FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 25. maj 1988 *

Høje Domstol.

1. Ved kendelse af 16. december 1987 besluttede Domstolen med henblik på den mundtlige forhandling og dommen at forene de ti sager, som angår annullation af Kommissionens beslutning 85/202/EØF af 19. december 1984 om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85 [1]. Fem måneder tidligere, den 8. juli 1987, fandt Domstolen det hensigtsmæssigt fra realiteten — som drejer sig om karteller i celluloseindustrien dannet af beslutningens adressater, som alle er etableret uden for Fællesskabet — at udskille spørgsmålet om fællesskabskompetencen vedrørende anvendelsen af Traktatens konkurrenceregler over for virksomheder i tredjelande og, for så vidt angår en af sagerne, spørgsmålet om forholdet mellem frihandelsoverenskomsten med Finland og Traktatens artikel 85 [2].

2. Parterne og regeringen for Det Forenede Kongerige, som ved kendelse af 9. oktober 1985 fik tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i de seks sager, hvori dennes kompetence er blevet bestridt ved stævningen, er den 12. januar 1988 blevet hørt om dette spørgsmål. Herom fremsætter jeg i dag mit forslag til afgørelse.

3. Det er det grundlag, som Kommissionen i sin anfægtede beslutning har anført til støtte for sin kompetence — virkningsstedet — [3] som bestrides af sagsøgerne og misbilliges af Det Forenede Kongeriges regering. Uanset hvilken holdning Kommissionen har indtaget i andre sammenhænge, og selv om Kommissionen, hvad nogle ikke har undladt at gøre opmærksom på, har haft tendens i sine aktstykker til at påberåbe sig stedet for såvel virkningerne som for den konkurrencestridige adfærd, er det med hensyn til det førstnævnte grundlag, at jeg mener, at spørgsmålet om Fællesskabets kompetence skal behandles.

4. På dette punkt er jeg uenig med den britiske regering, som har opfordret Domstolen til at afgøre tvisten ud fra den betragtning, at det i det foreliggende tilfælde drejer sig om, at der er udøvet en territorial kompetence, som er accepteret både i fællesskabsretten og i folkeretten.

5. Det er med anbringender hentet fra disse to retsområder, at modstanderne af territorialteorien søger at bekæmpe den. Den almindelige indvending, som er rejst over for

* Oversat fra fransk.

1 — EFT L 85 af 26. 3. 1985, s. 1.

2 — Ud over anbringendet om frihandelsoverenskomsten med Finland, som alene angår deres sag, har sagsøgerne i sag 89/85, ligesom størstedelen af de øvrige sagsøgere, bestridt Kommissionens kompetence til at anvende Fællesskabets konkurrenceregler alene på grundlag af den teori, der benævnes teorien om »virkningsstedet«, herefter stedse benævnt »territorialteorien«. Bemærk dog, at sagsøgeren i sag 104/85 ikke har anfægtet Kommissionens kompetence før under retsmødet, at sagsøgeren i sag 116/85 ikke har fremsat indvendinger mod Kommissionens kompetence, idet sagsøgeren ved skrivelse af 29. oktober 1987 forklarede sin oprindelige passivitet med, at Domstolen skulle undersøge dette spørgsmål ex officio, men at man på dette punkt tilsluttede sig de øvrige sagsøgeres anbringender. Under retsmødet har sagsøgeren bekræftet sin holdning, idet man henskød bedømmelsen til Domstolen. Sagsøgeren i sag 117/85 har ikke anført noget anbringende om inkompetence og har i retsmødet tilsluttet sig de øvrige sagsøgeres retsopfattelse.

3 — Punkt 79 i den anfægtede beslutning.

Kommissionens beslutning, er formuleret omkring to akser: hverken fællesskabsretten eller folkeretten tillader, at reglerne i Fællesskabets konkurrenceret anvendes over for virksomheder etableret uden for Fællesskabet, alene på grundlag af virkninger, som er indtrådt inden for dette.

6. Efter at have undersøgt disse to aspekter vil jeg anføre den lære, der kan drages af den amerikanske retspraksis, som i den henseende er særlig righoldig. Derefter vil jeg foreslå Domstolen de kriterier, der bør lægges til grund for at antage Fællesskabet kompetent over for virksomheder etableret uden for Fællesskabet, og bl. a. i det lys vil jeg behandle KEA's særlige situation. Endelig vil jeg omtale det særlige problem om forholdet mellem frihandelsoverenskomsten med Republikken Finland og EØF-Traktatens artikel 85.

I — Territorialteorien i relation til fællesskabsretten

7. Uanset de særlige omstændigheder i hver enkelt sag er indvendingen mod Fællesskabets kompetence til at anvende konkurrenceretten på virksomheder etableret uden for Fællesskabet rejst ud fra to betragtninger. For det første hævdes det, at der i formuleringen af Traktatens artikel 85 ikke er hjemmel til at udvide artiklen til at omfatte virksomheder uden for EF, blot fordi de konkurrencestridige virkninger er indtrådt på EF-området. For det andet har man fundet, at der af Domstolens retspraksis kan udledes en afvisning af territorialteorien. Lad mig straks sige, at jeg vil foreslå Domstolen ikke at lægge disse to indvendinger til grund.

1. *Ordlyden af artikel 85*

8. Formuleringen af Traktatens artikel 85 giver i almindelighed grund til at hævde, at Fællesskabets konkurrenceret i overensstemmelse med sit formål er anvendelig, når de konkurrencestridige følger er indtrådt på EF-området. Påvirkningen af handelen mellem medlemsstater er kriteriet for grænsedragningen mellem fællesskabskompetence og national kompetence på området. Det er de aftaler, beslutninger og former for samordnet praksis, som har »til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«, som er forbudt og erklæret uforenelige med Traktaten.

9. Under hensyn til denne formulering er doktrinen overvejende af den opfattelse, at kriteriet for, om Fællesskabets konkurrenceret kan anvendes, hverken er virksomhedens nationale tilhørsforhold eller geografiske lokalisering, men derimod lokaliseringen af den konkurrencestridige virkning [4].

10. I virkeligheden er det ikke sikkert, at det i Traktatens artikel 85 nævnte begreb følge strengt taget er grundlaget for kompetencen. Dette begreb, som i øvrigt også begrebet formål [5], gør det muligt med stor sikkerhed at påvise en overtrædelse af den materielle konkurrenceret i tilfælde, hvor Fællesskabets kompetence selv er ubestridelig.

4 — Bernini, G: »Les règles de concurrence« *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, s. 345, særlig s. 375; Goldman, B.: *les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), s. 635, særlig s. 676 ff. og *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, s. 612, særlig s. 614 og 615. Bischoff, J. M. og Kovar, R.: *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975, s. 675, særlig s. 684; Schapira, J., Le Tallec, G. og Blaise, J.-B.: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, s. 245; Mégret, J., Louis, J.-V., Vignes, D. og Waelbroeck, M.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, bind 4 »concurrence«, udgivet af Bruxelles Universitet, 1972, s. 110 og 111; Souffflet, J.: *La compétence extraterritoriale du dro de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet), 1971, s. 487, særlig s. 491.

5 — Focsaneaunu, L.: *Pour objet ou pour effet*, RMC, 1966, s. 862.

Men det kan anvendes til at udfylde en anden funktion, som kompetencekriterium, og dets indhold er så ikke nødvendigvis det samme, som når talen er om følge i materiel ret. Dette punkt kommer jeg senere tilbage til.

2. *Læren af Domstolens praksis*

11. Selv om Domstolens retspraksis endnu ikke har knæsat territorialteorien, for så vidt angår anvendelse af konkurrenceretten på virksomheder uden for EF, kan man ikke heraf udlede, at Domstolen forkaster den.

12. Den sag, som der oftest henvises til i denne debat, er den såkaldte »farvestofsag« [6]. I Domstolens dom af 14. juli 1972, hvor Domstolen blev opfordret af generaladvokat Mayras til at lægge territorialkriteriet til grund, om end med henvisning til særlige momenter, som fundament for Fællesskabets kompetence over for virksomheder uden for EF, foretrak Domstolen at anerkende denne på grundlag af virksomhedens enhed. Det betyder på ingen måde, at virkningsstedet ikke er tilstrækkeligt til at begrunde kompetence [7]. Som professor Goldman bemærkede netop vedrørende denne afgørelse »skal man ikke lade Domstolens tavshed tale« [8].

13. Man kan heller ikke af Domstolens relevante domme udlede afgørende argumenter, som tillader at drage positive slutninger vedrørende territorialteorien, selv om visse indeholder udsagn i den retning. Således f.eks. når Domstolen i Béguelin-dommen erklærer, at »det forhold, at en af de kontraherende virksomheder har sæde i et tredjeland, ikke [udgør] en hindring for anvendelsen« af Traktatens artikel 85, »når aftalen udfolder sine virkninger på fællesmarkedets område« [9], kan man ikke ganske se bort fra den omstændighed, at det i sagen drejede sig om en aftale om eneforhandling, hvori en af parterne var etableret i Fællesskabet.

14. Det vil sige, at Domstolens praksis *vedrørende konkurrenceretten* ikke tillader slutninger om Domstolen godkendelse eller af afvisning af kriteriet om virkningernes lokalisering med henblik på fællesskabsrettens anvendelse over for virksomheder uden for EF.

15. Man kan derimod finde støtte for anvendelsen af territorialteorien i dommen om Walrave og Koch. Dommen handler om det principielle forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet i relation til Traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for arbejdskraft og tjenesteydelser, og Domstolen udtalte:

»Da forbudet mod forskelsbehandling er ufravigeligt, gælder det for bedømmelsen af ethvert retsforhold, for så vidt dette, enten på grund af *stedet for dets stiftelse eller* på grund af *stedet for dets virkninger*, kan stedfæstes til Fællesskabets territorium« [10].

6 — Sag 48/69, Imperial Chemical Industries, Sml. 1972, s. 151; 52/69, J. R. Geigy AG, Sml. 1972, s. 225; 53/69, Sandoz AG, Sml. 1972, s. 229.

7 — Se J.-M. Bischoff og R. Kovar, ovennævnte artikel, s. 684.

8 — Goldman, B.: »International Law Association«, *Report of the 55th Conference*, New York, 1972, s. 128.

9 — Sag 22/71, dom af 25. november 1971, Sml. s. 257, præmis 11.

10 — Sag 36/74, dom af 12. december 1974, Sml. s. 1405, præmis 28, min fremhævelse.

16. Det drejede sig i nævnte sag om en regel fastsat af Union Cycliste Internationale, som har hjemsted i Genève. Ved Domstolen fandt organisationen at kunne udlede argumenter af Domstolens Geigy-[11] og Continental Can-domme[12] mod territorialteorien, fordi dette kriterium ikke var blevet lagt til grund dér.

17. Dette argument træder ganske tydeligt frem i Domstolens svar. Ingen har undladt at drage den slutning heraf, at virkningsstedet udgør et grundlag for fællesskabskompetence, som, omend det er udtalt på et andet område, kan påberåbes på konkurrenceområdet[13]. Hvis Domstolens holdning i dommen om Walrave og Koch kan overføres til konkurrenceretten — og jeg kan ikke se, hvorfor den ikke skulle kunne det — kan det med rette hævdes, at Domstolen i stedet for at forkaste territorialteorien uden betænkelighed tilslutter sig den.

18. En konstatering af det tilsnit er imidlertid ikke nok. I sådanne spørgsmål er det nemlig vigtigt at efterprøve, om et kriterium med det anførte indhold er i overensstemmelse med folkerettens krav og praksis.

II — Territorialteorien i relation til folkeretten

19. To grundlag for statskompetence er ubestridte i folkeretten: *Territorialhøjhed og nationalitet*[14]. Den første anerkender jurisdiktion for en stat, når det pågældende retssubjekt eller gode befinder sig på statsterritoriet, eller den omhandlede begivenhed har fundet sted dér. Den anden hjemler tilsvarende kompetence over for det omhandlede lands statsborgere.

20. Territorialhøjheden har selv affødt to særskilte kompetenceprincipper:

— den *subjektive* territorialhøjhed, som giver en stat ret til at foretage retsforfølgning for handlinger, som har deres udspring på dens territorium, selv om deres fuldbyrdelse har fundet sted i udlandet, og

— den *objektive* territorialhøjhed, som omvendt giver den ret til at pådømme handlinger, hvis udøvelse er påbegyndt i udlandet, men hvis gennemførelse, i det mindste delvis, har fundet sted på dens eget territorium.

21. Princippet om objektiv territorialhøjhed har spillet en afgørende rolle i udvidelsen af de nationale kompetencer vedrørende konkurrence. Herfra hidrører territorialteorien, som med henblik på pådømmelsen af virkningerne begrunder kompetencen for en stat over for den adfærd, som har affødt virkningerne, selv om den ikke har fundet sted på dens territorium.

22. Er denne lokalisering en kompetencehjemmel, som er i overensstemmelse med folkerettens regler? Ved besvarelsen af dette spørgsmål må man først tage selve karakteren af folkeretten i betragtning. Stifter den kompetence i den forstand, at den stat, som søger at udøve sin jurisdiktion, må påvise, at der foreligger en bemyndigelsesregel i folkeretten? Drejer det sig tværtimod om en ret, som med fuld respekt af de statslige kompetencer — som en logisk konsekvens af suveræniteten — indskrænker sig til at fastsætte

11 — Sag 52/69, dom af 14. juli 1972, Sml. s. 225.

12 — Sag 6/62, dom af 21. februar 1973, Sml. s. 241.

13 — Delannay, Ph.: *Observations sur l'arrêt 36/74, Walrave og Koch*, CDE, 1976, s. 209, særlig s. 224.

14 — Se f.eks. Higgins, R.: »The legal bases of jurisdiction«, in Olmstead, C. J., ed): *Extra-territorial application of laws and reponses thereto*, Oxford, ILA og ECS, 1984, s. 3.

visse grænser for udøvelsen af denne, som i mangel af forbudsregler forbliver fuldstændig?

23. Herom hersker der uenighed i doktrinen. Diskussionen har i det væsentlige drejet sig om betydningen og rækkevidden af Lotus-dommen, afsagt den 7. september 1927 af Den Faste Domstol for Mellemfolkelig Retspleje [15]. Denne afgørelse afsagt med præsidentens udslaggivende stemme, fastslår navnlig, at folkeretten ikke forbyder en stat

»på sit eget territorium at udøve sin jurisdiktion i alle sager om forhold, som har fundet sted i udlandet, og hvor den ikke kan støtte sig på en folkeretlig bemyndigelsesregel. En sådan opfattelse kunne kun gøres gældende, hvis folkeretten indeholdt et almindeligt forbud for staterne mod at udvide deres love og deres domstoles jurisdiktion til at omfatte personer, ejendom og handlinger uden for deres territorium, og hvis den, som en undtagelse fra dette generelle forbud, tillod staterne noget sådant i visse specielle tilfælde. Men således forholder det sig med sikkerhed ikke i den gældende folkeret. Den forbyder ikke generelt staterne at udvide deres love og deres domstoles jurisdiktion til personer, ejendom og handlinger uden for deres territorium, tværtimod overlader den dem i denne henseende en udstrakt frihed, som kun i visse tilfælde begrænses af forbudsregler; i øvrigt kan enhver stat frit vedtage de principper, som den anser for de bedste og de mest passende. Denne frihed, som folkeretten overlader til staterne, forklarer de mange forskelligartede regler, som de har kunnet vedtage uden indsigelse eller klage fra andre staters side... Det kan alene kræves af en stat, at den ikke overskrider de grænser, folkeretten sætter for dens kompetence; inden for disse grænser er hjemlen for den jurisdiktion, som den udøver, at finde i dens suverænitet« [16].

Denne udtalelse taler ganske for sig selv, når man sammenholder den med Den Faste Domstols erklæring om, at »folkeretten regulerer forholdet mellem uafhængige stater«, og dens udtalelse om, at »begrænsningerne i staternes uafhængighed således har formodningen imod sig« [17].

24. Folkerettens stilling på dette punkt er gentaget og udciseleret af Sir Gerald Fitzmaurice i den individuelle udtalelse vedrørende Den Internationale Domstols dom afsagt den 5. februar 1970 i Barcelona Traction-sagen:

»Det er rigtigt, at folkeretten for tiden ikke pålægger staterne nogen fast regel, som afgrænser området for deres nationale kompetence i sådanne sager (og der er naturligvis andre: f. eks. spørgsmål om søtransport, anti-trustlovgivning, osv. ...), men den overlader dem et stort råderum på dette punkt. Ikke desto mindre a) forudsætter den, at der *eksisterer* grænser, selv om det i hvert enkelt tilfælde er op til domstolen eventuelt at fastlægge dem i relation til den verserende sag, og b) pålægger den alle stater en forpligtelse til at udvise mådehold og tilbageholdenhed med at udvide den kompetence, dens domsmyndigheder tillægger sig i de sager med fremmed tilknytning, og at undgå at gøre ubehørigt indgreb i en anden stats kompetence, når denne er bedre begrundet eller kan udøves mere hensigtsmæssig« [18].

15 — *Domssamling*, Den Faste Domstol for Mellemfolkelig Retspleje, serie A-J 10.

16 — Ibid., s. 19.

17 — Ibid., s. 18.

18 — Den Internationale Domstol: *Recueil des arrêts*, »Avis consultatifs et ordonnances«, 1970, s. 65, særlig s. 105.

25. Et andet afsnit af Lotus-dommen er blevet påberåbt at visse forfattere til at begrænse dommens rækkevidde, for så vidt angår anerkendelsen af territorialteorien som grundlag for statslig kompetence. Den Faste Domstol præciserede deri, at selv domstolene i de stater, som tilslutter sig en strengt territorial opfattelse af straffelovgivningen, fortolker denne således, at den materielt tilsigter at ramme overtrædelser, selv om de er begået i udlandet, hvis det er på statsterritoriet, »at et led i forbrydelsens gerningsindhold, og særlig dens virkninger, er realiseret« [19]. Videre henviser Den Faste Domstol i sin dom i den pågældende sag til, at der mellem handlingen og dens virkninger »er et retligt set absolut sammenhæng« [20], hvilket har ført visse forfattere til at antage, at kun sådanne omstændigheder tillader en stat at udøve sin kompetence i medfør af princippet om den objektive territorialhøjhed.

26. Men hvis man antog, at Den Faste Domstol hermed havde villet begrænse en stats kompetence, som afledtes af den objektive territorialhøjhed, til tilfælde, hvor den virkning, som havde vist sig på dens territorium, selv var et led i overtrædelsens gerningsindhold, ville det ikke få nogen indvirkning på anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler over for virksomheder, uden for EF. Lad mig gentage, at Traktatens artikel 85 forbyder enhver aftale, vedtagelse og samordnet praksis, som har til følge »at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«. Er en sådan følge ikke nødvendigvis et led i overtrædelsens gerningsindhold? [21]. Det fandt generaladvokat Mayras, idet han har udtalt, at »i kartelretten« bør man »antage, at netop følgen af overtrædelsen *er et af de afgørende led heri, formentlig endog det væsentligste led*« [22].

27. Selv om man derfor af andre grunde har kunnet spørge: »Sejler Lotus stadig?« [23], synes der ikke at være skabt tvivl om, at det således udledte princip, som nok kritiseres i teorien, men indtil dato står uimodsagt i den folkeretlige domspraksis, tillader den slutning, at det er i overensstemmelse med reglerne i folkeretten at tage hensyn til virkningsstedet som grundlag for den statslige kompetence [24]. Og hvad der således er antaget for stater, må nødvendigvis også antages for Fællesskabet som folkeretssubjekt i de tilfælde, hvor Fællesskabets kompetence træder i stedet for medlemsstaternes.

28. Den således anerkendte kompetence er en »jurisdiction to prescribe«, en beføjelse for staten til »at fastsætte generelle eller individuelle regler gennem sine lovgivende, udøvende eller dømmende organer« [25]. Den kan ikke opfattes som en »jurisdiction to enforce«, »en beføjelse, som en stat har til at iværksætte en generel regel eller en individuel beslutning ved materielle gennemførelseshandlinger, der kan gå så langt som til at iværksætte statslig tvang« [26]. Denne opfattelse deles i vidt omfang af dem, som tilslutter sig, at territorialteorien kan danne

19 — Ibid., s. 23.

20 — Ibid., s. 30.

21 — Akehurst, M.: *Jurisdiction in International law*, BYIL, 1972-1973, s. 145, særlig s. 195 og 196, Goldman, B.: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), s. 635, særlig s. 701.

22 — Forslag til afgørelse i de forenede sager 48 og 53/69, nævnt ovenfor, s. 171, særlig s. 204.

23 — Julliard, P.: »L'application extraterritoriale de la loi économique«, *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, nævnt ovenfor, s. 13, særlig s. 24.

24 — I denne henseende skriver P. Demaret: »Lotus-dommen blev afsagt med det mindst mulige flertal, Men det ovenfor anførte *dictum* svarer til den internationale realitet i 1927 og utvivlsomt også i dag«. *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?* CDE, 1985, s. 1, særlig s. 26.

25 — Stern, B.: *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra-territoriale du droit*, AFDI, 1986, s. 7, særlig s. 11.

26 — Ibid.

grundlag for en statslig kompetence. Det er i øvrigt i det væsentlige over for de foranstaltninger, som er truffet i henhold til gennemførelseskompetencen, at henved 20 stater har vedtaget de såkaldte blokadelove [27]. Men kan så spørge, om beføjelsen til at idømme en bøde henhører under den regelfastsættende eller den udøvende kompetence.

29. Når en kartelaftale erklæres ulovlig, og en bøde pålægges, er der normalt enighed om at anerkende, at det drejer sig om udøvelsen af den regelfastsættende kompetence. Hvad folkeretten forbyder en stat er, for at gentage Lotus-dommens ordlyd »medmindre der foreligger en bemyndigelsesregel om det modsatte — enhver udøvelse af dens magt på en anden stats territorium« [28].

30. Hvad der således er udelukket, er konkrete gennemførelses- og tvangsforanstaltninger. Men som skrevet står, »At befale er ikke at tvinge« [29]. Personlig tilslutter jeg mig følgende analyse fra professor Goldman:

»Pålæggelsen af en bøde er, når den sanktionerer forhold, der henhører under lex fori som følge af de virkninger, de frembringer på den dømmende rets territorium... uopløseligt forbunden — som fremkaldelsen eller konstateringen af ugyldigheden — til anvendelsen af den lov, som forudsættes anvendelig, og at nægte en retsinstans at dømme efter den, ville være det samme som at fratage denne 'lovgivende kompetence' enhver betydning« [30].

Det er i denne retning, at generaladvokat Mayras udtalte sig i sit forslag til afgørelse til »farvestof«-dommene:

»En økonomisk sanktion, der skal modvirke en konkurrencestridig adfærd og i øvrigt forhindre, at denne fortsætter eller opstår på ny, skal udsondres fra inddrivelsen af den idømte bøde, som kun kan ske ved tvangsfuldbyrdelse i tilfælde af, at den domfældte virksomhed nægter at betale bøden.« [31].

31. Efter disse præcisioner må det siges, at det ganske bestemt er amerikansk ret, som indeholder de mest alvorlige overvejelser og forsøg på at fastlægge de omstændigheder, hvorunder en stat kan udøve den regelfastsættende kompetence i situationer med fremmed tilknytning. Det kan ikke overraske. *Sherman Act* går tilbage til 1890. Den har givet anledning til en omfattende domspraksis og teori, som udtrykker bestræbelserne på at forene legitime nationale interesser med kravene i folkeretten og det internationale samkvem. Jeg skal derfor anføre de mest markante afgørelser.

III — Læren af amerikansk ret

32. Oprindelig var de amerikanske domstole forpligtet til den strikte anvendelse af kriteriet om territorialhøjhed. En af de mest

27 — Se f.eks. Atwood, J. R.: »Blocking statutes and sovereign compulsion: Recent developments and the proposed Restatement«, in Hawk, B. E. (ed) *Antitrust and Trade Policies in the United States and the European Community*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, New York, Matthew Bender, 1986, kapitel 16, s. 327. Collins, L.: »Blocking and clawback statutes: The United Kingdom approach«, *Journal of business law*, 1986, s. 372 og 452.

28 — Nævnt ovenfor, s. 18.

29 — Goldman, B. og Lyon-Caen, A.: *Droit commercial européen*, Dalloz, 4. udg. 1983, s. 886.

30 — Goldman, B.: *Observations sous les arrêts »matières colorantes«*, JDI (Clunet), 1973, s. 935.

31 — Sml. 1972, på s. 206.

berømte tilkendegivelser heraf hidrører fra dommer Oliver Wendell Holmes i American Banana-sagen [32]: »All legislation is prima facie territorial« (»Al lovgivning er som udgangspunkt territorialt bestemt«). Og han fortsatte ved at udtale, at ifølge et generelt, ja vel universelt princip, bestemmes lovligheden eller ulovligheden af en handling udelukkende af retsreglerne i den stat, på hvis territorium den er foretaget.

33. Men først i 1945 og med Alcoa-dommen [33] blev territorialteorien knæsat i sin mest absolutte form. Indtil da var virksomheder etableret i udlandet kun blevet dømt i De Forenede Stater som følge af deres adfærd på dette lands territorium, og princippet om objektiv territorialhøjhed, som var kendt inden for andre retsområder, havde ikke været påberåbt i karteltvister [34]. Alcoa-sagen, som blev behandlet ved en særlig sammensat domstol, gjorde det muligt for dommer Learned Hand at udtale, at der ved fortolkningen af den interne kartellovgivning må tages hensyn til de grænser, som generelt respekteres af staterne under udøvelsen af deres kompetencer. Og Learned Hand fortsætter med disse ord, som stadig giver genlyd, idet de markerer den ekstreme anerkendelse af territorialteorien:

»It is settled law... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states will ordinarily recognize« (»Det er en fastslået regel... at staten endog kan pålægge per- soner, som ellers ikke er undergivet dens jurisdiktion, ansvar for handlinger begået uden for sine grænser, som har virkninger inden for disse, hvilke staten ønsker imødegået, og dette vil andre stater normalt anerkende«).

Ifølge dommer Hand forudsætter en sådan anvendelse af den statslige konkurrenceregel på virksomheder etableret i udlandet, at et forsæts- og et indholdsmæssigt element foreligger samtidig. Handlingen sanktioneres således kun, hvis den har været tilsigtet, og hvis den har fået følger, uanset omfang.

34. Afgørelser af denne type er sjældne, uden tvivl fordi sagerne, hvis eneste tilknytningselement er den forårsagede virkning, i sig selv er usædvanlige. Lad mig imidlertid anføre Horlogerie suisse-sagen [35]. Dommer Cashin, der udtrykkelig henviste til territorialteorien, anså de amerikanske myndigheder for kompetente over for sagsøgte, som var etableret i udlandet, da den påtalte adfærd havde en direkte og væsentlig virkning i De Forenede Stater. Jeg skal allerede på dette tidspunkt henlede opmærksomheden på, hvor omhyggeligt virkningerne kvalificeres.

35. En sådan domspraksis, særlig i sit mest ekstreme udtryk, jfr. dommer Hands ordvalg, kunne ikke undgå at fremkalde kritik og reaktioner. For at foregribe de konflikter — navnlig som følge af udøvelsen af konkurrerende kompetencer — af en unuanceret anvendelse af territorialteorien, blev der fremsat forskellige forslag i De Forenede Stater. Lad mig i den henseende nævne *Restatement of foreign relations law of the Uni-*

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2d 416 (1945).

34 — Neale, A. D. og Stephens, M. L.: *International business and National jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press 1988, s. 167.

35 — 1965, *Trade cases*, afsnit 71352; 1963, *Trade cases*, afsnit 70600.

ted States, offenliggjort i 1965 af American Law Institute og *Anti-trust guide for international operations*, udgivet i januar 1977 på foranledning af det amerikanske Justitsministerium. Sidstnævnte dokument henviser til begrebet væsentlig og forudseelig følge. Netop begrebet væsentlig følge indeholdes i *Tentative draft of the Restatement (revised)*, offenliggjort i 1985, som endvidere kræver, at adfærden i udlandet har eller har haft til hensigt at frembringe en væsentlig virkning inden for territoriet. Hensigtsbetingelsen antages ifølge nogle at svare til kravet om forudseelig virkning [36].

36. Under den samme synsvinkel, der tilsigter at afgrænse territorialteorien, må der da også henvises til dommer Choy's afgørelse i Timberlane Lumber-sagen [37]. Dommer Choy tilslutter sig vel domspraksis som udtrykt i Alcoa- og Horlogerie suisse-sagerne, men finder, at de hidtil udfoldede bestræbelser på at begrænse territorialteoriens rækkevidde er lidet tilfredsstillende. For det første forekommer begrebet væsentlig virkning ham vanskeligt at definere i en international sammenhæng. For det andet anser han sondringen mellem direkte og indirekte virkninger for uegnet i det omfang, hvori den ikke tillader, at der tages hensyn til andre landes interesser.

37. Og dommer Choy konkluderer, at De Forenede Staters interesser såvel, under visse omstændigheder, samtidig kan være for svage som kravet om en ændring med henblik på at bevare harmonien i USA's internationale samkvem for påtrængende til at begrunde et krav på ekstra-territorial kompetence. Til bedømmelsen af, om en sådan kompetence bør udøves, har han udledt tre kumulative kriterier, de to første om lovlighed, det tredje om hensigtsmæssighed, som han har formuleret i tre spørgsmål:

1) Påvirker det påståede indgreb i konkurrencen eller tilsigter det at påvirke De Forenede Staters udenrigshandel?

2) Kan det under hensyn til sin karakter og betydning anses for en overtrædelse af *Sherman Act*?

3) Er der — under hensyn til respekten for den internationale høflighed og for »fairness« — grund til, med henblik på retsforfølgningen, at udøve De Forenede Staters ekstra-territoriale kompetence?

38. Den tredje betingelse, som må bedømmes som en *rimelighedsregel* vedrørende kompetence, indeholder syv elementer, hvis opregning ikke er udtømmende. Der er navnlig tale om:

— betydningen af en konflikt med en fremmed regel;

— parternes nationalitet og lokaliseringen af det vigtigste sted for de pågældende virksomheders aktivitet;

— virkningernes betydning for henholdsvis De Forenede Stater og udlandet;

— styrken af den udtrykte vilje til at skade eller påvirke De Forenede Staters handel og sandsynligheden af en sådan virkning.

39. Lad mig endvidere nævne Mannington Mills-dommen [38], hvori dommer Weis — under henvisning til Timberlane-afgørelsen,

36 — Se Neale, A. D. og Stephens M.-L., ovennævnte værk, s. 167.

37 — 549 F. 2d 597 (9 Cir. 1977).

38 — 595 F. 2d 1287 (3 Cir. 1979).

som han fortolker — til de således nævnte kriterier føjer andre faktorer, hvoraf visse udtrykkeligt er knyttet til udenrigspolitiske overvejelser. Det ses kort sagt, at denne holdning, uden at bestride princippet om en ekstra-territorial kompetence, heraf udvikler betingelserne for en hensigtsmæssig udøvelse af den. Jeg bemærker dog, at dommer Adams under samme sag gav en anden fortolkning af de samme kriterier, som efter hans opfattelse skal godtgøre selve eksistensen af en kompetence og ikke fastlægge betingelserne for dens udøvelse.

40. Gældende amerikansk ret hviler på to principper. Ifølge det første gøres der krav på De Forenede Staters kompetence, når virkningerne på dette lands handel er direkte, væsentlige og forudseelige. I henhold til det andet foretager domstolene en »balance of interests« for at sikre den rimelige karakter af en sådan kompetences udøvelse [39].

41. Reglen om »judicial interest balancing« vedrørende kompetence er ikke fri for kritik. Mest bemærkelsesværdig er den kritik, som er formuleret af dommer Wilkey i Laker Airways-sagen [40]. Efter hans opfattelse er domstolenes »interesseafvejning« med henblik på at sikre, at komptenceudøvelsen er i overensstemmelse med rimelighedsreglen, en uegnet fremgangsmåde. Denne forpligter dem til at vælge mellem en intern lov, som har til formål at beskytte nationale interesser, og en fremmed lov, som sigter på at udelade en anvendelse, som truer udenlandske interesser.

42. I en sådan sammenhæng besværliggøres interesseafvejningen af to faktorer. For det første er der væsentlige grænser for domstolenes evne til under sådanne omstændigheder at foretage en objektiv bedømmelse af konkurrerende interesser. Dommer Wilkey udtrykker i så henseende alvorlig tvivl om, i hvilket omfang en dommer er i stand til at foretage en egnet vurdering af de relevante konkurrerende problemer og prioriteter [41]. Han finder dernæst, at en sådan metode ikke er i stand til at nå sit mål, der er at sikre respekten for international høflighed. Når det drejer sig herom, finder han, at effektiviteten af interesseafvejningen som et middel til at identificere den mest rimelige udøvelse af den regelfastsættende kompetence, ikke er påvist. Denne fremgangsmåde, har han navnlig erklæret, har kun fundet en midlertidig ankerplads i national ret [42].

43. Dommer Wilkey henviser til, at de amerikanske domstole ofte afviser at godtage denne fremgangsmåde, og at doktrinens kritik af den er blevet stærkere, og ligesom han i øvrigt ikke finder godtgjort, at interesseafvejningen er en folkeretlig regel [43]. Folkeretten udelukker ikke de konkurrerende kompetencer. Når to kompetencekrav er begrundet i henhold til folkeretten, er der ingen regel i den, som tillader at afvise det ene til fordel for det andet med den begrundelse, at dette er »mere rimeligt« [44].

44. Jeg skal endelig henvise til, at *Tentative draft of the Restatement* fra 1985 opregner otte kriterier til fastlæggelsen af, under hvilke omstændigheder kompetenceudøvel-

39 — Neale, A. D. og Stephens, M.-L., ovennævnte værk, s. 177.

40 — 731 F. 2d. 909 (DC. Cir. 1984); dommer Wilkey har ligeledes kritiseret »judical balance of interests« i sin artikel: »American Anti-trust: adjusting conflicts with other legal systems«, *Private investors abroad*, New York, Matthew Bender, 1985, anført af Neale, A. D. og Stephens, M.-L. ovennævnte værk, s. 179, note 14.

41 — Ibid., s. 78.

42 — Ibid., s. 80.

43 — Ibid.

44 — Ibid., s. 83 og 84.

sen må anses for rimelig. Blandt disse er virkningens væsentlige, direkte og forudseelige karakter, reglens overensstemmelse med traditionerne i det internationale system, andre staters mulige interesse og sandsynligheden for, at der kan komme en konflikt ud af den.

45. Reelt ser det derfor ikke ud til, at interesseafvejningen efter de kriterier, som er formuleret i Timberlane- og Mannington Mills-dommene, har gjort det muligt at udlede en rimelighedsregel vedrørende kompetence. På én undtagelse nær, bemærker en amerikansk forfatter, har ingen domstol afvist at udøve sin kompetence som følge af den retsopfattelse, man har foretrukket i disse afgørelser [45]. Professor Mann finder for sit vedkommende, at interesseafvejningen retligt er »en dårlig og vildledende fører« (»bad and misleading guide«) [46]. Ifølge denne forfatter kan en dommer ikke have nogen skønsmæssig beføjelse til at træffe beslutning om udøvelsen af sin kompetence. Hvis en lov, fortolket i lyset af folkeretten, er anvendelig, kan dommeren ikke se bort fra den. Hvis folkerettens regler udelukker dens anvendelse, har dommeren ikke nogen skønsmæssig beføjelse til at anvende den. Følgelig er sondringen mellem på den ene side eksistensen, og på den anden side udøvelsen af en kompetence og anerkendelsen af en skønsmæssig beføjelse, som gør det muligt ikke at udøve den, et fejlskud, som ikke bør følges [47].

46. Som det ses, frembyder amerikansk ret — hvor raffineret og righoldig den end er — selv om den letter forståelsen af den omhandlede problemstilling, tilsyneladende ikke kompetencekriterier, som er tilstrækkelig præcise og velafprøvede til ganske enkelt blot at blive godkendt. Det er derfor op til Domstolen, navnlig ved hjælp af doktrinens overvejelser på området, at fastlægge de omstændigheder, hvorunder Fællesskabet kan gøre krav på kompetence til at anvende sine konkurrenceregler over for virksomheder etableret uden for EF-området.

IV — De foreslåede kompetencekriterier

47. De vanskeligheder, vi her har mødt, illustrerer udmærket, at territorialiteten som tilknytningsmoment ikke gør det muligt at løse alle de problemer, som er forbundet med omfanget og karakteren af den nutidige internationale handel. Et stift territorialprincip egner sig ikke til den moderne verden, konstaterede professor Mann [48]. I samme retning vil jeg citere professor Prosper Weil:

»Vi har et billede af et internationalt samfund, gjort af sideordnede celler, adskilt af grænser; begrebet territorium, som udgør selve hjertet i forestillingen om territorialiteten, illustrerer denne fordeling mellem enheder, adskilt af fysiske og geografiske grænser. Men det er åbenbart..., at grænserne ikke kun er nogle barrierer, at de også er passagesteder, og at erhvervslivet morer sig over denne slags barrierer« [49].

48. Denne konstatering har ført forskellige forfattere til at udarbejde en række kriterier vedrørende loves ekstra-territoriale anvendelse. Således finder f. eks. Sir Robert Jen-

45 — Griffin, J. P.: »Possible resolutions of international disputes over enforcement of US anti-trust laws«, 18, *Stanford Journal of International Law*, Issue 2, 1982, anført af Neale, A. D. og Stephens, M. L., ovennævnte værk, s. 76, note 14.

46 — Mann, F. A.: *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, RCADI, 1984 (III), s. 12, særlig s. 30-31.

47 — Mann, F. A., ibid., s. 87-88.

48 — Nævnte lærebog, RCADI, 1964, s. 126.

49 — Weil, P.: *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers de Cedin, Montchrestien, 1987, s. 11.

nings, at en stat ifølge folkeretten har ret til at udøve en ekstra-territorial kompetence, når dens legitime interesser er på spil, men at den ikke må misbruge denne ret. Der foreligger misbrug, når udøvelsen af den ekstra-territoriale kompetence udgør en indblanding i udøvelsen af den lokale territoriale kompetence [50]. Ifølge professor Mann består det egentlige problem i at identificere det, han kalder de »legally relevant facts« (»Retligt relevante omstændigheder«) [51], og den stat, hvis forhold hertil er af en sådan art, at den tillagte kompetence bliver rimelig og retfærdig [52]. Denne forfatter gør sig til talsmand for at begrunde kompetencen på den »snævre forbindelse« (»closeness of connection«), og han finder

»that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)« [53].

Og Mann præciserer straks, at den blotte politiske, økonomiske, handelsmæssige eller sociale interesse ikke udgør en »snæver forbindelse«. Særlig vedrørende konkurrenceretten finder han, at den tilsigtede, forudseelige og, a fortiori, uforudsete følge ikke kan tilvejebringe en sådan forbindelse [54].

49. Andre forfattere foreslår at anerkende kompetencen for den stat, hvori den primære virkning (»the primary effect«) af handlingen kan mærkes [55]. For at fastslå, om virkningen er primær eller sekundær, må der tages hensyn til en dobbelt faktor: er den virkning, som er indtrådt i den pågældende stat, mere direkte og mere væsentlig end den, som er indtruffet i andre stater. Og man finder, at denne metode kun tillader kompetenceudøvelse af de stater, som har en legitim interesse deri [56]. Endelig er det almindeligt antaget, at folkeretten ikke forbyder konkurrerende kompetencer. Lad mig dog erindre om, at udviklingen i den sædvanemæssige folkeret ifølge nogle forfattere skaber særlige begrænsninger i den ekstra-territoriale udøvelse af statslige kompetencer. Således forbyder folkeretten ekstra-territorial anvendelse af hjemlandets lov, når den kan fremkalde modstridende forpligtelser [57] eller giver anledning til kompetencekonflikter [58].

50. Det forekommer mig, at disse forskellige overvejelser i det væsentlige er tilgodeset med vedtagelsen af kriteriet om den kvalificerede virkning. Dette kriterium, som ikke strider imod nogen folkeretlig forbudsregel, fastholdes i vidt omfang i staternes praksis [59]. Det er endvidere af objektive grunde særlig egnet under hensyn til konkurrencerettens særlige karakter [60]. Denne karakter hidrører fra dens beskaffenhed som erhvervsret, som skal beskytte den økonomiske offentlige orden [61]. Det er ud fra disse

50 — Jennings, R. Y.: *Extraterritorial jurisdiction and the United States anti-trust laws*, BYIL, 1957, s. 146, særlig s. 153.

51 — Mann, F. A.: *The doctrine of Jurisdiction in International law*, RCADI, s. 7, særlig s. 45.

52 — Ibid., s. 44.

53 — »At en stat har (lovgivnings-) kompetence, når den er stillet over for bestemte forhold på en så snæver, så væsentlig, så direkte og så tungtvejende måde, at lovgivning herom er i overensstemmelse med folkeretten og dens forskellige aspekter (herunder staternes praksis, principperne om ikke-indblanding og gensidighed samt kravene om indbyrdes solidaritet)« (ibid., s. 49).

54 — Ibid., s. 104.

55 — Særlig Akehurst, M., ovennævnte artikel, s. 198.

56 — Ibid., s. 201.

57 — Julliard, P.: »Application extraterritoriale de la loi économique« *L'application extraterritoriale du droit économique*, nævnt ovenfor, s. 13, særlig s. 31.

58 — Stern, B., ovennævnte artikel, s. 15.

59 — Idot, L.: *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), thèse, 1981, ronéo, særlig s. 89ff.

60 — Bischoff, J. M. og Kovar, R., ovennævnte artikel, s. 700.

61 — Eeckman, P.: *L'application de l'article 85 du traité Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causanat des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun*, RCDIP, 1965, s. 499, særlig s. 519.

overvejelser og efter folkerettens målestok, at man skal bestemme egenskaberne ved den virkning, hvis lokalisering begrunder et krav på regelfastsættende kompetence over for virksomheder, etableret uden for Fællesskabet.

51. Undertiden antages disse virkninger at svare til dem, der søges sanktioneret, når indgrebet i konkurrencen følger af en adfærd, som finder sted inden for den stat, der gør krav på kompetence[62]. Men, som jeg har anført, er det ikke sikkert, at det i Traktatens artikel 85 nævnte begreb følge, med henblik på at fastslå *eksistensen* af en overtrædelse af konkurrencereglerne, er identisk med det begreb, som kræves i fællesskabsretten og anerkendes i folkeretten med henblik på at *fastlægge kompetence* over for virksomheder, etableret uden for EF.

52. Ifølge materiel fællesskabsret skal konkurrencebegrænsningen være »konstaterbar«[63] eller »mærkbar«[64]. Skadevirkningen på konkurrencen kan være direkte eller indirekte og objektivt eller med rimelighed forudseelig[65]. Dette er egenskaberne ved den følge, som skal tages i betragtning som et led i betingelserne for at antage, at der foreligger et indgreb i Fællesskabets frie konkurrence.

53. Alle disse egenskaber skal efter min opfattelse ikke være fastslået, når det drejer sig om den følge, som skal forstås som kriterium for den ekstra-territoriale kompetence. Det vigtigste forbehold i den henseende vedrører den indirekte virkning[66]. Jeg kan henvise til, at generaladvokat Mayras i sit forslag til afgørelse i »*farvestof*«-sagerne foreslog at fastholde kriteriet direkte og umiddelbar, rimeligt forudseelig og væsentlig virkning[67]. Jeg vil tilslutte mig denne løsning, og af de grunde, han anfører, skal jeg gøre hans ord til mine egne:

»Ville Kommissionen ikke være forsvarsløs, såfremt den stod over for en samordnet praksis, som virksomheder uden for fællesmarkedet havde taget initiativet til og var eneansvarlig for, og så sig berøvet muligheden for at træffe nogen beslutning imod dem? Dette ville samtidig betyde et afkald på den beskyttelse af fællesmarkedet, som er nødvendig for virkeliggørelsen af hovedmålsætningerne for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab«[68].

54. De kvalificerede virkninger fastholdes generelt som kompetencekriterium. *Restatement* henviser til den væsentlige og forudseelige virkning. International law association vedtog på sin 55. konference i New York i august 1972 en resolution vedrørende de folkeretlige grundsætninger om konkurrencebegrænsende praksis[69]. Artikel 5 i denne tekst erklærer, at en stat har kompetence til at vedtage regler om adfærd, som udøves uden for dens territorium og har følger inden for dette, når tre betingelser er opfyldt: a) adfærden og dens virkning er led i en kartelovertrædelse; b) virkningen er væsentlig; c) den er det direkte og primært tilsigtede resultat (»direct and primarily intended result«) af den pågældende eksterne adfærd. Det er interessant at bemærke, at denne tekst blev foretrukket frem for den, som blev foreslået af Committee on the ex-

62 — Demaret, P., ovennævnte artikel, s. 33.

63 — Mégret, J., Louis, J.-V., Vignes, D., Waelbroek, M.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, bind 4, »Konkurrence«, s. 20.

64 — Ibid., s. 21.

65 — Goldmann, B. og Lyon-Caen, A.: *Droit commercial européen*, Dalloz, 4. udgave, s. 551.

66 — Bischoff, J. M. og Kovar, R., ovvennævnte artikel, særlig s. 706ff.

67 — Sml. 1972, s. 204.

68 — Ibid., s. 207.

69 — The International law association: *Report of the 55th Conference held in* New York, August 21st to August 26st, 1972, s. 138.

tra-territorial application of restrictive trade practices, hvorefter folkeretten ikke antages at hjemle krav på eller udøvelse af ekstraterritorial regelfastsættende kompetence for en stat, blot fordi følgerne eller eftervirkningerne af en adfærd, der har fundet sted i udlandet, mærkes på dens territorium[70]. I den akademiske kreds blev det forslag, som forkastede territorialteorien, altså tilsidesat til fordel for en resolution, der var positiv over for vedtagelsen af kriteriet om den kvalificerede virkning.

55. Ganske vist hævder Det Forenede Kongeriges regering i sine indlæg, under henvisning til sit notat af 20. oktober 1969 til Kommissionen i »*farvestof*«-sagen, at territorialhøjhedskriteriet alene kan begrunde fællesskabskompetencen i nærværende sager. Derfor finder den, at »*farvestof*«-præjudikatet bør anvendes ikke blot over for datterselskaber, men også over for andre medlemkommende organer, beliggende i Fællesskabet, hvis adfærd dér har fremkaldt konkurrencestridige virkninger. Det drejer sig ifølge den britiske regering blot om en udøvelsen af den territoriale kompetence.

56. Af alle de ovennævnte grunde mener jeg ikke at kunne foreslå Domstolen at følge denne kurs. For øvrigt har sagsøgerne bestridt, at der foreligger en sådan territorial tilknytning til Fællesskabet, at dette kan tiltage sig kompetence over for dem. De hævder, at deres egen adfærd er udøvet uden for Fællesskabet. De tilføjer, at deres forskellige repræsentanter har handlet uafhængigt, og at ingen af disses aktiviteter kan tilregnes dem. Imidlertid forekommer det mig under alle omstændigheder formålsløst at gå ind i diskussionen om karakteren af retsforholdet mellem de sagsøgende selskaber og deres forskellige organer inden for Fællesskabet.

70 — Ibid., s. 175.

57. Vi har set, at der ikke eksisterer nogen folkeretlig regel, som kan gøres gældende imod kriteriet om den direkte, væsentlige og forudseelige virkning. Begrebet international høflighed kan med sine usikre grænser heller ikke fremføres herimod[71].

58. I mangel af et sådant forbud, under hensyn til en så udbredt statslig praksis, og på grund af dets velegnede karakter på konkurrenceområdet vil jeg således foreslå Domstolen at lægge det til grund som kriterium for Fællesskabets kompetence.

59. Tilbage er at undersøge to særlige problemer, henholdsvis om KEA's forhold og om virkningen for de finske sagsøgere af frihandelsoverenskomsten indgået mellem deres land og Fællesskabet.

V — KEA's forhold

60. KEA er sammenslutningen for de amerikanske virksomheder, Kommissionen i det væsentlige tilskriver de prisvejledninger, som dens medlemmer skal have fulgt, og som angiveligt har bidraget til at gøre markedet gennemsigtigt og således lette samordningen

71 — Vedrørende begrebet international høflighed, se Oppenheim, L.: *International law*, 8th ed.: H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co., bind 1, s. 33ff; Nys, E.: *Folkeretten*, 2ème ed., 1904, bind 1, s. 201ff.; Yntema, H. E.: »The comity doctrine«, *Michigan law review*, 1966-1967, bind 65, s. 1.

mellem andre fremmede producenter og sammenslutningen. Denne sammenslutning har generelt dannet rammerne for samordningen mellem de berørte producenter.

61. Under forudsætning af, at det kriterium, som jeg foreslår Domstolen at lægge til grund, er opfyldt, kan det principielt begrunde Fællesskabets kompetence, selv om KEA ikke dér har filialer, datterselskaber eller agenturer, med andre ord territorial tilknytning af den art, som ifølge Det Forenede Kongerige alene kan begrunde, at Fællesskabet udøver sin jurisdiktion.

62. Karakteren af aktiviteterne inden for KEA, som ikke selv har opereret inden for Fællesskabet, forekommer mig heller ikke at være en hindring for at anvende af fællesskabsretten. Den omstændighed, at en virksomhedssammenslutning ikke som sådan deltager i erhvervslivet, er nemlig ikke til hinder for at anvende konkurrenceregler over for den. Jeg henviser i denne forbindelse til de generelle vendinger i Domstolens Van Landewyck-dom, hvor det blev kritiseret, at artikel 85, stk. 1, blev anvendt på en henstilling, som udgik fra en sammenslutning uden gevinstmæssigt formål, og hvor Domstolen udtalte følgende:

»For det første fremgår det af artikel 8 i FEDETAB's vedtægter, at sammenslutningens vedtagelser er bindende for medlemmerne. For det andet finder artikel 85, stk. 1, også anvendelse på sammenslutninger, i det omfang *deres egne aktiviteter* eller *den aktivitet, der udøves af de virksomheder, der er tilsluttet dem*, tilsigter at *fremkalde de virkninger, som bestemmelsen er rettet mod.* Da adskillige producenter udtrykkeligt har erklæret, at de efterlever henstillingen, kan den ikke falde uden for anvendelsesområdet for Traktatens artikel 85, blot fordi den er vedtaget af en sammenslutning, som ikke arbejder med gevinst for øje«[72].

63. I den foreliggende sag udtaler KEA's vedtægter ganske vist, at det principielt står dens medlemmer frit for at se bort fra den vejledende pris. Men Kommissionen gør gældende, at eksistensen af en fremgangsmåde, som sættes i værk inden for sammenslutningen i tilfælde, hvor visse medlemmer ikke anvender de således fastsatte priser, vanskeligt kan forenes med denne fakultative karakter. Den hævder i øvrigt, at anbefalingerne er blevet overholdt i 1975 og 1976. Det bør her bemærkes, at Domstolen anerkender anvendelsen af artikel 85 på en henstilling fra en virksomhedssammenslutning, som betegnes som ikke-bindende, såfremt det fremgår af det oplyste, at den, uanset »retlig kvalifikation« udgør »et nøje udtryk for sagsøgerens vilje til at samordne sine medlemmers adfærd«[73]. Her drejer det sig åbenbart om en undersøgelse, som henhører under sagens realitet, men under alle omstændigheder bør Domstolen ikke fravige *princippet* om at anvende artikel 85 på den omhandlede sammenslutning.

64. Jeg vil endelig præcisere, at det klart er for tidligt at undersøge klagepunktet om ugyldighed, som er påberåbt med den begrundelse, at den anfægtede beslutning angiver, at alle dens adressater eksporterer direkte til Fællesskabet eller opererer dér, medens dette ikke er tilfældet for KEA. Der foreligger herved egentlig ikke et problem om kompetence men om begrundelse, som må bedømmes senere i sagen.

65. KEA er dannet på grundlag af Webb Pomerene-loven. Som bekendt bemyndiger

72 — Sag 209/78, dom af 29. oktober 1980, Sml. s. 3125.

73 — Sag 45/85, VDS, dom af 27. januar 1987, Sml. s. 405, præmis 32.

denne lov ved en fravigelse fra den amerikanske anti-trustlovgivning sammenslutninger med henblik på eksport. Den forekommer mig imidlertid ikke at være af en sådan art, at der kan opstå tvivl om Kommissionens regelfastsættende kompetence, for så vidt som den i intet tilfælde pålægger de berørte virksomheder at danne begrænsende karteller for eksport.

66. I denne henseende anfører professor Turner i det dokument, som sagsøgerne selv har inddraget i drøftelserne[74], at man i henhold til almindeligt anerkendte regler i folkeretten må sondre imellem bemyndigelse og forpligtelse: »Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission« (»Gældende folkeret skelner mellem suveræn tvang og simpel tilladelse«).

67. Selv om forfatteren i øvrigt anfører, at en særlig og officiel tilladelse til et eksportkartel udgør en afgørende betingelse for dets immunitet i forhold til udøvelsen af en fremmed kompetence på konkurrenceområdet, vil jeg fremhæve, at han i den endelige analyse hævder det synspunkt, at

»it seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from anti-trust attack by countries whose interests are substantially affected« (»Det synes rimeligt at slutte, at en simpel tilladelse eller endog særlig bemyndigelse til at deltage i et internationalt kartel ikke er nok til at give kartellet immunitet over for en anti-trust- retsfor- følgning fra lande, hvis interesser er berørt i væsentlig grad«).

74 — »Application of competition laws to foreign conduct: appropriate resolution of jurisdictional issues«, Fordham corporate law institute's konference af 3. og 4. oktober 1985.

VI — Frihandelsoverenskomsten og anvendelsen af EØF-Traktatens artikel 85

68. De finske sagsøgere bestrider særlig Kommissionens kompetence til at anvende EØF-Traktatens artikel 85 under hensyn til bestemmelserne i frihandelsoverenskomsten indgået mellem Finland og Fællesskabet[75]. Denne aftale, der indeholder særlige regler vedrørende konkurrencebegrænsninger, som påvirker samhandelen mellem kontraherende parter, har »forrang« i forhold til Fællesskabets konkurrenceret. Kommissionen burde derfor have benyttet fremgangsmåden i overenskomstens artikel 27, dvs. have indbragt sagen for Den Blandede Komité.

69. Mig bekendt er det første gang, at påstanden om frihandelsoverenskomstens forrang fremføres for Domstolen. I de to søgsmål fra virksomheder etableret i stater, som er parter i frihandelsoverenskomster, til prøvelse af beslutninger, som pålægger sanktioner i henhold til Fællesskabets konkurrenceret, er Fællesskabets kompetence i denne henseende nemlig ikke blevet anfægtet[76]. I de mange tilfælde, hvor Kommissionen må have anvendt artiklerne 85 eller 86 på sådanne virksomheder, blev der i øvrigt ikke anlagt sag, hvorunder anvendelsen af disse regler blev anfægtet.

70. Lad mig for det første fremhæve, at artikel 23 omhandler tilfælde af konkurrence-

75 — Aftale af 5. oktober 1973 (EFT L 328 af 28. 11. 1973, s. 17). O.a.: Skal formentlig være: s. 2.

76 — Sag 85/76, Hoffmann-Laroche, dom af 13. februar 1979, Sml. s. 461 og 22/78, Hugin, dom af 31. maj 1979, Sml. s. 1869.

begrænsende praksis, for så vidt som de kan påvirke samhandelen mellem Finland og Fællesskabet. Denne bestemmelse adskiller sig således med hensyn til sit formål fra de kontraherende parters egentlige anti-trustbestemmelser, som, for så vidt angår Fællesskabet, er indeholdt i EØF-Traktatens artikel 85, der omhandler aftaler, som påvirker konkurrencen inden for det fælles marked.

71. Kan derfor den omstændighed, at den konkurrencebegrænsende praksis samtidig strider mod overenskomstens bestemmelser og de egentlige regler, udelukke anvendelsen af disse, således at man er henvist til alene at bruge den fremgangsmåde, som er nævnt i overenskomstens artikel 27? Den retslitteratur, som har behandlet dette spørgsmål, betvivler hverken udtrykkeligt[77], eller stiltiende[78], anvendelsen af artikel 85 på virksomheder i de lande, som er parter i frihandelsoverenskomster, såfremt handelen inden for Fællesskabet berøres.

72. Sagsøgernes opfattelse medfører en meget betydelig begrænsning i kontrahenternes prærogativer, som ville kræve en fuldstændig klar bestemmelse eller i det mindste burde kunne udledes af overenskomstparternes åbenbare hensigt. Men overenskomstens ordlyd angiver intet i denne retning. En tilsvarende fortolkning kan i øvrigt ikke gøres gældende, for så vidt angår den i de indledende betragtninger nævnte »opretholdelse af deres selvstændige bestemmelsesret«.

73. Sagsøgerne hævder endelig, at begrebet påvirkning af handelen mellem Fællesskabet og Finland spiller den samme rolle for sondringen mellem overenskomstens og EØF-Traktatens anvendelse, som den mellemstatslige regel i artikel 85, når det drejer sig om fællesskabsretten og medlemsstaternes ret. Denne parallelitet forekommer mig at kunne anfægtes, idet den ligestiller forholdene efter henholdsvis EØF-Traktaten og overenskomsten. Jeg må her henvise til Domstolens Polydor-dom[79], hvor Domstolen om frihandelsoverenskomsten med Portugal udtalte:

»dennes bestemmelser (er) uden samme formål som EØF-Traktaten, der... tilsigter at skabe et enhedsmarked, hvis karakteristika så vidt muligt svarer til et hjemmemarkeds«.

74. Den tilsyneladende logik i den slutning, jeg har foreslået Domstolen, lader denne formålsbestemte forskel ude af betragtning. Man kan ikke på forholdet mellem frihandelsoverenskomsten og EØF-Traktaten overføre karakteren af det forhold, som er etableret mellem Traktaten og medlemsstaternes nationale ret. Jeg skal endvidere bemærke, at sagsøgeren med sit anbringende under alle omstændigheder overser, at den samtidige og kumulative anvendelse af fællesskabsretten og national ret på én og samme aftale slet ikke er udelukket. Domstolens Walt Wilhelm-dom[80] har formuleret denne løsning i særdeles klare vendinger, idet Domstolen siger:

77 — Se særlig: Roth: »Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, s. 423; Temple Lang, John: »European Community antidumping and competition laws, their actual and potential application to EFTA countries«, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 3/87, s. 590.

78 — H. Schröter (i »*Kommentar zum EWG-Vertrag-Groeben*, al Boeckl, Thiesing, Ehlermann, bind 1, s. 919), er af den opfattelse, at selv om praktiske spørgsmål om den direkte virkning af frihandelsoverenskomsternes korrekte funktion, også falder ind under anvendelsesområdet for EØF-Traktatens artikel 85«. Se ligeledes Hirsch (i *L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?* CDE, 1974, s. 194), som giver udtryk for nøjagtig den samme opfattelse i relation til anvendelsen af de schweiziske antikartelregler.

79 — Sag 270/80, dom af 9. februar 1982, Sml. s. 329.

80 — Sag 14/68, dom af 13. februar 1969, Sml. s. 1.

»Fællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende karteller vurderer disse sidste ud fra forskellige synsvinkler;

medens artikel 85 bedømmer kartellerne ud fra de hindringer, de kan hidføre for handelen mellem medlemsstaterne, betragter de nationale lovgivninger dem inden for rammerne af de overvejelser hvorpå de hver især bygger; ...«.

Og Domstolen fastslog, at

»... sondringen mellem fællesskabsretten og de nationale retsregler... ikke i alle tilfælde (kan) tjene som afgørende kriterium ved afgrænsningen af kompetencerne;

imidlertid forudsætter den, at selv samme kartel principielt kan være genstand for to samtidige sager, den ene hos Fællesskabets myndigheder i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, den anden hos de nationale myndigheder ifølge den interne retsorden«.

Lad mig derfor henlede opmærksomheden på, at selv om den af sagsøgerne foreslåede analogi synes at være principielt diskutabel i sig selv, så taler den også imod den opfattelse, som den tilsigter at gøre gældende. Den eksklusive anvendelse af frihandelsoverenskomsten kan således ikke lægges til grund.

75. Kan man derimod i tilfælde af karteller, som både påvirker samhandelen inden for Fællesskabet og handelen mellem Finland og Fællesskabet antage, at der består pligt til at anvende Den Blandede Komité-procedure, før artikel 85 tages i brug? Det forekommer mig yderst tvivlsomt, om man af ordlyden i artikel 27, stk. 3, litra a) kan udlede en sådan pligt for de kontraherende parter. Udtrykket »*kan* enhver af de kontraherende parter indbringe sagen for Den blandede Komité« gør det nærliggende at betragte denne procedure som en mulighed [81]. Man kan sammenligne formuleringen med formuleringen i artikel 27, stk. 3, litra b): »For så vidt angår artikel 24 *meddeles* de vanskeligheder, som opstår i den situation, der omhandles i denne artikel, til undersøgelse i Den blandede Komité«, og især i artikel 27, stk. 3, litra c) »med hensyn til artikel 25 [dumping-tilfælde] *foretages* der høring af Den blandede Komité, *førend* vedkommende kontraherende part træffer passende foranstaltninger«. Man kan ikke anse disse klare forskelle i ordvalg for betydningsløse.

76. Men er det under alle omstændigheder med rette, at sagsøgerne klager over, at Kommissionen ikke har indbragt spørgsmålet for Den Blandede Komité med henblik på at finde en forhandlingsløsning, fordi en sådan holdning tilsidesætter både i frihandelsoverenskomstens artikler 23 og 27 og den særlige karakter af forholdet mellem Finland og Fællesskabet, der fremhæves gennem den erklæring, som er bilagt overenskomsten?

77. For at afvise denne argumentation er det tilstrækkeligt at henvise til, at Domstolen i Adams-dommen [82] udtalte,

»at beslutningen om at forelægge en sag for Den Blandede Komité alene kan træffes ud fra hensyn til Fællesskabets almindelige interesser på grundlag af en i det væsentlige politisk vurdering, som individer ikke kan anfægte retligt.«

78. Lad mig endelig bemærke, at det ikke er bestridt, at Republikken Finland er hørt

81 — Hunnings, March: »A more permissive provision«, *Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements*, 2 EL Rev. 1977, s. 63.

82 — Sag 53/84, dom af 7. november 1985, Sml. s. 3595.

inden for rammerne af OECD-henstillingen fra 1979 vedrørende konkurrencebegrænsende praksis, selv om sagsøgerne hævder, at dette drejede sig om den allerede vedtagne beslutnings indhold. Det bemærkes, at den kontraherende stat ikke har fundet det formålstjenligt at opfordre til et møde i Den Blandede Komité, som den kunne have gjort i henhold til overenskomstens artikel 31, afsnit 2, stk. 2.

79. Sagsøgerne hævder endelig, at der alene er tale om virkningerne af »en samordning af deres priser med priserne hos de øvrige af sagens parter«, en samordning, som »højst har kunnet påvirke samhandelen mellem Fællesskabet og Finland«, og hvis »eventuelle indirekte følger på samhandelen inden for Fællesskabet« ikke er nok til at begrunde en anvendelse af EØF-Traktatens forbud. Kommissionen hævder for sit vedkommende at have villet retsforfølge for en verdensomspændende samordning, som påvirkede samhandelen inden for Fællesskabet, og hvori de finske sagsøgere deltog ikke blot indbyrdes, men også med de øvrige producenter.

80. Undersøgelsen af forekomsten og styrken af indvirkningen på samhandelen inden for Fællesskabet forudsætter en undersøgelse af realiteten, som Domstolen skal foretage på et senere tidspunkt.

81. På grundlag af disse bemærkninger finder jeg således, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har antaget, at frihandelsoverenskomsten ikke indeholder nogen bestemmelse, som forhindrer den i umiddelbart at anvende artikel 85, stk. 1, når handelen mellem medlemsstaterne er berørt.

82. Mit forslag til afgørelse er følgelig, at Domstolen: forkaster

— dels sagsøgernes klagepunkt over for den anfægtede beslutning, for så vidt som denne tager retligt udgangspunkt i princippet om virkningsstedet, således at Domstolen senere vil skulle afgøre, om Kommissionen med rette har udøvet sin kompetence over for sagsøgerne, på grundlag af en undersøgelse af, om virkningerne af det af Kommissionen påtalte forhold var væsentlige, umiddelbare og forudseelige;

— dels anbringendet om, at frihandelsoverenskomsten mellem Fællesskabet og Republikken Finland er til hinder for, at bestemmelserne i artikel 85 kan bringes i anvendelse over for de finske sagsøgere.