konsekvent och effektiv tillämpning av konkurrensreglerna bildades dessutom det europeiska konkurrensnätverket, bestående av nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen med det bakomliggande syftet att i ett nära samarbete utbyta information om aktuella ärenden och mål. Nätverket saknar emellertid helt juridisk kompetens, men har ändå haft en viss roll i en harmoniserad modernisering.

Förordning 1/2003 må ha varit ett avgörande steg i utvecklingen av artikel 101 FEUF, men moderniseringspaketet bestod även av en mängd andra tillkännagivanden och riktlinjer för att ge substans till förändringen. Till exempel publicerades riktlinjer¹¹⁰ för hur en ekonomisk analys inom artikel 81(3) skulle utföras. Det huvudsakliga syftet var att säkerställa att en korrekt tillämpning utfördes av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar, genom att förtydliga kommissionens ekonomiska normer, sin politik samt domstolens praxis.

I maj 2009 publicerade kommissionen en rapport¹¹¹ med motivet att presentera för Europaparlamentet hur väl genomförandet av förordningen fungerat och hur den fungerar efter ikraftträdandet. Rapportens innehåll vars resultat bygger på remisser ifrån olika intressenter, myndigheter och företag

¹⁰⁹ A. Pera s.153, Vitbok, 99/027, punkt 6.

¹¹⁰ ”Guidelines on the Application of Art 81(3) of the Treaty”, O.J 2004/C.101/97.

¹¹¹ Rapport om hur EG (nr) 1/2003 fungerar, {SEK(2009)574}.

pekar på att övergången till det nya systemet inte inneburit några problem av större vikt. Rapporten visade att den nya kompetensfördelningen avlastade kommissionens arbetsbörda väsentligt genom att anmälningssystemet till artikel 101 FEUF avskaffades och mer tid kunde istället ägnas åt grövre konkurrensöverträdelser, till exempel karteller. De stärkta utredningsbefogenheterna medförde att branschundersökningar blev ett viktigt hjälpmedel för kommissionen för att påvisa konkurrensbrister inom olika sektorer.¹¹²

Kritiska röster vill emellertid framställa moderniseringens fokus på konsumenter som misslyckad. Pera menar att den konkurrenspolicy som utvecklats i EU-rätten inte är jämförbar med den effektivitet som eftersträvas i amerikansk antitrust law, eftersom domstolen fortfarande lägger stor vikt på marknadsstrukturen och konkurrensprocessen som sådan.

“In that country the establishment of the efficiency-based paradigm has taken place in connection with a vision of competition guided by incentives, characterized by the preoccupation of what we have called "type 1" errors, i.e. that enforcement of antitrust law may hamper efficient practices. In this context, an efficiency-based approach was seen as ensuring that the constraints to the creative force of competition were minimal.

This approach seems hardly compatible with the current evolution in Europe. Here there seems to be less confidence about the ability of the incentives to lead to vigorous competition, and more confidence in the ability of antitrust law to achieve desirable results.”¹¹³

Ett problem enligt Pera är att intresset för konsumenter kan riskera att stå i konflikt med marknadsbeteenden som trots sin effektivitet anses konkurrensbegränsande, i brist på att tillräcklig konsumentnytta överförs. Scenariot ger uttryck för konkurrensen som verktyg i bokstavlig mening.¹¹⁴

5.5 Rule of Reason i EU-rätten

Tolkningen av vad som skulle träffas av förbudet i artikel 101(1) FEUF har tagit form genom tillämpning av olika approacher, vissa mer ekonomiska i sin skepnad än andra. I domen till Consten/Grundig förklarade domstolen att avtal vars *syfte* var att snedvrیدا konkurrensen inte behövde prövas mot sina effekter¹¹⁵. Detta tämligen strikta synsätt utvecklades dock inom kort, efter behov, i olika former av kontextuella bedömningar. Dessa har i debatten gått under benämningen en europeisk version av *rule of reason*. Som nämnts i tidigare kapitel utgörs den amerikanska motsvarigheten till artikel 101(1)

¹¹² A. Pera, s. 152 f. se även C. Burca. s. 999 f

¹¹³ A. Pera, s. 160.

¹¹⁴ A. Pera, s. 163.

¹¹⁵ Mål 56 & 58/64, Consten /Grundig, s. 342.

FEUF i antitrust law av *Section 1* i Sherman Act (1890) vilken just tillämpas efter principen om rule of reason. Avgörandena i EU-domstolen och kommissionen har inte varit helt konsekventa, dels i fråga om lämplig skälighetsbedömning och dels om i vilken utsträckning den är möjlig att utföra i förhållande till den redan etablerade skälighetsbedömningen i artikel 101(3) EUF.¹¹⁶

5.5.1 Nungesser

Fallet *Nungesser*¹¹⁷ rörde ett öppet exklusivt återförsäljaravtal utformat för att bland annat förhindra parallellimport till den tyska marknaden av en ny slags utvecklad majs. Den typ av öppna exklusiva licens som ingåtts av den tyska spannmålsproducenten Nungesser och det franska forskningsinstitutet I.N.R.A. bedömdes trots detta av domstolen inte stå i strid med artikel 101(1) FEUF. Detta gjordes med bakgrunden att öppna licensavtal ansågs vara av vikt för nyetableringar på marknaden. Den del av avtalet som förbjöd parallellimport förklarades däremot ogiltigt eftersom absolut territoriellt skydd stred mot det grundläggande målet om marknadsintegration.

“[...] the owner of the right himself, might be deterred from accepting the risk of cultivating and marketing that product; such a result would be damaging to the dissemination of a new technology and would prejudice competition in the Community between the new product and similar existing products. Having regard to the specific nature of the products in question, the Court concludes that, in a case such as the present, the grant of an open exclusive licence, that is to say a licence which does not affect the position of third parties such as parallel importers and licensees for other territories, is not in itself incompatible with Article 85 (1) of the Treaty.”¹¹⁸

Det kan tolkas som att domstolen godkände avtalet efter en skälighetsregel och ansett att dess långsiktiga fördelar övervägde de negativa effekter licensen genererade. Det kan tilläggas att domstolen inte ansåg att licensavtalet till sitt syfte var konkurrensbegränsande.

5.5.2 Pronuptia

*Pronuptia*¹¹⁹ var en av de domar där domstolen gjorde en mer flexibel tolkning av ett franchiseavtal som bland annat innehöll en exklusivitetsklausul. Avtalet i sig bedömdes inte som lagstridigt, däremot marknadsuppdelningen som utgjorde ett absolut områdesskydd. I den sammanvägning som gjordes såg domstolen avtalet i sin helhet, i relation till

¹¹⁶ C. Búrca, s 964, B.E. Hawk, s. 978.

¹¹⁷ Mål 258/78, Nungesser.

¹¹⁸ Ibid, s. 2069, p. 57-58.

¹¹⁹ Mål 161/84, Pronuptia.

konkurrensbegränsningarna och vad som var nödvändigt för syftet med ett franchiseavtal.

Det kan argumenteras om domens utfall visar på ett visst stöd för en skälighetsbedömning liknande *rule of reason*, då domstolen tog hänsyn till avtalets faktiska omständigheter. Det fanns emellertid annat som talar för motsatsen; till exempel att domstolen inte utförde någon marknadsanalys eller att den bedömning som gjordes av accessoriska avtalsbegränsningar var vidare, i den mening att vissa avtalsklausuler ansågs som mer eller mindre naturliga för ett franchisekoncept, till exempel informationsutbytet. Domen blottade i vart fall ett behov av dispens för territoriella begränsningar i franchiseavtal, vilket kom senare att resultera i just gruppundantaget för franchiseavtal.¹²⁰

5.5.3 Métropole

Fallet *Métropole*¹²¹ rörde bildandet av ett joint venture-bolag mellan sex franska tv-bolag vars samarbetsavtal förklarats strida mot artikel 101(1) FEUF (dåvarande artikel 81(1) EGF) av kommissionen. I överklagandet till Förstainstansrätten menade den klagande parten TPS¹²² att de två klausuler som tagits upp till bedömning av kommissionen borde ha setts i ljuset av en *rule of reason*-analys inom artikel 101(1) FEUF, vilket hade resulterat i att klausulerna aldrig skulle ha förklarats konkurrensbegränsande i den bedömning som utfördes i artikel 101(3) FEUF.

Domstolen underkände argumentet om existensen av en *rule of reason* och att de domar¹²³ TPS åberopade som stöd endast påvisade en utveckling av *ny praxis* enligt vilken ett avtal bör ses i sitt ”konkreta sammanhang” och att artikel 101(1) FEUF därmed inte skulle tillämpas ”teoretiskt och otydligt”.¹²⁴

”Those judgments cannot, however, be interpreted as establishing the existence of a rule of reason in Community competition law. They are, rather, a part of a broader trend in case-law, according to which it is not necessary to hold, wholly abstractly and without drawing any distinction, that any agreement restricting the freedom of action of one or more parties is necessarily caught by the prohibition laid down in Article 81(1) of the Treaty.”¹²⁵

¹²⁰ Jean-Eric de Cockborne, *The New EEC Block Exemption Regulation on Franchising*, s. 245 f. Fordham International Law Journal, Volume 12, Issue 2, Article 4 (1988).

¹²¹ Mål T-112/99 *Métropole Télévision (M6), Suez-Lyonnaise des Eaux, France Telecom and Television Francaise 1 SA (TFI) v. Commission* [2001] ECR II-2459.

¹²² Joint venture-bolaget.

¹²³ Mål 56/65 STM, Mål 258/78 Nungesser, Mål 262/81, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision mfl. mot CinéVog Films SA mfl. REG 1982 s. 03381, Mål 161/84 Pronuptia.

¹²⁴ Jfr. Mål 56/65, STM.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 85.

En kontextuell avtalsbedömning i första paragrafen ska därför inte misstas för en slags *rule of reason* eftersom en sammanvägning av konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter istället endast bör ske inom artikel 101(3) FEUF vars syfte annars ansågs förverkat. Domstolen gjorde också en koppling till doktrinen om *freedom of action* och tydliggjorde att det inte räckte med att ha begränsat någon parts avtalsfrihet för att ha ansetts lagstridig.¹²⁶

5.5.4 Wouters

*Wouters*¹²⁷ skulle ifrågasätta föregående doms prejudikatvärde, när ett förbud för nederländska revisorer och advokater att samarbeta prövades. Den klagande parten som utgjordes av två advokater ansåg sig ha fått sin handlingsfrihet begränsad av en nationell policy som innebar att de inte kunde bli delägare i en revisionsbyrå. Domstolen fann att förbudet mot ett integrerat samarbete i sig som konkurrensbegränsande och att det utgjorde ett hinder för advokaterna att utnyttja storskalighetsfördelar. Hela skälighetsbedömningen utfördes i artikel 101(1) FEUF, vilket åter väckte frågan om en *rule of reason*. Begränsningen ansågs som nödvändig och proportionell i förhållande till inskränkningens syfte, eftersom advokaternas yrkesetiska regler om strikt tystnadsplikt var omöjlig att upprätthålla i avsaknad av samma etiska regler för revisorer. Den kontextuella bedömning som gjordes av förbudet i *Wouters* kom att ifrågasätta värdet av domen i *Métropole*, som lämnades helt utan kommentarer i domskälen.

5.5.5 Meca-Medina

Rättsfallet *Meca-Medina*¹²⁸ fortsatte i samma linje där domstolen menade att ett antidopingförbud inte stred mot artikel 101(1) FEUF eftersom förbudet var proportionerligt i relation till syftet om god sportsanda och rättvis konkurrens. Det var ett dopingförbud som en grupp simmare motsatte sig och menade var konkurrensbegränsande. Domen i *Métropole* kommenterades inte i något av rättsfallen och hela prövningen skedde inom artikel 101(1) FEUF vars förbud aldrig aktiverades. Värt att notera är att generaladvokaten Léger understryker i fallet *Wouters* att en europeisk version av *rule of reason* enbart borde behandla rent konkurrensrättsliga spörsmål där avtalseffekter skulle sammanvägas. I *Meca-Medina* gjordes emellertid en skälighetsbedömning av antidopningsförbudet, som ansågs vara försvarbar i förhållande till vad som var nödvändigt för utövandet av sporten.¹²⁹

¹²⁶ I anslutning till detta kan säga att B. E. Hawk sin artikel ”*System failure: vertical restraints and EC competition law*” kritiserade att det räckte med att ett avtal *begränsade* den ekonomiska friheten för att bli fälld av kommissionen medan konkurrensrättsliga effekter inte tycktes utgöra en parameter, till skillnad från antitrust law.

¹²⁷ Mål 309/99, J C J, Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Reg 2002, I-1577.

¹²⁸ Mål C-519/04 P, David Meca-Medina och Igor Majcen mot kommissionen, REG 2006 s. I-6991.

¹²⁹ Alison Jones, Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law- Convergence or divergence?, The Antitrust Bulletin: Vol. 51, nr. 4 (2006), s. 783 ff.

5.6 Sammanfattning

Med förordning 1/2003 förtydligar kommissionen att en rule of reason-bedömning endast kan accepteras om avvägningen av ett avtals konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter genomförs inom artikel 101(3) FEUF. Medan domstolens praxis visar på olika möjligheter framgår det av riktlinjerna till artikel 81(3) EGF som publicerades 2004 att kommissionen inte anser att en sådan möjlighet är nödvändig.¹³⁰ Förstainstansrätten gör i stort samma tolkning som kommissionen och förnekar existensen av rule of reason och EG-domstolen står således ensam i sin hållning att ett visst utrymme finns inom artikel 101(1) FEUF för en ekonomisk analys.

Orsaken till kommissionens ovilja att öppna för en vidare analys i artikel 101(1) FEUF har varit grundad på att 101(3) FEUF annars tappar en stor del av sin funktion. Risken är också att gruppundantagen skulle anses överflödiga om en sammanvägning av effekterna redan genomförts i artikel 101(1) FEUF. Den vacklande utvecklingen visar på vissa sprickor mellan kommissionen och domstolen i vad som är relevant i en bedömning av vad som utgör konkurrensstörande element. I dylika bedömningar kan det tyckas vara av stor angelägenhet att bedöma ett avtals (långsiktiga) effekter och undvika en generalisering. I vissa mål har det rått delade meningar huruvida domstolen använt sig av ett resonemang som bygger på accessoriska begränsningar, som i fallet Meca-Medina, där ekonomiska kriterier inte ens utgjorde en del av analysen. Oavsett terminologin över skälighetsbedömningar i artikel 101(1) FEUF är en spänning mellan ekonomiska och sociala värden påtaglig, som kan ha accelererat med moderniseringsprocessen.

De ekonomiska resonemangen har utgjort ett uppenbart större och avgörande inslag i amerikansk antitrust law jämfört med EU-rätten. En viktig skillnad mellan de två rättssystemen som med självklarhet har försvårat den ekonomiska evolutionen av avtalsbedömningar i den europeiska konkurrensrätten är behovet av att ta hänsyn till integrationsmål och på senare tid politiskt drivna mål, vars ”mjuka värden” inte är mätbara med ett avtals ekonomiska nettoeffekt. Av den anledningen skulle en sammanvägning av mellanmärkes- och inommärkeseffekter likt den i *Sylvania* knappast vara möjlig i en bedömning av ett europeiskt vertikalt avtal. Vidare hade den möjligen även stått i konflikt med principen om *freedom of action*. *Sylvania* bidrog i stort –på båda sidor av Atlanten- till att påverka den akademiska debatten och skepticismen till att vertikala avtal kunde vara effektivitetshöjande. Den tillförde även en ökande medvetenheten om relevansen av ekonomiska analyser och att konsumenterna faktiskt kunde gagnas av effekterna i vertikala avtal. Domstolens och kommissionens kluvna förhållande till ekonomiska element

¹³⁰ Article 81(3) Guidelines, para. 30.

i avtalsanalyser gjorde att konkurrensrättens syfte kom att ifrågasättas. Trovärdigheten för kommissionen stärktes efter moderniseringsprocessens genomförande och även för den drivna konkurrenspolitiken som blivit mindre interventionalistisk.

6 Avslutande kommentar

Ordoliberalismens största bidrag var att förse fördragsstiftarna med ett generellt juridiskt ramverk där såväl politiska som ekonomiska mål kunde förenas, för att säkerställa tanken om den individuella ekonomiska friheten i samhället och en gemensam europeisk marknad. Tillsammans med förbudsapproachen var detta något nytt för konkurrensrätten i Europa. Den humanistiska tanken som ordoliberalismen stod för var förenbar med Romfördragets mål om en socioekonomisk gemenskap. Själva idén om ett enat Europa var emellertid inget ordoliberalt påfund, men passade väl in med Freiburgskolans ideologi.

Konsumenten och den ekonomiska effektiviseringen blev befästa i konstitutionen i ett tidigt skede, vilket passar väl in i ordoliberalismens idé om konkurrensrättens *indirekta* mål. Konkurrensrätten som process ansågs vara en av de viktigaste faktorerna för förverkligandet av gemenskapens långsiktiga syfte (marknadsintegrationen). Som nämnts var konsumenten emellertid närmast en naturlig biprodukt och ordoliberalismen delade tillsammans med Harvardskolan denna idé om konkurrensrätten som ett ändamål i sig. Konsumenten har inte förrän på senare tid hamnat i mittpunkten av konkurrenspolicyen.

Den ordoliberal strävan efter individens frihet fick kanske störst uttryck i konkurrensrätten genom utövandet av principen om *freedom of action*. Friheten låg egentligen inte i att det skulle råda en fri konkurrens i verklig mening, för då hade företag med dominerande marknadsandelar låtit råda utan begränsningar, utan det handlade om att skapa en diversifierad marknad där privata aktörer inte skulle diktera premisserna. Problematiken var att det inte var en bra måttstock för var som utgjorde en begränsning av en aktörs frihet. Kritikerna menade att det hämmade effektiviteten och konsumentens välfärd.

Detta tillsammans med den formalistiska kulturen som kommissionen utövade resulterade i att möjligheten till flexibla ekonomiska analyser var relativt liten. Målet om en marknadsintegration kom till viss del att stå i konflikt med argumentet om ekonomisk effektivitet. Oskadliga avtal, särskilt vertikala, betraktades som hot mot konkurrensen, trots att konsumentgynnande effekter kunde påvisas. Det slog mot innovativiteten och sågs som ologiskt ur ett välfärds perspektiv. Dispensen som kunde meddelas av kommissionen var ett system som med tiden skulle bli svårhanterligt på grund av en ökande arbetsbörda.

De ensidiga avtalsanalyserna som genomfördes under artikel 101 FEUF och målet om marknadsintegration skapade en formalism, som dock Alberto Pera menar inte ska lastas ordoliberalismen eller dess strukturalistiska ideal, utan snarare den tolkning kommissionen gjorde av artikeln i fråga, som skapade en överformalistisk praxis¹³¹. Kommissionen kan alltså ses ha nyttjat

¹³¹ A. Pera, s. 158.

strukturalismen för att uppnå det långsiktiga målet om integration: förutsättningen för gemenskapens överlevnad. Till ordoliberalismens försvar bör dock sägas att fram till 1970-talet var även analyserna i amerikansk antitrust law präglade av formalism och tillämpningen av förbud *per se* var snarare regel än undantag. Det är möjligt att betrakta kommissionens fokus på integrationsprocessen som en slags statlig intervention för att skapa en förutsättning för den konkurrensordning eller process som ordoliberalismen förespråkade med så liten friktion som möjligt för marknadens aktörer.

Ordoliberalismen bidrog till den juridiska stommen av både tysk och europeisk konkurrensrätt, även om idén om en *ekonomisk* konstitution sedermera fick ge vika för en växande *politisk* agenda och en mer dynamisk syn på ekonomin. För att möta en allt mer globaliserad marknad var gränserna inom gemenskapen visserligen tvungna att först rivas. Det växande politiska trycket speglade alltså ekonomins behov av kortsiktiga mål och en mer förutsägbar konkurrensrätt när marknaden hade långt ifrån samma stabila skepnad som på 1950-talet.

När nästa steg i evolutionen initierades gjordes det delvis återigen från tyskt håll, bland annat genom Kantzenbach, inspirerad av Harvardskolan, som förkastade den ordoliberal idén om den perfekta konkurrensen. Domstolen efterfrågade under 1970-talet en sakligare bevisning av kommissionens argument på ett avtals ekonomiska maligna inverkan och insåg att de verktyg Freiburgskolan lämnat var för knapphända i den globala och komplexa marknad som vuxit fram sedan Romfördragets stiftande. Avtalsanalysen lånades därefter från amerikanskt håll, men kommissionen var i stort återhållsam med moderniseringar, fram till slutet av 1980-talet.¹³²

De ekonomiska teorierna har utvecklats sedan gemenskapens födelse och tanken om samspelet mellan juridik och ekonomi är i än större omfattning aktuell. Ordoliberalismen har utgjort en fundamental grundsten i detta identitetsbyggande av den europeiska konkurrensrätten.

¹³² N. Giocoli, s. 784.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Bork, Robert H. - *The antitrust paradox, a policy at war with itself*, New York Basic Books (1978)
- Craig, Paul och de Búrca, Gráinne - *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford (2007)
- Cseres, Katalin Judit, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International (2005)
- Gerber, David J. - *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, (2001).
- Kantzenbach, Erhard – *Die Funktionfähigkeit des wettbewerbs*, Göttingen (1966)

Artiklar

- de Cockborn, Jean-Eric - *The new EEC Block Exemption Regulation on Franchising*, Fordham International Law Journal, Volume 12, Issue 2, Article 4 (1998)
- Comanor, William S. - *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the new Antitrust Policy*, volume 98, nr. 5, Harvard Law Review (1985)
- D.J. Gerber - *The Transformation of European Community Competition Law*, Harvard International Law Journal, Vol. 35, nr. 1, (Jan. 1994)
- D.J. Gerber - *Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the 'new' Europe*, 42, The American Journal of Comparative Law, Vol. 42, (Jan. 1994a)
- Giocoli, Nicola - *Competition vs. property rights: American antitrust law, the Freiburg School and the early years of European Competition Policy*, Journal of Competition Law and Economics, 4.5 (2009)
- Hawk, Barry E. - *System Failure, Vertical Restraints and EC Competition Law*, Common Market Law Review, 32 (4), (1995)
- Alison Jones - *Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law- Convergence or divergence?* The Antitrust Bulletin: Vol. 51, nr. 4 (2006)
- Alison Jones - *Completion of the revolution in the antitrust doctrine on restricted distribution, Leegin and its implication for EC competition law*, Antitrust Bulletin: Winter (2008:53, 4)
- Lovette, A.W. - *The United States and the Schuman Plan. A Study in French Diplomacy 1950-1952*, The Historical Journal, Cambridge University Press Vol. 39 nr. 2, (1996)
- Pera, Alberto - *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, European Competition Journal 4.1, (2008)
- Parret, Laura, *Shouldn't we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU Competition Law and Policy*, European Competition Journal, August (2010)

Sekundärrätt

Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen 22 januari 1997

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, (1999/C 132/01)

Kommissionens förordning (EG) **2790/99** av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, (EGT L 336/21).

Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar, (2000/C 291/01)

Kommissionens tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, (2001/C 3/2).

Rådet förordning (EG) nr.**1/2003** av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, [2003] OJ L1/1

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, Rapport om hur förordning EG nr 1/2003 fungerar {SEK(2009)574}

Meddelande från kommissionen – tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget (2004/C 101/08)

Rättsfallsförteckning

EU

EG-domstolen

Mål **56 och 58/64**, Établissements Consten S.A. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission, REG 1996, s. 299.

Mål **56/65**, Société La Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH [1966] ECR s. 235.

Mål **23/67**, Brasserie De Haecht v. Wilkin 1967 ECR 407.

C-14/68, Walt Wilhem v. Bundeskartellamt ECR 1969.

Mål **6/72**, Continental Can Co. Inc. and others v. Commission, REG 1973 ECR 215.

Mål **26/76**, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co KG v. Commission, REG 1977, s. 00431.

Mål **258/78**, Nungesser, LC Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission, REG 1982, ECR 2015.

Mål **262/81**, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision mfl. v. CinéVog Films SA mfl. REG 1982, ECR 3381.

Mål **161/84**, Pronuptia (Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis), 1986, ECR 353.

Mål **C-234/89**, Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG, REG 1991, ECR I-935.

Mål **C-309/99**, J.C.J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, REG 2002, ECR I-1577.

Mål **C-519/04 P**, David Meca-Medina and Igor Majcen v. Commission, REG 2006, ECR I-6991.

Förenade målen **C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C 519/06 P**, GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission of the European Communities, 2009 ECR I-929.

Förstainstansrätten

Mål **T-112/99**, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom and Télévision française 1 SA (TF1) v. Commission, 2001, ECR II-2459.

USA

Supreme Court

Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 US 373 (1911)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 US. 1 (1911)

White Motor Co. v. United States, 372 US 253 (1963)

United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 US 365 (1967)

Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania, Inc, 433 US 36 (1977)

State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates Inc., 522 US 3 (1997)
Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 US 877 (2007)