



DiVA – Digitala Vetenskapliga Arkivet <http://umu.diva-portal.org>

This is a book chapter published in **Artikelsamling 2011: svensk idrottsjuridisk förening**, ed. Krister Malmsten.

Citation for the published paper:

Johan Lindholm

Artikel 165 FEUF - ett genombrott i EU-rättens förhållande till idrotten?

Artikelsamling 2011: svensk idrottsjuridisk förening, 2011, p. 160-175

Artikel 165 FEUF

– ett genombrott i EU-rättens förhållande till idrotten?

11

JOHAN LINDHOLM

I. Inledning

Idrott har sedan länge funnits med på den Europeiska unionens politiska agenda. Dopingbekämpning är ett exempel på en fråga med stark idrottslig anknytning där EU:s institutioner var tidigt ute: Europaparlamentet har diskuterat EU:s inblandning i dopingkampen sedan slutet av 1980-talet och så tidigt som 1990 antog rådet en resolution på området.¹ Frågor om vilka åtgärder som EU vill, kan och bör vidta på idrottens område har dock aktualiserats avsevärt de senaste åren, inte minst till följd av att de fördrag som ligger till grund för unionen numera innehåller en referens till idrotten.

Vid utvecklingen av förslaget till en konstitution för Europa diskuterade EU:s institutioner fördragsändringar som företrädare för idrottsrörelsen hoppades skulle leda till att förhållandet mellan EU-rätten och idrotten förändrades i en riktning som bättre passade idrottsrörelsen.² Förslaget till konstitution drogs tillbaka på grund av att det saknade folkligt stöd men den artikel i förslaget som innehöll en hänvisning till idrott, artikel III-282, behölls i det så kallade Lissabonfördraget som trädde i kraft den 1 december 2009.

1. EUT C 329, 31.12.1990, s. 4.

2. Steven Weatherill, "Fairness, Openness and the Specific Nature of Sport: Does the Lisbon Treaty Change EU Sports law?" *International Sports Law Journal* 2010 nr 3/4 s. 11, på s. 14. Idrottsrörelsens strävan efter att idrott skulle få en bas i fördragen började i slutet av 1990-talet som en reaktion på EU-domstolens uppmärksammade dom i mål C-415/93, URBSFA mot Bosman m.fl. REG 1995, s. I-4921. Richard Parrish, "The politics of sports regulation in the EU", *Journal of European Public Policy* vol. 10 nr 2 s. 246 (2003), på s. 253.

Den första referensen till idrott i fördragen finns därför numera i artikel 165 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)³ och lyder i relevanta delar:

1. [...] Unionen ska bidra till att främja europeiska idrottsfrågor och ska då beakta idrottens specifika karaktär, dess strukturer som bygger på frivilliga insatser samt dess sociala och pedagogiska funktion.

2. Målen för unionens insatser ska vara att [...]

– utveckla idrottens europeiska dimension genom att främja rättvisa och öppenhet i idrottstävlingar och samarbetet mellan organisationer och myndigheter med ansvar för idrott samt genom att skydda idrottsutövarnas fysiska och moraliska integritet, särskilt när det gäller de yngsta utövarna.

3. Unionen och medlemsstaterna ska främja samarbetet med tredje land och behöriga internationella organisationer på utbildnings- och idrottsområdena, särskilt Europarådet.

4. För att bidra till att de mål som anges i denna artikel uppnås, ska

– Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén besluta om stimulansåtgärder som dock inte får omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar, – rådet på förslag av kommissionen anta rekommendationer.

Denna artikel diskuterar de möjliga och sannolika konsekvenserna av att idrottsområdet på detta sätt blivit föremål för fördragsreglering.

Artikel 165:s funktion och effekt kan endast förstås mot bakgrund av de konstitutionella principer som ligger till grund för EU-rätten. Fördragen utgör basen för EU:s makt och således även för EU-rätten men fördragsartiklarna skiljer sig till sin funktion från varandra. Även om uppdelningen är grov är det för pedagogiska ändamål lämpligt att skilja mellan, å ena sidan, sådana rättighetsgivande artiklar som i sig etablerar mer eller mindre konkreta materiella rätt- och skyldigheter och, å andra sidan, sådana kompetensgivande artiklar som ger EU befogenhet att genom EU-rättsliga lagstiftningsakter, så kallad sekundärrätt, etablera materiella rätt- och skyldigheter.

Denna grova uppdelning av fördragsartiklar hör samman med och illustrerar att det finns två relativt tydligt särskiljbara sätt på vilka EU-rätten påverkar och genom-

3. F.d. artikel 149 EG.

drivs på nationell nivå. Dessa sätt beskrivs ofta i termer av positiv och negativ integration. Med positiv integration avses att medlemsstaterna integreras genom att EU antar lagstiftning, i synnerhet så kallad harmoniseringslagstiftning, medan integration i negativ bemärkelse uppstår genom att EU-rätten förbjuder företeelser med visst innehåll eller effekt, i synnerhet sådana företeelser som hindrar den fria rörligheten inom unionen.⁴ EU-rätten kan påverka en samhällelig företeelse eller sektor, så som idrotten, genom såväl positiv som negativ integration och det är mot bakgrund av dessa begrepp som EU:s förhållande till idrotten får förstås.⁵

I de nästkommande två avsnitten diskuteras vilken betydelse införandet av det ovan citerade avsnittet i artikel 165 FEUF får för EU-rättens påverkan på idrotten genom negativ respektive positiv integration. Därefter följer en beskrivning och analys av den pågående processen med att utveckla en europeisk idrottspolitik och artikeln avslutas med några sammanfattande tankar. Artikelns slutsats är, kortfattat, att mycket tyder på att EU kommer allt närmare att anta lagstiftning på idrottsområdet men att artikel 165 FEUF i sig har begränsad betydelse för EU-rättens tillämpning på idrotten.

2. Idrott och negativ integration

Hittills är det framför allt genom unionsrättens negativa verkan som idrott blivit föremål för EU-rättens tillämpning. Det följer av EU-domstolens väletablerade praxis att idrottslig verksamhet som utgör "ekonomisk verksamhet" omfattas av de grundläggande friheter som följer av fördragen. Detta innebär att idrottsutövare och andra personer som i personellt hänseende omfattas av dessa rättigheter kan åberopa dessa mot idrottsföreningar och andra idrottsliga aktörer. De rättigheter som hittills främst aktualiserats är fri rörlighet för arbetskraft och tjänster. EU-domstolen tillämpar fördragsartiklarna som etablerar rätten till fri rörlighet för arbetskraft gentemot idrottsliga aktörer, trots att dessa utgör enskilda, när de reglerar arbetsmarknaden kollektivt och därigenom kan påverka den fria rörligheten för arbetskraft.⁶ Rätten till

4. Jfr Jan Tinbergen, *International Economic Integration* (uppl. 2, Elsevier Publishing Co., Amsterdam 1965), s. 76.

5. Parrish (2003), s. 250.

6. Se t.ex. mål 36/74, Walrave och Koch mot Association Union Cycliste Internationale m.fl. [1974] ECR 1405, svensk specialutgåva II s. 409, punkterna 4–8; mål 13/76, Donà mot Mantero [1976] ECR 1333, svensk specialutgåva III s. 169, punkt 12; Bosman, punkt 73; mål C-176/96, Lehtonen, Castos Canada Dry Namur-Braine ASBL mot FRBSB, REG 2000, s. I-2681, punkt 32.

fri rörlighet för tjänster och etableringsfriheten kan tillämpas på motsvarande sätt.⁷ Det är också etablerat att rätten till fri rörlighet för arbetskraft även i andra situationer kan åberopas av enskilda gentemot andra fysiska och juridiska personer, exempelvis en idrottsförening som agerar som arbetsgivare.⁸ Idrottslig verksamhet av ekonomisk natur omfattas också av EU-rättens konkurrensregler, vilka inkluderar förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning.⁹

Vad innebär då artikel 165 FEUF:s nya lydelse för EU-rättens inverkan på idrotten i detta hänseende? Vissa idrottsliga aktörer tycks anta att den har betydelse. Till exempel har UEFA tolkat skrivelsen om "idrottens specifika karaktär" som en förstärkning av idrottens anspråk på autonomi.¹⁰ Likaså har Riksidrottsförbundet åberopat fördragsskrivelsen i ett pågående konkurrensrättsligt ärende, även om det är något otydligt i vilket hänseende detta skulle ha betydelse.¹¹

Vid en första anblick tycks denna uppfattning finna stöd i EU-domstolens dom i *Bernard* där domstolen i ett mål rörande fri rörlighet för arbetskraft inom fotboll för första gången uppmärksammade fördragets skrivelse om idrottens särart.¹² Domstolens hänvisning till artikeln avges dock i förbigående när den konstaterar att idrottens sociokulturella dimension ska beaktas när det gäller huruvida en inskränkning av den fria rörligheten för arbetskraft är acceptabel men artikel 165 saknade bety-

7. Mål C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl.*, REG 2007, s. I-11767, punkterna 97–98; mål C-438/05, *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*, REG 2007, s. I-10779, punkterna 56–66.

8. Mål C-281/98, *Agonese mot Cassa di Risparmio di Bolzana SpA*, REG 2000, s. I-4161, punkt 36. Huruvida motsvarande även gäller för fri rörlighet för tjänster och etableringsfriheten är dock mer tveksamt.

9. Dessa förbud, som regleras i artiklarna 101 och 102 FEUF, och deras tillämpning har varit föremål för prövning i flera mål och EU-domstolen har bekräftat att de kan tillämpas på idrottslig verksamhet. Se särskilt mål C-519/04P, *Meca-Medina och Majcen mot kommissionen*, REG 2006, s. I-6991, kommenterad i Johan Lindholm, "Idrottens särart och EU:s konkurrensrätt", *Europarättslig Tidskrift* nr 4 2008 s. 914. Se också det illustrativa avgörandet i T-193/02, *Piau mot kommissionen*, REG 2005, s. II-209.

10. UEFA, UEFA's position on Article 165 of the Lisbon Treaty, tillgänglig på http://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/57/91/67/1579167_DOWNLOAD.pdf (2011-04-13), s. 1. De noterar dock att skrivelsen inte kan uppfattas som etableringen av ett idrottsligt undantag från EU-rätten. *Ibid.* Se också Weatherill (2010), s. 11, 14.

11. Svenska Dagbladet, "Ett hot mot idrottens kärna", 2011-03-09.

12. Mål C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP mot Olivier Bernard, Newcastle UFC*, 2010, ännu inte publicerat, punkt 40. Se även Johan Lindholm, "Case C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard and Newcastle United UFC*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 March 2010, not yet reported", *Common Market Law Review* vol. 47 nr 4 s. 1187 (2010).

delse för såväl resonemanget som utgången i *Bernard*.¹³ Domstolens förhållningssätt till artikel 165 i *Bernard* kan liknas vid hur den i tidigare fall noterat den så kallade Amsterdamdeklaration om idrottens särart utan att detta fått någon påtaglig betydelse för rättspraxis utveckling.¹⁴

Vad gäller de grundläggande friheternas och konkurrensrättens tillämpning på idrotten får artikel 165 närmast uppfattas som en bekräftelse av domstolens praxis. Det följer av EU-domstolens praxis att begränsningar av den fria rörlighet för arbetskraft och tjänster och av konkurrensen kan rättfärdigas av "tvingande skäl av allmänintresse" och att idrottsliga värden är sådana tvingande skäl mot bakgrund av idrottens sociokulturella betydelse.¹⁵ Artikel 165 kan uppfattas som att medlemsstaterna accepterat de idrottsliga värdenas relevans inom EU-rätten. Detta får till följd att det blir svårt för EU-domstolen att ändra sin praxis i detta avseende, men det saknas anledning att tro att någon sådan ändring skulle vara förestående. I sammanhanget bör det dock noteras att artikel 165 explicit lyfter fram värdena "rättvisa" och "öppenhet". Dessa begrepp har inte haft någon framskjuten roll i EU-domstolens praxis men de är vaga till sin natur och det återstår att se vilken bemärkelse domstolen ger dem, om någon.¹⁶

Det är rimligt att artikel 165 får en marginal effekt på tillämpningen av de grundläggande friheterna eftersom artikeln endast avser att reglera EU:s kompetens på idrottsområdet och EU:s behörighet att lagstifta om företeelse saknar betydelse för huruvida samma företeelse strider mot en rättighetsgivande fördragsartikel. Härvid är det lämpligt att göra en jämförelse med *Laval*-målet som gällde svenska fackliga organisationers möjlighet att genom stridsåtgärder förmå utländska företag att ansluta sig till svenska kollektivavtal. I målet gjorde bland annat den svenska regeringen gällande att rätten till fri rörlighet för tjänster enligt fördragen inte kan tillämpas på fackliga stridsåtgärder eftersom dessa enligt fördragen faller utanför EU:s lagstiftningskompetens. EU-domstolen konstaterade dock att unionens behörighet att lagstifta kring en viss företeelse saknar betydelse för huruvida densamma strider

13. *Bernard* är tillsammans med *Bosman* ett av de få mål där EU-domstolen explicit konstaterar att ett idrottsligt förfarande är oförenligt med EU-rätten och inte kan rättfärdigas. Se *Bernard*, punkterna 49–50.

14. Se förenade målen C-51/96 och C-191/97, *Christelle Delieége mot Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL m.fl.*, REG 2000, s. I-2549, punkt 42; *Lehtonen*, punkt 33.

15. Se t.ex. *Bosman*, punkterna 105–114, 121–137; *Deliége*, punkterna 60–68; *Meca-Medina*, punkterna 45–48; *Bernard*, punkterna 38–39.

16. Jfr *Weatherill* (2010), s. 16–17, som menar att utfallet är osäkert men att "rättvisa" kan komma att stärka idrottens anspråk på autonomi medan "öppenhet" hotar detsamma.

mot de fördragsstadgade grundläggande friheterna.¹⁷ Ett annat illustrativt avgörande är det så kallade *avoir fiscal*-målet där EU-domstolen slog fast att avsaknaden av harmoniserande unionslagstiftning på skatteområdet, vilket EU inte har kompetens att anta, saknar betydelse när det gäller att avgöra om en nationell skatterättslig åtgärd utgör ett hinder för etableringsfriheten.¹⁸

Avsaknaden av samband mellan lagstiftningskompetens och de grundläggande friheternas tillämpningsområde innebär å andra sidan också att en utvidgning av lagstiftningskompetensen, vilket i viss mån skett på idrottens område,¹⁹ inte heller medför att idrotten i utökad omfattning berörs av de grundläggande friheterna. Inte heller har EU:s lagstiftningskompetens i sig betydelse för huruvida en individ kan åberopa de grundläggande rättigheter som EU-rätten skyddar gentemot en medlemsstat.²⁰

Däremot kan kompetensutvidgningen åtminstone i teori få betydelse för diskrimineringsskyddets tillämpning. I rätten till fri rörlighet för arbetstagare och tjänster ingår att medlemsstaterna är skyldiga att avhålla sig från att diskriminera mot professionella idrottsutövare från andra medlemsstater. Artikel 18 FEUF innehåller dock även ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av nationalitet som enligt EU-domstolen förbjuder medlemsstater från att uppställa regler som missgynnar medborgare från andra medlemsstater på grund av nationalitet när dessa agerar på områden där EU har lagstiftningskompetens.²¹ Att EU fått viss, direkt lagstiftningskompetens på idrottens område kan således teoretiskt innebära att amatöridrottares skydd mot diskriminering på grund av nationalitet därigenom stärks.²²

17. Mål C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetarförbundet m.fl.*, REG 2007, s. I-11767, punkterna 86–88.

18. Mål 270/83, *kommissionen mot Frankrike* [1986] ECR 273, svensk specialutgåva VIII s. 389, punkt 24.

19. Se vidare nästa avsnitt.

20. Jfr mål C-144/95, *brottmål mot Jean-Louis Maurin*, REG 1996, s. I-2909. En EU-rättslig rätt till skydd för grundläggande rättigheter kan dock aktualiseras om EU utnyttjar sina befogenheter och antar lagstiftning som ska genomdrivas på nationell nivå. Se t.ex. mål 5/88, *Wachauf mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, REG 1989, s. 2609 (ej tillgänglig på svenska).

21. Mål C-122/96, *Saldanha och MTS Securitates mot Hiross Holding AG*, REG 1997, s. I-5325, punkt 23. I *Saldanha* bestod missgynnandet av att landets domstolar krävde att medborgare från andra medlemsstater skulle ställa säkerhet för rättegångskostnader och att motsvarande krav inte ställdes på landets egna medborgare.

22. Det är dock svårt att komma på realistiska exempel på situationer som inte täcks av andra, sedan tidigare gällande regler.

Sammanfattningsvis har de ändringar av fördragen som infördes genom Lissabonfördraget ingen eller mycket begränsad betydelse för hur EU-rättsliga regler som verkar genom negativ integration tillämpas på idrotten.

3. Idrott och positiv integration

Från frågan om idrottsliga företeelser kan angripas på den grunden att de kränker individers rätt till fri rörlighet eller snedvrider konkurrensen bör tydligt särskiljas den om EU genom lagstiftning reglerar en situation med idrottslig anknytning, det vill säga frågan om EU-rättens påverkan på idrotten genom så kallad positiv integration. EU har förvisso antagit ett antal icke-bindande uttalanden ("soft law") på idrottens område. Dessa uttalanden har varit försiktiga och EU:s institutioner har däri återkommande uttalat att de inser idrottens särart och i viss utsträckning stödjer idrottens anspråk på autonomi.²³ Som berördes ovan har dock dessa uttalanden inte haft någon påtaglig effekt på den dömande verksamheten och i skrivande stund saknas EU-rättslig lagstiftning som specifikt reglerar idrottsliga frågor, såväl sådan som begränsar idrottsrörelsens självständighet och sådan som stärker den.

En påstådd förklaring till avsaknaden av bindande lagstiftning är att EU historiskt saknat självständig lagstiftningskompetens på idrottens område.²⁴ Som utvecklas nedan finns det anledning att vara skeptisk till denna förklaring, men argumentet sätter fingret på den principiellt viktiga frågan om vilka möjligheter EU egentligen har att genom lag reglera idrottsliga frågor eller, annorlunda uttryckt, gränserna för dess lagstiftningskompetens på idrottsområdet. I detta avsnitt undersöks denna frågeställning med fokus på artikel 165 FEUF och i vilken utsträckning den utökar EU:s lagstiftningskompetens.

23. Se t.ex. Europaparlamentets resolution om Europeiska unionens roll på idrottens område, EUT C 200, 30.06.1997, s. 252; Ordförandeskapets slutsatser efter Europeiska rådets möte i Nice, december 2000 (Niceuttalandet); Rapport från kommissionen till Europeiska rådet om hur man kan bevara den nuvarande uppbyggnaden av idrotten och upprätthålla idrottens sociala funktion inom gemenskapen (Helsingforsrapporten), KOM(1999) 644 slutlig. Se också Luca Barani, "The Regulation of Sport in the European Union: Courts and Markets", i *The Regulation of Sport in the European Union* (Barbara Bogusz m.fl. red., Edward Elgar, Cheltenham 2007) s. 107, på s. 115.

24. Parrish (2003), s. 256; An Vermeersch, "The European Union and the fight against doping in sport: on the field or on the sidelines?" *Entertainment & Sports Law Journal* vol. 4 nr 1 (2007), paragraf 17.

Inledningsvis kan vi konstatera att fördragsändringarna knappast innebär någon skyldighet för EU att anta lagstiftning på idrottens område eller att vid utövandet av sin lagstiftningskompetens på andra områden beakta de idrottsliga konsekvenserna.²⁵ Däremot definierar artikel 165 FEUF det område inom vilket den Europeiska unionen kan vidta åtgärder tämligen allmänt. För att vidta en åtgärd med stöd av artikel 165 krävs enligt artikelns lydelse att syftet med åtgärden är att "utveckla idrottens europeiska dimension genom att främja *rättvisa* och *öppenhet* i idrottstävlingar och samarbetet mellan organisationer och myndigheter med ansvar för idrott samt genom att *skydda idrottsutövarnas fysiska och moraliska integritet ...*"²⁶ Genom att använda allmänna och vaga styrande begrepp ger artikeln EU som utgångspunkt betydande möjligheter att lagstifta på idrottens områden.

EU:s möjlighet att med stöd av artikel 165 FEUF lagstifta om idrott begränsas dock i flera hänseenden. För det första måste sådana åtgärder som antas med stöd av artikel 165 ha någon form av gränsöverskridande dimension eftersom dessa enligt artikelns ordalydelse ska "främja europeiska idrottsfrågor" och syfta till att "utveckla idrottens europeiska dimension".²⁷ Detta utesluter således att EU med stöd av artikel 165 FEUF vidtar åtgärder som endast är av betydelse för och inom enstaka medlemsstater.

För det andra åtnjuter EU endast kompletterande kompetens på idrottsområdet vilket placerar unionens åtgärder i en svag ställning i relation till olika nationella åtgärder. På områden där EU har exklusiv kompetens har medlemsstaterna överlåtit all lagstiftningsbefogenhet till unionen vilket innebär att det inte ska finnas konkurrerande nationella åtgärder.²⁸ På de flesta områden delar EU lagstiftningsbefogenhet med medlemsstaterna vilket innebär att båda får agera inom dessa områden men att den EU-rättsliga lagstiftningen vid konflikt har förtur.²⁹ På sådana områden där EU endast har befogenhet att vidta åtgärder som stödjer, samordnar eller kompletterar medlemsstaternas åtgärder, exempelvis idrottsområdet, gäller närmast det

25. Se Richard Parrish m.fl., "The Lisbon Treaty and EU Sports Policy" (Study, European Parliament, september 2010) tillgänglig på <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cult/dv/esstudyeusportspolicy/esstudyeusportspolicyen.pdf> (2010-05-14), s. 22. Jfr t.ex. artikel 11 FEUF som innebär att miljöhänsyn ska beaktas i utformningen av all EU-rättslig lagstiftning.

26. Artikel 165(2) FEUF, sjunde strecksatsen (mina kursiveringar).

27. Artikel 165(1)–(2) FEUF. Ann Vermeersch, "The Future of EU Sports Policy: Hollow Words on Hallowed Ground?", *The International Sports Law Journal* 2009 nr 3/4 s. 3, på s. 6.

28. Artiklarna 2.1 och 3 FEUF.

29. Artiklarna 2.2 och 4 FEUF

omvända: EU får agera men endast om åtgärder vidtas på nationell nivå och EU:s åtgärder inte står i strid med dessa.³⁰ EU kan således inte använda artikel 165 för att vidta åtgärder av annan art eller som går emot de åtgärder som vidtas på nationell nivå.³¹

För det tredje är sådan lagstiftning som antas med stöd av artikel 165 begränsad till stimulansåtgärder och harmonisering av nationell rätt är utesluten.³² Det kan alltså inte bli fråga om att EU med stöd av artikel 165 antar tvingande regler som ersätter nationell rätt. De åtgärder som EU antar med stöd av artikeln ska, något förenklat uttryckt, vara mer morot än piska.

För det fjärde, oavsett vilken kompetensgivande artikel som ligger till grund för en tilltänkt unionsåtgärd är EU bunden av vissa grundläggande konstitutionella principer. Två centrala principer är subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen vilka innebär att unionen ska avstå från att lagstifta när målet med åtgärden kan uppnås genom nationella åtgärder respektive att unionen inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen med fördragen.³³ Dessa begränsningar gäller allmänt och således även åtgärder som påverkar idrotten.

För det femte och avslutningsvis följer det, som ovan diskuterats, explicit av artikel 165 FEUF att EU vid utövandet av sin lagstiftningsmakt ska beakta idrottens särart. Till skillnad från vad som gäller när EU-rätten genom negativ integration påverkar idrotten eller när EU antar lagstiftning med stöd av andra kompetensgivande artiklar bör skrivelsen om idrottens särart ha en begränsande effekt när EU agerar med stöd av artikel 165.

Den lagstiftningskompetens som artikel 165 ger EU på idrottsområdet är begränsad i nästan varje tänkbart hänseende. Det enda hänseende i vilket artikeln framstår som kraftfull i förhållandet till åtminstone vissa kompetensgivande artiklar är att unionen vid tillämpning av artikeln ska tillämpa det ordinarie lagstiftningsförfarandet vilket, mycket förenklat, innebär att ett förslag för att bli antaget måste ha stöd dels av en majoritet av Europaparlamentet, dels av en kvalificerad majoritet av rådet.³⁴ Detta kan jämföras med vissa andra områden där unionen måste tillämpa

30. Artiklarna 2.5 och 6 FEUF.

31. Se Garcia Borja, *The European Union and the Governance of Football: A Game of Levels and Agendas* (Dissertation, Loughborough University, 2008), not 3 (EU:s kompetens på idrottsområdet är således "located at the lowest level of the EU competencies").

32. Artikel 165(3)–(4) FEUF.

33. Artiklarna 5(3) respektive 5(4) i Fördraget om Europeiska unionen (FEU).

34. Artikel 294 FEUF.

ett särskilt lagstiftningsförfarande som kräver enighet i rådet vilket i praktiken innebär att alla tjugosju medlemsstater har rätt att lägga veto mot lagstiftning.³⁵

Av allt detta bör man dock inte dra slutsatsen att EU:s befogenhet att vidta åtgärder som påverkar idrotten är mycket svag. För det första bör det noteras att idrottsrörelsen har begränsade effektiva, formella möjligheter att försäkra att EU håller sig inom artikel 165:s ramar. En anledning till detta är att dess processuella möjligheter att föra en talan mot EU är begränsade. Rätt att inför EU-domstolen föra en (direkt) ogiltighetstalan tillkommer endast medlemsstater, EU:s institutioner och fysiska eller juridiska personer till vilka rättsakten i fråga är riktad eller sådana personer som är "direkt och personligen" berörd därav.³⁶ EU-domstolen har tolkat det sista kravet mycket snävt och det är inte tillräckligt att personen i fråga berörs av rättsakten, inte ens om denne är den enda som omfattas.³⁷ En idrottsförening eller en idrottsutövare har således sällan talerätt att inför EU-domstolen besvara sig över laglighet i åtgärder som EU vidtar på idrottens område. Det kan dock under vissa omständigheter vara möjligt att ifrågasätta EU-rättslig lagstiftnings giltighet vid talan i nationell domstol som då ska hänskjuta frågan till EU-domstolen genom förhandsbesked, så kallad indirekt ogiltighetstalan. Även om detta är möjligt tolkar dock EU-domstolen traditionellt kompetensgivande fördragsartiklar extensivt vilket yttrar sig i att det är sällsynt att någon framgångsrikt kan visa att EU agerat utanför sin befogenhet.³⁸

Att EU:s lagstiftningskompetens enligt artikel 165 FEUF är begränsad får också mindre betydelse eftersom den inte är den enda fördragsartikel som ger EU befogenhet att agera på idrottens område. Det faktum att fördragen numera innehåller en artikel som specifikt ger EU befogenhet att agera på idrottens områden hindrar inte EU från att vidta åtgärder som påverkar idrotten med stöd av andra kompetensgivande artiklar. Vilken fördragsartikel som ska utgöra bas för EU-rättslig lagstiftning avgörs av förslagets huvudsakliga innehåll och mål och vilken fördragsartikel som i detta hänseende ligger närmast förslaget.³⁹ Det finns således inget hinder mot att EU med stöd av

35. Se t.ex. artikel 19(1) FEUF.

36. Artikel 263 FEUF, 4 st.

37. Se Mattias Derlén m.fl., EU-rätt (Liber, Malmö 2010), s. 103–106.

38. Paul Craig & Gráinne de Búrca, EU Law (uppl. 4, Oxford University Press, Oxford 2010), s. 539; Trevor Hartley, The Foundations of European Union Law (uppl. 7, Oxford University Press, Oxford 2010), s. 420–421.

39. Se t.ex. mål 45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1493, svensk specialutgåva IX s. 55, punkt 11; mål 62/88, Grekland mot rådet, REG 1990, s. 1527 (ej tillgänglig på svenska), punkt 13; mål C-295/90, Europaparlamentet mot rådet, REG 1992, s. I-4193, svensk specialutgåva XIII s. I-1, punkt 13.

andra kompetensgivande fördragsartiklar än artikel 165 antar lagstiftning på idrottens område⁴⁰ och då saknar de ovannämnda begränsningarna betydelse, med undantag för proportionalitetsprincipen och i de flesta situationer subsidiaritetsprincipen.⁴¹

Det är relativt lätt att föreställa sig EU-rättslig lagstiftning som träffar centrala delar av idrottens verksamhet men som kan motiveras av huvudsakligen andra ändamål än de som anges i artikel 165 FEUF. Till exempel har EU:s institutioner under lång tid diskuterat att EU bör vidta åtgärder mot doping och det är ett område där EU redan nu vidtar vissa åtgärder och där konkreta förslag till ytterligare åtgärder föreligger.⁴² Doping är en fråga som tydligt omfattas av artikel 165 FEUF enligt vilken "[m]ålen för unionens insatser ska vara att [...] utveckla idrottens europeiska dimension genom att främja rättvisa och öppenhet i idrottstävlingar [...] samt genom att skydda idrottsutövarnas fysiska och moraliska integritet [...]"⁴³ Doping utgör ett idrottsligt problem men kan även betraktas som ett folkhälsoproblem,⁴⁴ vilket innebär att EU rimligen skulle kunna använda sin kompetens på folkhälsoområdet för att vidta åtgärder mot doping.⁴⁵

Likaså kan många ekonomiska aspekter av idrotten regleras med stöd av EU:s befogenhet att vidta åtgärder för att skydda den inre marknaden, ett område där EU har starka befogenheter. Till exempel kan EU med stöd av artikel 114 FEUF vidta långtgående harmonisering av nationell lagstiftning för att försäkra den inre marknads funktion, vilket när det gäller idrott bland annat skulle kunna röra transfers, tillträde till tävlingar och andra aspekter av idrott som påverkar utövandet av de grundläggande friheterna.⁴⁶ EU kan även utnyttja möjligheten att basera en åtgärd på den allmänt hållna artikel 352 FEUF på idrottens område trots att det av den framgår att artikeln ska tillämpas när fördragen "inte föreskriver de nödvändiga befogenheterna [...]"⁴⁷ Det är förstas också möjligt för EU att med stöd av andra fördragsartiklar reglera sådana

40. Jfr. *Grekland mot Rådet* (1990), punkterna 17–19.

41. Subsidiaritetsprincipen är inte tillämplig på områden där EU har exklusiv befogenhet. Artikel 5(3) FEU.

42. Detta utvecklas vidare i nästa avsnitt.

43. Artikel 165.2 FEUF, sjunde streckpunkten. Se också Vermeersch (2007), paragraf 21.

44. Se t.ex. SOU 1996:126 Doping i folkhälsoperspektiv; SOU 2011:10 Antidoping Sverige, särskilt s. 95–99.

45. Artikel 168 FEUF.

46. Se också Parrish m.fl. (2010), s. 26–27; Andrzej Rogulski & Samuli Miettinen, "The EU and sport: the implementation of the White Paper on Sport and future projects", *International Journal of Sport Policy* vol. 1 nr 3 s. 245 (2009), på s. 246.

47. Se mål 8/73, *Hauptzollamt Bremerhaven mot Massey-Ferguson GmbH*, 1973 ECR 897, svensk specialutgåva II s. 139.

idrottsliga företeelser som helt faller utanför artikel 165 FEUF:s tillämpningsområde.

En särskild fråga är om artikel 165 kan ligga till grund för lagstiftning som begränsar EU-rättens tillämpning på idrotten, det vill säga om EU skulle kunna utnyttja sina befogenheter enligt artikel 165 FEUF för att anta lagstiftning som begränsar EU-rättens, och då i synnerhet de grundläggande friheterna och konkurrensrätten, tillämpning på idrotten. Denna fråga anknyter till men skiljer sig från den ovan behandlade frågan om artikel 165 i sig innebär att de EU-rättsliga instrument som påverkar genom negativ integration får mindre påverkan på idrotten.

Även på denna fråga är dock svaret tämligen tydligt nej. Det vore oförenligt med den EU-rättsliga rättskällehierarkin om institutionerna genom sekundärrättslig lagstiftning skulle kunna etablera undantag från rättighetsgivande artiklar i primärrätten, så som de som etablerar de grundläggande friheterna och de centrala delarna av konkurrensrätten. Dessa fördragsartiklar anger i sig vilka undantag som finns och i vilken mån EU genom lagstiftning kan etablera ytterligare undantag. Ett exempel är artikel 101(3) FEUF som anger under vilka förutsättningar EU kan besluta att undandra vissa typer av avtal från artikel 101:s tillämpningsområde. Artikel 165 FEUF kan inte användas för att utöka dessa möjligheter.⁴⁸

Sammanfattningsvis ger artikel 165 den Europeiska unionen få nya möjligheter till genomgripande reglering av den idrottsliga sektorn och inga utökade möjligheter att genom lagstiftning undandra eller begränsa EU-rättens tillämpning på idrotten. Däremot innehåller fördragen sedan tidigare kompetensgivande artiklar som ger EU mer kraftfulla befogenheter att vidta åtgärder som direkt eller indirekt träffar idrotten.

4. Idrott på den politiska agendan

Men om fördragen sedan lång tid tillbaka ger EU befogenhet att reglera idrottsliga frågor, varför har inte unionen utnyttjat denna möjlighet? Enligt Vermeersch beror avsaknaden av EU-lagstiftning på idrottens område i lika hög utsträckning på institutionernas bristande vilja som på avsaknaden av lagstiftningskompetens.⁴⁹ Hennes resonemang understöds av Parrish enligt vilken det faktum att EU agerat men begrän-

48. Parrish m.fl. (2003), s. 33; Melchior Wathelet, "Sport Governance and EU Legal Order: Present and Future", i EU, Sport, Law and Policy (Simon Gardiner m.fl. red., AMC Asser Press, The Hague 2009) s. 57, på s. 73 (analys av den likalydande artikel III-282 i förslaget till konstitution för Europa).

49. Vermeersch (2009), s. 5.

sat sig till så kallade soft law åtgärder kan uppfattas som att medlemsstaterna vill åstadkomma policyförändring på området men att det saknats tillräckligt stöd bland medlemsstaterna för att anta bindande åtgärder.⁵⁰ Att EU genom Lissabonfördraget fått direkt kompetens på idrottens område har betydelse men en grundläggande förutsättning för tillkomsten av lagstiftning är att det finns ett tillräckligt politiskt stöd.

Även om institutionerna under senare år uttalat sitt stöd för idrottsligt självstyre,⁵¹ finns det indikationer på att institutionerna i tilltagande utsträckning stödjer att unionen vidtar positiva åtgärder på idrottens område, i synnerhet har de konkretiserat innehållet i den framtida europeiska idrottspolitiken.⁵²

Samlade formuleringar av den europeiska idrottspolitiken återfinns främst i de dokument som kommissionen upprättat. I dessa dokument delas den europeiska idrottspolitiken in i tre delar: den ekonomiska dimensionen, idrottens organisation och den sociala dimensionen.

Den ekonomiska dimensionen av idrott påverkas främst av de EU-rättsliga regler som agerar genom negativ integration och i denna del framkommer få konkreta åtgärdsförslag i den europeiska idrottspolitiken. Kommissionen uttrycker ett försiktigt stöd för idrottens nuvarande ekonomiska mekanismer, i synnerhet offentlig finansiering, till exempel genom spel, och vertikal solidaritet. Kommissionen påminner samtidigt om vikten av att dessa utövas på ett sätt som är förenligt med reglerna för den inre marknaden och med konkurrensrätten.⁵³ Samma resonemang gäller frågor om idrottens organisation vilka enligt kommissionen inkluderar olika idrottsliga regler som påverkar idrottsutövares rätt till fri rörlighet mellan medlemsstater inklusive övergångsregler och möjlighet att delta i idrott på lika villkor, reglering av agenter, licenssystem, korruption (till exempel vid uppgjorda matcher), skydd för unga och överlåtelse av immateriella rättigheter.⁵⁴ Den europeiska idrottspolitiken tycks inte

50. Parrish (2003), s. 255–256.

51. Se t.ex. Förklaring om idrott, bifogad Amsterdamfördraget (1997); Informal Meeting of the Sport Ministers of the European Union, Declaration, Biarritz, 27–28.11.2008 (ej tillgänglig på svenska); Commission staff working document, Action plan "Pierre De Coubertin", tillfogad vitboken om idrott, SEC(2007) 934, 11.7.2007 (ej tillgänglig på svenska), s. 2.

52. Men jfr Vermeersch (2009) som framstår mer tveksam till huruvida institutionerna kommer att kunna omvandla den begynnande och tämligen breda idrottspolitiken till konkreta åtgärder.

53. Vitbok om idrott, KOM(2007) 391 slutlig 11.7.2007 (hädanefter "Vitboken"), s. 10–12; Kommissionen, Utveckling av idrottens europeiska dimension, KOM(2011) 12 slutlig (hädanefter "Idrottens europeiska dimension"), s. 7–10. Se också Rogulski & Mietiannen (2009), s. 248–249.

54. Vitboken, s. 12–17; Idrottens europeiska dimension, s. 10–13. Se också Rogulski & Mietiannen (2009), s. 249–250. Uppdelningen mellan frågor som hör till den ekonomiska dimensionen och till idrottens organisation är enligt min uppfattning något oklar.

omfatta några signifikanta förändringar av EU-rättens tillämpning på idrotten genom negativ integration.⁵⁵

Även vad gäller idrottens ekonomiska dimension och organisation har institutionerna konkretiserat innehållet i den europeiska idrottspolitiken, men denna utveckling har kommit särskilt långt vad gäller frågor som hör till idrottens sociala dimension. Till dessa frågor hör bland annat integration, social delaktighet samt idrottens roll i bekämpningen av våld, intolerans, rasism, övervikt och diskriminering på grund av kön.⁵⁶

Doping, vilket enligt kommissionen är en fråga som hör till idrottens sociala dimension,⁵⁷ är ett illustrativt exempel på den europeiska idrottspolitikens tilltagande konkretisering. Institutionerna har i olika sammanhang uttryckt sitt stöd för ett antal åtgärder, av vilket det stora flertalet inte förutsätter direkt reglering genom bindande lagstiftning. Hit hör exempelvis program för forskning om doping, utökad information om doping – riktad till såväl de som är aktiva inom organiserad idrott som övriga – med särskilt fokus på unga, utbildning av poliser, främjande av informationsutbyte mellan olika rättsliga och idrottsliga aktörer såväl inom som över nationsgränser och koordinering av dessa aktörer.⁵⁸

I dokumenten återfinns emellertid också förslag som innebär att man på unionsnivå reglerar frågor med idrottslig anknytning på den nationella nivån. Frågan om harmonisering av det nationella antidopingarbetet har under längre tid förekommit

55. I avsaknad av fördragsändringar har dock den politiska viljan i denna del begränsad betydelse eftersom det konstitutionella ramverket ger EU:s institutioner begränsade möjligheter. Se härom vidare föregående avsnitt.

56. Vitboken, s. 3–10; Idrottens europeiska dimension, s. 4–7. Se också Rogulski & Miettinen (2009), s. 247–248.

57. Detta är inte givet. Se t.ex. ovan diskuterade *Meca-Medina* där EU-domstolen granskade dopningsregler mot bakgrund av konkurrensrätten och utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Vad gäller professionella idrottsutövare får beslut i dopingärenden allvarliga ekonomiska konsekvenser och idrottsliga regler och förfarande kan således i många sådana situationer granskas utifrån den inre marknadens regler.

58. Yttrande från Regionkommittén om "Den europeiska idrottsmodellen", OJ C 374, 23.12.1999, s. 56 (hädanefter "Den europeiska idrottsmodellen"), på s. 62; Commission staff working document, *The EU and Sport: Background and Context*, accompanying document to the White Paper on Sport, SEC(2007) 935, 11.7.2007 (hädanefter "EU and Sport") (ej tillgänglig på svenska), s. 10–11; Vitboken, s. 5; Europaparlamentets resolution av den 8 maj 2008 om vitboken om idrott (2007/2261[INI]), EUT C 271, 12.11.2009, s. E/51 (hädanefter "Europaparlamentets resolution 2009"), punkterna 26–27; Idrottens europeiska dimension, s. 4. Se också allmänt kommissionen, "Anti-doping: the fight against performance-enhancing drugs in sport", tillgänglig på <<http://ec.europa.eu/research/leaflets/antidoping/en/index.html>> och <<http://ec.europa.eu/research/growth/gcc/projects/antidoping.html>> (22/6/2010).

i det politiska samtalet.⁵⁹ Behovet av sådana harmoniserade åtgärder har delvis minskat till följd av WADA:s bildande och antagandet av världsantidopingkoden, men frågan är långt ifrån död inom den Europeiska unionen.

En av de i mitt tycke mest intressanta utvecklingarna inom den europeiska idrottspolitiken är att medlemsstaterna inlett ett samarbete för att harmonisera nationell straffrätt så att alla medlemsstater på sikt ska behandla handel med dopingmedel på samma sätt som handel med narkotika.⁶⁰ Åtminstone vissa medlemsstater är nöjda med denna utveckling och är intresserade av att utvidga den till att även omfatta kriminalisering av innehav av dopingmedel.⁶¹

Denna utveckling illustrerar varför begränsningarna i artikel 165 FEUF, däribland förbudet mot harmoniseringslagstiftning, kan få begränsad praktisk betydelse eftersom det finns stora möjligheter att vidta åtgärder inom ramen för det europeiska samarbetet förutsatt att det finns tillräckligt politiskt stöd. Den harmoniseringsprocess som medlemsstaterna påbörjat vad gäller dopinglagstiftning sker inte genom bindande EU-rättslig harmoniseringslagstiftning utan genom politiska åtaganden. Förutsatt att medlemsstaterna utvecklar sitt stöd är det inte uteslutet att EU på sikt kan anta bindande lagstiftning på området.

Denna process kan också tjäna som förlaga för liknande processer på andra områden med beröring till idrotten. Det är tänkbart att medlemsstaterna på sikt kommer att starta liknande processer, särskilt vad gäller frågor inom idrottens sociala dimension så som korruption och våld i samband med idrott.

Ett annat intressant inslag i den europeiska idrottspolitiken gällande doping är att institutionerna vid flertalet tillfällen uttalat sitt stöd för att inom EU etablera en "gemensam ståndpunkt" ("common position") vad gäller doping i förhållande till WADA, UNESCO, Europeiska rådet och andra internationella aktörer inom antidopingrörelsen.⁶² Om EU lyckas med att formulera och driva en sådan "gemensam stånd-

59. Se t.ex. Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, Gemenskapsplan för stöd till kampen mot doping inom idrotten, KOM(1999) 643 slutlig, s. 5; Den europeiska idrottsmodellen, s. 61; Ordförandeskapets slutsatser efter Europeiska rådets möte i Wien, december 1998, punkt 96.

60. EU and Sport, s. 11; Vitboken, s. 5; Europaparlamentets resolution 2009, punkt 23; Idrottens europeiska dimension, s. 4. Detta är t.ex. ett ämne som diskuteras i EU Working Group on Anti-Doping som fungerar som en länk mellan EU och WADA. Informal meeting of EU ministers responsible for sport, Presidency's conclusions, Brdo pri Kranju, 16–17.3.2008 (ej tillgänglig på svenska).

61. Europaparlamentets resolution 2009, punkt 23; EU Conference on Anti-Doping, Conclusions of the Conference, Aten, 13–15.5.2009, s. 2.

62. EU and Sport, s. 11; Vitboken, s. 5; Europaparlamentets resolution 2009, punkt 20.

punkt” har den goda möjligheter att förändra det materiella innehållet i de dopingregler som gäller inom idrotten. Med beaktande av olika institutioners uttalanden över åren hör införandet av större hänsyn för idrottsutövarnas möjlighet till fri rörlighet och grundläggande rättigheter, till exempel rätt till personlig integritet, till de frågor som unionen sannolikt skulle driva genom sin gemensamma ståndpunkt.⁶³ Om samarbetet slår väl ut är det möjligt att detta får tjäna som modell för andra idrottsliga områden.

Sammanfattning och slutsatser

De ändringar som infördes i artikel 165 FEUF genom Lissabonfördraget innebar att EU för första gången fick direkt och självständig befogenhet på idrottens område. Fördragsändringen torde dock i sig medföra få förändringar i rättsläget, såväl på kort som lång sikt. EU-rättens påverkan på idrotten har hittills främst skett genom tillämpning av fördragets regler om den inre marknaden, i synnerhet de grundläggande friheterna och konkurrensrätten, och detta påverkas inte i sig av artikel 165 som varken utökar eller minskar dessa reglers tillämpning på idrotten. Inte heller kan detta åstadkommas genom att institutionerna med stöd av artikel 165 antar sekundärrättslig lagstiftning. Artikel 165 är också så omgärdad av begränsningar att omfattande lagstiftning med stöd därav framstår som osannolikt.

Samtidigt har den europeiska idrottspolitiken konkretiserats avsevärt under senare år. Det är alltså för tidigt att uttala sig om huruvida EU kommer att anta bindande lagstiftning på idrottsområdet och, i så fall, vad mer exakt denna lagstiftning skulle avse.⁶⁴ Konkreta förslag till EU-rättslig lagstiftning på idrottens område saknas i skrivande stund och är knappast att vänta inom den närmaste framtiden. EU:s institutioner uppvisar dock ett ökat intresse och stöd för att unionen ska vidta åtgärder på idrottens område och den europeiska idrottspolitiken har fått allt fastare form under de senaste åren. Ur detta perspektiv kan inkluderingen av idrott i fördragen ses som ett tecken på och legitimering av EU som aktör på idrottsområdet.

Om det finns tillräckligt politiskt stöd för åtgärder på idrottens område är det mindre betydelsefullt att artikel 165 är en svag grund för att vidta åtgärder, dels eftersom andra kompetensgivande artiklar i fördragen ger EU betydande möjligheter, dels eftersom unionen har stora möjligheter att åstadkomma reell förändring på andra sätt än genom bindande lagstiftning.

63. Se Johan Lindholm, "The Changing European Landscape of Anti-Doping Following the Lisbon Treaty", *International Sports Law Review* (2011, kommande publikation).

64. Jfr Vermeersch (2009), s. 6.