

# De amerikanska antitrustlagarna och den exterritoriella tillämpningen på icke amerikanska företag

Av Erik Nerep

4

Institutet för immaterialrätt  
och marknadsrätt  
vid Stockholms Universitet



Denna digitala version av verket är nedladdad från [juridikbok.se](http://juridikbok.se).

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>



DE AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGARNA OCH DEN EXTERRITORIELLA  
TILLÄMPNINGEN PÅ ICKE AMERIKANSKA FÖRETAG

av

Erik Nerep



4818

Skrifter utgivna av Institutet för immaterialrätt och marknads-  
rätt vid Stockholms universitet nr 4

C 1978 Erik Nerep

Liber Förlag

B

B: JUR II  
Bio  
Beaub

[Qaacd-ga:oe]

## FÖRORD

Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt är knutet till juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Institutet har till uppgift att befordra ett vetenskapligt studium av immaterialrätten och marknadsrätten, bl a genom dokumentation och publiceringsverksamhet. Denna uppgift söker institutet fullgöra bl a genom utgivandet av en serie av mindre skrifter inom dess ämnesområde, varav denna skrift är den fjärde.

Författaren till denna skrift, jur kand Erik Nerep, har studerat komparativ rätt vid New York (och Columbia) University där han förtjänat en Master of Comparative Jurisprudence (MCJ) och är nu doktorand i internationell marknadsrätt vid Stockholms universitet. Skriften bygger bl a på författarens studier i USA.

Tryckningen av denna skrift har välvilligt bekostats av Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Ulf Bernitz

professor i civilrätt vid Stockholms universitet  
prefekt för institutet

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

	Sid
FÖRORD	I
INLEDNING	I
AVSNITT I DEN AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGSTIFTNINGEN	1
I:1 Allmänt	1
I:2:1 Några huvudstadganden i Sherman Act, Clayton Act och Federal Trade Commission Act	3
I:2:2 Administration och organisation	6
I:2:3 Sanktionsmekanismen	8
I:2:4 De amerikanska domstolarnas rättspraxis. Allmänt	10
I:2:5 "Per se" eller "rule of reason"	12
I:3:1 Sherman Act 1. Per se förbud (1). Prissamverkan	14
I:3:2 Per se förbud (2) - Bojkotter	16
I:3:3 Per se förbud (3) - Kollektiva exklusivför- säljningsavtal - Nyetableringskontroll	16
I:3:4 Per se förbud (4) - Avtal om marknads(upp)- delning	18
I:3:5 Samordnat förfarande och medveten parallellism	18
I:4 Sherman Act 2 - Monopolisering	20
I:5 Clayton Act 2 - Prisdiskriminering	26
I:6 Clayton Act 3 - Konkurrensbegränsande avtal	28
I:7 Clayton Act 7 - Företagssammanslagning	30
I:8 Clayton Act 8 - Gemensam företagsledning	32
I:9 Antitrustlagarnas tillämpningsområde	33
AVSNITT II EXTERRITORIELL TILLÄMPNING AV DE AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGARNA (på utländska företag) EFFEKTPRINCIPEN	35
II:1 Inledning	35



		Sid
II:2	Alcoa-fallet	38
II:3	Vilket utrymme lämnar amerikansk antitrustlagstiftning för exterritoriell tillämpning?	40
II:4	Sambandskravet och uttrycket "commerce (with foreign nations)"	43
II:5	Utvecklingen efter Alcoa	45
II:6	Det schweiziska "klockfallet"	50
II:7	Restatement of the Foreign Relations Law of the United States	54
II:8	Förhållandet amerikanska och utländska företag	58
II:9	Den ekonomiska enhetens princip	60
AVSNITT III	DEN EXTERRITORIELLA TILLÄMPNINGEN OCH NÅGRA FOLKRÄTTSLIGA SPÖRSMÅL	63
III:1	Inledning	63
III:2	Gränserna för en stats jurisdiktion - territorialitetsprincipen	65
III:2:1	Nationalitetsprincipen	67
III:2:2	Säkerhetsprincipen	68
III:2:3	Universalitetsprincipen. Skyddsprincipen	69
III:3	Utvidgning av territorialitetsprincipen - den objektiva territorialitetsprincipen	70
III:4	Vilken hänsyn tar man i amerikansk praxis till de folkrättsliga principerna?	72
III:4:1	I tidig praxis	72
III:4:2	Senare utveckling	75
III:5	Några synpunkter för och emot effektprincipen	78
III:5:1	Rättssäkerhetssynpunkten	78
III:5:2	De folkrättsliga aspekterna	79
III:5:3	Konkurrenssynpunkten	80

	Sid
III:5:4	Synpunkter för 81
III:5:5	Invändningar 82
III:6	ILA:s arbete 83
III:6:1	Lokaliseringen av en konkurrensbegrän- sande handling 84
III:7	ILA:s slutliga förslag (resolution) Artikel 5 - Effektprincipen 88
III:8	Effektprincipens vara eller icke vara. En ansats till problemanalys 91
III:8:1	Hur skall problemet karakteriseras 91
III:8:2	På jakt efter en lösning 94
III:8:3	Alternativa lösningar 98
AVSNITT IV	NÅGRA DRAG UR DEN SENASTE UTVECKLINGEN 99
IV:1	Inledning 99
IV:2	Utvecklingen i Europa 99
IV:3	Utvecklingen i Sverige. Bayer-Kerr-målen 101
IV:4:1	Utvecklingen i USA. SKF-fallet 107
IV:4:2	Utvecklingen i USA i övrigt 109
AVSNITT V	PRAKTISKA ASPEKTER. Några typfall 114
TILLÄGG	Några ord om hur man hittar i amerikansk rättspraxis 129
BILAGA	Resolution antagen av International Law Association 1972 136
NOTFÖRTECKNING	138
FÖRTECKNING ÖVER ANVÄND LITTERATUR	150
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	152

## INLEDNING

Det torde vara väl bekant, att vi lever i en tid då den internationella handeln expanderar i rask takt, då världens stater knyts närmare varandra i ett allt starkare ekonomiskt beroendeförhållande, samtidigt som konkurrensklimatet på världsmarknaden blir bistrare för var dag. Att det då och då blåser upp några korn av grus som orsakar gnissel i det internationella samexistensmaskineriet måste under sådana förhållanden betraktas som oundvikligt. Oundvikligt av det enkla skälet att de ekonomiska intressen som styr samfärdseln bl a är nationella och därmed ofta disparata.

Det sagda gäller givetvis också på det konkurrensrättsliga området. Konkurrensrätten, som på europeisk grund är en relativt ny juridisk gren, får nämligen numera anses utgöra en del av den ekonomiska politiken inom varje stat eller ekonomisk organisation typ den Europeiska Gemenskapen.

När den amerikanska antitrustpolitiken, med rötter från 1600-talet, blev föremål för en radikal omdaning under 1800-talets sista - och 1900-talets första årtionden, var denna den enda i världen värd namnet antitrustpolitik. Under 1940-talet var situationen fortfarande väsentligen densamma. Så långt var också den amerikanska antitrustpolitiken huvudsakligen en intern angelägenhet i det att den icke nämnvärt kom i direktkontakt med andra staters ekonomiska politik. Från och med år 1945, då det s k Alcoa fallet avgjordes, fick emellertid den amerikanska antitrustpolitiken en delvis ny inriktning, som innebar att de amerikanska antitrustlagarna kunde tillämpas på konkurrensbegränsningar vidtagna utanför USA av icke-amerikanska företag. (Om konkurrensbegränsningar se avsnitt I och uttrycket icke-amerikanska företag eller utländska företag - avsnitt II.) Förutsättningen för en dylik "exterritoriell" tillämpning är bl a att handlingssättet i fråga

har vissa effekter på den amerikanska marknaden, därav benämningen "effektprincipen". Effektprincipen var vid den här tidpunkten (1945) i och för sig ingen ny företeelse: Den hade, visserligen i en något annorlunda utformning, tidigare tillämpats på amerikanska företag som agerat konkurrensbegränsande utanför USA. Vad som skilde Alcoa-fallet från tidigare rättsfall var att det i Alcoa-fallet satt icke-amerikanska företag på de anklagades bänk inför amerikansk domstol. Därigenom berördes även indirekt de stater under vars lagar dessa företag var organiserade: En amerikansk lagtillämpning harmonierade sällan med den konkurrenspolitik och ekonomiska politik som ansågs lämplig och nödvändig inom dessa stater. Den amerikanska antitrustpolitikens nya inriktning väckte därför till en början stor uppståndelse. Livliga protester från berörda staters regeringar framfördes, de diplomatiska kanalerna nyttjades flitigt, ett otal invändningar gavs till kända (i artikel- och bokform) i rättsvetenskaplig litteratur och internationella organisationer, bl a International Law Association, sattes i febril verksamhet för att utreda och försöka komma till rätta med de problem som hade uppstått. En gemensam nämnare för de kritiska rösterna var följande: De amerikanska domstolarnas tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna på icke-amerikanska företags konkurrensbegränsande agerande utanför USA var oförenlig med erkända folkrättsliga principer.

;

Det är icke min avsikt att i denna uppsats lämna en historisk redogörelse för händelseutvecklingen sedan 1945 på det här området och icke heller att försöka gå under ytan och undersöka orsakerna till denna utveckling. Syftet är fastmer att i föreliggande uppsats, något som förhoppningsvis framgår av uppsatsens titel, i all korthet, och om möjligt förutsättningslöst, skildra den nyss omtalade amerikanska antitrustpolitikens nya inriktning, ge en bild av den speciella utformning den erhållit, dvs av den s k effektprincipen och att därtill belysa några av de brännande problem som följer med tillämpningen av denna princip. Uppsatsens första del kommer emellertid att helt allmänt beröra amerikansk antitrustpolitik överhuvud.

Jag har valt att dela in uppsatsen i fem avsnitt: Det första avsnittet kommer som sagt att helt allmänt behandla den amerikanska antitrustlagstiftningen. Härvid är att märka att endast de yttre konturerna kommer att mycket svagt skisseras. Syftet med denna första del är tvåfaldig. I första hand är en närmare redogörelse av den amerikanska antitrustpolitiken väsentlig för förståelsen av uppsatsens övriga avsnitt. Sedan är det min mening att samtidigt teckna några drag av den amerikanska antitrustpolitikens särpräglade natur genom att återge vissa rättsfall som utgör "högvattenmärken" inom denna politik. Jag har dock varit tvungen (av bristen på utrymme) att utelämna vissa annars mycket viktiga komponenter av antitrustpolitiken som t ex har att göra med konkurrensbegränsningar i samband med patent och bruttoprisförbud, av vilka det sistnämnda endast kommer att flyktigt omnämnas.

I det andra avsnittet skall jag med de amerikanska antitrustlagarna som utgångspunkt söka, visserligen knapphändigt, att utreda huruvida en tillämpning i effektprincipens tappning är möjlig enligt dessa lagar. På detta följer sedan en redogörelse av några rättsfall i vilka effektprincipen tillämpats och i samband med denna en kort genomgång av effektprincipen och dess beståndsdelar. Det skall dock sägas att de praktiska problem som följer med en tillämpning av effektprincipen, t ex i fråga om exekution, bevisupptagning, sanktionering osv, icke funnit plats för någon ingående behandling i denna uppsats. Vissa centrala punkter tas upp i kap IV. (Se om dessa frågor Rahl, Common Market and American Antitrust.)

I det tredje avsnittet kommer några folkrättsliga aspekter på effektprincipen och dess tillämpning att beröras. Några synpunkter för och emot effektprincipen, ur bl a folkrättslig synvinkel, kommer att refereras. I ett särskilt kapitel i detta avsnitt skall jag redovisa ett par betydelsefulla delar av det tacknämliga utredningsarbete som utförts på det här området av International Law Association. Därefter följer en ansats till problemanalys med slutsatser om och återblick på vad som tidigare nämnts om den sk effektprincipen.

Det fjärde avsnittet skall, som en integrerad del av uppsatsens senare hälft, ta upp några drag av den senaste utvecklingen, vad gäller tillämpningen av effektprincipen, i USA och i Europa. I samband därmed kommer några synpunkter av praktisk natur att föras fram i synnerhet vad gäller svenska och europeiska företags agerande i hägnen av de amerikanska antitrustlagarna.

Som bilaga till uppsatsen har jag tagit med International Law Association's slutliga resolution antagen vid kongressen i New York 1972.

Stockholm i november 1977

Erik Nerep

## AVSNITT I

### DEN AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGSTIFTNINGEN

#### I:1 Allmänt

De amerikanska antitrustlagarna<sup>1)</sup> utgör sammantagna med den rikhaltiga rättspraxis som utvecklats i USA:s högsta (federala) domstol (Supreme Court), ett långtgående och välutbyggt värn mot konkurrensbegränsning.<sup>2)</sup> Det endast på ytan motsägelsefulla är att detta byggnadsverk tillkommit i främsta syfte att öka företagens frihet på den amerikanska marknaden (i vissa fall världsmarknaden - se nedan). Genom antitrustlagarna har de mindre företagen (small business) fått ett vapen i sin ojämna ekonomiska kamp mot storföretagarnas konkurrenshindrande manövrer. Den amerikanska allmänheten, som enskilda konsumenter, har givits ett medel mot konkurrensbegränsningens skadliga verkningar (höjda priser, försämrad kvalitet, mindre valmöjligheter osv). Och den amerikanska ideologin som bl a präglas av en stark misstänksamhet och motvilja mot alla former av maktkoncentration, centralisering av beslutsfattandet och enskild (eller för den skull samhällelig) detaljreglering har därmed erhållit en stark motor. Kort sagt, den demokratiska traditionen i USA, vars grundval är den snart 200 år gamla självständighets- och rättighetsförklaringen, har fått ett ytterligare komplement.

Den första byggstenen lades redan år 1890, då "the Sherman Act", som fortfarande bildar grunden i den amerikanska konkurrenslagstiftningen, drevs igenom. I Sherman Act markerades en reaktion mot de koncentrationstendenser som gjort sig gällande i det amerikanska näringslivet under 1870 och 80-talen. Visserligen fanns redan tidigare ett någorlunda skydd mot konkurrensbegränsning i form av delstatlig lagstiftning och delstatlig domstolspraxis. Senator Sherman har själv om sitt lagförslag sagt att: "It does not announce a new principle of law, but applies old and well-recognized principles of the common law to the complicated jurisdiction of our State and Federal Government",<sup>3)</sup> ("arvet från common law", som Bernitz betecknar det).

Men Sherman Act skulle ändock i grunden förändra förutsättningar för ett stävande och förebyggande av konkurrensbegränsning. Lagen som sådan innehåller endast några korta stadganden och lämnar ett brett utrymme för olika tolkningar. Den närmare utformningen av antitrustpolitiken blev en uppgift för federala antitrustmyndigheter och de federala domstolarna. Tidigare<sup>4)</sup> hade var delstat för sig den otacksamma rollen att på egen hand ingripa mot konkurrensbegränsande åtgärder, även om dessa berörde flera stater samtidigt. Nu, i och med Sherman Act, när antitrustmålen skulle handläggas centralt av federala myndigheter (med dess resurser) möjliggjorde detta en större effektivitet.

Det är viktigt att komma ihåg att Sherman Act endast gav basförutsättningar för ett effektivare bekämpande av konkurrensbegränsningar. Däri låg därför ingen garanti för att detta verkligen skulle ske, icke ens under normala yttre förhållanden. Detta inses tämligen lätt om man följer antitrustpolitikens utveckling från 1890 fram till våra dagar. Efter en mycket trög start inträffade en antitrustpolitikens högkonjunktur under 1910-talets första hälft. Därpå följde en ny nedgång under 20- och 30-talen i samband med depressionen och sedan en kontinuerlig uppgång med endast smärre avbrott på 50- och 60-talen. Domstolarna (liksom antitrustmyndigheterna överhuvud) har anpassat sig efter de ekonomiska förhållanden som föreligger vid varje tidpunkt och format sin praxis, med lagstiftningen som grund, efter samhällets behov, utan att för den skull på någon punkt frångå de ändamål och den filosofi på vilka antitrustpolitiken vilar. I och för sig är detta icke något unikt, det ger bara en indikation på vilken stor betydelse domstolarna har för det amerikanska samhället i allmänhet och för rättsmaskineriet samt antitrustpolitiken i synnerhet. Rättspraxis är följaktligen också mycket rikt utvecklad. Den amerikanske företagsjuristen nöjer sig därför naturligtvis inte med att penetrera lagstiftning, utan måste, för att känna sig helt garderad, följa upp varje nytt rättsfall på området, notera varje liten svängning i praxis och rätt tolka nya utvecklingslinjer.

Men det skall redan här sägas att Sherman Act inte är amerikansk antitrustlagstiftnings enda produkt. Med Clayton Act och Federal Trade Commission Act från 1914 ställdes ytterligare administrati-



va resurser (tillsammans med preciserade förbudsstadganden) i antitrustpolitikens tjänst. Till detta kommer en del ändringar av (och tillägg till) både Sherman Act och Clayton Act (bl a Robinson-Patman Act, Miller-Tydings Act och Celler-Kefauver Act) samt åtskilliga andra stadganden som står mer eller mindre nära sammanknutna till antitrustlagstiftningen i övrigt.

Ett par ord om begreppet konkurrensbegränsning eller restraint of trade (enligt amerikansk terminologi): Det är till föga gagn att här försöka ge någon definition av detta begrepp. Dess vidd och begränsningar förstår man bäst genom att lära känna antitrustpolitiken överhuvud, således genom att läsa lagtext och rättsfall. På det sättet fylls begreppet konkurrensbegränsning med konkret meningsinnehåll. Eller med andra ord som Neale<sup>5)</sup> skriver: "... the logic of the term is not that of a description, like offside in football which you cannot use appropriately until you know whether you are dealing with Rugby, Association, American or Australian football and until you are provided with the current rule book for the code in question and are familiar with the construction put on the rules by the referees."

Det skall emellertid understrykas att föreliggande uppsats icke kommer att ge en tillräcklig redovisning av antitrustpolitiken. Uppsatsens första avsnitt kommer endast att behandla vissa delar och ge vissa huvuddrag av den amerikanska antitrustlagstiftningen, allt i den mån det är nödvändigt för förståelsen av uppsatsens övriga avsnitt. Siktet kommer vid behandlingen av praxis att vara speciellt inriktat på gränsfall (boarder-line cases) för att därigenom visa hur långt de amerikanska domstolarna är beredda att gå i bekämpandet av konkurrensbegränsningen.

I:2:1 Några huvudstadganden i Sherman Act, Clayton Act och Federal Trade Commission Act

Sherman Act innehåller, som tidigare nämnts, endast några få stadganden som dessutom har en mycket kortfattad och generell formulering, vilket i sin tur ger domstolarna ett vidsträckt tolknings-

utrymme. De två första av dessa lyder: (övriga kommer att beröras under rubriken "Sanktionsmekanismen").

Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations, is hereby declared to be illegal ...

Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor ...

Dessa två stadganden anger grovt taget två handlingsvägar vilka kan leda till att konkurrensen begränsas: samarbete och monopolisering. Det första stadgandet förbjuder i huvudsak avtal, överenskommelser och annan samverkan mellan olika företag som har konkurrensbegränsande effekter. Det andra förklarar olagligt vissa åtgärder företagna av ett (eller flera) företag i syfte att vinna en marknadsdominerande ställning.<sup>6)</sup> Den närmare utformningen av dessa regler (bl a betydelsen av uttrycken conspiracy och monopolize) har efter hand skett i domstolarnas praxis. Se vidare om detta i nästa kapitel.<sup>7)</sup>

Clayton Act skall i första hand ses som ett komplement till de grundläggande stadgandena i Sherman Act. Erfarenheten<sup>8)</sup> visade nämligen att de sistnämnda inte gav möjlighet att ingripa på ett tillräckligt tidigt stadium mot konkurrensbegränsning. Därför infördes i och med Clayton Act speciella förbudsstadganden som avsåg att nå vissa åtgärder från företagets sida som förr eller senare kan antas leda till konkurrensbegränsning i Sherman Acts mening. Inledningen till Clayton Act förklarar således att tanken är att: "prohibit certain trade practises which ... singly and in themselves are not covered by the (Sherman Act) ... and thus to arrest the creation of trusts, conspiracies and monopolies in their incipency and before consummation."

Clayton Act bestod ursprungligen (1914) av 26 "sections" (=bestämmelser) men många av dessa har sedan dess utgått eller ändrats. De viktigaste bestämmelserna innehåller preciserade förbud mot:

- A) diskriminerande försäljningsvillkor (price discrimination - section 2. Denna bestämmelse infördes 1936 genom Robinson-Patman Act, samtidigt utgick den gamla section 2),
- B) kopplingsförbehåll och exklusivavtal (exclusive dealings and tying contracts - section 3),
- C) vissa former av sammanslagningar och förvärv av konkurrerande företag (acquisitions of competing companies - section 7, även denna bestämmelse har ändrats genom den mer strängt avfattade Celler-Kefauver Act av 1950) och
- D) slutligen vissa former av gemensam företagsledning (interlocking directorates - section 8).

Gemensamt för dessa fyra bestämmelser är att de endast är tillämpliga när effekterna av de där beskrivna förfaringssätten "may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce ...". Även till detta "begränsningsrekvisit"<sup>9)</sup> finns det anledning att återkomma nedan.

Federal Trade Commission Act (FTC Act), som infördes samtidigt med Clayton Act, innehåller i det väsentligaste endast en materiell bestämmelse. Det är section 5 vars generellt formulerade inledning lyder: "Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practises in commerce, are hereby declared unlawful." Av ordalydelsen att döma tycks bestämmelsen täcka sådana konkurrensbegränsningar som normalt faller under Sherman Act och Clayton Act men dessutom sådana som ej utan vidare strider mot dessa.<sup>10)</sup> Den närmare innebörden av denna "general-klausul"<sup>11)</sup> har så småningom givits av domstolarna. Bl a har section 5 visat sig vara användbar för att täcka "luckor" i Clayton Act, mot konkurrensbegränsande åtgärder som ej helt och hållet täcks av de beskrivningar som ges i Clayton Act. Liksom Clayton Act har FTC Act varit avsedd att vara ett medel att nå konkurrensbegränsande åtgärder i dess inledningsskede.

Klart är att section 5 inte enbart vänder sig emot konkurrensbegränsningar utan också mot otillbörliga konkurrensåtgärder (vilseledande reklam o dyl, vilka dock ej vidare skall beröras här). Ingripande med stöd av section 5 får endast ske när detta är att betrakta som "to the interest of the public". I övrigt innehåller section 5 bestämmelser om undantag från generalklausulen och, liksom Federal Trade Commission Act i övrigt, bestämmelser rörande det administrativa organet Federal Trade Commission (FTC).

I:2:2 Administration och organisation<sup>12)</sup>

De organ som är satta att i första hand driva igenom de olika antitrustlagarnas efterlevnad är två: Antitrust Division och Federal Trade Commission. Dessa delar på arbetsbördan på så sätt att Antitrust Division främst koncentrerar sig på konkurrensbegränsningar enligt Sherman Act, medan Federal Trade Commission riktar in sig på konkurrensbegränsningar enligt Federal Trade Commission Act. Beträffande Clayton Act, så har båda organen kompetens att bevaka, föra talan osv. enligt dess regler. På grund av vad som ovan sagts om att samma konkurrensbegränsande åtgärd kan falla under både Sherman Acts och FTC Acts bestämmelser kan även där situationer uppkomma då båda organen samtidigt har kompetens att föra talan. I praktiken inträffar sällan några kompetenskonflikter numera, trots att Antitrust Division och FTC är i förhållande till varandra helt självständiga organ.

Antitrust Division som skall ses som en del av USA:s hela åklagarorganisation inrättades 1903 och lyder under det federala "Department of Justice". Dess högsta ansvarige (the Head of the Antitrust Division) har under sig en direktion och en stab av ekonomiska rådgivare.

Federal Trade Commission etablerades, som nämnts, samtidigt med att FTC Act tillkom år 1914. Detta organ är ej allenast sysselsatt med att utreda fall av konkurrensbegränsning, väcka åtal och

föra talan (åklagarfunktioner), utan dess fem "commissioners" och dess betydande ekonomiska stab har även andra rent administrativa göromål (t ex kontrollmärkning av varor).

Som ett exempel på vad FTC har att göra för att spåra upp misstänkta fall av konkurrensbegränsning kan nämnas FTC Act section 6 a) som lyder: "To gather and compile information concerning, and to investigate from time to time the organization, business conduct, practices and management of any corporation engaged in commerce, ... and its relation to other corporations and to individuals, associations, and partnerships."

Även om Antitrust Division och FTC således på egen hand kan uppenbara fall av konkurrensbegränsning, är de båda till stor del beroende av anmälningar utifrån: från allmänheten och från företagsvärlden.

Vad gäller den vidare utredningen, dvs om konkurrensbegränsningens beskaffenhet, omfattning, samlandet av bevismaterial osv, har FTC å sin sida givits omfattande befogenheter, (se t ex FTC Act section 6 och 7) medan Antitrust Division å andra sidan huvudsakligen tvingas lita till undersökning av den s k "Grand Jury" (eller i vissa fall av F.B.I.-agenter).<sup>13)</sup> (Grand Jury är ett förhållandevis självständigt organ med vidsträckt befogenhet och har att vid brottsutredningar representera USA:s folk och regering. Dess uppgift är att bl a granska och avgöra om bevismaterialet är tillräckligt tungt vägande för att kunna ligga till grund för åtal.)

FTC har dessutom, om utredningen ger vid handen att lagbrott föreligger, möjlighet att utfärda s k "cease and desist orders", vilket sker efter ett förfarande som närmast liknar en rättegång och som leds av en "Hearing Examiner".<sup>14)</sup> Dessa "cease and desist orders", som kan förenas med vitessanktion, innehåller skraddarsyddna normer för de aktuella företagens framtida handlande. Överklagande måste ske inom viss tid hos domstol. FTC har dock ej möjlighet att utdöma varken straff eller skadestånd.

### I:2:3 Sanktionsmekanismen

Därmed är vi inne på frågor om sanktionsmekanismen.<sup>15)</sup> Helt allmänt kan sägas att de sanktionsmöjligheter som gives i Sherman Act, Clayton Act och FTC Act är mycket variationsrika och kan i det konkreta fallet vara mycket hårt slående. Endast Sherman Act innehåller emellertid straffsanktioner: böter och frihetsstraff. Slutraderna till Section 1, 2 och 3 av Sherman Act stadgar att den som vidtar en olaglig konkurrensbegränsningsåtgärd: "... shall be punished by fine not exceeding fifty thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court". I praktiken har bötesstraffet blivit den mest använda straffsanktionen medan frihetsstraffet tillämpas mera sällan och då vid flagranta överträdelser ofta kombinerade med andra brott (såsom bedrägeri och utpressning). Bötesstraffets maximum på 50.000 dollar gäller för varje särskilt brott enligt Sherman Act. Föreligger flera brott under samma åtal är det därför ej ovanligt att ett företag kan dömas att betala det två- eller tredubbla beloppet.<sup>16)</sup> Antitrust Division som alltså är det enda organ som har kompetens att föra talan enligt Sherman Act, har dock företrädesvis valt att gå en annan väg för att förebygga och sätta stopp för konkurrensbegränsning. Detta har skett genom att den anhängiggör en form av förbudstalan vid domstolarna (de federala underrätterna). Om denna förbudstalan stadgas i section 4 av Sherman Act: "... it shall be the duty of (b) a Antitrust Division) ... to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations". (Brott mot section 1, 2 och 3.)<sup>17)</sup> Därvid har domstolarna givits möjlighet att i praktiskt taget obegränsad utsträckning dirigera ett lagbrytande företags framtida handlande i syfte att reparera och förhindra vådorna av deras konkurrensbegränsningar. Detta sker genom att domstolen utfärdar s k "injunctions" innebärande ett slags rättsliga instruktioner (förbud, ålägganden) som förbjuder eller påbjuder ett visst handlingssätt. Detaljerade regler kan formuleras som exempelvis påbjuder ett företag att sälja en vara eller ett patent till andra företag vilka på grund av bojkott tidigare ej erhållit en sådan möjlighet, eller som föreskriver att ett fö-

retag endast får sälja en vara under vissa speciella villkor (t ex ett visst pris). Till dessa "injunctions" hör också föreläggandet om "divestiture" och "dissolution", vilka bl a möjliggör en uppdelning av större företag eller koncerner på mindre enheter. Ytterligare illustration om dessa och om injunctions överhuvud ges i samband med refererandet av en del rättsfall i nästa avsnitt. Redan här skall emellertid fastställas att domstolarna har visat sig vara betydligt försiktigare när det gäller användandet av dessa senare nämnda remedier än när det gäller de tidigare nämnda påbuden och förbuden.<sup>18)</sup> Under 1960-talet har detta förhållande dock förändrats något.

Klart är att den här formen av domstolsförordningar, eller "detailed piece of legislation" som Neale (s 404) karakteriserar dem har en betydande funktion i den amerikanska antitrustpolitiken. Och som Neale fortsättningsvis påpekar: "In a sense the real purpose of all that goes before the courts decree - the complaint and trial - is to obtain jurisdiction over the parties for the purpose of regulating their business conduct."

En annan möjlighet för Antitrust Division är att under målets gång försöka nå en förlikning eller underhandsuppgörelse ("consent decrees"), vilken sker utan annan medverkan av domstolen än den stadfästelse som varje sådan uppgörelse måste följas av för att få laga verkan. Dessa "consent decrees" är mycket vanliga och ger även de liksom injunctions väsentliga tillfällen att styra företagens framtida handlande.<sup>19)</sup>

Som ett ytterligare komplement till de hittills uppräknade sanktionsmedlen finns den skadeståndssanktion varom förmåles i Clayton Act section 4: "Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States ... and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit ...". I denna bestämmelse (liksom tidigare - section 7 i Sherman Act) gives enskilda medborgare och i synnerhet enskilda företag (konkurrenter, kunder och leverantörer)

rätten att föra talan mot konkurrensbegränsning. Finner domstolen lagstridighet vara för handen kan den, enligt vad som stadgas, tilldöma den skadelidande en tredubbel skadeersättning, vilket inte sällan kan röra sig om högst betydande summor. (I extrema fall upp till 30 milj dollar.)

Skadeståndssanktionen har visat sig vara av stor allmänpreventiv betydelse i det att dess höga belopp jämförelsevis effektivt avskräcker företagsledare (vilka under vissa förhållanden t o m kan bli personligt ansvariga), från att handla i strid med antitrustlagarna. "The fear of treble-damage actions is one of the most potent influences in securing compliance with antitrust", erinrar Neale (s 396).

Nära samman med skadeståndssanktionen hänger ogiltighetssanktionen. I princip har den till innebörd att konkurrensbegränsande avtal som förbjudits i antitrustlagarna, skall sakna rättsverkan. Eftersom ett avtal ibland kan ha omfattande och komplicerade verkningar, har domstolarna ej undantagslöst tillämpat denna sanktion. Fastmer har en viss återhållsamhet ansetts nödvändig när det gäller tillämpningen av ogiltighetssanktionen.<sup>20)</sup>

I:2:4 De amerikanska domstolarnas rättspraxis.  
Allmänt.

Det finns all anledning att återigen framhålla den viktiga roll som de federala domstolarna innehar vad beträffar utformningen av antitrustpolitiken i USA. Om tolkningen av den amerikanska författningen har en känd ledamot av Supreme Court (Judge Learned Hand) en gång uttalat följande: "The words he (domaren) must construe are empty vessels into which he can put nearly anything he will." På liknande sätt har en annan känd ledamot av Supreme Court (Chief Justice Hughes) uttalat sig om de amerikanska antitrustlagarna: "The Sherman Act, as a charter of freedom, has a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions." Läser man nämligen t ex



Sherman Act finner man en rad "empty vessels" som alla måste (bl a med hänsyn till rättssäkerheten) fyllas med innehåll. Exempel på dylika är "restraint of trade", "conspiracy" (section 1) och "monopolize" (section 2). Detsamma gäller uttryck i Clayton Act (exempelvis "substantially lessen competition"), FTC Act, Robinson Patman Act och andra antitrustlagar.

Det har hittills (bl a i samband med redogörelsen för sanktions-systemet) talats om olagliga och lagstridiga konkurrensbegränsningar. Ett sådant uttryckssätt är, om man ger begreppet konkurrensbegränsning en allmängiltig betydelse, icke pleonastiskt, utan antyder bara något naturligt och rimligt: Det finns konkurrensbegränsningar som icke kan betecknas som olagliga. Och visst kan detta synas självklart när man ser på det faktum att varje avslutat köp i och för sig utesluter all vidare konkurrens om just detta köp. Lika självklart torde å andra sidan också vara att ett avtal mellan, låt os säga, tre konkurrerande företag om att tillämpa gemensam prissättning på deras produkter, är en olaglig konkurrensbegränsning. Men någonstans på denna "skala" mellan "det avslutade köpet" och "den gemensamma prissättningen", kunde man tycka, måste domstolarna dra en gräns som skiljer det lagliga från det olagliga. Framställt på det sättet blir skillnaden mellan lagliga och olagliga handlingssätt en fråga om skillnad i grad.

Sherman Act har emellertid formellt erhållit en helt annorlunda konstruktion. Dess section 1 och 2 förklarar nämligen att "Every contract, combination ... or conspiracy, in restraint of trade ..." och att "Every person who shall monopolize or attempt to monopolize ...", är och förfar olagligt. All konkurrensbegränsning som där antyds är således enligt dessa bestämmelser, tolkade efter ordalydelsen, lagstridig. Och enär, som tidigare nämnts, Sherman Act på grund av sin generella utformning har ett mycket vidsträckt tillämpningsområde, torde man kunna säga att all konkurrensbegränsning i princip är olaglig, dvs sådant förfarande som icke är olagligt (t ex det nyss nämnda "avslutade köpet") är ej heller, enligt lagstiftarens mening, konkurrensbegränsning

utan någonting helt annat. Det blir sålunda om vi jämför med det tidigare nämnda "avslutade köpet" och den "gemensamma prisbestämningen", icke fråga om en skillnad i grad utan fastmer en skillnad i art mellan de olika handlingssätten.

Det nyss sagda är en indikation på grundinställningen i den amerikanska antitrustpolitiken: Man utgår ifrån att all konkurrensbegränsning är av ondo. Det är sedan domstolarnas uppgift att avgöra huruvida man i det särskilda fallet skall beakta speciella omständigheter som kan motivera en jämkning, t ex upphovsmännens intentioner, effekterna av en konkurrensbegränsning osv. Men: I vilken utsträckning har domstolarna tagit sådana hänsyn?

I:2:5 "Per se" eller "rule of reason"

I praxis har tidigt i huvudsak två tolkningsriktningar gjort sig gällande. Den ena som formats av William H Taft i domen till United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (Sixth Circuit Court of Appeals, 1898) förespråkar en striktare linje. Taft gör i sin domsmotivering en ingående analys av den äldre common law och drar slutsatsen att denna har förbjudit all konkurrensbegränsning (med undantag av s k accessoriska konkurrensbindningar).<sup>21)</sup> Ehuru han ej tycks vara beredd att gå fullt så långt beträffande Sherman Act finner han dock att där "the sole object of both parties in making the contract (varom frågan var i målet) ... is merely to restrain competition, and enhance or maintain prices, it would seem that there was nothing to justify or excuse the restraint, that it would necessarily have a tendency to monopoly and therefor be void." Sådana avtal (avtal med konkurrensbegränsande huvudsyfte)<sup>22)</sup> skall enligt Tafts mening vara förbjudna per se.<sup>23)</sup>

Ett dylikt per se förbud innebär i själva verket, om man sätter in regeln i ett processuellt sammanhang,<sup>24)</sup> att i det ögonblick det blivit bevisat att en konkurrensbegränsande handling existerar eller företagits, skall dom följa. All vidare diskussion om intentionen med åtgärden och effekterna av denna är således ute-

sluten. Fördelarna med ett sådant förfarande är främst process-ekonomiska och rättssäkerhetsmässiga (ökad förutsebarhet). Nackdelen: inflexibilitet.

Förbjudna per se är numera (detta framgår av praxis) ett antal mera påtagliga konkurrensbegränsande förfaranden bl a avtal och liknande samarbete mellan konkurrerande företag i fråga om pris-sättning, bojkotter, marknadsuppdelning o dyl (varav ett par skall omnämnas i nästa avsnitt). Justice Black har i en domsmotivering uttryckt det på följande sätt: "There are certain agreements or practises which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefor illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use."

Den andra tolkningsriktningen har sitt ursprung i Chief Justice White's domsmotivering i målet Standard Oil Co of New Jersey v. United States (Supreme Court, <sup>25)</sup> 1911). Även här sökte sig domstolen tillbaka till den äldre common law. Slutsatserna White drog av common law skiljer sig emellertid avsevärt från Tafts. Till grund för tolkningen av Sherman Act section 1 och 2 skulle, enligt Whites (och domstolens) uppfattning ligga "undue" konkurrensbegränsning och affärsmetoder som är "unreasonable restrictive". Viss hänsyn, och detta är det väsentliga, skulle i alla händelser tas till det konkurrensbegränsande företagets intentioner och det konkurrensbegränsande förfarandets effekter.

Senare har denna tolkningsriktning delvis fått ge vika för vissa per se förbud. I övrigt fyller "rule of reason" numera viktiga funktioner bl a när det gäller att avgränsa det reella tillämpningsområdet för antitrustlagstiftningen.<sup>26)</sup>

Bernitz skriver (s 284): "Med hjälp av rule of reason avför man alla sådana konkurrensbegränsningar, som i och för sig faller inom den vida ram som lagtexten dragit upp, men som med hänsyn till begränsningens art, marknadens storlek och konkurrensförhållandena i övrigt ter sig harmlösa."

I dess moderna utformning innefattar rule of reason ett hänsynstagande (av domstolarna) till de konkurrensbegränsande företagens styrka på den aktuella marknaden samt, som tidigare nämnts, företagens intentioner med det konkurrensbegränsande förfarandet och förfarandets effekter (power, purpose and effect). Fortsättningsvis kommer det här avsnittet att uppta de viktigaste formerna av konkurrensbegränsning och som illustration av dessa kommer vissa rättsfall att beröras, företrädesvis sådana som kan betecknas som "milstolpar" inom amerikansk antitrustpolitik.

I:3:1 Sherman Act 1. Per-se förbud. Prissamverkan<sup>27)</sup>  
(price-fixing agreements)

Med prissamverkan förstås en överenskommelse mellan två eller flera konkurrerande företag om att tillämpa gemensam prissättning på sina produkter. Överenskommelsen kan ske i bindande eller oförbindande form och kan gälla både maximi- och minimipriser. Föreligger ett skriftligt avtal är saken ofta klar. Svårigheterna för domstolarna med bevisning och utredning (och för åklagarsidan) uppkommer egentligen först då prissamverkan sker i mera obundna former. Att bevisa existensen av en tyst överenskommelse, en väl dold gemensam plan, en "conspiracy" hör till antitrustmyndigheternas nyckelproblem. Samtidigt innebär det gränsdragningsproblem för domstolarna: vad är prissamverkan och vad är icke prissamverkan.

Inför sådana problem ställdes Antitrust Division och domstolen i målet American Column and Lumber Company v. United States (Supreme Court 1921). Fråga var om en gemensam plan för s k "öppen konkurrens" (open competition). Planen hade antagits av ett antal trävarufabrikanter, vilka sammanslutit sig i en förening. Den gick ut på att föreningens medlemmar dagligen skulle skicka rapporter till föreningen innehållande uppgifter om leveranser, försäljningar och kopior på fakturor. Vidare skulle uppgifter om produktion, lager och priser inges varje månad. Detta ansågs fördelaktigt enär, som det uttrycktes i planen, "knowledge regarding prices actually made is all that is necessary to keep prices (på de olika varorna) at reasonably stable and normal levels". Föreningen sände

i sin tur ut sammanställningar av de olika rapporterna till fabrikanterna. Deltagandet i planen vilade visserligen på frivillig grund men endast en tiondel av föreningens medlemmar stod utanför. Utöver samarbete inom ramen för planen, sammanträffades medlemmarna på periodiskt återkommande möten för att diskutera pris- och utbudsfrågor.

Av bevisningen i målet i Supreme Court framgick bl a av mötesprotokoll och brev att det bland medlemmarna fanns en stark tendens till att på dessa möten och överhuvud vilja konformera pris- och utbudspolitik. Ehuru inget uttryckligt avtal var stiftat ansåg domstolen prissamverkan föreligga med följande motivering: "The fundamental purpose of the plan was to procure 'harmonious' individual action among a large number of naturally competing dealers with respect to the volume of production and prices, without having any specific agreements with respect to them, and to rely for maintenance of concerted action in both respects, not upon fines and forfeitures as in earlier days, but upon what experience has shown to be the more potent and dependable restraints of business honour and social penalties - cautiously reinforced by many and elaborate reports, which would promptly expose to his associates any disposition in any member to deviate from the tacit understanding that all were to act together."

Domstolen drog vidare slutsatsen att ett sådant förfaringsätt var "... clearly that of men united in an agreement, express or implied, to act together and pursue a common purpose under a common guide."

En variation på "price-fixing" kan, uttryckt i grova termer den s k bruttoprissättningen (resale price maintenance) sägas vara. Denna innebär att leverantören (t ex en grossist) bestämmer vilket pris hans kunder (t ex detaljist) skall sätta på de levererade varorna, vid dessas vidareförsäljning. Även bruttoprissättning är som huvudregel förbjudet per se.<sup>28)</sup>

I:3:2 Per se förbud (2) - Bojkotter  
(kollektiva)

Bojkotten kan vara ett medel för en grupp av företag att utestänga nykomlingar från marknaden, att tränga ut redan existerande konkurrenter från marknaden eller att hindra konkurrenter från att expandera etc, allt i syfte att bevara eller att förstärka ens egen konkurrenssituation. Den exakta utformningen av en bojkott varierar naturligtvis, från direkt svartlistning till mera indirekta "märkningar", och det tjänar inget till att rada upp exempel här. Viktigt är emellertid att känna till att kollektiva bojkotter är förbjudna per se och att det i stort sett inte spelar någon roll i vilken form överenskommelsen om bojkott sker.

En bojkott kan också ha genomförts icke direkt i ovan angivet syfte utan snarare som ett led i en privat reglering av icke önsade företeelser, exempelvis då en grupp konkurrerande företag gaddar sig samman och stryper råvarutillförseln till ett annat konkurrensföretag som icke följt de inom gruppen givna kvalitets- och märkningsföreskrifterna. En sådan form av privatjustis (private-law making) har domstolarna uttryckligen fördömt i ett antal fall. (Se t ex Paramount Famous Lasky Corporation v. United States (Supreme Court 1930) och Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light and Coke Co. (Supreme Court 1961) och Fashion Originators' Guild of America v. FTC (Supreme Court 1941).

Vad beträffar säljvägran som inte har annan grund än normala affärs- mässiga eller kreditmässiga överväganden - utan påtryckningar från andra företag - är sådan vanligen icke förbjuden. Även här förekommer emellertid svåra gränsdragningsproblem (mer om detta nedan).

I:3:3 Per se förbud (3) - Kollektiva exklusivförsäljningsavtal  
- Nyetableringskontroll

Även den här typen av konkurrensbegränsande avtal kan ha många skepnader. Ofta förekommande är avtal mellan en grupp fabrikanter

å ena sidan och en grupp grossister å den andra om ett ömsesidigt utestängande av konkurrenter till båda grupperna, vilket i det här fallet sker genom att fabrikanterna å sin sida förbinder sig att inte sälja varor till andra än de avtalande grossisterna medan grossisterna å sin sida förbinder sig att inte köpa varor av andra än de avtalande fabrikanterna. Samma typ av avtal kan gälla exempelvis mellan grossister och detaljister eller t ex mellan byggnadsfirmor (anbudsgivare) och beställare av byggnation (anbudstagare). Det som de olika grupperna avtalar om behöver icke nödvändigtvis vara frågor om varutillförseln utan kan gälla andra försäljningsvillkor i form av exklusiva förmåner, rabatter eller andra prisavdrag. Föreligger ett avtal, skriftligt eller muntligt, av någon av de här nämnda typerna (eller liknande) faller det under per se förbudet.

Närbesläktade med exklusivförsäljningsavtalen är de s k "flaskhals"-(tröskel)-avtalen ("bottleneck" agreements)<sup>29)</sup> som dock inte är förbjudna per se utan lämnar rum för tillämpning av rule of reason. Sådana avtal syftar i första hand till att säkra en marknad från nytillkommande konkurrenter. Metoden är att utnyttja eller bygga upp mer eller mindre höga "trösklar", som en potentiell konkurrent måste komma över för att få en rimlig konkurrenskraft på en marknad.

Exempel på detta förfaringssätt förekom i fallet Associated Press v. United States (Supreme Court, 1945). Associated Press är en nyhetsbyrå, till vilken vid den här tiden ett mycket stort antal tidningsutgivare var knutna (bl a 96% av morgontidningarna). Dessa var, under sanktionshot, bl a förpliktigade att inte sälja nyheter till annan än Associated Press (hädanefter A.P.) liksom att inte göra nyhetsströmmen från A.P. tillgänglig för utanför organisationen stående tidningsutgivare. Enda möjliga sättet för nytillkommande konkurrenter att få livskraft på marknaden var, på grund av detta vittomfattande system, att försöka komma med i organisationen. Försöken strandade dock ofta på den majoritetsregel som A.P. tillämpade för inval av nya medlemmar och på de höga avgifter som avkrävdes vid inträde (10% av en medlems samtliga inbetalningar till organisationen sedan år 1900).

Supreme Court fastställde att det här var frågan om konkurrensbegränsning som var förbjuden enligt Sherman Act och uttalade i sin domsmotivering följande: "The Sherman Act was specifically intended to prohibit independent business from becoming 'associates' in a common plan which is bound to reduce their competitors' opportunity to buy or sell the things in which the groups compete. Victory of a member of such a combination over its business rivals achieved by such collective means cannot, consistently with the Sherman Act or with practical, everyday knowledge, be attributed to individual 'enterprise and sagacity': such hampering of business rivals can only be attributed to that which really makes it possible - the collective power of an unlawful combination."<sup>30)</sup> Och även om det i och för sig fanns andra organisationer än just A.P. att ansluta sig till utgjorde dessa på grund av A.P. ytterligt starka ställning på marknaden inga reella alternativ för nyetablerande företag.

#### I:3:4 Per se förbud (4) - Avtal om marknads(upp)delning

Genom att dela upp marknaden mellan sig kan två eller flera konkurrerande företag uppnå liknande effekter som vid prissamverkan. Vare sig man företar sig att dela upp marknaden geografiskt, (se United States v. Addyston Pipe and Steel Company (Sixth Circuit Court of Appeals, 1898) eller delar upp kundkretsen (anbudskarteller) eller söker begränsa konkurrensen genom specialisering och inbördes avstående av vissa tillverkningar eller genom att bestämma kvoter för företagens produktion, är det fråga om konkurrensbegränsning som är förbjuden per se enligt Sherman Act. Territoriella och liknande begränsningar kan också avtalas mellan företag vilka står i ett leverantör-kund (t ex grossist-detaljist)-förhållande i det sk vertikala ledet. Sådana avtal anses numera också förbjudna per se<sup>31)</sup> ehuru vissa undantag görs.



I:3:5 Samordnat förfarande och medveten parallellism

En överenskommelse om att begränsa konkurrensen genom gemensam prissättning, marknadsdelning, bojkotter, exklusivförsäljning etc. kan som sagt ske i både bunden och obunden form. Att t ex flera grossister var för sig, vägrar att sälja sina produkter till en detaljist behöver emellertid inte nödvändigtvis innebära att detta sker enligt en överenskommelse mellan grossisterna. Envar av dessa kan självständigt ha beslutat att icke sälja på grund av rent affärs- eller kreditmässiga överväganden, något som icke i och för sig är förbjudet enligt Sherman Act. Men hur är förhållandet om den enskilde grossisten vägrar att sälja, visserligen på grund av sådana överväganden, men också väl medveten om att de andra grossisterna kommer att göra eller gör detsamma, utan att för den skull någon överenskommelse föreligger. Eller med andra ord: Hur är förhållandet om grossisterna medvetet handlar parallellt men ej enligt någon som helst överenskommelse (medveten parallellism).<sup>32)</sup> Var går gränsen till det olagliga? När föreligger "conspiracy" enligt Sherman Act 2 och hur skall detta begrepp tolkas? Viss vägledning finns att hämta i domsmotiveringen i målet American Tobacco v. United States (Supreme Court, 1946) där det sägs: "Where the circumstances are such as warrant a jury in finding that the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in a unlawful arrangement, the conclusion that a conspiracy is established is justified."

Någon form av överenskommelse eller gemensam plan (concerted action practise), ehuru i än så lösa former, måste alltså föreligga. Supreme Court har ej velat utvidga (begreppet) "conspiracy" till att omfatta den medvetna parallellismen. "Conscious parallellism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely."<sup>33)</sup> Dessa problem har fått en speciell anknytning till oligopolmarknader - dvs sådana marknader som domineras av några få stora (konkurrerande) företag - (vilket delvis kommer att framgå i nästa avsnitt).

I:4 Sherman Act 2 - Monopolisering

Sherman Act 1 riktar sig sålunda mot två eller flera företags konkurrensbegränsande samverkan, vare sig det sker i syfte att direkt påverka prisbildningen eller att utesluta konkurrens från en viss marknad. Sherman Act 2 kan däremot främst sägas rikta sig mot ett företags konkurrensbegränsande åtgärder, företagna i liknande syften. Under section 2 faller visserligen också vissa former av otillåtna företagssammanslagningar - där således flera företag är inblandade. Emellertid har Clayton Act 7 här sitt främsta tillämpningsområde (vilket kommer att beröras senare).

Sherman Act 2 är i mångt och mycket ett komplement till section 1: Utan den förstnämnda funnes det en uppenbar risk för kringgående av den sistnämnda. Har t ex två företag slagit sig samman, finns ju ej längre någon grund för att anklaga dem för att ha överenskommit om t ex en bojkott mot ett tredje företag. Något sådant avtal kan helt enkelt inte längre uppkomma i vad som nu är ett företag.

Sherman Act 2 är således antitrust-myndigheternas vapen mot bl a ett företags konkurrensbegränsande handlande som sker utan samverkan med andra företag. Men, som tidigare berörts, ett företags vägran att sälja sina produkter till ett annat behöver inte nödvändigtvis ha skett i konkurrensbegränsande syfte. Det kan finnas andra skäl för det. Inte heller vore det särskilt förnuftigt, vilket säger sig självt, att åtala ett företag för att ha "bestämt" priset (vilket antyder att man skall vara försiktig med att dra analogier från Sherman Act section 1). Nyckelordet i section 2 är "monopolize" (monopolisera) som skall hållas skilt från "monopoly" (monopol). Det är i och för sig inte stridande mot section 2 att inneha ett monopol. Vad som däremot förbjuds i detta stadgande är vissa åtgärder som företas, 1) i syfte att uppnå ett monopol, vilket förutsätter en någorlunda dominerande ställning på marknaden; syftet skall ha en verklighetsbas, eller 2) i syfte att bevara eller stärka ett monopol. (Det senare förutsätter en redan existerande monopolställning).

Begreppet monopolisering implicerar sålunda någon form av positiv drivkraft "positive drive",<sup>34)</sup> innefattande ett subjektivt rekvisit, ett uppsåt (intention or purpose). Det är detta subjektiva rekvisit som skiljer monopolisering från blott och bart innehavet av ett monopol, men också från uppnåendet av ett monopol när detta sker,

1) med hjälp av tillbörliga affärsmetoder (t ex tillverkningen av en överlägsen produkt eller erbjudande av omfattande service, eller

2) som resultatet av ekonomisk nödvändighet (exempelvis då det på grund av minskad efterfrågan bara finns marknad för ett företag). Det är domstolarnas uppgift att dra slutsatser om ett företags uppsåt när en monopolsituation föreligger. Detta sker icke efter ett inträngande i företagsledarnas tankevärld, utan på grundval av en helhetsbedömning av företagets handlande, politik osv. på den aktuella marknaden.<sup>35)</sup>

I de klara fallen framstår dock uppsåtet som uppenbart mot bakgrund av ett eller flera specifika åtgärder från ett företags sida. Som exempel kan nämnas när ett företag A såsom straff för att ett annat företag B inte vill fusionera med företag A vidtar vissa bojkottåtgärder mot företag B (se Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company - Supreme Court 1927 - jfr med vad som sagts om flaskhals eller tröskelsituationer och exklusivförsäljningsavtal s 16-17). På samma sätt är vissa andra specifika åtgärder förbjudna enligt Sherman Act 1.

Överhuvud taget finns det inga per se förbud enligt section 2. Här är fältet fritt för tillämpning av rule of reason. Tydligast framgår detta när domstolarna bedömer ett företags generella handlande för att avgöra om monopolisering föreligger. Men det är också här gränsdragningsproblematiken har sina största källa. Vad är t ex tillbörliga affärsmetoder? Hur långt får ett företag gå innan det gör sig skyldigt till monopolisering? Vad är maximum för tillbörlighet och minimum för monopolisering?

Ett fall som någorlunda väl belyser dessa spörsmål är United States v. United Shoe Machinery Corporation (District Court of Massachusetts 1953). United Shoe Machinery Corporation (U.S.M.) behärskade större delen (75-85%) av den amerikanska marknaden för tillverkning av maskiner och annan viktig utrustning som användes inom skotillverkningsindustrin. Företaget lade ned stora summor på utveckling av sina produkter och så gott som alla patent det innehade var frukterna av företagets egen forskningsverksamhet. I stället för att sälja "leasade" U.S.M. ut sina maskiner till ett pris som bl a inkluderade kostnaderna för fullständig service av maskinerna. "Leasing"-kontrakten skrevs normalt på tio år och under villkor att maskinerna brukades till sin fulla kapacitet. I det fall ett företag önskade återlämna en maskin innan tioårsperioden gått till ända, låt oss säga efter sju år, betalade det visserligen ett mindre pris än för hela perioden. Men eftersom priset per år minskade starkt för varje år av tioårsperioden som "leasingen" pågick, lönade det sig sällan att återlämna maskinerna i förtid. Önskade ett företag byta ut en maskin efter tioårsperioden fick det ett extra kostnadsavdrag för den gamla om den nya maskinen man valde var en U.S.M.-maskin.

När så småningom U.S.M. fick konkurrens från ett annat företag beträffande tillverkningen av en del maskiner, ändrade man prissättningen så att just  dessa  maskiner blev billigare att "leasa" medan de maskiner som icke ännu hade funnit konkurrerande tillverkare blev dyrare.<sup>36)</sup>

Judge Wyzansky, som ledde målet (i District Court), konstaterade först att de villkor och den prissättningspolitik som gällde för "leasingen" av maskinerna var "in economic effect exclusionary" och grundade en "magnetic tie" mellan U.S.M. och de "leasande" företagen, som försvårade inträdet för nya konkurrenter på marknaden. Efter en längre utredning av tidigare praxis på området ger Judge Wyzanski följande karakteristik av "leasing"-kontrakten och U.S.M. förfaraingssätt: "They are contracts, arrangements and policies which, instead of encouraging competition based on pure merit, further the dominance of a particular firm. In this sense

they are unnatural barriers: they unnecessarily exclude actual and potential competition: they restrict a free market. While the law allows many enterprises to use such practises, the Sherman Act is now construed by superior courts to forbid the continuance of effective market control based in part upon such practises." Och följaktligen förklarades U.S.M. skyldig till otillåten konkurrensbegränsning enligt Sherman Act 2 (dvs skyldig till monopolisering). Gränsen för tillbörlighet i affärsmetoderna hade överskridits.

Generellt kan man om sanktioneringen av section 2 säga, att för att domen skall få en effektiv verkan måste den innehålla föreskrifter som antingen förbjuder ett fortsatt konkurrensbegränsande handlande eller påbjuder ett upplösande av monopolföretaget och därmed av monopolet. Härvid har domstolarna hittills emellertid visat nog så stor försiktighet.

Förutom "monopolize" förbjuder Sherman Act section 2 också "attempt to monopolize" och "conspire to monopolize". Med "attempt to monopolize" förstås att ett försök att uppnå en marknadsdominerande ställning med otillbörliga metoder skall ha vidtagits. Då sådana strävanden förutsätter att de företag som kan komma i fråga icke redan innehar en marknadsdominerande ställning, och därmed är utan verklig makt att vidta "monopolistiska" åtgärder (ex på dessa har redan givits), har domstolarna funnit sig tvungna att kräva ett påvisande av ett faktiskt uppsåt hos företagen i fråga. Detta bereder naturligtvis avsevärda svårigheter.<sup>37)</sup>

Vad beträffar "conspire to monopolize", har jag ovan något berört begreppet "conspiracy" (under Sherman Act section 1) som har samma grundbetydelse. Också frågeställningen är densamma. Det är min avsikt att här endast obetydligt utveckla denna och samtidigt ge ett illustrerande exempel. "Conspire" (eller "conspiracy") syftar på någon form av samverkan mellan två eller flera företag. Medveten parallellism, ett medvetet överensstämmande handlings sätt mellan konkurrerande företag helt utan överenskommelse, fyller icke detta rekvisit (enligt uttalanden i praxis). Dessa frågor

har en särskild anknytning till marknader som domineras av endast några få (stora) företag (oligopolmarknader). Företag på sådana marknader är ofta benägna att i prishänseende följa varandra (jfr t ex de stora oljebolagen i Sverige), vilket kan ske utan att man kommit överens därom. (Här avses ej företeelsen "prisledarskap" som har en något annorlunda innebörd, se Bernitz s 289). Och skulle företagen verkligen ha kommit överens om gemensam prissättning, låter sig detta sällan bevisas. Detsamma gäller andra former av samverkan inbegripet "conspire to monopolize" mellan företag på oligopolmarknader. "Conspire to monopolize" innefattar i det sammanhanget en gemensam aktion av sådana företag vidtagen i syfte att begränsa konkurrensen med monopolistiska metoder.

Fallet American Tobacco v. United States (Supreme Court 1946), som omtalas ovan, ger exempel på oligopolföretags tillvägagångssätt och belyser de svårigheter som uppkommer i samband med bevisningen av dessa. Antitrust Division förde här talan mot de tre ledande (ungefär lika stora) tobaksföretagen i USA: American Tobacco Company (Lucky Strike), Liggett and Myers (Chesterfield) och R J Reynolds (Camel) (i fortsättningen under benämningen "de tre"). År 1931 svarade de tre tillsammans för 90% (1939 dock endast 68%) av den amerikanska cigarettproduktionen. Vid inköp av råvaran tobak, vilket ägde rum på speciella auktioner runt om i landet, samverkade de tre företagen på olika sätt (allt enligt Antitrust Division). Företagens representanter på auktionerna, som bara gjorde inköp under förutsättning att alla tre företagen var representerade, gavs detaljerade instruktioner (om bl a maximipriser) före varje auktion. Det påstods vidare att maximipriset hade satts lika för alla de tre företagen. Var ett företags representant inte intresserad av de utauktionerade varorna, deltog han ändå i budgivningen för att om möjligt nå det utsatta (gemensamma) maximipriset.

Mr Justice Burton, som skrev domsmotiveringen, uttalade bl a följande om företagens inköspraxis: "The petitioners (företagen) were not so much concerned with the price they paid for the leaf tobacco as that each should pay the same price for the same grade and that none should secure any advantage in purchasing tobacco."

Han påpekade också att det gemensamma maximipris som bestämts av de tre företagen nästan undantagslöst också sammanföll med det högsta budet som gavs för varorna på auktionerna.

När vissa andra företag började marknadsföra lågpris-cigaretter sammansatt av billigare råvaror än de som fanns i de tres (likaledes dyrare) cigaretter, vinnlade sig de tre om att köpa upp så mycket som möjligt av den billigare råvaran. Denna, visade det sig senare, kom aldrig till användning i de tres produktion.

Den viktigaste delen av Antitrust Division bevisning rörde emellertid de tres prissättningspolitik på försäljningssidan. De tre hade under hela trettioalet en helt identisk prissättning på sina produkter. Prishöjningar och prissänkningar ägde rum så gott som samtidigt (ofta under en och samma dag). När företagen med lågpriscigaretter stadigt ökade sina marknadsandelar, reagerade de tre (fortfarande enligt Antitrust Division) genom att kraftigt sänka priset på sina cigaretter till en tidvis olönsam nivå för att sedan när s a s "faran" var över, återigen samtidigt höja priset. Denna bevisning tillsammans med en del andra bevis om otillbörligheter vid marknadsföringen, ansåg Mr Justice Burton vara tillräckligt underlag för ett konstaterande att "conspire to monopolize" (och conspiracy) var för handen. Någon bevisning om en uttrycklig överenskommelse förekom dock aldrig.

För den ovane iakttagaren framstår Mr Justice Burtons slutsats ändock odiskutabel. Den erfarne ekonomen torde emellertid veta att mycket av vad som framgått i målet om de tres förfarande är karakteristiskt och ofta nödvändigt på en oligopolmarknad av den här typen utan att det för den skull nödvändigtvis måste anses vara olagligt. Om man å ena sidan icke anser sig kunna förbjuda ett medvetet överensstämmande handlingssätt på en oligopolmarknad, ställer man å andra sidan icke alltför stora krav på bevisning om samverkan. Det finns anledning att här citera Bernitz (på s 289): "Man synes (dock) i praxis gå tämligen långt, när det gäller att som tillräcklig bevisning om förekomsten av en con-

spiracy (torde också gälla conspire to monopolize - egen kommentar) godta medvetet överensstämmande handlingssätt i förening med vaga former av samråd, exempelvis eljest svårförklarliga telefonkontakter eller sammanträffande mellan företagsledare i beslutsfattande ställning kort före, ungefär samtidigt genomförda, prisändringar."

Konkurrensbegränsande åtgärder av monopolistisk karaktär (dvs som vidtas av företag i marknadsdominerande ställning i syfte att uppnå, bevara eller stärka monopol enligt Sherman Act) kan förutom de hittills nämnda också utgöras eller vara förenade med sådana åtgärder som eljest normalt är förbjudna enligt Clayton Act (eller FTC Act). Det är bra att ha detta i minnet när jag nu övergår till att mycket kort behandla konkurrensbegränsning enligt Clayton Act.

#### I:5 Clayton Act 2 - Prisdiskriminering

Då den ursprungliga section 2 i Clayton Act från 1914 visade sig vara en mer eller mindre död bokstav, infördes i dess ställe den s k Robinson-Patman Act av 1936. Denna är i sin helhet mycket omfattande och detaljerad och jag nöjer mig därför med att endast koncentrera mig på några viktiga drag.

Begreppet prisdiskriminering definieras i sektionens första stycke som till en början lyder: "That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchasers involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale ...". Generellt gäller som förutsättning att prisdiskrimineringen skall väsentligt ha skadat konkurrensen: "substantially injurious to competition". Den konkurrens som lagstiftaren velat skydda genom detta stadgande föreligger så på flera plan. Det kan t ex vara fråga om 1) konkurrensen mellan fabrikanter, där en av dessa särskilt gynnas av lägre råvarupriser, 2) konkurrensen



mellan grossister, där någon av dem erhåller särskilda rabatter på de varor han köper från en fabrikant, 3) konkurrensen mellan detaljhandlare, där kanske en av dessa lyckats skaffa sig ett förmånligt (i förhållande till de andra detaljhandlarna) leveranskontrakt.

Det är Antitrust Division (eller FTC:s) uppgift att, inför domstolarna i det konkreta fallet bevisa förekomsten av prisdiskriminering och likaså att denna väsentligen hämmar konkurrensen. Lyckas man härvidlag, är inte saken därmed avgjord. Till sitt försvar kan nämligen det eller de företag, mot vilket anklagelserna riktas, bl a åberopa något av följande två argument: 1) att skillnaderna i pris är berättigade, enär de helt motsvarar skillnaderna i kostnad för försäljningen (dvs motsvaras av kostnadsbesparingar) av en vara (eller tjänst), t ex att de rabatter som ges vissa företag till fullo beror på att dessas stora årliga inköp (stora i förhållande till dess konkurrenters) ger upphov till mindre transportkostnader, lagringskostnader etc. för det försäljande företaget. Eller på att (de favoriserade) köparna utför tjänster eller arbete som annars skulle åvila säljaren själv. En sådan bevisning kräver ofta en omfattande ekonomisk utredning. Frågan är också vilka kostnader - direkta, indirekta - som är relevanta. 2) Att de förmåner i form av lägre priser som medgivits vissa företag i själva verket är ett svar på konkurrerande försäljares (tidigare) medgivande av sådana förmåner till samma företag. Med andra ord: företaget har av konkurrensskäl tvingats favorisera vissa företag.

Det hittills sagda kan delvis illustreras av fallet Federal Trade Commission v. Morton Salt (Supreme Court 1948). Morton Salt fabrikerar och säljer bordsalt. Till kundkretsen hörde (1948) både grossister som i sin tur sålde till detaljhandeln samt vissa (stora) detaljhandlare. Ett prissättningsystem tillämpades som gav upp till 15% rabatt bl a beroende på den totala mängden inköpt salt per år. Endast ett fåtal större detaljhandlare köpte tillräckligt med salt för att erhålla det högsta 15-procentiga prisavdraget. FTC gjorde gällande att denna grupp av detaljhandlare (väsentli-

gen stora varuhuskedjor) genom prissättningsystemet gynnades framför de (mindre) detaljhandlare (små butiksägare) som köpte sitt salt direkt av grossisterna. Det visades också att de små detaljhandlarna därigenom tvingats hålla högre försäljningspriser på saltet, vilket försvagade deras ställning i konkurrensen med de stora.

Majoriteten i Supreme Court ledd av Mr Justice Black förklarade prissättningsystemet vara stridande mot Clayton Act section 2 främst på grund av den fara för framtida konkurrens som förelåg om systemet tilläts fortleva (alltså icke endast på grund av den konkurrensbegränsning som redan hade förorsakats). Morton Salt lyckades icke heller bevisa ett av dess försvarsargument som gick ut på att de 15-procentiga prisavdragen som de stora detaljhandlarna åtnjöt motiverades av besparingar i reklam- och transportkostnader vid försäljningen av salt till dessa.

Robinson-Patman Act riktar sig emellertid icke endast mot säljar- sidan, de diskriminerande företagen, utan även mot köparsidan - de favoriserade företagen. Enligt section 2 (f) är det nämligen olagligt att: "knowingly ... induce or receive a discrimination in price which is prohibited ...". Motbevisning av de tidigare nämnda slagen, vilket som sagt ofta kräver en utredning av säljar- sidans kostnader och ekonomi överhuvud, har av domstolarna ansetts vara en alltför hård belastning på köparsidan. Därför har en del av bevisbördan i sådana fall lagts på antitrustmyndigheterna.<sup>38)</sup> Se t ex Automatic Canteen Company of America v. Federal Trade Commission (Supreme Court 1953).

## I:6 Clayton Act 3 - Konkurrensbegränsande avtal

Clayton Acts huvudsakliga funktion, att vara ett komplement till Sherman Act, framgår tydligast av denna bestämmelse. Här förbjuds främst tre typer av konkurrensbegränsande avtal som i sina mest flagranta uppenbarelseformer jämväl skulle kunna falla under Sherman Act section 1 och sålunda vara förbjudna per se; eller om de

genomdrivits av marknadsdominerande företag (som en monopolistisk åtgärd), - under section 2. Förbjudna är följande avtal:

1) Ensamförsäljningsavtal (exclusive-dealing-contract), där ett företag kommer överens med en försäljare<sup>39)</sup> (leverantör) att denne inte skall sälja sina varor<sup>40)</sup> till något annat (konkurrerande) företag. För att förbudet skall gälla måste det alltså vara frågan om försäljning och icke exklusivitet på grund av agentavtal<sup>41)</sup> e dyl. Vidare tillämpar domstolarna rule of reason i det att avtal som endast berör mycket små marknadsandelar inte anses påverka konkurrensen negativt. Tvärtom anses sådana avtal ofta ge de små företagen ekonomiska fördelar som i längden kan främja konkurrensen. 2) S k requirements contracts, där ett företag förbinder sig att över en period köpa sitt totala behov av en vara av en enda försäljare (leverantör). Även här finns av tidigare nämnda skäl utrymme för tillämpning av rule of reason. Slutligen förbjuds 3) s k kopplingsförbehåll (tying contracts) där en försäljare säljer sin vara endast under förutsättning att det köpande företaget även köper en annan av försäljarens varor. (En variation av detta, och något som domstolarna särskilt har fördömt, är då varor "kopplas" till upplåtelse av ett patent.) Icke heller här har domstolarna velat tillämpa en per se regel. Vissa avtal, där de "kopplade" varorna har ett mycket nära samband, har icke ansetts vara förbjudna under Clayton Act. Ett exempel på det är det ifrågasatta avtalet i fallet United States v. Jerrold Electronics Corporation (JEC) (Eastern District Court of Pennsylvania, 1960). JEC var ett relativt litet företag som sålde och monterade upp TV-antennor. Detta skedde under förutsättning att JEC också fick handha framtida reparation och underhåll av antennerna. Som skäl för förbehållet anförde JEC bl a att eftersom antennerna hade en mycket känslig konstruktion var det nödvändigt att erfarna yrkesmän skötte reparation o dyl. I händerna på de ofta oerfarna ägarna kunde antennerna lätt falla sönder och därmed förmodligen erhålla ett dåligt rykte, vilket i längden skulle skada JEC:s affärer. Domstolen godtog JEC:s förbehåll i dess dåvarande utformning och under rådande omständigheter, men framhöll dessutom att i den takt förhållandena förändrades, dvs i den takt erfarenheterna om antennerna breddades osv, skulle också förbehållet få minskat berättigande.

Som en generell förutsättning för section 3 gäller, liksom för Clayton Act, att avtalen - "may substantially lessen competition or tend to create monopoly in any line of commerce" (vilket omfattats ovan).

#### I:7 Clayton Act 7 - Företagssammanslagning

Då, som tidigare berörts, ingripanden med stöd av Sherman Act 2 mot företagssammanslagning endast ägde rum i mycket liten skala, ändrades år 1950 Clayton Act section 7 genom den s k Celler-Kefauver Act. Det var lagstiftarens mening att genom denna bestämmelse komma åt oligopolsträvanden och monopoliseringstendenser i dess tidigaste skede, och i detta låg en önskan att i högre grad än tidigare kunna på lång sikt styra marknadsutvecklingen (se Bernitz s 293, 296). Clayton Act section 7, 1 st lyder: "... (that) no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital - (or) the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country the effects of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly."

Med företagssammanslagning förstås icke enbart fusioner, utan även de fall där ett företag ges ett dominerande inflytande i ett annat företag genom aktieöverlåtelse<sup>42)</sup> eller genom överlåtelse av större delen av företagets tillgångar (till dessa räknas t o m viktiga varumärken). Det spelar heller ingen roll om sammanslagningen är horisontell, dvs sker mellan konkurrerande företag på samma plan och på samma marknad, vertikal, dvs sker mellan företag på olika plan t ex fabrikant och grossist och på samma marknad, eller branschblandad, dvs sker mellan företag på olika marknader.<sup>43)</sup> Alla dessa former av företagssammanslagningar faller under section 7.

Frågan huruvida en sammanslagning är laglig eller ej avgörs i sista hand av rekvisitet - "where ... effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create

a monopoly". I sin tur avgörande för vad som är "substantially" tycks av utvecklingen i praxis att döma i första hand vara hur stor marknadsdel de inblandade företagen har och hur stor marknadsdel den nybildade företagsenheten erhållit genom sammanslagningen.<sup>44)</sup>

Andra faktorer som har betydelse är (i synnerhet i fråga om horisontella sammanslagningar): hur stor är koncentrationen på marknaden i övrigt, vilka koncentrationstendenser gör sig gällande, är marknaden sluten dvs är det svårt för nya företag att etablera sig på marknaden osv. Det är sålunda frågan om en helhetsbedömning av den aktuella marknaden ur konkurrenssynpunkt.

Beräkandet av marknadsandelarna sker ofta med mycket schematiska regler, med angivandet av procentsatser. Exempel på detta är de icke bindande - riktlinjer som Antitrust Division publicerade 1968 (återfinns i Antitrust developments s 311 ff) där det t ex anges att på marknader med hög koncentrationsgrad - i det här fallet där de fyra största företagen innehar 70-75% av marknaden - bör sammanslagning, där det förvärvande företaget har en marknadsandel på 4% och det förvärvade minst 4%, föranleda ett ingripande, ävenså där andelarna i stället fördelas 10% - 2% osv.

Det är nu hög tid att säga några ord om begreppet marknad. Det har hittills talats om "dominerande marknadsandelar", om sammanslagningar av företag som arbetar på "olika marknader" och det har t o m angivits procenttal på marknadsandelar. En marknad måste på något sätt ges en begränsning, en ram som skiljer denna från en annan marknad. Det gäller således att bestämma den relevanta marknaden.<sup>45)</sup> En väsentlig indelningsgrund för marknaden är naturligtvis den vara (eller tjänst) som säljs. Att försäljningen av tobak sker på en marknad och försäljningen av bilar sker på en annan råder det knappast några tvivel om. Men betecknande för de flesta varor är att de är mer eller mindre substituerbara. Höjs priset på kaffe tillräckligt mycket kan den trägnaste kaffedrickare i stället börja dricka te. Görs tågtrafiken bekväm och billig kanske en del människor säljer sina bilar osv. Denna möjlighet att välja

mellan olika varor-nyttigheter för att tillfredsställa samma behov gör marknadsavgränsningen till ett svårt problem.

En annan indelningsgrund för marknader är den geografiska, vilken har stor betydelse just i USA på grund av långa transportsträckor etc. Det finns även andra indelningsgrunder (t ex den klimatologiska). Själva finsnickeriet av ramen till den relevanta marknaden utförs dock av domstolarna i varje konkret fall, vilket sker med hänsyn till bl a det aktuella sammanhanget och den aktuella lagtextens ändamål. Det finns en tendens hos de amerikanska domstolarna till att ge den relevanta marknaden tämligen små ramar. Som exempel kan nämnas ett fall (Brown Shoe Company v. United States - Supreme Court 1962) där herrsko-, damsko- och barnsko-marknaden bestämdes vara olika marknader.

Under tillämpningsområdet för section 7 faller för övrigt också s k joint ventures, vilka är företag (särskilda juridiska personer) som bildas av två eller flera konkurrerande företag för att utgöra en bas för gemensam verksamhet, ofta inriktad på nytillverkning eller fortsatt utveckling av tidigare verksamhet. Vad man speciellt vänder sig emot är naturligtvis "joint venture" som absorberar eller förintar konkurrensen mellan de gemensamt verksamma företagen. Dylika effekter kan uppkomma både vid bildandet av en "joint venture" liksom senare under dess verksamhetstid.<sup>46)</sup>

I:8 Clayton Act 8 - Gemensam företagsledning  
(interlocking directorates)

Denna bestämmelse är avsedd att motverka gemensam ledning av två eller flera konkurrerande företag, och därigenom delvis hindra ett kringgående av section 7. En viktig förutsättning är att de deltagande (engagerade) företagen ... "are or shall have been theretofore, by virtue of their business or location or operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the provisions of any of the antitrust laws." Mindre företag är dessutom undantagna. I praktiken har emellertid förbudet mot gemensam företags-

ledning fått begränsad betydelse, vilket i någon mån torde bero på de svårigheter som uppstår för Antitrust Division och FTC att bevisa förekomsten av konkurrensbegränsning i en sådan gestaltning.

#### I:9 Antitrustlagarnas tillämpningsområde

Sherman Act (liksom de övriga antitrustlagarna) äger enligt dess avfattning generell tillämpning på hela det amerikanska näringslivet. Under årens lopp har dock ett flertal näringsgrenar (och organisationer) blivit föremål för särreglering (regulated industries) och på grund därav undantagits från Sherman Act (liksom från övrig antitrustlagstiftning). På så sätt undantagna är bl a verksamhet med allmännyttig anknytning (public utilities) som t ex kommunikationer, energi (el, gas) avlopp, även om verksamheten inte är offentlig. Sådan verksamhet regleras således av en särskild lagstiftning. Detsamma gäller jordbrukssektorn, kooperativa föreningar, banker och försäkringsbolag. Undantaget från antitrustlagstiftningen är också fackföreningarna när dessa agerar för att tillvarata medlemmarnas intressen (vilket alltså inte utesluter brott mot Sherman Act när en fackförening t ex vidtagit en bojkott helt i arbetsgivarens intresse).

Genom Federal Fair Trade Act 1952 (McGuire Act) gjordes väsentliga undantag från bruttoprisförbudet.<sup>47)</sup> Webb-Pomerene Act avser att undantaga exportnäringen från viktiga delar av Sherman Act, bl a möjliggör den ett närmare samarbete mellan exportföretagen, under förutsättning att ett sådant ej höjer priserna eller begränsar konkurrensen inom USA och att företag som icke deltar i samarbetet icke hindras i sin vidare verksamhet. Samarbetet får i princip icke heller utvecklas till att omfatta utländska företag.

Ett viktigt undantag när det gäller tillämpningen i rummet hänger samman med de hittills nämnda antitrustlagarnas federala natur. Sherman Act t ex enligt ordalydelsen avsedd att förbjuda konkurrensbegränsande åtgärder som påverkar handeln mellan de amerikanska delstaterna "interstate commerce" och låter således varje delstat,

med stöd av egna antitrustlagar, bekämpa konkurrensbegränsning inom denna. Nu skall man emellertid icke fästa alltför stor vikt vid denna synbart betydande begränsning av tillämpningsområdet enär de federala domstolarna givit rekvisitet "interstate commerce" en mycket vid tolkning.<sup>48)</sup> Som en domare i Supreme Court en gång uttryckte det (Mr Justice Jackson): "If it is interstate commerce that feels the pinch, it does not matter how local the operation which applies the squeeze (is)."

De nu sist nämnda undantagen från antitrustlagarnas tillämpningsområde, Webb-Pomerene Act och vad som ryms under begränsningsrekvisitet "interstate commerce", kommer i viss mån att beröras i ett senare sammanhang (se kapitel IV).



## AVSNITT II

### EXTERRITORIELL TILLÄMPNING AV DE AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGARNA (på utländska företag)

#### EFFEKTPRINCIPEN

##### II:1 Inledning

Med exterritoriell tillämpning av en lag förstås här att en stats lag tillämpas på handlingar som visserligen strider mot denna lag men som företagits utanför landets gränser. Tillämpningen av en lag i en sådan utsträckning skall ställas mot den s k territorialitetsprincipen, vars innebörd i allra största korthet är att varje stat har primär rätt att inom dess gränser bestraffa (utöva domsmakt osv) mot personer (företag) som där förfarit olagligt.<sup>49)</sup> (Mer härom i nästa avsnitt.) Exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna skulle således innebära en tillämpning av dessa lagar på konkurrensbegränsande åtgärder (handlingssätt) som vidtagits utanför USA:s territorium.<sup>50)</sup> För den fortsatta framställningen är det lämpligt att göra ett par viktiga distinktioner:

1) De subjekt (dvs i det här fallet oftast företag) som överhuvud företar konkurrensbegränsande handlingar kan mycket schematiskt indelas i två grupper: amerikanska och utländska företag. Avgörande för vilken grupp ett företag tillhör förutsättes här vara, var företaget har sitt säte (eller under vilken stats lagar företaget är organiserat eller var det registrerats). Så att ett företag som har sitt säte i USA men till tre fjärdedelar ägs av ett företag med säte utanför USA kommer åtminstone här att betraktas som ett amerikanskt företag. (I USA lär å andra sidan ägarstrukturen vara kriteriet för var ett företag hör hemma.)

2) Amerikanska företag kan företa konkurrensbegränsande handlingar både inom och utom USA:s territorium och detsamma gäller givetvis utländska företag. När amerikanska eller utländska företag företar (eller möjligen avser att företa) dylika handlingar inom USA

kommer här att anses att territorialitetsprincipen gäller. Sådana handlingar kommer således icke att behöva bli föremål för exterritoriell tillämpning av antitrustlagarna. Detta är däremot fallet om amerikanska eller utländska företag handlar konkurrensbegränsande utanför USA. Exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna blir sålunda aktuell när amerikanska eller utländska företag handlar konkurrensbegränsande utanför USA:s territorium. Som framgår av rubriken har jag valt att huvudsakligen behandla exterritoriell tillämpning på utländska företags handlingar. Det är nämligen först när de amerikanska antitrustlagarna tillämpas på det sättet som problemen och frågorna i samband med extern tillämpning ställs på sin spets. Det är först då som de folk-rättsliga principerna på det här området får verklig aktualitet. (Se nästa avsnitt.)

3) Vid den exterritoriella tillämpningen, både i förhållande till amerikanska och utländska företag,<sup>51)</sup> har de amerikanska domstolarna tillämpat den s k<sup>52)</sup> effektprincipen, i huvudsak innebärande att amerikansk antitrustlag är tillämplig om ett företags konkurrensbegränsande handlande utanför USA har effekter på den amerikanska inlandsmarknaden (inhemska handeln) eller på dess utrikeshandel (export och import). Det skall emellertid redan här sägas, att denna princip har fått en speciell utformning beträffande de utländska företagen.<sup>1</sup>

4) En av de svåraste frågorna att avgöra när man talar om exterritoriell tillämpning är var en handling skall anses ha företagits. Skall t ex en gemensam prissättning mellan två amerikanska företag ha företagits där avtalet om detta ingicks, så att om de två företagens ledare tar båten över till Europa och sluter avtal där så skall konkurrensbegränsningen anses ha vidtagits utanför USA?<sup>53)</sup> Eller skall åtgärden anses ha vidtagits där företagens varor säljes, dvs i USA? När är det således fråga om ett handlande inom USA och när har handlandet företagits utanför USA? Och, för att gå vidare, när är det fråga om ett konkurrensbegränsande handlande och när är det fråga om effekter av ett sådant handlande? Frågorna hopar sig.

Vad gäller först själva handlandets lokalisering måste man i första hand ta stor hänsyn till vilket slag av konkurrensbegränsning man har att göra med, dvs om det är en bojkott, om det är fråga om exklusivavtal, marknadsuppdelning osv. Därefter får man göra en samlad bedömning med beaktande av omständigheterna i det konkreta fallet, bl a se till var avtalet har ingåtts, var varorna säljes, var de företag är belägna mellan vilka konkurrensen begränsas, dvs var effekterna på konkurrensen uppstår, var bojkotten sker osv, och på grundval av sådana omständigheter försöka sluta sig till var det konkurrensbegränsande handlandet i huvudsak har skett. Det är ingen tvekan om att gränsdragningsproblem kan uppkomma (se mer om dessa frågor i nästa avsnitt under rubriken: "ILA:s arbete").

Vad sedan gäller effekterna av ett konkurrensbegränsande handlande måste man skilja mellan de effekter som t ex ett bindande avtal får på konkurrensen, med konkurrensbegränsning som resultat, å ena sidan och de effekter denna konkurrensbegränsning har på (USA-) handeln, dvs ekonomiska effekter (effekter på export-import-produktion) å den andra.<sup>54)</sup> De förstnämnda effekterna har visserligen betydelse för handlingens olaglighet i och för sig. Men det är de senare som skall sättas i samband med effektprincipen, som således är tillämplig på konkurrensbegränsande handlingar utförda utanför en stats gränser men med effekter på denna stats handel (marknad). Uppstår inga effekter av ett dylikt i och för sig lagstridigt handlande anses ej heller amerikansk antitrustlag vara tillämplig.

I det följande skall jag börja med att ta upp det amerikanska rättsfall som kan betecknas vara själva upprinnelsen till stora delar av den beskrivna problematiken, nämligen det s k Alcoa-fallet. Därefter skall jag kort undersöka de viktigaste delarna av den amerikanska antitrustlagstiftningen för att se om däri stadgas några hinder för en exterritoriell tillämpning av dessa. På detta följer sedan ett kapitel om amerikansk rättspraxis på det här området, varvid torde komma att märkas att de fall som kommit upp främst rör tillämpningen av Sherman Act på konkurrens-

begränsningar i det horisontala ledet (planet), företrädesvis kartellavtal. Rättspraxis kommer också att beröras i senare avsnitt. Ett utlåtande i den här frågan av en amerikansk juristorganisation kommer sedan att tas upp liksom en del andra problem i samband med den exterritoriella tillämpningen.

## II:2 Alcoa-fallet

United States v. Aluminium Company of America (Alcoa). (Second Circuit Court of Appeals 1945.) De omständigheter i fallet Alcoa som har betydelse i förevarande sammanhang är följande: Ett kanadensiskt företag, Aluminum Limited, hade tillsammans med ett franskt företag, två tyska, ett schweiziskt och ett brittiskt företag bildat ett schweiziskt företag (Alliance). Aktierna i Alliance fördelades mellan de sex företagen i förhållande till vars och ens årliga kapacitet. Samtliga, på det sättet, aktieägande företag, producerade aluminium. Efter bildandet av Alliance, förenade sig de sex företagen i ett avtal om en kvoteringsplan (detta skedde år 1931). Denna gick helt enkelt ut på att fixera mängden av vars och ens årliga produktion av aluminium. Lyckades sedan ett företag inte sälja hela sin årliga kvot, köpte (också enligt avtalet) Alliance den resterande delen för ett pris som faktiskt blev minimipris på världsmarknaden, vilket i och för sig var ganska naturligt: Det fanns ingen anledning att vid försäljningen av aluminium till andra företag underskrida det pris som ändå till slut garanterades av Alliance. (En förutsättning är också, för att det skall bli tal om världsmarknadspris, att de sex företagen behärskar större delen av världsmarknaden - och så var fallet.) I övrigt var prissättningen fri. Några år senare (1936) gjordes bl a följande ändringar i den ursprungliga planen: 1) USA:s import av aluminium skulle i fortsättningen ingå i kvoteringsplanen. Tidigare hade nämligen USA-importen undantagits från denna. 2) Ett överskridande av den givna kvoten skulle i fortsättningen "bestraffas" genom att det företag, som sålunda producerade för mycket, tvingades betala vissa avgifter i form

av royalties till Alliance. Dessa avgifter var högre ju mer kvoten hade överskridits.

Domstolen förklarade, genom Judge Learned Hand, att det senare avtalet slutet 1936 inverkade på, "affected", USA:s utrikeshandel och att avtalet var olagligt enligt Sherman Act section 1. Domsmotiveringen löd i sina mest centrala delar: "The only question open is whether Congress intended to impose the liability, and whether our own constitution permitted it to do so: as a court of the United States, we cannot look beyond our own law. Nevertheless, it is quite true that we are not to read general words, such as those in this Act (Sherman Act), without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers ... We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States ... On the other hand, 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 ... (understrykningar här).

Sedan formulerar domstolen denna regel: Both agreements would clearly have been unlawful, had they been made within the United States, and it follows ... that both were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect imports and did affect them ..." (understrykning här).

De två första understrukna partierna i den här citerade delen av domsmotiveringen antyder problemställningar av synnerlig vikt för frågan om antitrustlagarnas (och naturligtvis även andra lagars) exterritoriella tillämpning. Dessa är: 1) Stadgar antitrustlagarna några hinder eller begränsningar rörande den exterritoriella tillämpningen? Vilka är lagens ändamål och vad var lagstiftarens mening? 2) Föreligger några folkrättsliga regler på det här området? Vilka är i så fall dessa? Och lägger de några hinder i vägen för en exterritoriell tillämpning av lagen?

Det tredje understrukna partiet anger slutligen en lösning, eller snarare ett svar, den s k Rule of the Alcoa Case, på de många frågorna, den s k effekt-teorin. Denna teori har väckt mycket kritik och orsakat åtskilliga protester från både amerikanskt och europeiskt håll. (Se vidare nedan.) De nu nämnda huvudgrupperna av problem kommer alla att behandlas eller beröras nedan, ehuru i något omkastad ordning (1 - 3 - 2). Men innan vi går vidare: låt mig återigen göra en grundläggande distinktion. I den fortsatta framställningen (liksom i Alcoa-fallet) är det primära problemet ej längre huruvida en viss konkurrensbegränsande åtgärd vidtagen utanför USA:s gränser (i Alcoa-fallet det ovan nämnda avtalet) är olaglig som sådan (dvs om den skulle vidtas inom USA - om detta rådde knappast någon tvekan i Alcoa-fallet). Det väsentliga är i stället frågorna om en sådan åtgärd, även om den vidtas utanför USA, faller under den amerikanska antitrustlagstiftningen, om således de amerikanska domstolarna har behörighet att döma i ett sådant fall och, vilket i princip är samma sak, hur långt de amerikanska domstolarnas jurisdiktion sträcker sig?

II:3 Vilket utrymme lämnar amerikansk antitrustlagstiftning för exterritoriell tillämpning?

Låt oss för att söka svar på den frågan för ett kort ögonblick återvända till de bestämmelser som återgivits i det första avsnittet.

Sherman Act section 1 stadgar förbud mot alla avtal, överenskommelser osv. "in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations", medan section 2 förbjuder envar att monopolisera, försöka att monopolisera osv. "any part of the trade or commerce among the several states or with foreign nations". Man gör sålunda, här liksom i Sherman Act i övrigt, ej skillnad på amerikanska och utländska företag (eller medborgare). Den enda begränsningen som gives avseende tillämpningen i rummet

och därmed den exterritoriella tillämpningen är att det förbjudna handlingssättet skall stå i något samband med "trade or commerce among the several states, or with foreign nations", (handeln mellan delstaterna eller med andra stater). Vilket samband eller hur nära samband som erfordras går icke närmare att utläsa. Vad som ovan, vid den allmänna behandlingen av domstolspraxis, sagts om det vida utrymme Sherman Act lämnar för olika tolkningar gäller sålunda även i det här sammanhanget. Mer om detta efter en kort genomgång av övrig antitrustlagstiftning.

Clayton Act section 2 och 3 vänder sig emot prisdiskriminering, och konkurrensbegränsande avtal av olika slag som omfattar varor (eller tjänster) vilka säljs "for use, consumption, or resale" inom USA eller någonstans inom dess jurisdiktion. Ett exklusivavtal mellan två utländska företag skulle, för att ta ett exempel, falla under section 3 om de varor som avtalet omfattar är avsedda att säljas vidare till amerikanska konsumenter. Men inte bara till amerikanska konsumenter utan också till konsumenter inom amerikanskt jurisdiktionsområde. Vad är då amerikanskt jurisdiktionsområde? Som ovan omtalats, är det bl a det område inom vilket USA:s lagstiftande organ kan stifta lag och dess domstolar m m kan tillämpa lagen. Huruvida Clayton Act section 2 och 3 kan tillämpas exterritoriellt får man dock icke veta: det lämnas öppet.

Section 7 Clayton Act stadgar, som vi vet, förbud mot företagssammanslagning. Det förutsättes icke där att företagssammanslagningen skall ske inom USA, däremot skall effekterna av en sådan uppträda "in any line of the commerce in any section of the country". Antar man, vilket är rimligt, att med "country" åsyftas USA, synes åtminstone häri ligga en begränsning (dock icke hinder) av möjligheterna till en exterritoriell tillämpning, om än så liten. Effekterna av en sammanslagning av två stora företag på den europeiska marknaden kan vara nog så kännbara på den amerikanska, inhemska marknaden. Ingenting hindrar heller, när det gäller större sammanslagningar, att ingripande i stället sker med stöd av Sherman Act section 2, som, enligt vad som nyss sagts, icke tycks stadga någon begränsning. (Jfr kap. IV:4:2.)

Vad gäller Clayton Act section 8 och förbudet mot s k gemensam företagsledning, är detta tillämpligt när de involverade företagen också är "engaged in whole or in part in commerce" (med vissa undantag som dock saknar betydelse i det här sammanhanget). Går man tillbaka till Clayton Act section 1, finner man där en förklaring av uttrycket "in commerce" som lyder: "Commerce as used herein, means trade or commerce among the several States and with foreign nations ...". Härvid synes således section 8 stadga samma begränsning i fråga om den exterritoriella tillämpningen som Sherman Act, dvs så gott som ingen begränsning alls.

Detsamma kan sägas gälla om Federal Trade Commission Act. I dess section 5 olagligförklaras nämligen "(un)fair methods of competition in commerce", (understrykning här) varvid section 4 slår fast att med commerce förstås: "commerce among the several States or with foreign nations ...". FTC Act har bl a tillkommit för att möjliggöra ingripanden mot konkurrensbegränsningar i ett tidigare skede än vad som är möjligt enligt Clayton Act (och Sherman Act), samtidigt som den är tillämplig på konkurrensbegränsningar som i och för sig faller under de sistnämnda, (se om detta i första avsnittet). De eventuella begränsningar i fråga om Clayton Acts exterritoriella tillämpning som stadgas kan därför i många fall undvikas genom att ingripande i stället sker med stöd av FTC Act (jfr SKF-fallet nedan och vad som sägs om FTC 5 i kap IV:4:2).

Sammanfattningsvis torde man kunna säga att den amerikanska anti-trustlagstiftningen lämnar ett mycket stort utrymme för en exterritoriell tillämpning, men, vilket är viktigt, endast på så sätt att där inte stadgas några uttryckliga hinder eller begränsningar mer än vad som kan ligga dolt i lokutionen "in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations". Det kommer an på de amerikanska domstolarna att närmare tolka innebörden av denna lokution liksom att i mera detalj utforma normer för exterritoriell tillämpning av den amerikanska antitrustlagstiftningen, varvid hänsyn måste tas, som vi senare skall se och vilket Judge Learned Hand i Alcoa-fallet erinrar om, till vissa folkrättsliga principer. (Jfr kap IV:4:2.)



II:4 Sambandskravet och uttrycket "commerce (with foreign nations)"

Avgörande för den exterritoriella tillämpningen synes således vara hur man tolkar kravet att det konkurrensbegränsande förfarandet skall vara "in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations". Så mycket kan utläsas att det skall föreligga ett samband mellan det konkurrensbegränsande förfarandet å ena sidan och "in restraint of trade or commerce ..." osv, å den andra.

Innan vi går närmare in på domstolarnas tolkning av detta "sambandskrav" är det betydelsefullt att veta vilken innebörd som av domstolarna givits uttrycken "commerce" (among the several states) och "commerce with foreign nations".<sup>55)</sup> Helt kort kan "commerce" sägas innefatta allt vad som hör affärsvärlden till i fråga om affärstransaktioner, industriella investeringar, penningtransaktioner, transporter osv. mellan de amerikanska delstaterna och i den utsträckning sådana företas inom de i lagen utstakade gränserna. Läger man till dessa exempel dessutom exporten, importen, utlandsinvesteringar, finansiering i utlandet o dyl mellan fysiska eller juridiska personer (eller offentliga organ) inom USA:s territorium och fysiska eller juridiska personer eller offentliga organ<sup>56)</sup> inom en annan stats territorium talar man om "commerce with foreign nations".<sup>57)</sup>

Det är i avsikt att skydda den beskrivna handeln mellan Amerikas delstater och USA och andra stater som de amerikanska domstolarna ansett det påkallat att tillämpa antitrustlagarna exterritoriellt. Oftast påverkas både den inhemska, mellandelstatliga handeln, och utlandshandeln av konkurrensbegränsande åtgärder vidtagna utanför USA. Exempelvis kan avtal om gemensam prissättning mellan utländska företag innebära att priserna på deras varor stiger med följd att de amerikanska företag som importerar dessa varor tvingas kräva mer betalt för dem av sina kunder runt om i USA. Det är emellertid tillräckligt, för att ett ingripande skall kunna ske, att den inhemska handeln eller utrikeshandeln påverkats.

Låt oss nu återgå till kravet på samband mellan ett konkurrensbegränsande handlande som ägt rum utanför USA:s territorium och den inhemska handeln eller utlandshandeln. Ett sådant samband av något slag måste enligt vad som ovan anförts, påvisas för att de amerikanska antitrustlagarna överhuvud taget skall vara tillämpliga. En bojkott som genomförs av t ex europeiska företag mot en afrikansk fabrikant och som icke alls berör USA:s handel, torde således ej, enligt ordalydelsen strida mot Sherman Act 1. Och berörs USA:s handel endast obetydligt av bojkotten kan den visserligen i och för sig strida mot Sherman Act, men det torde varken vara lagstiftarens mening eller ligga i antitrustmyndigheternas intresse att ett ingripande mot bojkotten kommer till stånd.<sup>58)</sup> Men frågan kvarstår: vilket är det samband som skall föreligga?

I Alcoa-fallet har, som vi sett, Judge Learned Hand gett de aktuella uttrycken i Sherman Act en tolkning som innebär att en utom USA, av utländska företag, vidtagen konkurrensbegränsande åtgärd är olaglig om den var "intended to affect imports (eller någon annan del av USA:s handel) and did affect them...". Sambandskravet är således uppfyllt om det hos de utländska företagen finns ett uppsåt, en avsikt att genom en vidtagen åtgärd påverka USA:s handel (inhemsk eller utrikes) och att åtgärden också orsakat effekter på den amerikanska handeln (marknaden). Vad man däremot inte med säkerhet får veta i Alcoa-fallet är hur pass stor omfattning dessa verkningar skall ha (eller hur pass påtagliga dessa skall vara) för att en åtgärd skall anses olaglig enligt amerikansk antitrustlagstiftning. Anledningen till detta torde delvis vara det förhållandet att när Antitrust Division bevisat förekomsten av uppsåt (intent) genom att bl a redogöra för avtalets (kvoteringsplanen - den konkurrensbegränsande åtgärden) innehåll skiftades bevisbördan över på försvarssidan. Dess uppgift blev därmed att bevisa att avtalet icke hade några verkningar för USA:s handel. En dylik bevisning lyckades försvaret emellertid icke prestera.<sup>59)</sup>

Lite vägledning<sup>60)</sup> om vilken omfattning effekterna skall ha erhåller man dock i följande rader i domsmotiveringen: "Almost any limitation of the supply of goods in Europe, for example, or in

South America may have repercussions in the United States if there is trade between the two. Yet when one considers the international complications likely to arise from an effort in this country to treat such agreements as unlawful, it is safe to assume that Congress certainly did not intend the Act to cover them." Judge Learned Hand tycks här vilja undantaga konkurrensbegränsande förfarande med helt obetydliga verkningar (ekonomiska effekter) på USA:s handel från antitrustlagarnas tillämpningsområde. Ytterligare ledning får man i en annan del av domsmotiveringen när Hand förklarar att Sherman Act endast är avsedd att täcka konkurrensbegränsande åtgärder som syftar till att påverka och faktiskt har tillräcklig "influence upon" USA:s handel.<sup>61)</sup> Nyckelorden i Alcoa-fallet är således "intend to affect" och "did affect" eller "has influence upon" (USA:s handel).

Judge Learned Hand's tolkning av Sherman Act blev, som ovan nämnts föremål för mycket diskussion och negativ kritik av jurister från båda sidorna av Atlanten (se vidare nedan). Aldrig tidigare torde, nämligen, Sherman Act ha givits en så vidsträckt tillämpning och härvid omfatta avtal (och andra konkurrensbegränsande åtgärder) ingångna utanför amerikanskt territorium mellan utländska företag.<sup>62)</sup>

## II:5 Utvecklingen efter Alcoa

Nya vägar öppnades härmed för de amerikanska antitrustmyndigheterna och de amerikanska domstolarna. Konstruktioner och formuleringar liknande dem i Alcoa-fallet skulle hädanefter återkomma i flera domsmotiveringar. I United States v. National Lead Company (i fortsättningen "National Lead") (Supreme Court 1947) och i Timken Roller Bearing Company v. United States (i fortsättningen "Timken") (Supreme Court 1951) stod visserligen endast amerikanska företag åtalade, men merparten av de konkurrensbegränsande handlingssätt de åtalats för hade ägt rum utanför USA och tillsammans med utländska företag.<sup>63)</sup>

I det förstnämnda fallet var bl a fråga om avtal om marknadsdelning (uppdelning av världsmarknaden) mellan National Lead Company och flera europeiska företag beträffande produktionen och försäljningen av ett visst färgämne. National Lead gavs härvid nära nog ensamrätt på den amerikanska marknaden.

Domstolen (genom Judge Rifkind) fann att avtalet var avsett att förhindra import och export av de aktuella varorna till och från USA och därmed påverkades otvivelaktigt USA:s inhemska handel och naturligtvis också dess utrikeshandel. Och domstolen slog fast: "No citation of authority is any longer necessary to support the proposition that a combination of competitors which by agreement divides the world into exclusive trade areas, and suppresses all competition among the members of the combination, offends the Sherman Act."

Det måste emellertid än en gång framhållas att detta rättsfall och i synnerhet det sist citerade uttalandet endast har ringa relevans i förevarande avsnitt där vi alltså diskuterar amerikansk lags tillämplighet på utländska företags handlande utanför USA. Inget av de inblandade utländska företagen stod till svars inför domstolen. Av betydelse i sammanhanget är dock att genom att avtalet om marknadsdelning mellan National Lead och dessa förklarades vara olagligt jämte att National Lead förbjöds att fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet hade Antitrust Division i det väsentligaste nått samma resultat (dvs ett undanröjande och förebyggande av konkurrensbegränsningen) som om de utländska företagen faktiskt hade varit åtalade.<sup>64)</sup> Och därmed hade de utländska företagens handlande indirekt reglerats och normerats genom domen.

I Timken-fallet, där också endast ett amerikanskt företag stod åtalat (också det för medverkan i ett avtal om marknadsdelning) synes domstolen ha resonerat på ett liknande sätt<sup>65)</sup> när den deklarerar: "Nor does the fact that the cartel agreements were made on foreign soil relieve defendant from responsibility ... They had a direct and influencing effect on trade ... between the United

States and foreign countries." Rekvisitet "intent" (uppsåt) som var en (av två) grundläggande förutsättningar för olaglighet i Alcoa-fallet, tycks ej finnas med här. Judge Learned Hand nämnde ej heller uttryckligen i sin domsmotivering att uppsåtsrekvisitet också skulle vara tillämpligt på amerikanska företag.<sup>66)</sup> Man får anta att skillnad härvidlag görs mellan amerikanska och utländska företag (se mer om detta nedan).

En med Alcoa-fallet nära överensstämmande tolkning av Sherman Act finner man i fallet United States v. General Electric Company (även kallad the Incandescent Lamp case) (United States v. General Electric Company, District Court of New Jersey, 1949).

Ett av de företag som här stod åtalade var ett holländskt företag, N.V. Philips som bl a tillverkade glödlampor. Detta företag hade tillsammans med andra europeiska och ett amerikanskt företag (General Electric), som också tillverkade glödlampor, kommit överens om ett kvoteringsystem som i praktiken medförde att den amerikansk-europeiska marknaden delades mellan de medverkande företagen, vilket i sin tur gav var och en av dem en dominerande ställning på deras egna marknader. Det amerikanska företaget General Electric erhöll sålunda en dominerande ställning på den amerikanska marknaden. Även en del andra avtal hade slutits som gav de deltagande en del exklusiva rättigheter på vars och ens marknad.

Det holländska företaget - Philips - ansågs ansvarigt för att det haft kännedom om eller borde haft kännedom om att dess förehavanden - som domstolen uttryckte det "were a substantial contribution to the scheme whereby the domination of General Electric over the United States market of incandescent lamps would be perpetuated and competition thwarted." Det olagliga handlandet synes således enligt domstolen bestå i att Philips kände till eller borde känt till att avtalen gav General Electric fritt spelrum att monopolisera den amerikanska marknaden. Rekvisitet "intent" från Alcoa-fallet motsvaras här av rekvisitet "kände till eller borde känt till" (knew or should have known). Domstolen hänvisade också till de bevis som förelagts i målet om att Philips varit medveten om

bl a Sherman Acts innehåll men slog samtidigt fast att ett specifikt uppsåt att bryta mot Sherman Act inte förutsattes för lagbrott.<sup>67)</sup>

Det andra rekvisitet i Alcoa-fallet, kravet att den konkurrensbegränsande åtgärden skall ha haft effekter på USA:s handel har också i det här fallet fått en motsvarighet. Domstolen förklarar nämligen att: "Even though there is no showing as to the extent of commerce restrained", har Philips förfaringssätt "deleteriously affected commerce" och som en konsekvens av detta: "Competition was aborted."<sup>68)</sup> Därmed hade också Philips aktiviteter haft en enligt domstolen: "direct and substantial effect upon trade", vilket var vad som krävdes (tillsammans med "intent") för fällande dom.

En jämförelse med Alcoa-fallet ger, i vart fall vid en ytlig betraktelse, vid handen att de båda rekvisiten erhållit en något annorlunda utformning i General Electric-fallet. Huruvida det föreligger en reell skillnad, en skillnad i sak, får man emellertid ingen vidare klarhet om. Och även om rekvisiten (i synnerhet "intent") i General Electric-fallet synes mer preciserade än i Alcoa-fallet tyder diskussionen i amerikansk och europeisk doktrin på att det föreligger en betydande osäkerhet om deras riktiga innebörd.<sup>69)</sup> I Philips försvarstalan kan man dock skönja dess syn på vilka förutsättningarna borde vara för att ett utländskt företag, inför amerikansk domstol, skall kunna fällas för konkurrensbegränsande handlingar begångna utanför USA. Och enär domstolen tillbakavisade Philips ståndpunkt torde man därigenom åtminstone negativt kunna bestämma innehållet i rekvisiten "intent" och "effect". Philips menade att "the court should seize this opportunity to announce the rule that foreign corporations like Philips engaged in business abroad may enter into agreements among themselves or with American corporations or individuals freely and without fear of antitrust suits here", under förutsättning att de utländska företagen genom åtgärderna 1) icke direkt avser att begränsa konkurrensen i USA, 2) att åtgärderna icke har eller

har haft direkta och väsentliga effekter (direct and substantial effects) på USA:s handel, och att 3) det inte var företagens primära syfte eller ett av deras primära syften att uppnå sådana effekter.<sup>70)</sup> Olikheterna i Philips och domstolens inställning i den här frågan torde huvudsakligen bestå i kravet på visat primärt syfte. Det får antagas att Philips avsett att bevisbördan i det fallet åligger åklagarsidan.

Om innebörden i rekvisitetet "intent" i de båda fallen Alcoa och General Electric skriver Fugate (s 53-54): "Judge Learned Hand in Alcoa suggested the idea that only acts and contracts intended to affect United States foreign commerce should be covered by the Sherman Act. This statement, however, was made with reference to acts outside the United States by non-nationals ... there is no indication that he did not have in mind the usual rule that persons are presumed to intend the normal consequences of their acts." (Understrykning här.)

The Alcoa-statement was so interpreted in the later Incandescent Lamp case" (General Electric-fallet). Vad Fugate tycks mena är att rekvisitet "intent" inte har någon annan innebörd än att en person som företar ett lagstridigt handlande är medveten om eller borde vara medveten om de normala effekterna av handlandet. Så tolkar han Judge Learned Hand's domsmotivering och en sådan tolkning synes också domstolen i General Electric-fallet ha gjort när den talar om att Philips kände eller borde känt till vilka effekter dess handlande skulle få.

Men vilka andra, alternativa tolkningar av rekvisitetet intent är tänkbara? Domstolen i det sistnämnda fallet antyder ett då den slår fast att rekvisitetet intent inte innebär att det krävs ett specifikt uppsåt att bryta mot Sherman Act (eller antitrustlagarna överhuvud). Philips själv nämner ett annat alternativ då det förespråkar förekomsten av ett primärt syfte (hos ett företag) att uppnå effekterna av dess handlande. Det finns anledning att återkomma till innebörden av rekvisitetet intent (liksom det andra rekvisitet "effect" eller "direct and substantial effect") längre fram.

## II:6 Det schweiziska "klockfallet"

Ett tredje rättsfall som kan sägas följa Alcoa- och General Electric-fallet,<sup>71)</sup> vad gäller tolkningen av Sherman Act är det s k Swiss Watch case (United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Southern District Court of New York - 1963). Detta fall som är mycket omfattande och där ett stort antal företag var och är direkt eller indirekt inblandade har väckt avsevärd uppmärksamhet i juristkretsar runt om i världen.<sup>72)</sup> Anledningen till detta är delvis den roll som den schweiziska regeringen spelade som s k amicus curiae under processens gång (vilket innebär ett slags deltagande eller intervention i domstolsförhandlingarna)<sup>73)</sup> och den folkrättsliga problematik som aktualiserades i målet (se vidare om just dessa frågor nedan). På grund av rättsfallets omfattning och betydelse men främst i syfte att illustrera (och s a s ge mer "kött på benen") det som hittills sagts i detta avsnitt följer här en mer utförlig redogörelse av omständigheterna i Swiss-Watch-fallet.<sup>74)</sup>

Målet inleddes redan år 1954 då åtal väcktes mot en hel rad schweiziska (och amerikanska) företag, agenturer och företagarföreningar i klockbranschen. Åtalet gällde brott mot Sherman Act section 1 (och Wilson Tariff Act section 73), närmare bestämt olika former av samverkan med konkurrensbegränsande effekter på USA:s handel och marknad, avseende tillverkning, import, export och distribution av klockor, samt beståndsdelar av klockor för reparation och försäljning. Bakgrunden till åtalet var i korthet denna (först den allmänt ekonomiska bakgrunden - allt enligt åklagarsidan - Antitrust Division): Nästan 95% av USA:s import (i början på 1950-talet) av klockor och delar av klockor härrörde från företag lokaliserade i Schweiz. Den totala årliga mängden försålda klockor i USA var vid den tidpunkten cirka 12 miljoner enheter beräknat till ett värde överstigande 225 milj dollar. Av dessa 12 milj klockor tillverkades ca 20% i USA medan 75% importerades direkt från Schweiz (ca 10 milj enheter). USA:s totala export av klockor beräknades till ca 200.000 enheter. De klockor som tillverkades i USA bestod till stor del av delar importerade från Schweiz.



Den schweiziska klockindustrin utgjordes<sup>75</sup> av hundratals små tillverkande företag, varav de flesta var samlade i olika föreningar och organisationer. Till de senare hörde bl a Swiss Federation of Watch Manufacturing Associations (här benämnd FH) som organiserade över 450 producenter av klockor, och en schweizisk förening för tillverkare av klockdelar med över 500 medlemmar (UBAH). Ytterligare samlande element fanns i form av s k holdingbolag som ägde aktier i de flesta schweiziska klockföretag. Ett av dessa var Ebauches som ägde stora delar av aktierna i flertalet tillverkare av speciellt viktiga klockdelar (s k ebauches).

Åtalsgrunder: De tre nämnda associationerna, FH, UBAH och Ebauches, hörde samtliga till skaran av åtalade (jag kommer här att begränsa mig till dem). De åtalades bl a för att de för sina medlemmars och sin egen räkning år 1931 hade slutit ett avtal (känt som "the Collective Convention") som var avsett att i stor omfattning reglera klockindustrin. Detta avtal föreskrev i det väsentligaste 1) att samtliga företag som hade del i avtalet (inkl. medlemmar) endast skulle sälja och köpa ebauches och andra klockdelar till och från varandra (med vissa undantag), 2) att klockor och delar för reparation av klockor visserligen skulle kunna säljas till amerikanska företag, men att vissa klockor endast skulle kunna säljas under förutsättning att de såldes kompletta och färdigställda. Reparationsdelar skulle dessutom endast kunna säljas för reparationsändamål och för reparation av klockor som tillverkats av FH, UBAH och Ebauches, 3) att ingen industri skulle få etableras utanför Schweiz av något av de företag som tog del i avtalet, liksom att ingen hjälp skulle ges åt företag lokaliserade utanför Schweiz, och 4) att gemensam prissättning och gemensamma försäljningsvillkor skulle gälla. Vissa sanktionsbestämmelser fanns som böter, svartlistning, bojkott o dyl. FH, UBAH och Ebauches kom också överens om att ansvara för avtalets upprätthållande.

De effekter detta avtal hade och var avsedda att ha på den amerikanska (inhemska och utrikes) handeln förklarades (av åklagarsidan) vara och bli avsevärda genom att avtalet skulle komma: 1) att för-

hindra, avbryta eller begränsa tillverkningen av klockor och delar av klockor i USA, 2) att skära av importen av klockdelar från Schweiz till USA, 3) att också strypa importen av klockor och klockdelar från alla andra länder till USA, 4) att leda till att det sattes (och uppehölls) minimipriser på klockor och maximipriser på reparationsdelar på produkter sålda inom USA, 5) att försämra möjligheterna att exportera klockor från USA (av vissa angivna skäl), samt 6) att reglera distributionen inom USA av klockor och klockdelar som importerats från Schweiz.

I det bevismaterial som åklagarsidan lade fram i målet fanns bl a bevis om att svartlistning och bojkotter av avtalsbundna medlemmar som ej följt avtalet förekom, att avtalet följdes upp av nya avtal som ytterligare reglerade distributionen av produkter inom USA, att nya avtal också slöts som direkt ledde till en begränsning av klocktillverkningen i USA samt att de inblandade företagen verkligen, med gemensamma krafter, upprätthöll och följde avtalet. Till detta anslöts mängder av statistiska uppgifter om tillverkning, försäljning, export och import av klockor och klockdelar i USA under de senaste decennierna före åtalet.

Från försvarssidan, dvs från den schweiziska industrins sida, framfördes argument som huvudsakligen berörde den folkrättsliga problematiken. Det ifrågasattes bl a om amerikansk lag, just på grund av folkrättsliga principer var tillämplig. (Till denna sida av målet återkommer jag i nästa avsnitt.)

Domslut: Domstolen gick (i ett beslut 1962) i det väsentligaste på åklagarsidans linje. Så gott som samtliga av de åtalade schweiziska företagen befanns ha samverkat för att begränsa konkurrensen i den amerikanska klockbranschen (i fråga om tillverkning, import, export osv) och i syfte att förhindra en utveckling av klockindustrin i andra länder än Schweiz, i synnerhet i USA. Domstolen fann också att denna samverkan var "directed towards the United States" och att den "substantially affected United States trade and commerce" och slog i ett annat sammanhang fast att: "The United States

watch industry was the Swiss watch industry's biggest competitor, and the restrictions of the Convention have obviously had a crippling effect in this country, and were so intended. "The only question suggested here is whether the acts of the defendants have affected United States trade and commerce and, if so, whether they have restrained such trade and commerce. It is obvious from the facts that they have."

På grund av den schweiziska regeringens intervention (härom mer längre fram) kunde domslutet fastställas först tre år senare (1965). Denna, den s k "Modiefied Final Judgement", innehöll i stort sett normer och direktiv för de schweiziska företagens framtida handlande. Vid dess utformning togs hänsyn till de folkrättsliga principer som hävdades av både den schweiziska regeringen och de inblandade schweiziska företagen (se nedan) under bl a den förutsättningen att de senare inte överklagade domen.

Slutsatser: Också i det här fallet är det således i första hand frågan om utländska företags agerande utanför USA:s territorium, låt vara att domstolen tillika fann spår av handlande inom USA. (Detta senare faktum torde ej ha spelat någon avgörande roll för domstolens ställningstaganden.) Det råder ingen tvekan om att de rekvisit som domstolen i det här tillämnar i mycket hög grad liknar dem som ursprungligen tillämpades av Judge Learned Hand i Alcoa-fallet, dvs "intended to affect" och "did affect". Men trots att domstolen i det förstnämnda fallet också tillämnar rekvisitetet intent i sin ursprungliga form och inte i den form det förekommer i General Electric-fallet, dvs "knew or should have known", är det inte möjligt att uttyda om domstolen därmed menar att den tar avstånd från den senare tolkningen och ger rekvisitetet en tolkning som närmar sig det "primära syftet", varom talades i General Electric-fallet. Tolkningen av det andra rekvisitetet, "effekt"-rekvisitetet, synes i Swiss Watch-fallet emellertid närmast överensstämma med den i General Electric-fallet, dvs "direct and substantial effect".

II:7 Restatement of the Foreign Relations Law  
of the United States

American Law Institute är ett amerikanskt organ till vars uppgifter hör att följa upp den amerikanska rättens (och den internationella rättens) utveckling sådan den bl a formats i domstolarernas praxis. (Kan dock på intet sätt jämföras med en lagstiftande församling.) Därvid gör man, efter en utredning av ett speciellt rättsområde, s k "restatements", vilket innebär ett slags fastställande av det aktuella rättsområdets innehåll och markerar därigenom dess mening om vad som är gällande rätt vid en viss tidpunkt. År 1964 gav man sålunda ett "Restatement" om USA:s Foreign Relations Law som utgör American Law Institute's syn på vissa folkrättsliga principer, i synnerhet principerna om staternas jurisdiktion, lagkonflikter samt till dessa knutna frågor om territorialitet - exterritorialitet. Allt detta har som sagt folkrättslig förankring och kommer att behandlas i nästa avsnitt, men en av paragraferna i detta "restatement" har direkt anknytning till föregående kapitel och skall därför beröras här. Paragraf 18 lyder nämligen:

"§ 18. Jurisdiction to Prescribe with Respect to Effect within Territory.

A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory, if either

a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or

b) (i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies, (ii) the effect within the territory is substantial, (iii) it occurs as a direct and foreseeable result of the conduct

outside the territory, and (iv) the rule is not inconsistent with the principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal system." (Understrykning här.)

Här fastställer således American Law Institute vad som skall gälla om brottsliga, kränkande eller lagvidriga handlingar som begås utanför amerikanskt territorium.<sup>76)</sup> Hit räknas också konkurrensbegränsande handlingar begångna utanför USA av utländska företag. Enligt amerikansk domstolspraxis skall, som vi redan sett, två rekvisit - "intent to affect" och "did affect" - vara uppfyllda för att sådana handlingar skall anses bryta mot amerikansk anti-trustlagstiftning (ehuru olika tolkningar förekommer). Direkt jämförbara med dessa rekvisit är vad som i paragraf 18 benämnes "direct and foreseeable result" och "substantial effect within the territory".<sup>77)</sup> Om innebörden av det förstnämnda kan man läsa i en kommentar till 18 § F där det sägs att: "The exercise of jurisdiction under the rule stated in Clause b) of this section generally involves matters of an economic nature. In these circumstances, the rule stated in this Clause does not require intent in the subjective sense, and will usually deal with conduct which was intended to produce the effect within the territory in the sense that those responsible for the conduct had reason to foresee that the effect within the territory would result from the conduct outside." (Understrykning här.) Härigenom tar man sålunda avstånd ifrån de tolkningar av rekvisitet "intent" som innebär att ett "primärt syfte" eller ett "specifikt uppsåt" förutsättes hos det konkurrensbegränsande utländska företaget och slår fast den tolkning som gavs i General Electric-fallet.

En amerikansk juristorganisation, American Bar Association (ABA) vars "Antitrust section" följer upp och utreder amerikansk anti-trustlagstiftning och praxis hävdar dessutom i ett utlåtande i en utredning att rekvisitet "intent" i Alcoa-fallet<sup>78)</sup> och "direct and foreseeable" i nämnda paragraf 18 är "essentially identical" dvs väsentligen överensstämmande, och fortsätter: "The Alcoa and

General Electric cases from which the guidelines was derived both clearly indicate that "intent" does not mean the specific intent to accomplish the result of monopoly or restraint of trade. The element of intent is established if the actor should have known that its conduct would have the forbidden effects and the conduct itself was deliberate."

Vad som gör frågan om vilken tolkning av rekvisitet "intent" som skall gälla så viktig är naturligtvis det faktum att ju mindre krav som ställs på rekvisitets täckande desto större utrymme lämnas för en exterritoriell tillämpning av antitrustlagarna.<sup>79)</sup> Anses således rekvisitet vara täckt redan då den ansvarige borde ha känt till effekterna av sitt handlande, lämnas möjlighet att gripa in mot fler konkurrensbegränsande handlingar än i det fall "intent" likställs med "primärt syfte" att uppnå dessa effekter.

Det kan vara intressant att se på det exempel (ex 8) på vad som icke är "direct and foreseeable result" av ett annars konkurrensbegränsande förfarande, som ges i kommentaren (under f) till paragraf 18. Detta exempel lyder ungefär så här. X, som förbrukar en vara i staten A, avtalar om att endast köpa denna vara av Y. Y, som också är verksam i staten A köper i sin tur varor uteslutande av producenter inom staten A. Som en konsekvens av avtalet upphör X att köpa den aktuella varan av Z, som köper upp varan på världsmarknaden, bl a en väsentlig del från staten B. Detta får till följd att exporten från staten B minskar betydligt, och därmed har avtalet mellan X och Y fått effekter på staten B:s handel. Sådana effekter skulle emellertid, enligt vad som sagts icke vara tillräckligt direkta och förutsebara och således skulle avtalet ej kunna förbjudas med stöd av amerikansk antitrustlagstiftning.

Vad gäller det andra rekvisitet, "effect" eller "substantial effect" skiljer sig paragraf 18 i uttryckssättet från tidigare nämnda rättsfall i så måtto att man i det förstnämnda talar om "effect within the territory" medan domstolen i t ex General

Electric-fallet talar om "effect upon trade". I det ena fallet skall således effekterna vara kännbara inom USA:s territorium, medan det i det andra fallet räcker med att USA:s handel överhuvud, vare sig det är fråga om den inhemska handeln eller utrikeshandeln, påverkas för att lagbrott skall anses föreligga. Visserligen ger, som ovan (s 43) påpekats, effekter på utrikeshandeln oftast även följd effekter på den inhemska handeln och därmed effekter inom USA:s territorium. Sådana fall är emellertid (åtminstone teoretiskt) tänkbara<sup>80)</sup> där en konkurrensbegränsande åtgärd får effekter på utrikeshandeln t ex importen, men ej återverkar på den inhemska, mellanstatliga, handeln. Huruvida dessa fall sålunda, med tanke på ordalydelsen, ej skulle falla under paragraf 18 går icke närmare att utläsa. I en sk "Reporters' Note" som följer kommentaren till 18 §, står dock följande att läsa under rubriken "Nature of effect":<sup>81)</sup> "The effect in the territory may be of a type that affects the interests of the state as a whole rather than just the interest of one or more persons." Detta skulle enligt Rahl's tolkning (s 57 not 16) kunna betyda att enär: "an effect on foreign commerce would affect the national economy, perhaps such an effect would be considered to be 'within' the territory."

Vilken omfattning de effekter helt allmänt sett skall ha för att antitrustlagarna skall vara tillämpliga ger 18 § ingen anvisning om förutom just att de skall vara "substantial" dvs väsentliga (se mer om detta nedan). Däremot erinras det i kommentaren under punkt (i)<sup>82)</sup> om att det ej förutsätts för lagens tillämplighet att effekterna faktiskt har uppstått, utan ingripande skall redan kunna ske för att förhindra ett konkurrensbegränsande handlande som kan få väsentliga effekter, ("preventing conduct which would have the effects"). Icke heller detta kommenteras vidare i "Restatements".

Sammanfattningsvis finns det således, som vi sett, vissa olikheter (åtminstone i uttryckssättet) mellan å ena sidan paragraf 18 i Restatement of Foreign Relation Law och å den andra den amerikanska domstolspraxis, för vilken tidigare redogjorts. Dessa olik-

heter undanskymmer emellertid icke det faktum att "Restatement" bekräftar (och torde väsentligen tillkommit för att ge stöd åt)<sup>83)</sup> den grad (eller art) av extraterritoriell tillämpning som gjort sig gällande i tidigare praxis. Liksom de amerikanska domstolarnas beslut har följaktligen<sup>84)</sup> även "Restatement" väckt kritiska röster, i första hand för dess påstådda oförenlighet med erkända folkrättsliga principer (se nedan i nästa avsnitt).

## II:8 Förhållandet - amerikanska och utländska företag

Vad som hitintills behandlats har koncentrerats till amerikansk antitrustlagstiftnings tillämpning på utländska företags handlingar utanför USA:s territorium. För att få lite perspektiv på de problem som därvid uppkommer (t ex tolkningen av "did affect") kan det vara av intresse att för ett ögonblick helt kort beröra vad som gäller om de amerikanska företagens handlingar utanför USA.

Som redan påpekats slog Judge Learned Hand i Alcoa-fallet aldrig fast huruvida de båda rekvisiten "intent" och "effect" även var relevanta för amerikanska företag. Av allt att döma<sup>85)</sup> tycks det snarare vara så att när amerikanska företag vidtar konkurrensbegränsande åtgärder utanför USA:s gränser, är amerikansk antitrustlag tillämplig utan att "intent" behöver föreligga, eller som Rahl menar (på s 88), om "intent" eller "effect" föreligger. Vilken linje man än följer står det klart att det i det här avseendet görs skillnad mellan amerikanska och utländska företag, vilket, som också Rahl (s 88) anmärker, kan leda till egendomligheter i de fall amerikanska och utländska företag samtidigt står åtalade för konkurrensbegränsande samverkan (s 52-53).

Men än intressantare i förevarande sammanhang är det gemensamma för domstolarnas behandling av å ena sidan amerikanska och å den andra utländska företags handlingar - nämligen rekvisitet "effect" (did affect). Ty är det så, och inget talar emot det, att rekvisitets innehåll är detsamma i båda fallen, kan man för förståelsen av dess innebörd, hämta ledning från rättsfall där amerikanska



företag är inblandade och från diskussioner kring dessa fall. Jag avser emellertid att endast nämna ett par exempel på hur "rekvisitet effect" uppfattas i doktrinen.

Fugate (s 52-53) har efter en genomgång av praxis på det här området formulerat ett rekvisit som enligt honom huvudsakligen är identiskt med det rekvisit domstolarna i allmänhet faktiskt tillämpar i relevanta fall, nämligen att det skall finnas en "direct and substantial effect" på USA:s handel.<sup>86)</sup> På frågan hur stor effekten skall vara svarar Fugate (s 54-55): "any substantial effect" med vilket han menar att han utesluter effekter som endast är "incidental"<sup>87)</sup> dvs som endast har tillfällig karaktär. "Substantial" synes således, enligt Fugate, utgöra en slags "de minimi"-regel<sup>88)</sup> som undantar konkurrensbegränsande handlande med helt obetydliga effekter från antitrustlagarnas tillämpningsområde.<sup>89)</sup> Att handlandet dessutom skall ha direkta effekter på USA:s handel synes (för mig) blott vara ett annat sätt att uttrycka att effekterna ej skall vara av tillfällig (eller indirekt) karaktär.<sup>90)</sup>

Rahl (s 64) har i stället format rekvisitet så att handlandet skall ha "direct or"<sup>91)</sup> "substantial" effekt på USA:s handel. För att mycket förenklat förklara hur Rahl tänkt sig att detta rekvisit skall tillämpas torde man kunna använda sig av följande två exempel: I det ena fallet har vi två konkurrerande utländska företag som båda exporterar varor bl a till USA. Dessa företag beslutar sig nu för att sinsemellan dela upp deras gemensamma del av världsmarknaden, så att endast ett av företagen i fortsättningen kommer att exportera till USA.<sup>92)</sup> Det avtal som sluts dem emellan är "direct" i förhållande till den amerikanska utrikeshandeln i den bemärkelsen att det utgör en konkurrensbegränsning av en del (i betydelsen beståndsdel) av den ström av handel (export och import) som flyter mellan USA och andra länder.

I det andra fallet beslutar två företag som inte alls handlar med USA, att gemensamt bojkotta ett tredje företag. Resultatet av bojkotten blir att detta företag, som exporterar sina produkter

till USA, inte erhåller de råvaror som är nödvändiga för tillverkningen av produkterna, varpå exporten av dessa till USA minskar. Själva konkurrensbegränsningen (bojkotten) står i ett indirekt förhållande till USA:s handel, men faller ändå inom ramen för amerikansk antitrustlagstiftning om den har "substantial effects" på exporten, dvs USA:s handel.

"Direct" och "substantial effects" tycks således i de flagranta fallen vara alternativa rekvisit. Vad som är "direct" och vad som icke är det är emellertid inte alltid lätt att avgöra. Om de icke lika flagranta fallen säger Rahl: "The less direct the restraint is, the more important it would become to make a convincing showing that it produces a substantial effect." (I dessa fall tycks således rekvisiten snarare vara komplementära.)

Denna Rahl's utformning av rekvisitet "effect" skiljer sig avsevärt från det som tillämpats i den domstolspraxis som ovan behandlats, och detta är Rahl medveten om.<sup>93)</sup> I dessa fall var det som vi sett endast fråga om effekter (dvs den senare delen av Rahl's rekvisit) på hela USA:s handel, dvs både inhemsk och utrikeshandel). Och det är viktigt att komma ihåg att Rahl inte haft dessa fall som grund när han formulerat rekvisitet. (Snarare helt inom-amerikanska fall.) Men det hindrar inte att man, vilket Rahl synes mena, skulle kunna och borde tillämpa hans utformning av rekvisitet "effect" i framtida fall. Det förefaller sålunda som om Rahl härvid gör ett ställningstagande de lege ferenda.<sup>94)</sup>

## II:9 Den ekonomiska enhetens princip

Av det hitintills sagda torde framgå att de amerikanska domstolarna tillämpar effektprincipen på utländska (eller amerikanska) företags konkurrensbegränsande handlande utanför USA. Vidtar de utländska företagen åtgärder inom USA är emellertid effektprincipen överflödig - antitrustlagarna tillämpas i sådana fall i enlighet med territorialitetsprincipen.

Den ekonomiska enhetens princip kan sägas härröra från det beroendeförhållande som normalt föreligger mellan ett moderbolag och dess dotterbolag. Ett icke helt ovanligt fall är att moderbolaget styr varje steg dotterbolaget tar. Det är under dylika omständigheter därför bara rimligt om det antages att moderbolaget "handlar genom" dotterbolaget. Består handlandet av ett vidtagande av konkurrensbegränsande åtgärder, kan detta likaledes antas ske "genom" dotterbolaget. Dotterbolaget blir ett redskap, ett hjälpmedel, för genomförandet av en åtgärd. Är moderbolaget t ex ett franskt företag och detta har ett dotterbolag i USA, kan således det franska företaget antas handla "genom" sitt dotterbolag inom amerikanskt territorium. Och eftersom handlandet sker inom amerikanskt territorium behöver de amerikanska domstolarna ej ge anti-trustlagarna exterritoriell tillämpning (i konkurrensbegränsningsfall), här gäller ju territorialitetsprincipen. Ju mer självständigt ett dotterbolag står i förhållande till dess moderbolag, dvs ju mer utrymme det lämnas för dotterbolagets egna beslut - vilket kan bero på hur stor del av dotterbolaget moderbolaget äger - desto svårare blir det emellertid att anta att dotterbolagets handlande i själva verket är moderbolagets. Här stöter man på gränsproblem. Ofta får eventuella slutsatser om moderbolagets handlande dras på grundval av en inträngande och omfattande analys, i det särskilda fallet, av förhållandet mellan moder- och dotterbolag och av ekonomiska fakta. (Se vad som sägs om detta under rubriken "ILA:s arbete".)

I det fall den ekonomiska enhetens princip ges en vid tillämpningsram, dvs moderbolaget antas handla genom dotterbolaget även om det sistnämnda äger en tämligen stor självständighet, framstår denna princip som ett alternativ till effektprincipen. Vill en stat undvika att ge sina antitrustlagar en exterritoriell tillämpning genom tillämpning av effektprincipen, kan detta således ske genom en långtgående tillämpning av den ekonomiska enhetens princip allt under förutsättning att det utländska företaget i det särskilda fallet har ett dotterbolag inom statens gränser. I USA har emellertid den ekonomiska enhetens princip fått mindre praktisk betydelse<sup>95)</sup> än t ex inom den Europeiska Gemenskapen<sup>96)</sup>

och detta på grund av att de amerikanska domstolarna erkänner och förlitar sig på effektprincipen. Med denna sistnämnda princip når man de syndande företagen direkt i deras eget namn medan den ekonomiska enhetens princip innebär att dotterbolaget tillräknas och får stå till svars för det konkurrensbegränsande handlande som det utländska moderbolaget utfört.<sup>97)</sup> (Ofta kan det ändå vara lämpligare att i stället stämma in det utländska företagets dotterbolag<sup>98)</sup> om antitrustmyndigheterna möts av brist på samarbetsvilja hos de utländska företagen som omöjliggör en utredning eller försvårar ett rättegångsförfarande eller inledandet av en sådan.)

AVSNITT III

DEN EXTERRITORIELLA TILLÄMPNINGEN OCH NÅGRA FOLKRÄTTSLIGA  
SPÖRSMÅL

III:1 Inledning

Som i flera sammanhang redan antytts, har en exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna såsom den gestaltats av de amerikanska domstolarna, ansetts stå i konflikt med viktiga folkrättsliga principer. Denna mening har kommit till uttryck i åtskilliga diplomatiska protester från stater vars företag ställts inför amerikansk domstol, liksom i en mängd artiklar och uppsatser författade av både amerikanska och europeiska rättsvetenskapsmän.<sup>99)</sup>

De folkrättsliga reglerna bildar nämligen grunden för den exterritoriella tillämpningen av en lag. Därom torde alla vara ense.<sup>100)</sup> Huruvida exterritoriell tillämpning är möjlig avgörs med andra ord av folkrättens innehåll. De principer som kan komma i fråga är emellertid ofta mycket grovt tillhuggna, mer lämpade att reglera allvarliga konfliktsituationer mellan staterna än komplicerade ekonomiska förhållanden. Det råder därför stor oenighet, i synnerhet mellan amerikanska och europeiska författare, om vad som skall gälla - i första hand de lege lata - om den exterritoriella tillämpningen. (Detsamma torde kunna sägas om folkrätten de lege ferenda på det här området - se avsnittet "Effektprincipen - några synpunkter för och emot".) En del av oenigheten härrör från något som ligger i folkrättens natur: dvs folkrättens stundom hastiga och omärkliga föränderlighet och dess flexibilitet.<sup>101)</sup> Exempel: Till folkrättens rättskällor<sup>102)</sup> hör ju mellanstatlig praxis. Om icke bara USA utan även andra stater väljer att tillämpa sina antitrustlagar exterritoriellt, ja då blir det icke längre lätt att påstå att folkrätten icke tillåter en sådan tillämpning (om det nu var det tidigare). (Jfr med vad som sägs om utvecklingen i sista avsnittet.) En stor del av oenigheten torde emellertid också bottna i motstående nationella ekonomiska intressen. (Jfr uppsatsens inledning och vad som sägs i avslutningen.)

Det faktum att oenighet om folkrättens innehåll råder betyder också att det som sägs i det följande för det första icke skall tas för något som är en gång för alla fastlagt även om huvuddragen har starka rötter i doktrinen, och för det andra att det icke nödvändigtvis måste innebära ett folkrättsbrott när de amerikanska domstolarna tillämpar Sherman Act på utländska företag som utför konkurrensbegränsande åtgärder utanför USA:s territorium. Om vi utgår ifrån (vilket är det vanliga) att all tillämpning av en lag i regel skall ske inom varje stats eget territorium och att exterritoriell tillämpning endast får ske i vissa, särskilt angivna, undantagsfall, blir frågan: Hör den exterritoriella tillämpningen av amerikansk antitrustlag som den utformats i amerikansk praxis dvs effektprincipen till dessa undantagsfall sett mot bakgrund av gällande folkrätt. Om icke, är det då lämpligt att utmejsla ett sådant undantag. (Se om ILA:s arbete och om synpunkter för och emot effektprincipen.) Det är detta resonemang som ligger till grund för det här avsnittet.

Ett par saker som är viktiga att notera: När det i det följande talas om handlingar som utförs (av företag eller enskilda) så åsytas kriminella eller sk straffbara gärningar (kvasi-kriminella) och icke "civila" handlingar dvs handlingar som utmärks av att de kan tillrättaläggas eller kompenseras på talan av enskilda i första hand (skadeståndstalan, talan om restitution osv).<sup>103)</sup> Regler om de sistnämnda ges bl a i den internationella privaträtten. Vidare att de amerikanska domstolarna tillämpar antitrustlagarna exterritoriellt innebär naturligtvis att företagen som åtalas ställs inför amerikansk domstol på amerikanskt territorium, och att det eventuella tvång som kan förekomma oftast äger rum på amerikanskt territorium. En annan sak är sedan att de amerikanska antitrustmyndigheterna ställs inför stora svårigheter när det gäller t ex delgivning av stämningsansökan, att få representanter för det åtalade företaget att närvara personligen vid rättegången, utredning av sakförhållanden och säkrande av bevisning. Dessa speciella problem som uppkommer vid exterritoriell tillämpning skall blott flyktigt behandlas i föreliggande uppsats (kap. IV).

III:2 Gränserna för en stats jurisdiktion - territorialitetsprincipen

Termen jurisdiktion betecknar här en stats<sup>104)</sup> befogenhet att utöva makt genom sina legislativa, administrativa, judiciella och exekutiva organ.<sup>105)</sup> Man brukar härvid skilja mellan legislativ jurisdiktion (legislative or prescriptive jurisdiction) varmed menas rätten att stifta lagar och rätten att över huvud reglera mänskligt beteende bl a genom domstolarna och de administrativa organen, och "tvångsutövande" jurisdiktion<sup>106)</sup> (enforcement jurisdiction) som anger en stats rätt att i rättsskipningssyfte vidta tvångsåtgärder, verkställa domar osv. genom olika exekutiva organ. (Benämnes även "executive jurisdiction".)

Gränserna för en stats jurisdiktion, dess jurisdiktionsområde, är icke fastställda i något mellanstatligt traktat eller konvention, utan normer för detta har utbildats och formats i den praxis som finns mellan staterna. Skilda uppfattningar om innehållet i praxis förekommer emellertid som vi delvis skall se.<sup>107)</sup> Grundläggande för en stats jurisdiktion anses vara dess rätt att lagstifta och utöva tvångsmakt inom sitt eget territorium över personer, föremål osv. som där befinner sig respektive som där påträffas. (Territorialitetsprincipen.)<sup>108)</sup> En stat kan således t ex genom sina domstolar bestraffa personer för olagliga handlingar de utfört inom statens territorium. Denna s k territoriella jurisdiktion som är "everywhere regarded as of primary importance and of fundamental character",<sup>109)</sup> kan ytterst härledas från den s k suveränitetsprincipen.<sup>110)</sup>

Går man sedan vidare till frågan om statspraxis tillåter en stat att utöva makt utanför sitt territorium, tycks åtminstone beträffande den "tvångsutövande" jurisdiktionen gälla att sådan endast är möjlig i mycket begränsad utsträckning. Inom en annan stats territorium äger en stat överhuvud taget icke utöva tvång, (t ex arrestera, gripa, beslagta) mot personer eller egendom utan den andra statens medgivande. Ej heller äger en stat rätt på annat

sätt intervensera direkt eller indirekt, i en annan stats inre angelägenheter (non-interventionsprincipen).<sup>111)</sup> En stats "tvångsutövande" jurisdiktion är sålunda exklusiv inom dess territorium. Även dessa principer grundar sig ytterst på suveränitetsprincipen.

Vad beträffar den legislativa jurisdiktionen finns det i och för sig icke någon grundsats som sätter gränser för en stats rätt att t ex stifta och utfärda lagar.<sup>112)</sup> (Sådana lagar kan sålunda (enligt Eek s 392) handla om vad som helst, vara föreskrivna för vem som helst och avse handlingar var helst de är företagna i världen.) Härvid skulle det således föreligga en skillnad mellan "tvångsutövande" jurisdiktion å ena sidan och legislativ jurisdiktion å den andra. Skillnaden är, märk väl, till stor del teoretisk. För det första är, som Jennings påpekar,<sup>113)</sup> en lag eller ett domstolsbeslut ofta ett slag i luften, om det ej stöds av möjligheten att tvångsvis genomdriva detta. För det andra, och vilket är än viktigare, kolliderar ofta en exterritoriell legislativ jurisdiktion med de nyss omtalade suveränitets- och non-interventionsprinciperna.<sup>114)</sup>

Ett exempel: Staten A hävdar jurisdiktion över X, som är medborgare i staten B. X har i staten B företagit en handling som där påbjuds enligt lag, men som enligt staten A:s lagar är förbjuden. Här är uppenbart att en tillämpning av A:s lagar skulle innebära ett åsidosättande och underkännande av staten B:s lagar, och därmed också betyda en inblandning i staten B:s inte angelägenheter. Förhållandet är detsamma om en handling i stället påbjuds i staten A och förbjuds i staten B. På samma sätt torde saken bedömas om handlingen är förbjuden i staten A men i staten B skett i enlighet med denna stats grundläggande fri- och rättigheter. Här framstår t o m "interventionsbrottet" i en ännu klarare dager. Lite mer tveksamt ställer sig det hela om X:s handling i staten B visserligen är förbjuden eller olaglig enligt staten A:s lagar men inte är reglerad i staten B mer än på det sättet att dess lagar som helhet betraktat icke hindrar en sådan handling. Även i



sådana fall torde emellertid, enligt Jennings,<sup>115)</sup> en exterritoriell jurisdiktion från staten A:s sida i allmänhet strida mot folkrättsliga principer.<sup>116)</sup> Jennings fortsätter: "There may still be a real contradiction between the local law (staten B:s lagar) and the extraterritorial law (staten A:s lagar), for the ethos of a system of law is to be collected as much from what it leaves to individual freedom and discretion as from what it requires, or forbids, or guarantees." Skulle slutligen, för att fortsätta på exemplet, X:s handling i staten B vara olaglig enligt både staten A och staten B:s lagar, förtäljer territorialhöghetens princip att staten B har primär rätt att bestraffa X.

Trots att det enligt vad som sagts ej finns någon folkrättslig regel som begränsar den stats legislativa jurisdiktion, synes det, och detta naturligtvis icke endast på grund av vad som hitintills sagts, som om huvudregeln i denna fråga är att en dylik jurisdiktion icke är tillåten över handlingar som företagits inom en främmande stats territorium.<sup>117)</sup> Men en huvudregel vore ingen huvudregel om den ej implicerade undantag. Dessa undantag, som således innebär exterritoriell jurisdiktion, torde i första hand vara fyra till antalet: Nationalitetsprincipen, säkerhetsprincipen, universalitetsprincipen och skyddsprincipen.

### III:2:1 Nationalitetsprincipen

Nationalitetsprincipen (även benämnd personalhöghetens princip eller personalitetsprincipen) är den längst gående av dessa principer. Denna innebär nämligen bl a att en stat har jurisdiktion över sina egna medborgare var de än företar handlingar som strider mot ifrågavarande stats lagar. I tidigare avsnitt nämnda "Restatement" uttrycks nationalitetsprincipen (i 30 §) på följande sätt: "1) A state has jurisdiction to prescribe a rule of law: a) attaching legal consequences to conduct of a national of the state wherever the conduct occurs or b) as to the status of

a national or as to an interest of a national, wherever the thing or other subject-matter to which the interest relates is located." Under denna princip faller icke endast en stats medborgare eller därmed jämförliga personer (t ex varaktigt bosatta) utan även företag med säte i denna stat (eller som där registrerats).

Nationalitetsprincipen har kommit till flitig användning bl a i de amerikanska domstolarna,<sup>118)</sup> och ofta har, som redan i tidigare avsnitt antytts, det skett i fråga om antitrustlagarnas tillämpning på amerikanska företag som handlar olagligt utanför USA.<sup>119)</sup> Principen torde dock vara erkänd av de flesta stater, och dess tillämpning anses därför ej oförenlig med folkrättsliga principer, så länge den icke åtföljs av att en stat vidtar direkta tvångsåtgärder eller någon annan form av "tvångsutövande" jurisdiktion inom en annan stats territorium. Det sist sagda gäller för övrigt också om de principer som nu följer.

### III:2:2 Säkerhetsprincipen

("The protective - eller - security principle") anses bl a ge en stat jurisdiktion över vissa allvarligare brott begångna utomlands av utländska medborgare (företag) och som riktar sig emot och hotar den jurisdiktionshävdande statens säkerhet, anseende, nationella oberoende eller integritet. (Jfr Restatement 33 §) Behovet av exterritoriell jurisdiktion i sådana fall är naturligtvis särskilt stort när den stat inom vars territorium gärningarna fullgörs, icke uttryckligen reglerar sådana gärningar i lag. Hävdar en stat jurisdiktion över handlingar som uttryckligen är lagliga i den andra staten, torde det däremot ofta vara så att dessa handlingar icke är av allvarligare art och därmed är icke heller säkerhetsprincipen tillämplig. Med att handlingen enligt säkerhetsprincipen skall vara av "allvarligare" art menas här att den skall utgöra ett verkligt hot, icke ett obetydligt sådant, mot nyss nämnda statsintressen.

Säkerhetsprincipen torde icke i något fall ha lagts till grund för ett ingripande mot utländska företag som handlar i strid med de amerikanska antitrustlagarna. Detta vore enligt Rahl och många andra att ge principen en alltför vid definition (enär den då skulle inkludera förutom de handlingar som hotar säkerheten osv. även handlingar med ekonomiska effekter) vilket medför faror för relationerna mellan staterna och skulle förmodligen mer skada än göra nytta för USA:s intressen.<sup>120)</sup> Anledningen till detta är ju att andra stater antas följa USA:s exempel och ge säkerhetsprincipen en lika vid definition. Hur som helst så har säkerhetsprincipen varit föremål för en omfattande diskussion bl a vid ILA:s konferenser (se nedan)<sup>121)</sup> just i samband med frågan om de amerikanska antitrustlagarnas exterritoriella tillämpning (jfr ILA:s slutliga förslag art 6).

### III:2:3 Universalitetsprincipen. Skyddsprincipen.

Universalitetsprincipen liksom skyddsprincipen har mindre intresse i det här sammanhanget, eftersom man överlag tycks vara ense om att dessa principer icke kan ligga till grund för de amerikanska antitrustlagarnas exterritoriella tillämpning. Den förstnämnda principen innebär i korthet att alla stater har jurisdiktion över vissa särskilt förkastliga gärningar var, och oavsett av vem, de än begås. Exempel på sådana gärningar är piratdåd, terrorhandlingar, narkotikahandel, således sådana handlingar som det ligger i alla staters (åtminstone de flesta) intresse att förhindra och bestraffa. Den sistnämnda principen, skyddsprincipen (eller "the passive personality principle") ger en stat rätt att döma utlänningar för handlingar som är riktade mot statens egna medborgare under dessas vistelse utomlands. Denna princip synes emellertid inte ha vunnit fullt erkännande bland världens stater.<sup>122)</sup>

III:3 Utvidgning av territorialitetsprincipen -  
den objektiva territorialitetsprincipen<sup>123)</sup>

En och samma handling, vars laglighet kan ifrågasättas, behöver ju nödvändigtvis ej ha företagits inom en enda stats territorium, även om de principer varom hittills talats tycks förutsätta det. Ett brott kan t ex vara begånget inom två stater på så sätt att det inleds i en stat och fullbordas (konsumeras) i en annan. Båda staterna kan vara intresserade av att beivra brottet. Ehuru ej helt erkänd,<sup>124)</sup> grundar den subjektiva territorialitetsprincipen jurisdiktion för den förstnämnda staten, dvs i staten där brottet inleds.

Av intresse i förevarande sammanhang är emellertid den objektiva territorialitetsprincipen, som sålunda etablerar en jurisdiktion för den stat inom vars territorium brottet fullbordas.<sup>125)</sup> Denna princip, som tycks vara i vidare utsträckning accepterad bland världens stater, har,<sup>126)</sup> som den tolkats av de amerikanska domstolarna, huvudsakligen bildat den folkrättsliga grunden för den exterritoriella tillämpningen av de amerikanska antitrustlagarna.<sup>127)</sup> Upphovet till en sådan tolkning av principen torde vara ett uttalande av Internationella Domstolen i det mycket omdiskuterade fallet Lotus,<sup>128)</sup> där man menade att ett brott har begåtts inom en stats territorium om: "one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects have taken place there".

I denna passus kan man, om man så vill, svagt skönja en effektprincip (jfr tidigare avsnitt). Det är vidare att märka att om den objektiva territorialitetsprincipen jämte en väl anpassad tolkning av detta domstolsuttalande ligger till grund för den amerikanska antitrustpolitiken, så är det icke fråga om en exterritoriell tillämpning av antitrustlagarna utan en tillämpning grundad på, den folkrättsligt helt accepterade, territorialitetsprincipen. Mycket synes bero på vad domstolen i Lotus-fallet menat med "effects". Jennings<sup>129)</sup> (bland andra, se not 125)

menar att domstolen med "effects" syftar på sådana effekter som utgör ett "grundläggande element" (constituent element) i själva brottet och att domstolen avsett att det skall föreligga ett mycket nära samband mellan den inledande delen av brottet och effekterna av denna inledande del, ett så nära samband att "their separation renders the offence non-existent".<sup>130)</sup> Effekterna skulle i själva verket vara en del av brottet. Brottet är icke fullbordat förrän effekterna har inträffat liksom ett mord inte är fullbordat förrän den utsatta personen avlider. Det är icke sådana effekter som uppstår sedan en konkurrensbegränsande åtgärd vidtagits, (jfr Alcoa- och Swiss Watch-fallen) som åsyftas i Lotus-fallet, hävdas det (bl a på IIA:s konferenser).<sup>131)</sup>

Men, frågar sig den uppmärksamme, enligt amerikansk praxis är icke heller brotten (i antitrustfallen) enligt definitionen fullbordade förrän den konkurrensbegränsande handlingen som företagits utanför USA:s territorium, (av utländska företag) faktiskt haft effekter på den amerikanska handeln osv: Skulle allting därmed hänga på hur man definierar det särskilda brottet i den staten som hävdar jurisdiktion.

Här har man<sup>132)</sup> emellertid garderat sig genom att förklara att den objektiva territorialitetsprincipen överhuvud endast är tillämplig på allvarligare brott (som mord, bedrägeri, smuggling osv.) som har skarpt urskiljbara, (direkta fysiska) effekter och som i de flesta stater betraktas såsom kriminella gärningar.<sup>133)</sup> Och till dem skulle icke konkurrensbegränsningar höra.

Enligt samma uppfattning är följaktligen effektprincipen i den utformning den erhållit i amerikansk rättspraxis<sup>134)</sup> icke förenlig med den objektiva territorialitetsprincipen.<sup>135)</sup> Det är uppenbart, menar man, att en alltför vid tolkning av den objektiva territorialitetsprincipen till slut skulle leda till att en stat kan hävda jurisdiktion över handlingar som företagits utanför dess territorium vilkas effekter inom territoriet endast är obetydliga. Och, som det har uttryckts:<sup>136)</sup> "This would then no longer be a matter of territorial application of law, even allowing for a

broad interpretation of "territory", but would mean that the objective territoriality principle had led to extra-territorial application of law."<sup>137)</sup>

Den uppfattning som hävdas från amerikanskt håll och som stöds av många amerikanska rättsvetenskapsmän,<sup>138)</sup> finns, som vi redan sett, formulerad i "Restatement" paragraf 18.

III:4 Vilken hänsyn tar man i amerikansk praxis till de folkrättsliga principerna?

III:4:1 I tidig praxis

De folkrättsliga principer som utvecklats på det här området, av vilka några berörts, har huvudsakligen tillkommit för att förhindra att konflikter, av vilket slag de vara må, uppstår staterna emellan. Det är nämligen utan tvivel så att konflikter kan födas när amerikansk domstols beslut att tillämpa amerikansk antitrustlag på utländska företags handlande utanför USA, även om det hittills mest rört sig om smärre diplomatiska kontroverser och mindre livaktiga regeringsprotester. Ingen stat är beredd att utan vidare låta sina lagar träda tillbaka för utländska lagar eller att låta sina medborgare följa utländska domstolars beslut som kanske påbjuder ett handlingssätt som icke överensstämmer med de inhemska lagarna eller den inhemska ekonomiska politiken.

Innan vi går in på spörsmålet om de amerikanska domstolarna tagit hänsyn till sådana synpunkter kan det vara intressant att för ett ögonblick se hur och vilka folkrättsliga principer som gjorts gällande i Alcoa- och Swiss Watch-fallen.

I Alcoa-fallet tycks försvaret (inför District Court) inte så mycket hävda folkrättsliga principer som vad som var lagstiftarens mening vid Sherman Act's tillkomst och domstolarnas tolkning av denna. I åtminstone ett sammanhang pekar man emellertid direkt på en folkrättslig princip när man framhåller att: "The antitrust

laws of the United States are designed to protect the interest and foreign commerce of this country. They do not purport and could not purport to compel a standard of business conduct for the rest of the world." Konkurrensbegränsningar, säger man vidare, kan endast falla under amerikansk lag under bl a den förutsättningen att dessa "may be truly said to be principally concerned with the United States market and therefore appropriately subject to regulation by our courts".<sup>139)</sup> (Understrykning här.) Här torde man syfta på de folkrättsliga principer (suveränitetsprincipen och principen om respekt för andra staters integritet) som nödvändiggör en begränsning av en stats legislativa jurisdiktion till dess territorium (med vissa undantag - se ovan).

I Swiss Watch-fallet lade man från schweizisk sida (Swiss Confederation) större vikt vid de folkrättsliga aspekterna, och fäste uppmärksamheten på det intrång i Schweiz' inre angelägenheter samt det brott mot schweizisk suveränitet en exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna i det fallet skulle implicera.

Man förklarade vidare att: "Not only does the present action constitute a direct attack upon the legislation and policy of the Swiss Confederation: it further seeks to regulate conditions in Switzerland and to limit the control which the Swiss Confederation may exercise over its own watch industry."<sup>140)</sup> Och i ett annat sammanhang: "The attempt is here being made to apply the antitrust laws to make criminal the conduct of Swiss nationals that took place entirely in Switzerland. This conduct was not only entirely legal and proper under Swiss law, but it would also be entirely legal and proper under the law of most civilized nations of the world."

Vad dessa rader bl a antyder men vad anförandet i sin helhet icke lämnar något tvivel om är att man från schweizisk sida bl a kräver (i likhet med ovan refererade uppfattning) att exterritoriell tillämpning av en lag endast får ske i undantagsfall och att den objektiva territorialitetsprincipen skall underkastas en restriktiv tolkning.

I vilken utsträckning tog domstolen i det här fallet hänsyn till dessa synpunkter? Egentligen mycket liten. Ett tydligt tecken på detta är det faktum att domstolen icke tvekade att, (i domslutet) ge detaljerade föreskrifter, påbud och förbud, avsedda att reglera den schweiziska klockindustrins framtida handlande på den schweiziska marknaden samt på världsmarknaden i övrigt. En del av dessa skulle, om de följdes, direkt strida mot förbud och påbud som ålagts i de schweiziska lagarna. Den schweiziska regeringens intervention (som amicus curiae i målet - varom också talats ovan) föranledde emellertid vissa modifikationer av somliga, särskilt långtgående, föreskrifter. Dessa modifikationer, som var resultatet av en kompromiss mellan den schweiziska regeringen och amerikanska myndigheter, innebar ett visst faktiskt hänsynstagande till de schweiziska lagarna och därmed till suveränitets- och non-interventionsprinciperna.<sup>141)</sup>

Närmare vetskap om domstolens rent principiella ståndpunkt i de folkrättsliga spörsmålen torde man få av följande uttalande: "If, of course, the defendant's activities had been required by Swiss law, this court could indeed do nothing. An American Court would have under such circumstances no right to condemn the governmental activity of another sovereign nation. In the present case, however, the defendant's activities were not required by the laws of Switzerland."

Det förefaller som om domstolen här menar att så länge en stat ej uttryckligen har reglerat, i lagform, i form av förordningar etc, ett konkurrensbegränsande handlande, så länge finns icke heller något hinder för en annan stats hävdande av legislativ jurisdiktion inom den förstnämnda staten. (I Schweiz fanns, vid tiden för domslutet 1962-63, endast ett fåtal konkurrensrättsliga stadganden.) Domstolen tycks efterlysa en viljeförklaring, en viljeakt, av denna stats högsta myndigheter, som markerar ett ställningstagande i konkurrensrättsliga frågor,<sup>142)</sup> och säkrast är det om en sådan förklaring har avgetts innan den jurisdiktionshävdande staten ingriper: Den schweiziska regeringens intervention och uttryckliga ställningstagande för den schweiziska klockindust-



rins agerande resulterade som vi sett ingalunda i ett uppgivande av anspråken på jurisdiktion från USA:s sida.

Detta domstolsuttalande i Swiss Watch-fallet kan sägas vara be-tecknande för det sätt på vilket de amerikanska domstolarna för-håller sig till den ovan beskrivna folkrättsliga problematiken. Domstolarnas hållning präglas överhuvud av en mycket stor försik-tighet när det gäller utfärdandet av domstolsdekret som står i ett motsatsförhållande till en annan stats lagar, förordningar eller uttryckliga (regerings)politik på det konkurrensrättsliga området. I de fall en annan stats regering eller överordnade myn-digheter har varit direkt engagerad i konkurrensbegränsningar, t ex genom att den förordnat om dessa, har de amerikanska domsto-larna ansett sig icke alls ha behörighet. Så t ex har domstolen i Swiss Watch-fallet förklarat att: "... the Sherman Act does not confer jurisdiction on the U.S. courts over acts of foreign sove-reigns", och att: "anti-competitive practises compelled by foreign nations are not restraints of commerce".<sup>143)</sup>

### III:4:2 Senare utveckling

Ett rättsfall kan här vara av intresse, nämligen Inter-American Refining Corporation v. Texaco Maracaibo Inc., et al. (CCH 1970 Trade Cases, 88, 192.)<sup>144)</sup> I detta fall förde Inter-American ska-deståndstalan mot ett antal oljeföretag med säte i Venezuela. Inter-American gjorde gällande att dessa företag samverkat i en, enligt dess förmenande, olaglig bojkott, innebärande att Inter-American därigenom förvägrades att köpa råolja till dess raffi-naderier i New York. Som försvar anfördes emellertid att den vene-zuelanska regeringen förbjudit försäljningen av råolja till Inter-American. Mot detta hävdade Inter-American att den vene-zuelanska minister som utfärdat förbudet icke hade befogenhet därtill, och att förbudet icke tillkommit i en formellt riktig ordning (enligt venezuelansk lag - det var icke skriftligt och hade ej publicerats). På grund härav ansåg Inter-American att de säljvägrande företagen inte var tvingade att följa förbudet (underförstått att de delvis gjort det frivilligt).

Domstolen tog dock ingen hänsyn till dessa synpunkter utan förklarade att det faktiskt förelåg ett förbud att sälja, att de aktuella företagen därför tvingats till sitt handlande av venezuelanska myndigheter och att ett sådant tvång är: "a complete defence to an action under the antitrust laws based on that boycott". Domstolen hänvisade vidare till domstolsuttalanden i andra fall, bl a det ovan citerade från Swiss Watch-fallet samt lät förstå att ärenden av den här arten närmast hörde, liksom frågor av utrikespolitisk natur i övrigt, hemma hos den amerikanska regeringen och dess diplomatiska organ.<sup>145)</sup>

Även i de fall de amerikanska domstolarna ansett sig ha behörighet att avgöra ett mål, har man tagit hänsyn till det faktum att berörda stater har i lag eller på annat sätt reglerat uppkommande konkurrensrättsliga frågor. I vissa fall sker detta helt enkelt genom att domstolen underlåter att ge föreskrifter som man vet kan, om de efterföljs, strida mot en annan stats lagar, förordningar etc, eller ger föreskrifter som skall gälla under förutsättning att den eller de berörda staternas domstolar godkänner dessa (se t ex United States v. Imperial Chemical Industries (Southern District Court of New York, 1952)).

I andra fall (vilket är vanligare) har domstolarna löst problemet genom att i domslutet införa en s k "saving clause". En dylik klausul medger t ex ett företag att avvika från de föreskrifter som ges i ett domslut, i den mån deras efterlevande innebär lagbrott i den stat företaget har sin hemvist. Klausuler av den här typen medtas i domslut icke endast av hänsyn till berörda staters suveränitet utan, vilket är minst lika viktigt, för att skydda det enskilda företaget från att bli: "caught between the jaws of (a) judgement and the operation of laws in foreign countries ..."<sup>146)</sup> där företaget har sin verksamhet.

I General Electric-fallet fick en "saving clause" följande utformning: "... Philips shall not be in contempt of this judgment for doing anything outside of the United States which is required or for not doing anything outside of the United States which is

unlawful under the laws of the government, province, country or state in which Philips or any other subsidiaries be incorporated, chartered or organized, or in the territory of which Philips or any such subsidiaries may be doing business".

Många stater har naturligt nog icke varit sena att dra fördel av företeelsen "saving clause". I syfte att neutralisera verkningarna av de amerikanska domstolarnas dekret och därmed deras exterritoriella tillämpning av antitrustlagarna har man, helt följdriktigt, stiftat nya lagar och just sådana lagar som aktualiserar en "saving clause". Ett anmärkningsvärt exempel: I flertalet anti-trustmål är det av yttersta vikt för att en konkurrensbegränsning skall kunna påvisas, att åklagarsidan kan ta del av olika slag av dokument som det åtalade företaget (även utländska) innehar. Detta gäller naturligtvis också dokument som förvaras utomlands. För att en dylik bevisning således skall kunna säkerställas, förelägger domstolen ofta (eventuellt vid vite) det åtalade företaget om ett frambringande av dessa dokument. Eftersom ett utlämnande av dokumenten icke skulle behöva ske i det fall detta strider mot lagarna i den stat där företaget har sitt säte, har flera stater infört förbud mot ett sådant utlämnande. Så har exempelvis skett i Storbritannien, Frankrike, Västtyskland, Nederländerna, Belgien, Danmark, Norge, Finland och Sverige.<sup>147)</sup>

Grundar sig förbudet, icke som i dessa fall på en uttrycklig lag utan, på en långvarig praxis är det däremot icke alls säkert att de amerikanska domstolarna tar hänsyn till denna. (Se t ex fallet United States v. First National City Bank (2d Cir, 1968).) Vissa uttalanden i litteraturen<sup>148)</sup> tyder emellertid på att det avgörande inte är om förbudet har grund i lag eller praxis utan om förbudet är straffrättsligt sanktionerat eller icke.

Men hur är förhållandet om den berörda statens lagar som reglerar ett speciellt konkurrensrättsligt förhållande icke står i något som helst motsatsförhållande till de amerikanska lagar som reglerar samma förhållande? Här har de amerikanska domstolarna, liksom då den berörda staten icke alls har någon reglering i frågan,

icke visat samma återhållsamhet beträffande den legislativa jurisdiktionen. Det är just detta faktum som är källan till konflikter staterna emellan.

### III:5 Några synpunkter för och emot effektprincipen

Jag skall i det här kapitlet försöka återge några synpunkter för och emot en exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna i allmänhet och den utformning den exterritoriella tillämpningen erhållit (dvs effektprincipen) i synnerhet. Avsikten är att samtidigt i all korthet ge en mer konkret bild av de problem, folkrättsliga och andra, som uppkommer i samband med en sådan tillämpning. De flesta synpunkter har i en eller annan form varit diskussionsinlägg på ILA:s konferenser.

#### III:5:1 Rättssäkerhetssynpunkten

Synpunkter som talar emot effektprincipen är dels sådana som rör den enskildes rättssäkerhet och dels sådana som rör folkrättsliga frågor. Ur rättssäkerhetssynpunkt kan nämnas följande.<sup>149)</sup>

Sherman Act är, som vi sett i första avsnittet, mycket generellt utformad. Tolkningen av dess vagt och knapphändigt hållna formuleringar är ett vanskligt arbete inte endast för rådgivande jurister i USA utan också för de amerikanska domstolarna. Även övrig antitrustlagstiftning är relativt svårtolkad. Sett ur de utländska företagens synpunkt ställer sig problemen ofta ännu vanskligare. Att handla i överensstämmelse med de amerikanska antitrustlagarna i stater med kanske helt andra ekonomiska och sociala förhållanden än dem i USA är naturligen ingen lätt uppgift. Är dessutom ett visst handlingssätt, som förbjudits i Sherman Act, påbudet eller helt lagligt enligt andra staters rättssystem, måste uppgiften att handla i enlighet med Sherman Act ofta framstå som på gränsen till omöjlig.

Ytterligare problem bereder det faktum att det i det särskilda fallet kan vara svårt att förutse verkningarna av en konkurrensbegränsande åtgärd. Så kan exempelvis ett europeiskt företag som samarbetar konkurrensbegränsande med ett sydamerikanskt företag vara omedveten om de effekter detta samarbete kan ha på USA:s handel på grund av det sydamerikanska företags affärer med USA-företag. Ändå kan effektprincipen vara tillämplig (märk tolkningen av rekvisitet "intent" i General Electric-fallet: kände till eller borde ha känt till) på det europeiska företags handlande. Det är slutligen av allmänt intresse för världshandeln att företagen på världsmarknaden åtnjuter rättssäkerhet. (Se ILA-66 s 27 - uttalande av International Chamber of Commerce (I.C.C.).)

### III:5:2 De folkrättsliga aspekterna

Vad gäller de folkrättsliga aspekterna har vi sett att det icke, enligt folkrätten de lege lata, är uttryckligen tillåtet att tillämpa en lag exterritoriellt utom under vissa speciella omständigheter (nationalitetsprincipen, säkerhetsprincipen osv). Varje stat måste vidare ges möjlighet att själv utforma en antitrustpolitik som är anpassad till dess ekonomiska och sociala förhållanden. Härvid måste hänsyn tas till ett lands industriella utvecklingsgrad, om landet huvudsakligen producerar råvaror eller färdigvaror, näringslivets struktur: dvs om företagen är stora och få eller små och många, den vikt man lägger vid export och import osv. Sålunda har den amerikanska antitrustpolitiken gjutits i de ekonomiska och politiska former som existerar i USA. Exempel på detta förhållande är de undantag som stadgats från Sherman Act avsedda att gynna exportindustrin t ex i fråga om exportsamarbete mellan företag (se s 33).

Professor Covey Oliver beskriver den amerikanska antitrustpolitikens "nationella" karaktär (parochial nature) bl a på följande sätt: "... although the American anti-trust laws contain broad prohibitions foreclosing certain types of acts, these forbidden areas have been temporarily or permanently reopened to sectors of

the American economy when it was deemed desirable to do so for the economic benefit of the United States".<sup>150)</sup> Läger man till den sistnämnda aspekten det förhållandet att de amerikanska antitrustlagarna är särdeles långtgående, sett i relation till andra staters antitrustlagar, ter sig en applicering av de amerikanska lagarna på konkurrensförhållanden i andra stater mycket olämplig, ja, ofta orimlig.<sup>151)</sup> Tillät man en ohämmad exterritoriell tillämpning skulle det också leda till att det alltid blir stater med en liberal antitrustpolitik som måste tumma på denna till förmån för den mer restriktiva politik som förs i andra stater.<sup>152)</sup>

### III:5:3 Konkurrenssynpunkten

En annan viktig synpunkt mot exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna framställs i en kanadensisk rapport,<sup>153)</sup> vilken väsentligen speglar kanadensiska förhållanden men som har relevans även för andra stater. Denna går ut på att värna om företagens (kanadensiska och andra staters) konkurrenskraft gentemot de amerikanska jätteföretagen, och lyder som följer: "It is a fact that American corporations presently (1968) dominate direct investment globally; other countries are entitled to be reluctant to apply anti-monopoly policy of a type that might inhibit the growth of their own firms as effective competitors at home and abroad to American giants which already exist and flourish, American antitrust law notwithstanding".

Det skall sägas att de synpunkter som nu refererats får anses i huvudsak ta sikte på vad som kan komma att hända om den exterritoriella tillämpningen av de amerikanska antitrustlagarna tillåts fortsätta. Ser man nämligen synpunkterna endast mot bakgrund av hittillsvarande amerikansk praxis på området (se avsnitt II) som rör relativt stora, europeiska företag och där effekterna av deras handlande varit förhållandevis kraftiga, synes argumenten vara något överdimensionerade (man får intrycket att det talas om full orkan när vinden ännu ej nått stormstyrka).<sup>154)</sup>

III:5:4 Synpunkter för

Av de synpunkter som anförts för en exterritoriell tillämpning av de amerikanska antitrustlagarna (och antitrustlagar överhuvud) märks följande:

1) Folkkrätten (de lege lata) tillåter visserligen icke uttryckligen exterritoriell tillämpning av lagar (jfr ovan) med vissa undantag, men icke heller förbjuder den uttryckligen sådan tillämpning<sup>155)</sup> (se dock vad som ovan anförts under rubriken "Gränserna för en stats jurisdiktion ..."), åtminstone så länge det är fråga om legislativ jurisdiktion. (Tvång får däremot icke under några förhållanden utövas mot en annan stats territorium.) De folkrättsliga principerna är överhuvud taget mycket oklara på den här punkten.

2) Dr K.M. Meessen på ILA-konferensen i New York 1972 menar att<sup>156)</sup> konkurrensbegränsande handlingssätt bringar större faror för stater med stränga antitrustlagar än för stater med liberalare antitrustlagar. Dessa sistnämnda stater skulle därför "ha råd" med att avstå från exterritoriell tillämpning, medan de först nämnda staterna naturligen lägger större vikt vid en sådan tillämpning. Det är därför dessa stater, alltså stater med sträng antitrustlagstiftning, som i första hand skall handskas med problemet om effektprincipens vara eller icke vara (vilket i princip också är vad som skett genom de amerikanska domstolarna): "The economic order of countries with lenient anti-trust laws is not to the same extent endangered by restrictive practises occurring abroad. These countries can therefore afford to follow the principle of territoriality, whereas it seems understandable that countries with a strict anti-trust legislation are much more concerned about the adverse effects of foreign restrictive practises. If it is correct to say that the problem of extraterritorial jurisdiction is by and large a problem of States with a strict anti-trust legislation ...".<sup>157)</sup>

3) En stat skall ha rätt att försvara sin ekonomiska struktur mot skadliga effekter som härrör från konkurrensbegränsande åtgärder

vidtagna utanför dess gränser.<sup>158)</sup> När företag utanför USA vidtar sådana skadebringande åtgärder i en stat, åtgärder som är fullt lagliga i denna stat, och regeringen i ifrågavarande stat ställer sig på företagets sida, är detta en inblandning i USA:s inre angelägenheter i samma mån som den exterritoriella tillämpning (av de amerikanska domstolarna) som kan följa på dessa åtgärder. Professor Louis B Schwartz (USA) uttrycker det på följande sätt: "Each time another country frustrates attempts to free its domestic and foreign trade of private controls, a non-American immunity has been projected into the American legal and economic scene."<sup>159)</sup> Enligt samma uppfattning borde en analys och därefter en avvägning ske av de olika staternas intressen, av å ena sidan effekterna av konkurrensbegränsningarna och å andra sidan verkningarna av den exterritoriella tillämpningen.<sup>160)</sup>

4) Företag med ett mycket vidsträckt verksamhetsområde, i synnerhet multinationella företag skulle kunna organisera sig på det sättet att de helt undgår effektiv kontroll, om exterritoriell tillämpning icke vore möjlig. (Detta är kanske en av de viktigare synpunkterna för exterritoriell tillämpning. Jag återkommer till denna nedan.)

5) Vad som ytterligare talar för en exterritoriell tillämpning är den hastiga utveckling som äger rum på det konkurrensrättsliga området inom de västeuropeiska staterna, speciellt inom den Europeiska Gemenskapen och i Västtyskland men även i Sverige. (Det finns anledning att återkomma även till detta i nästa kapitel.)

### III:5:5 Invändningar

Det torde finnas en del att invända mot de nu refererade synpunkterna. Jag skall emellertid begränsa mig till att kort försöka bemöta Dr Meessen's sätt att resonera (synpunkt 2). Låt oss ta ett exempel: Antag att vi har två stater, staten A och staten B. I staten A förs antitrustpolitiken med strama tyglar, medan man i staten B är mer liberal vad gäller företagssammanslagningar osv.



I en tredje stat (C) kommer två konkurrerande företag, som båda exporterat varor till både staten A och B, överens om att dela upp marknaden emellan på så sätt att det ena företaget i fortsättningen endast skall exportera till staten A och det andra företaget endast till staten B. Uppenbarligen kan ett dylikt handlingssätt, om företagets export inte utgör en alltför obetydlig del av de båda staternas import av dessa varor, ge effekter, t ex i form av högre priser, i båda staterna.

Vad Dr Meessen tycks mena är att dessa effekter har mindre betydelse för staten B på grund av att man i denna stat för en mer liberal antitrustpolitik än i staten A. De faror som en konkurrensbegränsande åtgärd vidtagen utanför staten B för med sig för denna stat skulle således vara avhängigt antitrustlagarnas stränghetsgrad i staten B. Att resonemanget inte håller kan man mycket enkelt se genom att sätta in USA som staten A och Indien som staten B i exemplet och låta företagen vara verksamma i Sverige exporterande jordbruksmaskiner. I exemplet har Indien knappast mer "råd" att avstå ifrån exterritoriell tillämpning än USA, trots att Indiens konkurrenspolitik är mer liberal än USA:s. Tvärtom torde Indien ha större intresse av att komma åt de konkurrensbegränsande företagen exterritoriellt. Det är svårt att upptäcka något direkt samband mellan graden av restriktivitet på en stats konkurrenspolitik och den utsträckning en stat har "råd" att avstå ifrån exterritoriell tillämpning. Ett sådant samband torde helt enkelt inte finnas.

### III:6 ILA:s arbete

ILA - The International Law Association - är en internationell juristorganisation, grundad 1873, med uppåt 5000 medlemmar från alla världens hörn. Organisationens ändamål är enligt dess stadgar (art 2) bl a att studera, belysa (förklara) och befrämja folk-rätten (internationell privaträtt, komparativ rätt) och att lägga fram förslag om lösningen av lagkonflikter, och om uniformering av lagar samt att främja "international understanding and goodwill",

vilket delvis sker på ständigt återkommande konferenser (numera äger de rum vartannat år).

År 1962 tillsattes en kommitté med uppgift att bl a formulera folk-rättsliga regler - de lege lata eller de lege ferenda - i ämnet exterritoriell tillämpning av konkurrensbegränsningsregler (inkl antitrustlagar). Kommitténs arbete slutfördes 1972 och i samband härmed framlades dess slutliga förslag (om sju artiklar).

Jag skall strax återkomma till förslaget, men först vill jag något beröra ett led i kommitténs arbete, nämligen en utredning<sup>161)</sup> om förhållandet konkurrensbegränsande handling å ena sidan och effekterna av en sådan handling å den andra. Redan i ett tidigare sammanhang har jag betonat hur viktigt det är att skilja på dessa två saker och hur pass svårt det är att avgöra en konkurrensbegränsande handlingens lokalitet. Jag har valt att på detta sena stadium, genom IIA-kommitténs utredning, återigen ta upp dessa frågor i huvudsakligt syfte att ge en komplementär illustration av det hitintills sagda.

### III:6:1 Lokaliseringen av en konkurrensbegränsande handling

I utredningen har man ställt upp en rad hypotetiska konkurrensrättsliga situationer vilka följts av en diskussion om vad som skall gälla om dessa.

Den första, som behandlar gemensam prisbestämning, lyder ungefär så här;<sup>162)</sup> Två konkurrerande företag, båda med säte och verksamma i staten Ruritania, kommer där (i Ruritania) överens om att icke sälja varor till köpare i staten Utopia under ett särskilt bestämt prisläge. Den konkurrensbegränsande åtgärden har således vidtagits i Ruritania, dvs utanför Utopias territorium. Då avtalet synbarligen är direkt riktat mot Utopia torde det icke råda något tvivel om att avsikt att uppnå vissa ekonomiska effekter föreligger hos företagen ifråga (jfr rekvisitet "intent" i amerikansk praxis). Det kan också antas att vissa ekonomiska effekter

faktiskt uppkommer på Utopia's marknad (i första hand prishöjningar). För att nå dessa företag måste Utopia så långt som möjligt tillämpa sina antitrustlagar exterritoriellt och således förlita sig till effektprincipen.

Men: Antag att de båda företagen inte uteslutande har vidtagit åtgärden på Ruritanskt territorium utan i viss mån även på Utopia's. Under vilka förutsättningar skall den konkurrensbegränsande handlingen, dvs den gemensamma prisbestämningen, i det här fallet, i stället bli lokaliserad till Utopia's territorium, så att territoriell (intra-territoriell) tillämpning av antitrustlagarna i stället blir möjlig? Olika situationer är tänkbara:

1) Om företagen säljer sina varor (vilka således är föremål för prisbestämning) direkt FOB i Ruritansk hamn eller CIF (free on board - cost, insurance and freight) Utopiansk hamn eller till en helt självständig distributör i Utopia förändras ej utgångsläget, dvs någon handling anses (allt enligt kommittén) icke ha företagits i Utopia. Och endast exterritoriell tillämpning är möjlig.<sup>163)</sup>

2) Om de båda företagens anställda eller ett helt osjälvständigt dotterbolag till något av företagen eller en helt beroende agent säljer varorna i Utopia anses handlingen däremot vara företagens, närmare bestämt fullbordad, i Utopia, (jfr den ekonomiska enhetens princip och artikel 4 ILA:s förslag). Kännetecknande för osjälvständigheten och beroendet i dessa fall är att företagen i Ruritania i allt väsentligt bestämmer dotterbolagets respektive agentens handlande: dessa uppfattas som företagens redskap. Detsamma gäller givetvis de hos företaget anställda. Och eftersom handlingen fullbordats i Utopia kan dess antitrustlagar tillämpas territoriellt på företagens handlande. Effektprincipen är överflödig.

3) Då företagens varor visserligen säljes av ett dotterbolag (eller agent) men detta icke är så osjälvständigt som nyss antagits är man emellertid genast inne på ett gränsområde. För att avgöra om företagen i Ruritania har handlat och verkat genom dotterbolaget måste ett beaktande ske av de fakta som föreligger

i varje särskilt fall. Hänsyn skall härvid bl a tas till faktorer som hur stor del moderbolaget (dvs något av företagen i Ruritania) äger i dotterbolaget, om det är helägt eller delägt, huruvida beslutsfattandet sker gemensamt för moder- och dotterbolag, om dotterbolaget har fullmakt att på moderbolagets vägnar ingå avtal i Utopia, om moderbolaget ger direkta instruktioner till dotterbolaget och i vilken utsträckning dessa följs av dotterbolaget, hur mycket utrymme som lämnas åt dotterbolagets eget bestämmande i frågor som normalt tillkommer ett (i det här fallet) försäljningsföretag.

Att utröna förhållandet mellan moderbolaget och dess dotterbolag kan i vissa fall kräva en grundlig och uttömmande undersökning av fakta även sådana som ej har direkt att göra med det konkurrensbegränsande handlandet. Därefter får eventuella slutsatser dras om graden av dotterbolagets osjälvständighet och om moderbolagets handlande skett direkt genom dotterbolaget. I utredningen anses frågan, som i varje särskilt fall skall avgöras, vara: "...whether the parent company is so directly and intimately connected with the conduct of the subsidiary that it is proper to regard the conduct of the subsidiary as that of the parent company as well"<sup>164)</sup>  
(Jfr dock vad som ovan anförts om den ekonomiska enhetens princip och dess betydelse för den amerikanska antitrustpolitiken.)

En annan hypotetisk situation som diskuteras i utredningen har att göra med företagssammanslagningar: Två konkurrerande företag, A och B med säte i och verksamma i Ruritania kommer där överens om att förenas i ett nytt bolag. Aktierna i det nya bolaget delas mellan respektive företags aktieägare i proportion till värdet av företagets tillskjutna tillgångar i det nya bolaget. Antag först (a) att varken A eller B gör affärer i Utopia, att inget av dessa företag har dotterbolag där, men att de produkter som företagen säljer i Ruritania fraktas av deras köpare till Utopia. Vad skall gälla i detta fall?

Den konkurrensbegränsande handlingen har i sin helhet utförts i Ruritania. Det är dock tydligt att företagssammanslagningar kan

få effekter på den Utopianska marknaden. Sammanslagningar resulterar ju i att köpare från Utopia icke längre (t ex prismässigt) kan åtnjuta de fördelar som konkurrensen mellan A och B tidigare gav. Endast med en tillämpning av effektprincipen kan Utopia nå företagens (A och B) handlingssätt (jfr det första fallet - prisbestämningssituationen).

Antag sedan (b) i stället att företagen A och B har var sitt dotterbolag i Utopia som i huvudsak är sysselsatta med att sälja företagens produkter. Under vilka förhållanden kan den konkurrensbegränsande handlingen sägas vara (helt eller delvis) företagen i Utopia? Blotta faktum att konkurrensen mellan dotterbolagen icke är lika effektiv som före sammanslagningen behöver i och för sig icke innebära att den konkurrensbegränsande handlingen delvis utförts eller blivit fullbordad i Utopia, anser kommittén. Om de delar som A och B äger i de utopianska dotterbolagen skulle överföras till det nybildade bolaget i Ruritania ställer sig saken däremot annorlunda. Några av kommittémedlemmarna menar att en sådan transaktion är liktydig med den konkurrensbegränsande handlingens fullbordande i Utopia, medan andra tillbakavisar detta, som de uppfattar det som, konstlade synsätt: En transaktion av nämnda slag skulle enligt deras mening kunna undvikas genom bildandet av ett s k holdingbolag som det i det nybildade bolagets ställe övertar aktierna i dotterbolagen.

Hur som helst tycks alla i kommittén vara överens om att en territoriell tillämpning av Utopias antitrustlagar icke får medföra ett totalt förbud av företagssammanslagningen i Ruritania, utan får på sin höjd sträcka sig till ett förhindrande av konkurrensbegränsning mellan dotterbolagen i Utopia. Detta skulle t ex kunna ske genom att något av dotterbolagen ålades att sälja sina aktier till ett konkurrentföretag i Utopia.

III:7 ILA:s slutliga förslag (resolution)  
Artikel 5 - Effektprincipen

Som redan angetts, utmynnade ILA:s diskussioner på fem konferenser (1964-1972) och det utredningsarbete som utförts mellan konferenserna, i ett slutligt förslag, innebärande vad som enligt ILA:s förmenande utgör eller borde utgöra den folkrättsliga grunden för exterritoriell tillämpning av antitrust-lagar. I förslaget, som inrymmer sju artiklar, har folkrättsliga principer formulerats som i stort sett stämmer överens med dem som refererats ovan. Här skall jag endast beröra artikel 5 som behandlar effektprincipen (övriga artiklar finns uppställda i bilaga 1). Artikel 5 gavs ursprungligen tre alternativa formuleringar, varav endast en skulle tas med i det slutliga förslaget. Alternativen var följande:<sup>165)</sup>

1) International law, as evidenced by the general practise of States to date, does not permit a State to assume or exercize prescriptive jurisdiction over the conduct of an alien which occurs within the territory of another State or States solely on the basis that such conduct produces "effects" or repercussions within its territory.

2) A State has jurisdiction to prescribe rules of law governing conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory if:

- a) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies;
- b) the effect within the territory is substantial; and
- c) it occurs as a direct and primarily intended result of the conduct outside the territory.

3) A State has jurisdiction to prescribe rules of law governing conduct wholly outside its territory if such conduct produces effects within the territory which the State reprehends.

Det är att märka att när man i ILA skulle ta ställning till dessa tre alternativa regler, det icke blott var frågan om att eftersöka en regel som i möjligaste mån sammanföll med ILA:s uppfattning om traditionella folkrättsliga principer, utan också en regel som motsvarade kraven på folkrättsliga principer de lege ferenda.<sup>166)</sup> (Se t ex om synpunkter de lege ferenda i tidigare kapitel.) Det var där-

för icke utan vidare givet att artikel 5 (1), som bäst torde harmoniera med de folkrättsliga principer (de lege lata), som ILA givit uttryck för, var den regel som slutligen skulle antas. Av reglerna 5 (2) och 5 (3) som kan sägas representera de olika tolkningar som kommit till heders i amerikansk antitrust-politik (jfr beträffande 5 (2) med paragraf 18 i ovan nämnda Restatement och 5 (3) med domsmotiveringen i Alcoa-fallet) var åtminstone 5 (2) ett minst sagt fullvärdigt alternativ, medan 5 (3) aldrig var föremål för några mer seriösa överväganden. (Några av de synpunkter som framfördes för och emot effektprincipen (i 5 (2)) har angivits ovan.) I kommentaren till artikel 5 (den ursprungliga) förklarar kommittén vidare: "We have ... worked from the premise that recognition of the ("effects")- doctrine is a matter of deep-seated international controversy, and have preferred to consider whether the principle is open to any logical or doctrinal objections which would render it unacceptable as a principle of international law."<sup>167</sup>)

Det är mot bakgrunden av detta öppna, icke-formalistiska och pragmatiska, synsätt man måste se det erkännande som kommittén gav effektprincipen genom att den valde att anta artikel 5 (2) som den regel som skulle ingå i det slutliga förslaget, vilket skedde på kongressen i New York 1972. Om innehållet i artikel 5 (2) förtjänar följande att nämnas: I (A) heter det att handlingen och dess effekter skall utgöra "constituent elements of activity". Med detta synes kommittén mena att både handlingen och dess effekter per definition skall vara beståndsdelar av brottet som anges i den antitrustlag som i det särskilda fallet grundar ett åtal (jfr USA-praxis). Det betonas också särskilt att förväxling icke får ske mellan effekterna av en handling som är märkbara inom ett territorium och handlingar som där företas. De effekter som åsyftas i 5 (2) (A) är således icke identiska med ett handlande inom ett territorium. (Se om detta - utredningen i föregående kaptitel.)

I (B) förutsätts att effekterna skall vara "substantial". Härmed vill kommittén utesluta möjligheten att endast obetydliga effekter kan föranleda åtal. Det krävs således effekter av viss styrka, vilket väl också får anses vara beroende av vilken stat som vidkänns effekterna. (Jfr för övrigt vad som sagts om rekvisitet "substan-

tial effects" i amerikansk praxis och tidigare nämnda Restatement.)

Slutligen sägs i (C) att effekterna skall vara följden av vad som är "direct and primarily intended". Även detta rekvisit känner man igen från amerikansk praxis och i synnerhet från paragraf 18 (B) i Restatement ("direct and foreseeable result"). Det kan emellertid diskuteras om kommittén i och med ordvalet ("primarily intended" i stället för "foreseeable") i viss mån tagit avstånd från den tolkning som domstolen givit rekvisitet "intent" i General Electric-fallet (se ovan). I detta fall tillbakavisade nämligen domstolen försvarssidans (Philips) tolkning av samma rekvisit, en tolkning som innebar ett krav på "primärt syfte" (jfr "primarily intended"). Kommitténs ståndpunkt framgår delvis av det faktum att man med ett gillande citerar vad som anförts i en rapport skriven av den amerikanska delen (the American Branch) av IIA där det bl a sägs: "... it would be generally desirable to limit attempts to found jurisdiction on effects to those situations where it can be clearly established that the conduct abroad is directed specifically at producing the effects complained of, and has such effects as its primary intended object".<sup>168)</sup>

Härigenom tycks kommittén förutsätta något vida mer än det krav på vetskap ("kände eller borde känna till") som framfördes i bl a General Electric-fallet.



III:8 Effektprincipens vara eller icke vara. En ansats till problemanalys

Det står således klart att de amerikanska domstolarna anser sig ha jurisdiktion över icke-amerikanska företag som är etablerade utanför USA, när dessa vidtar konkurrensbegränsande åtgärder som har negativa ekonomiska effekter på den amerikanska marknaden. De amerikanska domstolarna tillämpar härvid den s k effektprincipen. En dylik tillämpning har, som vi sett, väckt en våg av protester, emanerande från stater som blivit särskilt utsatta (bl a Storbritannien och Schweiz).

Vad är det man protesterar emot? I första hand riktas naturligtvis protesterna mot den exterritoriella tillämpningen av amerikansk antitrustlag, som effektprincipen i själva verket har till innebörd. Man menar att de amerikanska domstolarna (och antitrustmyndigheterna) därigenom våldför sig på grundläggande folkrättsliga principer, bland dem den s k territorialitetsprincipen och suveränitetsprincipen. Effektprincipens tillämpning har gett upphov till smärre diplomatiska gräl och kan vara ett frö till mellanstatliga konflikter. Det är därför, för den allmänna samfärdselns skull, nödvändigt att finna vägar som möjliggör ett undvikande och förebyggande av sådana konflikter, och när konflikten redan är ett faktum, anger en lösning av denna. Detta är i sin tur bara möjligt efter en analys av de grundläggande orsakerna till att dessa konflikter uppkommer. Vilka är då dessa? Hur skall man karakterisera det (eller de) ursprungliga problemet? Jag skall här bara försöka antyda några i och för sig självklara huvudpunkter.

III:8:1 Hur skall problemet karakteriseras.  
(På jakt efter problemets kärna)

Den till synes direkta orsaken till att konflikter kan framträda är givetvis den amerikanska tillämpningen av effektprincipen. Men här har vi knappast problemets kärna. Effektprincipens tillämpning

ning är blott ett medel som är ämnat att lösa ett annat problem, ett medel mot av USA icke önskade förhållanden. Det eftersökta ursprungliga problemet är i stället identiskt med orsakerna till att effektprinciperna tillämpas och orsakerna till att de amerikanska domstolarna anser sig tvungna att riskera att bli anklagade för att bryta mot folkrätten.

Varför tillämpas då effektprincipen? Ja, ytligt sett för att man å amerikansk sida icke kan tolerera de negativa ekonomiska effekter som ovan nämnda företags konkurrensbegränsande handlande avsöndrar. Men problemet ligger djupare än så. I botten kan man nämligen urskilja de olikheter i den ekonomiska politikens och i synnerhet konkurrensbegränsningslagstiftningens utformning som finns mellan världens stater. Olikheterna kan i sin tur bero på (vilket ovan omnämnts under rubriken "Effektprincipen - synpunkter för och emot") de skillnader vad gäller ekonomiska förutsättningar, utvecklingsgrad, ekonomisk struktur, råvarutillgångar o s v som existerar.

En stat (A) kan t ex ha genomdrivit stränga konkurrensbegränsningslagar och föra en mycket restriktiv konkurrenspolitik på grund av en vilja att förhindra en vidare koncentrerings av näringslivet, en fortsatt utslagning av mindre företag och en vilja att skydda konsumenterna från bl a onödigt höga priser. En annan stat (B) finner sig kanske bäst betjänt av en liberal konkurrenspolitik, då man anser att landets låga utvecklingsgrad, dess ställning i industrialiseringsprocessens initialskede, nödvändiggör ett uppbyggande av (i förhållande till utlandet) starka och konkurrenskraftiga monopolföretag. Därför stiftar man lagar som ger ett gott utrymme för monopolisering och företagssammanslagning eller kanske man t o m avstår helt från att stifta konkurrensbegränsningslagar. (Märk väl: att avstå från att stifta konkurrensbegränsningslagar är inte samma sak som att avstå från att föra en konkurrenspolitik.

Om nu dessa båda staters (A och B:s) inbördes handel skulle utgöra en betydande del av var och ens totala handel med andra sta-

ter, kan detta tillsammans med ovan nämnda förhållanden få till konsekvens att staten A beredes svårigheter i genomförandet av de intentioner som gav upphov till dess stränga konkurrensbegränsningslagstiftning. (De mindre företagen i staten A kanske slås ut av företagen i staten B, priserna på varorna kanske ökar på grund av att företagen i staten B i hög grad är prisbestämmande o s v.) Svårigheterna för staten A ökar i takt med att monopolföretagen i staten B växer, köper upp nya företag och får allt större inflytande på priser på de varor som tillverkas i både A och B.

De negativa ekonomiska effekterna på A:s marknad (både den inhemska och på utlandsmarknaden) kan, sett i ett längre perspektiv, bli avsevärda. Det är sålunda skillnaderna i de båda staternas konkurrenspolitik som är den grundläggande orsaken till det beskrivna förloppet. En konkurrenspolitik som innebär att man stiftar vissa lagar mot konkurrensbegränsning (eller avstår från att stifta sådana lagar) och som är ämnade att ge ett visst resultat i en stat, får, på grund av det alltmer ökande internationella handelsutbytet, negativa konsekvenser i andra stater. Konkurrenspolitiken och lagarna mot konkurrensbegränsning "kolliderar" med en annan konkurrenspolitik och andra konkurrensbegränsningslagar. Allt detta är förstas välkända fenomen. Det är emellertid viktigt att konstatera att fenomenen även uppträder på det här problemområdet. (Syftet med det nu förda resonemanget, vilket kanske kommer att visa sig nedan, är att ställa effektprincipens tillämpning i ett klarare ljus.) Problemet är således i grunden mellanstatligt och därför folkrättsligt.

Det kan kanske anmärkas att det ovan valda exemplet föga överensstämmer med verkligheten. Placerar man nämligen in USA som staten A i exemplet uppstår genast svårigheter att finna en motsvarighet till staten B. (De europeiska staterna har en alltför utvecklad ekonomi för att kunna komma ifråga, och utvecklingsländerna har från amerikansk sida sett, en alltför obetydlig handel med USA.) Det skall dock sägas att även om man väljer ett mindre "extremt"

exempel, så kommer de principiella dragen att kvarstå. Problemets kärna blir svårare att upptäcka, men den finns där och dess karaktär är densamma.

### III:8:2 På jakt efter en lösning

När vi nu känner problemet, uppstår frågan: hur skall man lösa det? Men kanske först: Finns det tillräckliga skäl, d v s är problemet allvarligt nog, för att sökandet efter en lösning överhuvud taget skall bli aktuellt? Ja, utan tvekan. Även om det icke går att göra en utvärdering av de ekonomiska och moraliska förluster som, i det här fallet, USA har lidit och kan komma att lida, torde det vara av största vikt för alla stater att den internationella handeln löper så friktionsfritt som möjligt och att den inte hämmas av de olikheter i utförandet av den ekonomiska politiken som råder. (Såsom det torde vara av vikt för frihandeln att den icke störs av importrestriktioner, tullhöjningar o s v.)

Vi har således ett problem som kräver en lösning. Hur skall man lösa detta? (En retorisk fråga.) De amerikanska domstolarna har valt att tillämpa effektprincipen. Är detta en god lösning? Vad som genast får mig att tvivla är den ensidighet som präglar effektprincipens tillämpning. De amerikanska antitrustmyndigheterna utreder på egen hand och avgör självständigt vem som skall åtalas. De amerikanska domstolarna utfärdar stämningar, infordrar viktiga dokument som företaget innehar, ålägger och förbjuder, avgör vad som är olagligt och lagligt, dömer och fördömer. Företaget tvingas att rätta sig efter domstolarnas direktiv och ändra sitt handlingsmönster ofta i strid med hemstatens konkurrenspolitik (mera sällan i strid med hemstatens konkurrensbegränsningslagar vilket framgått av kapitel III:4).

De amerikanska domstolarna kan på det sättet, medvetet eller omedvetet, påverka inriktningen av den konkurrenspolitik som förs i företagens hemstat. Man kan en smula tillspetsat påstå att hemstatens suveränitet delvis ligger i de amerikanska domstolarnas hän-

der. Det är också dessa som självständigt avgör (i det särskilda fallet) vad som skall vara folkrättsligt giltigt och acceptabelt och vad som icke är godtagbart (se om detta i kapitel III:4). Domstolarna måste visserligen ta hänsyn till gällande folkrätt och beakta de synpunkter som berörda stater för fram t ex genom en intervenering i målet (som amicus curiae). Det slutgiltiga avgörandet ligger emellertid till sist hos amerikanska domstolar sammansatta av amerikanska domare. USA:s ekonomiska och politiska betydelse för varje land och USA-marknadens betydelse för de företag som kan bli aktuella för åtal garanterar dessutom att effektprincipens tillämpning blir verkningsfull. I bakgrunden finns nämligen den ständiga faran för de åtalade företagen att om de icke följer domstolens direktiv och om de icke rättar sig efter domen, bli utsatta för ekonomiska sanktioner som t ex importstopp eller konfiskationsåtgärder som ett ultima ratio regum.

Mot det hittills förda resonemanget skulle man kunna invända följande: När ett företag (fortfarande tillhörande kategorin icke-amerikanska etablerade utanför USA) vidtar positiva handlingar, avsedda att begränsa konkurrensen, med kännedom om dessas olaglighet enligt amerikansk antitrustlagstiftning och som är direkt riktade mot den amerikanska marknaden, d v s handlingar som fyller rekvisiten i § 18 i "Restatement" (se kap II:5) och artikel 5 i IIA:s slutliga förslag (se kap III:7), så borde detta vara en helt privat affär mellan de amerikanska antitrustmyndigheterna och företaget i fråga när de förra ingriper. (Låt oss åtminstone vara överens om att handlingar som icke fyller nämnda rekvisit är relevanta för det resonemang jag ovan fört.) En privat affär, där meningen icke skulle vara att från amerikansk sida blanda sig i andra staters angelägenheter, icke heller att försöka påverka andra staters konkurrenspolitik. Det skulle tvärtom vara de amerikanska antitrustmyndigheternas privata angelägenhet att komma till rätta med företag som med ont uppsåt skadar USA:s ekonomi, under villkor att man från amerikansk sida håller sig inom de av folkrätten utstakade gränserna. Några lagkollisioner skulle heller aldrig behöva uppkomma.

Till detta vill jag säga: Så länge vi har ett system med suveräna stater, så förväntas det av ett företag som etablerar sig i en stat att det följer denna stats konkurrenspolitik och konkurrensbegränsningslagar. Ogillar de ansvariga myndigheterna i denna stat företagens agerande, är det de förras sak att, genom att se till att lagar stiftas eller på annat sätt, söka hindra att ett sådant agerande fortgår. Förfar ett företag olagligt, är det denna stats antitrustmyndigheters sak att ingripa, vare sig det sker efter ett påkallande av enskilda personer, andra företag eller t o m en annan stats myndigheter. (Allt enligt en grundläggande folkrättslig regel - nämligen territorialitetsprincipen - se kap III:2.) Är statens regering alltför eftergiven och släpphänt, antitrustmyndigheterna ineffektiva och kanske domstolarna korrumperade, kan man visserligen förebrå regeringen för detta och föra fram protester. Men kan man ta situationen i egna händer på det sätt de amerikanska myndigheterna har gjort? (Ensidigheten slår här åter igenom. Vem avgör vad som är eftergivenhet, effektivt osv? De amerikanska myndigheterna?)

Det finns givetvis gränser för vad en stat kan tolerera av andra staters släpphänthet. Under mycket allvarliga förhållanden kan därför säkerhetsprincipen bli aktuell (se ovan kap II:2:2.).

Vari ligger då felet i att göra gällande att "§ 18-fall" är en privat affär mellan de amerikanska antitrustmyndigheterna och de "felaktigt" handlande företagen? Svaret måste, som redan antytts, sökas bland folkrättsliga principer. Låt oss först anta att de norner inom folkrätten som uppbär suveränitetsprincipen (om staters oavhängighet gentemot andra stater, om en stats exklusiva rätt att bruka makt inom sitt territorium osv.) och att territorialitetsprincipen (vilken kan härledas från suveränitetsprincipen - se ovan kap III:1) är allmänt giltiga och accepterade. Effektprincipens tillämpning torde, även om också detta skulle vara folkrättsligt giltigt (därom råder, som vi sett i avsnitt III, delade meningar) innebära ett underkännande av berörda staters förmåga att sköta sina egna angelägenheter och föra en självständig konkurrens-

Det torde också innebära ett berövande av rätten att föra en helt självständig ekonomisk politik. Men, kanske någon invänder, om USA lider ekonomiska förluster på grund av en annan stats bristande förmåga eller vilja att kontrollera i denna stat etablerade företags konkurrensbegränsande manipulationer, är det oundvikligt att denna stats självständighet (vilket medel USA än väljer - förhandlingar, internationella domstolar, effektprincipen osv.) naggas i kanten. Det må vara sant, men därmed har också talet om en "privat affär" helt förlorat sin substans. Ett ingripande av en stat som berör en annan stats självständighet kan väl aldrig bli den ingripande statens "privata affär". Därtill kommer det förhållandet att ett ingripande kan föra med sig ekonomiska förluster för den utsatta staten. (Jfr Swiss Watch-fallet i kap II:4.)

Vad kan man mer säga om effektprincipen än att den som ett medel att lösa ett folkrättsligt problem är alltför ensidig till sin natur? Jag har redan antytt att nyttan av en stats tillämpning av effektivitetsprincipen är, i sista hand, helt avhängigt den ekonomiska och politiska makt denna stat förfogar över. Därav kan man sluta att, om effektprincipen vore allmänt accepterad, skulle det bli de mäktiga och kapitalstarka staternas privilegium att tillämpa denna, såvida man inte fäster alltför stor tillit till ett företags rättskänsla och andra staters objektivitet i frågor av den här typen. (En högst ojämlig princip således, knappast i överensstämmelse med FN-andan.) Om den rättsotrygghet som effektprincipens tillämpning medför för utländska företag har jag redan ordat i kap III:5.

Vad om de åsikter för en effektprincip som refererats på s 85. I punkt 3) framförs ett krav om att USA måste ha ett remedium mot negativa ekonomiska effekter. Ingen vill förneka USA detta. Frågan är bara om effektprincipen är den rätta vägen att gå. I punkt 4) talas det vidare om vikten av att kunna tillämpa effektprincipen mot multinationella företag. De multinationella företagens stundom okontrollerbara verksamhet utgör sannolikt en nagel i ögat på många stater. Det är möjligt att effektprincipen här kan finna

ett användningsområde. Men varför icke då på traditionellt maner låta samla berörda stater till en konferens, diskutera effektprincipen och komma överens om dess tillämpning. (Det lär, vad gäller de multinationella företagen, pågå långtgående diskussioner inom OECD.)

### III:8:3 Alternativa lösningar

Om nu effektprincipen icke är en bra lösning på det folkrättsliga problemet som jag formulerat ovan, vilka andra lösningar är tänkbara? En annan ensidig lösning är förstås att USA direkt vidtar ekonomiska sanktioner mot de utländska företag som enligt amerikanskt förmenande begränsar konkurrensen. Detta sätt att lösa problemet är utan tvivel än mindre önskvärt. Den allmänna samfärdseln skulle i vart fall inte må bra av det. Vore ekonomiska sanktioner det enda alternativet till effektprincipen, får man antaga att de utsatta företagen och de berörda staterna föredrar det sistnämnda, då man genom dess tillämpning åtminstone garanteras en rättegång under vilken möjlighet ges för företagen att försvara sina handlingar och för staterna (genom intervention) att föra fram argument.

Nej, folkrättsliga problem (vilket det alltså här är fråga om) borde i första hand söka lösas med hjälp av de medel som folkrätten sätter främst. Till de nämnda medlen hör bl a bi- eller multilaterala förhandlingar, medling, skiljedomstolar, internationella domstolen. Som exempel på en framkomlig väg och där man har uppmärksammat problemets allvarliga karaktär, är den överenskommelse som nåtts (1959) mellan USA och Kanada, vilken förpliktigar vardera staten att, när ett fall uppstår som aktualiserar effektprincipen, i första hand söka nå en lösning genom förhandlingar. (Benämnes "Anti-trust Notification and Consultation Procedure" eller "the Fulton-Rogers agreement" - se ILA 1968 s 364.)



## AVSNITT IV

### NÅGRA DRAG UR DEN SENASTE UTVECKLINGEN?

#### IV:1 Inledning

Enligt det nyss sagda valde ILA till sist, vid kongressen i New York 1972, att anta effektprincipen <sup>169)</sup> som en del av ILA:s slutliga förslag. För den som följer ILA:s arbete och de diskussioner som förts på ILA:s kongresser i den form dessa återgivits i ILA:s rapporter, måste emellertid det faktum att effektprincipen blev antagen vara ägnat att förvåna en smula. Och detta trots att man klart deklarerade att hänsyn måste tas till synpunkter de lege ferenda (se s 75). Ända sedan ILA:s arbete på det här området inleddes (1962), har nämligen effektprincipen i amerikansk tappning mötts av en kompakt motvilja från ILA-medlemmarnas sida (med undantag dock av bl a ett par medlemmar från USA). Ännu 1972, under kongressen i New York, synes en klar majoritet av medlemmarna tillbakavisa effektprincipen, vilket bl a framgår av ovan nämnda utredning. När avgörandet skulle ske, vid slutet av kongressen 1972, tycks emellertid denna majoritet ha förvandlats till minoritet, vilket således ledde till ett beslut till förmån för effektprincipen.

En betydande omsvängning i inställningen till effektprincipen ägde med andra ord rum, till synes under åren 1971-1972. Att så skedde torde, åtminstone till en del, hänga samman med den utveckling som kan förmärkas i andra stater och i synnerhet inom den Europeiska Gemenskapen (EG) beträffande den exterritoriella tillämpningen. Några ord om denna:

#### IV:2 Utvecklingen i Europa

Inom EG har GD (Gemenskapernas Domstol) i Béguelin-målet (Rec. CE 1971 s 949)<sup>170)</sup> och Continental-målet (Rec. CE 1973 s 215)

uttalat sig i ordalag som i vart fall tycks tyda på att man icke tar avstånd från effektprincipen. I det sistnämnda målet förklarade domstolen bl a: "The fact that Continental (det åtalade företaget) does not have its seat in the territory of one of the member States is not sufficient to remove this enterprise (Continental Can) from the application of Community Law." (Continental Can var ett amerikanskt företag.) Ett liknande uttalande har även gjorts i Béguelin-målet.

Det måste emellertid understrykas att dessa uttalanden ensamma icke torde ge tillräckliga skäl för att antaga att domstolen accepterat effektprincipen. Det nyss citerade uttalandet skulle nämligen likväl kunna tolkas på följande sätt: Att ett företag har sitt säte utanför EG utesluter icke att EG:s konkurrensbestämmelser är tillämpliga (och att domstolen således har jurisdiktion över detta företag) när företaget agerar, dvs företar konkurrensbegränsande handlingar, inom EG. Av skäl som redovisats ovan blir det i en sådan situation ej fråga om exterritoriell utan om territoriell tillämpning, som icke står i något motsatsförhållande till berörda folkrättsliga principer så länge man icke ger den objektiva territorialitetsprincipen en lika vid tolkning som den erhållit i amerikansk praxis.

Till detta skulle man kunna genmäla att gemenskapernas domstol genom det citerade uttalandet i själva verket ansluter sig till en effektprincip grundad på den objektiva territorialitetsprincipen (jfr "Restatement" paragraf 18). Detta vore, emellertid, enligt min mening, att dra alltför långtgående slutsatser av dessa enstaka rader.

Nej, det är fastmer en samlad bedömning av EG:s konkurrenspolitik gentemot utländska företag som ger intrycket av en utveckling i riktning mot ett antagande av effektprincipen. Vid en sådan bedömning måste hänsyn bl a tagas till EG-kommissionens yrkande i ICI-målet (Rec. CE 1972 s 619) till förmån för en effektprincip, det allmänna ombudets utlåtande i samma mål där han förespråkar en

effektprincip där effekterna är "direct and immediate", "reasonably foreseeable" och "substantial"<sup>171)</sup> (jfr ILA:s art 5), de ingripanden som skett från EG:s konkurrensmyndigheters sida mot åtgärder som vidtagits av företag inom och företag utanför EG gemensamt samt de uttalanden som gjorts av gemenskapernas domstol i Zoja-målet. ((1974) E.C.R. 223.)

För övrigt synes gemenskapernas domstol föredra att vandra kända stigar fram genom att tillämpa den ovan berörda ekonomiska enhetens princip (se Béguelin-, ICI- och Continental Can-målen) och därmed utöva en territoriell jurisdiktion. EG-kommissionen tycks likaledes - numera - vara beredd att följa detta mönster, så långt nu detta låter sig göras. Således har kommissionen i ett nyligen behandlat fall<sup>172)</sup> valt att basera jurisdiktion över ett schweiziskt företags missbruk av marknadsdominerande ställning på det faktum att företaget ägde dotterbolag inom EG-området genom vilka det agerade. Till detta kom att dessa dotterbolag antogs vara osjälvständiga i förhållande till moderbolaget.

Vid sidan av utvecklingen inom EG finns det i somliga västeuropeiska stater vissa tecken som tyder på att man långsamt och försiktigt närmar sig ett erkännande av effektprincipen. Således har man i Västtyskland med stöd av paragraf 98 i den västtyska konkurrensbegränsningslagen, som slår fast att lagens bestämmelser även är tillämpliga på konkurrensbegränsande åtgärder som vidtagits utanför Västtyskland om dessa åtgärder ger effekter på den västtyska marknaden, gjort vissa trevande försök att ingripa mot icke-västtyska företags konkurrensbegränsande verksamhet.<sup>173)</sup> Från franskt håll har likaledes förklarats att fransk lag är tillämplig på alla konkurrensbegränsande åtgärder med effekter på den franska marknaden.<sup>174)</sup> Även i Schweiz tycks utvecklingen gå i samma riktning.<sup>175)</sup>

#### IV:3 Utvecklingen i Sverige. Bayer-Kerr-målen

För svenskt vidkommande har det intressanta hänt att frågan om

svensk domstols behörighet i konkurrensrättsliga mål med internationell anknytning nyligen varit under prövning i Marknadsdomstolen. Detta skedde i de s k Bayer-Kerr-målen.<sup>176)</sup> I all korthet gällde saken det tyska Bayers och det schweiziska Kerrs (ett dotterbolag i den amerikanska Sybron-koncernen) leveransvägran av dentalartiklar till det svenska Guld- och Amalgambolaget AB (GAMA) i Stockholm. Som skäl för dylik vägran angavs att tre svenska återförsäljare redan var utsedda, och att dessa tre - från rationaliserings- och prissynpunkt - utgjorde en väl fungerande försäljningsorganisation. Vidare anfördes att en begränsning till tre återförsäljare var en följd av det faktum att marknadsföringen av dentalprodukterna nödvändiggjorde en omfattande teknisk information - vilket i sin tur dessa tre var utrustade med.

För behörighetsfrågan väsentliga fakta är att de ifrågavarande dentalprodukterna såldes och levererades direkt - utan mellanled - från Bayer respektive Kerr. Bayer hade visserligen tre dotterbolag i Sverige (numera dock - sedan 1974 - omkonstruerat till ett enda: Bayer-Sverige-AB). Dessa hade emellertid sedan 1968 varken sålt eller lagerhållit moderbolagets dentalvaror. Ett av de tre dotterbolagen - Bayer Pharma - tillhandahöll kontorslokaler och skrivhjälp, samt erlade, av praktiska skäl, lön och sociala förmåner till en tjänsteman, sysselsatt med demonstration och rådgivning beträffande moderbolagets dentalprodukter.<sup>177)</sup> Denne var dock anställd av och direkt underställd moderbolaget och konstituerade icke en regelrätt avdelning hos Bayer Pharma.

Det förtjänar att understrykas att de svenska återförsäljarna vid inköp av dentalvaror alltid vände sig direkt till de tyska Bayer, och att Bayers svenska dotterbolag på intet sätt fungerade som mellanled i detta sammanhang.

Det schweiziska Kerr å sin sida varken har eller hade dotterbolag i Sverige men likväl en direktör - en s k Regional Marketing Manager. Denne är emellertid icke verksam med försäljning eller ordermottagning, och kan icke heller i andra sammanhang sägas represen-

tera Kerr, med undantag av vad som har med utbildning samt information och marknadsföring av Kerrs produkter att skaffa.

Icke helt oväsentligt för frågan om svensk domstols behörighet är till slut att Bayers och Kerrs sammanlagda marknadsandel vad gäller de aktuella dentalprodukterna var i Sverige - vid sakens behandling - 53% (25 resp. 28%).

I behörighetsfrågan (så icke i sakfrågan) delades domstolen i två läger. Majoriteteten om sex ledamöter gör klart att behörighet i fall där utländska företag är talessubjekt endast kan göras gällande om en tolkning av konkurrensbegränsningslagen - mot bakgrund av lagens syfte och materiella uppbyggnad - så medger. Och då syftet är att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens, vilket i sin tur uppbärs av en bestämmelse som är riktad mot konkurrensbegränsningar med skadlig verkan i Sverige, uppstår frågan: Gäller detta oavsett var det konkurrensbegränsande företaget har sitt säte?

Av lagens ordalydelse att döma (KBL 5§) skulle svaret bli ett obetingat ja. I lagtexten görs ingen skillnad mellan svenska och utländska företag.

Ett departementschefsuttalande från 1953 underkastar emellertid spörsmålet en viss tvekan.<sup>178)</sup> I detta uttalande hävdar departementschefen bl a att företag med säte i utlandet icke "nås" av de svenska straffbestämmelserna, liksom att förhandling inför näringsfrihetsrådet (=nuvarande marknadsdomstolen) icke kan upptas med dylika företag beträffande konkurrensbegränsningar. Konkurrensbegränsningar med skadlig verkan i Sverige skulle därför - i sådana fall - enligt departementschefen endast kunna avvärjas eller undanröjas via diplomatiska kanaler och i synnerhet genom internationella överenskommelser.

Det torde framgå att departementschefens ståndpunkt belastas av en smula oklarhet. Många tolkningar är möjliga. En är att han med

utgångspunkt från då gällande folkrättsliga principer<sup>179)</sup> begrän-  
sar konkurrensbegränsningslagens tillämpningsområde. Denna skulle  
icke kunna tillämpas exterritoriellt, i synnerhet vad gäller dess  
straffstadganden. Härvidlag skulle domstolen helt enkelt icke ha  
saklig behörighet på samma sätt som domstolarna i övrigt icke har  
saklig behörighet att handlägga ärenden som rör brott begångna av  
utländska medborgare i utlandet (med vissa undantag - se ovan  
kap III.<sup>180)</sup>

Domstolens majoritet (liksom minoriteten) valde nu icke att så-  
lunda tolka departementschefens uttalande. Enligt dess mening hade  
departementschefen icke alls för avsikt att begränsa konkurrensbe-  
gränsningslagens tillämpningsområde, utan endast att understryka  
det faktum att det rent faktiskt kan föreligga hinder eller i prak-  
tiken vara rent av omöjligt att, i det enskilda fallet, materialis-  
sera lagstiftarens intentioner. Det skulle således finnas en dis-  
krepans mellan vad som är å ena sidan teoretiskt möjligt och å  
den andra praktiskt genomförbart. Orsaken till detta är, enligt  
samma mening, att svenska myndigheter saknar de maktmedel som ford-  
ras dels för att mot en utländsk företagares vilja tvinga honom  
att svara för sina gärningar inför svensk rätt, dels att bedriva  
en undersökningsverksamhet i önskvärd utsträckning gällande kon-  
kurrensbegränsningar med internationell anknytning, och dels att  
verkställa domstolens beslut som berör utländska företag, vare sig  
det är fråga om böter, fängelsestraff eller direktiv. Bakgrunden  
till detta förhållande är att det generellt sett är folkrättsligt  
oacceptabelt att en stat utövar makt på en annan stats territo-  
rium utan dennas samtycke (suveränitets- och non-interventions-  
principerna). De svenska myndigheterna "saknar" således "maktme-  
del" till följd av ett frivilligt avstående, med hänsyn taget till  
det nyss sagda, från att tillskapa sådana, och icke som ett resul-  
tat av ett bristande ekonomiskt underlag eller lagtekniskt miss-  
öde.

Den svenska konkurrensbegränsningslagen kan emellertid - och så  
långt är domstolen enig - tillämpas på utländska företags (företag

med säte utom Sverige) konkurrensbegränsande agerande utanför Sverige. Enligt den definition som ligger till grund för föreliggande uppsats är det således fråga om exterritoriell tillämpning (se kap II).

Om den svenska konkurrensbegränsningslagen i enlighet med detta ger klartecken beträffande svensk domstols jurisdiktion i fall med internationell anknytning inträder ett mer intrikat spörsmål i sammanhanget: Vilka är de specifika förhållanden (kriterier) som måste föreligga för att exterritoriell tillämpning skall kunna ske?

I den svenska konkurrensbegränsningslagens 5 § utvecklas ett effektivitetskriterium innebärande att en konkurrensbegränsande handling är rättsstridig om den genererar effekter på den svenska marknaden. Är detta ett kriterium för svensk domstols behörighet i sak eller är det endast ett materiellt kriterium (för lagbrott)? Eller både och? Om det förra, vilka effekter skall i så fall föreligga (direkta eller indirekta) och hur omfattande?<sup>181)</sup> Om detta lämnar lagen icke något klart besked. Detsamma gäller övriga förhållanden som skall vara för handen för att en svensk domstol skall kunna hävda jurisdiktion, om nu dylika överhuvud taget existerar.

I dessa frågor är också skiljelinjen mellan majoritets- och minoritetsuppfattning i Bayer-Kerr-målen klarast markerad.

Avgörande för den svenska konkurrensbegränsningslagens tillämplighet beträffande företag<sup>182)</sup> som har sitt säte utanför Sverige är enligt domstolens majoritet (6 ledamöter), om företaget har en påtaglig anknytning till det svenska näringslivet. Huruvida påtaglig anknytning föreligger får enligt samma mening bedömas från fall till fall med hänsyn taget till ändrade tidsförhållanden och utvecklingen inom näringslivet i allmänhet, samt vissa anknytningsfakta i synnerhet. Såsom exempel på anknytningsfakta omnämns bl a företagets marknadsandel i Sverige, företagets egen representation i Sverige och dess karaktär, företagets storlek och verksamhetstid

på den svenska marknaden, samt dess avsikt att etablera sig varaktigt i Sverige.

Vid närmare analys av anknytningsfakta i det aktuella fallet fann domstolens majoritet att behörighet förelåg: Bayers och Kerrs produkter var välkända, hade saluhållits under en längre tidsperiod och åtnjöt en hög marknadsandel i Sverige. Representanter var utsedda - se ovan - och det fanns en medveten strävan, å företagets sida, att stadigvarande etablera sig på den svenska marknaden. (Det faktum att Bayer hade ett dotterföretag i Sverige men så icke Kerr, föranledde ej någon distinktion mellan de båda företagen i behörighetsfrågan.)

Så långt domstolens (majoritetens) motivering. Det är anmärkningsvärt att det ovan nämnda effektkriteriet icke inkluderats i behörighetsresonemanget. Kanske dess roll härvid är underförstådd. En begränsning till kriteriet påtaglig anknytning kunde eljest leda till anomalier vid den exterritoriella tillämpningen. Det kan exempelvis vara vanskligt att motivera eller rättfärdiga (i folk-rättsliga termer) svensk domstols behörighet i sak över konkurrensbegränsande åtgärder, som genomförts i utlandet av utländska företag med säte utomlands. Att företagen har påtaglig anknytning till det svenska näringslivet torde ej vara till fyllest. En sådan anknytning torde på sin höjd kunna ligga till grund för jurisdiktion över fysisk eller juridisk person (personal jurisdiction)<sup>183)</sup> dvs möjligheterna att ställa ett rättssubjekt inför svensk rätt under iakttagande av vederbörliga processrättsliga procedurregler.

Antag att påtaglig anknytning är det enda kriteriet för svensk domstols behörighet. Vad skulle följden bli? Svensk domstol skulle t ex icke ha behörighet när ett företag som icke har påtaglig anknytning - på grund av att dess varor just introducerats på den svenska marknaden eller att den endast är en potentiell konkurrent - till det svenska näringslivet, men faktiskt framkallar påtagliga effekter på den svenska marknaden. Enkelt uttryckt, kan det visa sig att det kriterium som förordats av domstolens majoritet i



Bayer-Kerr-målen - påtaglig anknytning - icke alltid tillvaratar lagstiftarens intresse - att skydda det svenska näringslivet och de svenska konsumenterna från "negativa" effekter (KBL 5§) - om det icke kombineras med ett effektkriterium.

Å andra sidan skulle, med samma antagande, svensk domstol ha behörighet över utländska företags konkurrensbegränsande agerande i utlandet trots att dessa icke direkt påverkar den svenska marknaden, förutsatt att påtaglig anknytning föreligger - ett högst tveksamt ställningstagande från folkrättslig synpunkt och samtidigt en tvivelaktig tolkning av den svenska lagstiftarens intentioner.

Domstolens minoritet i Bayer-Kerr-målen intar en annan, mer konventionell, ståndpunkt i frågan när den förklarar: "Avgörande för bedömningen av lagens tillämplighet i fråga om sådana konkurrensbegränsningar (vidtagna i utlandet av utländska företag) måste enligt vår mening vara om konkurrensbegränsningen är direkt inriktad på den svenska marknaden och har påtagliga effekter på denna marknad." Det konkurrensbegränsande företagens säte är, enligt samma mening, i nämnda fall betydelselöst.

En återblick på vad som sagts i kapitel II i föreliggande uppsats, ådagalägger likheterna mellan den nu angivna minoritetsuppfattningen och den amerikanska synen i samma ämne som den presenterats i amerikansk rättspraxis och i Restatement (kap II:7).

#### IV:4:1 Utvecklingen i USA: SKF-fallet

Vad gäller den senaste utvecklingen i USA kan denna till en början kort illustreras av ett rättsfall med svensk anknytning som dock ännu (nov 1977) tycks befinna sig på ett inledande och undersökande stadium. I detta fall attackerar Federal Trade Commission bl a ett svenskt företag - Aktiebolaget Svenska Kullagerfabriken (SKF) - för påstådda brott mot Clayton Act section 7 och Federal Trade Commission Act section 5. Denna anklagelse skulle enligt Federal

Trade Commission grunda sig på bl a följande omständigheter:  
AB SKF, som huvudsakligen tillverkar och säljer kullager och koniska lager, innehade 1971 22% av världsmarknaden (härvid bortses från öststaterna). Företaget äger ett flertal dotterbolag i många olika delar av världen och har inrättat försäljningskontor i de flesta stater. I USA har AB SKF redan 1915 uppsatt en tillverkningsenhet (liksom försäljningsenheter) som sedan 1933 går under namnet SKF Industries, Inc. och i vilken huvuddelen av aktierna ägs av AB SKF.

År 1965 erhöll AB SKF kontroll över ett italienskt bolag - RIV Officine di Villar Perosa S.p.A. (RIV) - som också tillverkar kullager och koniska lager. En del av detta företags produktion såldes (före 1965) till USA.

Den sammanlagda exporten av kullager och koniska lager till USA från AB SKF och några av dess europeiska dotterföretag beräknades 1972 till ett ungefärligt värde av fem och en halv miljoner dollar.

AB SKF's amerikanska enhet - SKF Industries, Inc. - förvärvade år 1955 ett annat amerikanskt företag (Tyson Bearing Corporation), och 1960 ytterligare ett (Nice Ball Bearing Company), varav det förstnämnda tillverkade och sålde koniska lager och det sistnämnda kullager. År 1972 inledde SKF Industries, Inc. ett samarbete med ett tredje amerikanskt företag - Federal-Mogul Corporation - som bl a innebar att det sistnämnda företaget skulle återförsälja det förstnämndas produkter. Detta samarbete föregicks av förhandlingar om ett stopp av tillverkningen av vissa typer av koniska lager från Federal-Mogul Corporation's sida.

De nu nämnda omständigheterna tillsammans med en del andra (här icke nämnda) har enligt Federal Trade Commission ansetts stå i strid med Federal Trade Commission section 5 i det att de är faktorer i ett förfarande som väsentligt (substantially) begränsar mellan de involverade företagen, på å ena sidan marknaden för koniska lager och å andra sidan marknaden för kullager. Förvärvet

av Nice Ball Bearing Company skulle dessutom strida mot Clayton Act section 7.

En närmare bedömning av omständigheterna i fallet är naturligtvis omöjlig att göra utan vidare kännedom om marknadsstrukturen i USA liksom om de inblandade företagens marknadsandelar i USA - och kanske är en sådan icke nödvändig i detta sammanhang. Det är emellertid betydelsefullt att veta att det AB SKF huvudsakligen anklagas för är ett handlingsätt som utgör en "unfair method of competition" under Federal Trade Commission Act section 5 och att grunden för anklagelse är en helhetsbedömning av en "serie" av förvärv av andra företag som AB SKF gjort under en 20-årsperiod, (således icke en bedömning av varje förvärv för sig). Detta sagt om själva konkurrensbegränsningen som sådan. För att dessutom amerikansk antitrustlag skall vara tillämplig på AB SKF tycks det emellertid vara tillräckligt att något av förvärven inom denna "serie" av förvärv rör ett amerikanskt företag eller att något av de förvärvade hade försäljning på USA. (Jfr dock not 187 Kap IV:4:2.)

#### IV:4:2 Utvecklingen i USA i övrigt

Det allmänna intrycket av sentida amerikansk rättspraxis är att det kan sägas föreligga en tendens å domstolarnas sida att ägna större uppmärksamhet åt den jurisdiktionella problematiken. Detta illustreras bl a av de tämligen extensiva analyser som stundom har producerats. Samtidigt stöter man emellertid på svårigheter när det gäller att jämka samman de olika tolkningar av aktuella rättsgrundsatser och beslut grundade därpå, som givits till känna, till något enhetligt och vägledande.

Tre rättsfall av principiellt intresse skall i det följande beröras. I det första, Fleischmann Distilling Corp. v. Distillers Co. Ltd. (S.D.N.Y. 1975), förde ett par amerikanska återförsäljare av importerad whisky ("Fleischmann") talan mot engelska whiskyproducercenter ("Distillers").<sup>184)</sup> Saken gällde bl a några klausuler i de

kontrakt som var föremål för förhandlingsobjekt mellan "Fleischmann" och "Distillers". Dessa klausuler som föreslagits och ställts som villkor för kontraktets undertecknande av "Distillers", var enligt "Fleischmann" till innehållet stridande mot Sherman Act section 1. Vidare påstods "Distillers" ha avbrutit redan existerande ensamförsäljningsavtal mellan parterna utan att ha rättsligt underlag därför.<sup>185)</sup>

På frågan om domstolen kunde utöva jurisdiktion över de engelska företagen, framhöll denna att den ifrågavarande produktionen och försäljningen av whisky utgör en "continuous stream of commerce among the states and with foreign nations" och att de gärningar, företaganden, avtal etc. som påstods ha ägt rum gjort så "in or directly affect commerce among the states and with foreign nations". Domstolen avvisar samtidigt den av försvarssidan ("Distillers") hävdade tesen att jurisdiktion endast kan göras gällande avseende handlingar som har en direkt och påtaglig effekt ("direct and material adverse effect") på den amerikanska marknaden.<sup>186)</sup>

Därmed förefaller domstolen att gå på den linje som förfäktas av bl a Rahl (se ovan kap II:8), dvs den teori som innebär att jurisdiktion alternativt kan grundas på:

- 1) att den konkurrensbegränsande handlingen rör eller gäller varor, tjänster etc. (nyttigheter) som antingen importeras till eller exporteras från USA,
- 2) att den konkurrensbegränsande icke gäller sådana varor eller tjänster etc. men ändå har påtagliga effekter på den amerikanska marknaden.<sup>187)</sup>

I Fleischmann-fallet aktualiserades alternativ 1).

Då domstolen här hade att göra med engelska företags konkurrensstridiga agerande, fäster den avseende vid (till skillnad mot de fall då endast amerikanska - inhemska - företag berörs), liksom bl a i Alcoa- och General Electric-fallen, rekvisitet "intent".

En avsikt, av vilket slag det nu vara må, att påverka den amerikanska marknaden måste således påvisas. Man är emellertid noga med att understryka att med en sådan avsikt endast förstås något så allmänt som att en person kan presumeras eftertrakta de naturliga följderna av sitt handlande.<sup>188)</sup> Vilken effekt detta har på bevisbördan är domstolen mer förtegen om.

Tillämpningsområdet för Clayton Act section 2a, som är riktad mot prisdiskriminering, är föremål för precisering i Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. (East District of Pennsylvania, 1975). Amerikanska företagare hade här riktat talan mot några japanska tillverkare av elektroniska produkter. Anledningen härtill var att de japanska företagen sålde sina produkter på hemmamarknaden till ett pris under det som utkrävdes på USA-marknaden av samma företag.

I domstolens motivering konstateras emellertid att section 2a icke är tillämplig. Som skäl för detta anges att prisdiskrimineringen enligt lagens rätta tolkning måste gälla nyttigheter som säljs för användning, konsumtion eller återförsäljning inom USA, och så i båda leden, dvs både nyttigheterna med det högre priset och de med det lägre skall vara sålda på USA-marknaden. I det här fallet hade de senare sålts på den japanska marknaden. Det är således fråga om en ganska betydande inskränkning av Clayton Act's tillämpningsområde som domstolen i och med detta anvisar.

En intressant och på många sätt unik analys av de jurisdiktionella problemen möter man i Timberlane Co. v. Bank of America (Court of Appeals 9th Cir. 1976).<sup>189)</sup> Bank of America, bland andra, anklagades för att ha, som ett led i en sammansvärjning (conspiracy), sökt fördriva Timberlane från dess förstahandsmarknad (Honduras). I detta syfte hade åtgärder vidtagits, som enligt Timberlane, stred mot Sherman Act. Huvudparten av dessa handlingar var genomförda i Honduras, låt vara att en del direktiv utfärdats från amerikanskt territorium.<sup>190)</sup> I första instans<sup>191)</sup> ansåg domstolen sig icke ha behörighet att pröva ärendet, enär det bl a icke kunde påvisas att de påstådda åtgärderna hade en "direct and substantial

effect on U.S. foreign commerce".<sup>192)</sup>

I den andra instansen (Court of Appeals) uttalades en annan ståndpunkt i anslutning till en ingående analys av behörighetsfrågan. I domskälen redogörs utförligt för den historiska bakgrunden vad gäller extra-territoriell tillämpning av amerikansk antitrustlag, bl a en diskussion om de viktigare rättsfallen på detta område. Vidare återges de ståndpunktstadganden som givits till kända i amerikansk doktrin och särskilt de olika tolkningsförslag i fråga om antitrustlagarnas tillämplighet som lämnats.

Omedelbart därefter angriper domstolen behörighetsproblemen och gör det i två faser. I den första fasen undersöks huruvida Sherman Act i och för sig, dvs bortsett från det folkrättsliga inflytandet, är tillämplig i det föreliggande fallet. Härvidlag anser domstolen frågan lätt besvarad: De konkurrensbegränsningar, varom saken gällde, var ämnade att påverka amerikansk utrikeshandel och faller följaktligen in under ordalydelsen i Sherman Act section 1 och 2.

Den andra fasen utmynnar i en annan frågeställning: Bör amerikansk domstol hävda jurisdiktion. För att nå visshet om detta, värderar och balanserar domstolen en mängd omständigheter, såsom parternas nationalitet, de inblandade företagens huvudsakliga verksamhetsort (säte, marknad, aktieägare etc.), graden av konflikt med Honduras ekonomiska politik och marknadsrättsliga lagar utifall jurisdiktion skulle hävdas, omfattningen av effekter på den amerikanska marknaden, graden av uppsåt, o s v.

Det är tvivelsutan så att domstolen i Timberlane presenterar en nyskapelse. Denna kännetecknas av ett lösgörande av den folkrättsliga problematiken från lagtolkningsfrågan (antitrustlagarnas tillämpbarhet) så att den förra kan underkastas en särskild prövning. I tidigare, i den här uppsatsen nämnda, rättsfall - som t ex Alcoa och General Electric<sup>193)</sup> - finns de folkrättsliga aspekterna inbakade i den formel som i varje särskilt fall tillämpats ("in-

tended to affect and did affect", "direct and substantial effect", etc.). Visserligen innebär även dessa formuleringar ett hänsynstagande till folkrätten. Men sedan formuler av detta slag - enligt amerikansk terminologi "foreign commerce tests" - väl konstruerats, såsom skedde i Alcoa,<sup>193)</sup> har domstolarna i senare rättspraxis i stort sett begränsat sig till att mekaniskt applicera dessa utan vidare analys av den folkrättsliga problematiken.

Häremot har det förfarande som utmärker Timberlane-fallet en till synes mer funktionell och pragmatisk karaktär. Varje rättsfall rymmer sina enskildheter, har sina speciella fakta och folkrättsliga särprägel. En bedömning och värdering måste göras i varje enskilt fall. Så skulle man kunna sammanfatta det som domstolen i Timberlane ger uttryck för.

AVSNITT V

PRAKTISKA ASPEKTER

Några typfall

Det är min avsikt att här, i uppsatsens avslutande del, anlägga en och annan praktisk aspekt på den exterritoriella tillämpningen. Att konkurrensmyndigheter - vare sig det är Antitrust Division i USA eller NO i Sverige - kan stöta på problem vid tillämpningen eller verkställandet av respektive lands lagar och detta särskilt när en konkurrensbegränsande åtgärd har genomförts i ett tredje land, har i flera sammanhang redan påpekats.<sup>194)</sup> Detta, i och för sig viktiga, ämne skall emellertid icke ånyo aktualiseras.

I blickpunkten ställs, för den fortsatta diskussionen, snarare företaget - i synnerhet det svenska - och dess problem sedda ur företagsjuristens synvinkel. Hur skall ett företag i Sverige, med internationella förbindelser, förhålla sig till det i den föreliggande uppsatsen centrala? Eller hellre: Är det tillfyllest att det svenska företaget tar hänsyn blott till den svenska konkurrensbegränsningslagen när det engagerar sig i den internationella handeln (möjligtvis med tillägg av konkurrensbegränsningslagen i den stat vari företagets handelspartners hör hemma)? Vilken roll skall den amerikanska antitrustlagen spela?

Några synpunkter i frågornas riktning skall här framföras.<sup>195)</sup> Vi har redan sett att amerikanska antitrustmyndigheter och domstolar icke har tvekat när det gäller att sträcka ut de amerikanska antitrustlagarnas tillämpningsområde. Domstolarna i USA anser sig ha behörighet att pröva konkurrensärenden t o m när dessa, i vart fall vid första påseendet, har få beröringspunkter med USA-marknaden eller synes ha väsentligt närmare relationer med en annan stats näringsliv.<sup>196)</sup> Även om man icke skulle vara beredd att genast acceptera detta faktum, kan man icke - i synnerhet som företagsjurist - bortse från det, utan tvärtom ständigt vara varse de risker ett antitrustlagvidrigt agerande medför.<sup>197)</sup>

Från uppsatsens inledande kapitel har vi lärt att de amerikanska antitrustlagarna tillämpas antingen enligt en per se-regel eller enligt den s k rule of reason. Den först nämnda tas i anspråk vid



gemensam prissättning (price-fixing), bojkottering, produktionskvotering, territoriell allokering etc. och innebär att domstolen i förekommande fall helt bortser från de - för det enskilda fallet - specifika elementen såsom bakomliggande motiv, graden av uppsåt och de effekter som konkurrensbegränsningen framkallat. De nu nämnda konkurrensbegränsningarna anses helt enkelt generellt sett vara av ondo<sup>198</sup>) och tarvar därför, enligt de amerikanska domstolarna, icke någon närmare ekonomisk eller rättslig analys.

Det karakteristiska för rule of reason är häremot att domstolen i varje enskilt fall närmare undersöker - stundom mycket grundligt - och sammanväger de för fallet relevanta omständigheterna: Vilka är de faktiska effekterna på konkurrensen och på marknaden av den aktuella konkurrensbegränsningen? Medför denna några positiva effekter? Vilka är de bakomliggande motiven för konkurrensbegränsningen och kan den rättfärdigas från någon synpunkt? Fanns det något, mindre konkurrensbegränsande, alternativ, etc.?

Det är väl att vänta att rule of reason är den regel som i första rummet kommer att tillämpas på konkurrensbegränsande åtgärder som vidtagits utanför USA av icke-amerikanska företag. En fullt berättigad och i och för sig laglig företagsekonomisk åtgärd med begränsade, "negativa", sidoeffekter på konkurrensen kan därför lämnas oåtbördad, om det kan visas att de konkurrensbegränsande effekterna var, praktiskt sett, en oundviklig följd av huvudåtgärden ("ancillary restraints").

I minnet bör man dock ha att ett handlingssätt som endast begränsar, dvs har effekter på, konkurrensen mellan icke-amerikanska företag faller, som huvudregel, icke blott på grund därav under de amerikanska antitrustlagarna. Påverkar en dylik konkurrensbegränsning det amerikanska näringslivet - genom att minska dess export- eller importmöjligheter - eller villkoren för de amerikanska konsumenterna - genom ökade priser eller försämrade varukvalitet - är detta emellertid skäl nog för de amerikanska antitrustmyndigheterna att inleda preliminära undersökningar som sedan kan ge fog för processande.

Den fortsatta diskussionen skall koncentreras kring ett antal konstruerade fall som på ett eller annat sätt aktualiserar den problematik som hitintills behandlats.

Fall 1:

Antag följande: ALFA är ett svenskt metallföretag som kontrollerar dotterföretag både i Sverige och i utlandet (bl a i afrikanska stater) främst sysselsatta med gruvdrift. En avsevärd del av mineralerna som utvinns härvid - metall Z - säljs direkt till ALFA som förädlar denna, medan resterande del avhänds på London-börsen. Av den förädlade produkten exporteras ca 40 % till USA.

BETA, ett svenskt investmentbolag med mångfasetterade intressen bl a i livsmedelsbranschen, har förvärvat majoritetsställning i ett annat afrikanskt gruvbolag som likaledes gör affärer på London-börsen.

Ett västtyskt metallföretag, DELTA, har nyligen upptäckt nya, omfattande, fyndigheter av metall Z på afrikansk grund. Sedan dessa fyndigheter offentliggjorts, tenderar marknadspriset på metall Z att radikalt pressas nedåt.

På initiativ av det västtyska DELTA och ett engelskt företag i branschen, RATIO, anordnas ett möte mellan de nu nämnda företagen och de tidigare nämnda svenska, för att på informell grund diskutera det nyuppkomna (pris-)läget. Samtalen förs i helt obunden form och resulterar icke i några beslut eller ens gemensamma uttalanden.

Ett par månader senare genomför de svenska och det västtyska företaget - var och en självständigt med cirka en veckas mellanrum - en justering uppåt (med ett par procentenheter) av priset på metall Z. Samtidigt rapporteras från det västtyska DELTA's sida att man där betydligt överskattat omfattningen av de nya metall Z-fyndigheterna. Ett påpekande från ett amerikanskt metallföretag föranleder det amerikanska Antitrust Division att inleda under-

sökningar avseende det nämnda mötet mellan de europeiska metallföretagen och omständigheterna kring detta.

Kan de amerikanska antitrustmyndigheterna ingripa? På vilken grund? I vilken utsträckning?

Behörighetsfrågan: En amerikansk domstol kommer näppeligen att möta svårigheter när det gäller att finna underlag för behörighet i detta fall. Metall Z avyttras visserligen icke direkt på den amerikanska marknaden utan endast på London-börsen och till europeiska företag. Emellertid upphandlas merparten av metall Z som säljs på London-börsen av USA-företag, och därigenom påverkas det amerikanska näringslivet i vart fall indirekt. Av vad som ovan sagts om effektprincipens exakta karaktär<sup>199)</sup> torde framgå att antitrustlagarna icke endast är tillämpliga när priset, kvaliteten etc. på varor i handeln mellan USA och den övriga världen berörs ("in foreign commerce") utan också när en påtaglig effekt ("substantial effect") kan förmärkas på USA-marknaden (utanför nämnda "varuström"). Till yttermera visso exporteras en väsentlig del av ALFA's förädlade metallprodukter direkt till USA. Kan man förmoda att priset på dessa produkter påverkats eller kan påverkas av prishöjningen på metall Z, finns ännu säkrare underlag för behörighet.<sup>200)</sup>

Vad sedan gäller frågan om personal jurisdiction, dvs i vad mån det är möjligt att, med uppfyllande av bl a de fordringar som den amerikanska konstitutionens artikel 14 - "due process clause" - ställer liksom övriga processrättsliga bestämmelser,<sup>201)</sup> pröva ett ärende där utländska rättssubjekt är involverade, kan detta ställa sig mera svårlöst. Avgörande är i de flesta fall huruvida de aktuella företagen utför något av affärsmässig natur inom USA ("transact business"), av vad slag det än vara må, eller har dotterbolag därstädes.

ALFA's affärstransaktioner i USA - försäljning av metallprodukter - är härvidlag tillräckligt för att möjliggöra personal jurisdiction.

Utsikterna att stämma in BETA inför amerikansk domstol får sammaledes vara betingat av frågan om BETA överhuvud taget har något affärsmässigt samröre med USA-marknaden t ex i livsmedelsbranschen (även om detta kan synas ha litet att skaffa med fallet under behandling). Skulle ett dylikt samröre icke kunna påvisas, kan de amerikanska myndigheterna i stället söka utöva press på BETA, t ex genom att beslagta eventuell egendom eller bankkonto som företaget har i USA, och därigenom erhålla BETA's samtycke till amerikansk domstols jurisdiktion - helt i enlighet med amerikansk författning.

I sista hand kan de amerikanska antitrustmyndigheterna låta vänta med att inleda rättegång mot BETA tills tillfälle ges att hävda personal jurisdiction (inom loppet av kanske 2-4 år).

Sakfrågan: Även om vi utgår ifrån att, faktiskt sett, inga beslut togs på det ovan beskrivna mötet mellan de europeiska företagen, och att några bindande löften överhuvud icke gavs samt att de genomförda prishöjningarna var resultatet av ett helt självständigt agerande, är saken därmed icke överspelad.

Enligt amerikansk rättspraxis gör det ingen skillnad om en överenskommelse är av formell eller informell natur. Formen är icke avgörande. En lös utfästelse, kanske konsekvensen av ett enda samtal, kan, enligt Sherman Act, i och för sig vara lika straffbar som en förpliktelse innesluten i ett noggrant utarbetat kontrakt. Föreligger tecken på att amerikanska importpriser påverkats genom konkurrensbegränsning är antitrustmyndigheterna icke sena att inleda omfattande och omsorgsfulla undersökningar. Vad som i själva verket passerade vid mötet blir föremål för bevisning och motbevisning i en därpå följande process, varvid de svenska företagens (liksom övrigas) version av händelseförloppet och samtalens art under ifrågavarande möte, endast får partsinlagas status. Det kan vara nog så svårt att i förevarande situation prestera bevisning som neutraliserar de starka indicier som företagen har emot sig (samtidig prishöjning efter gemensamma diskussioner).

Därför finns all anledning att seriöst överväga det risktagande som ett, i och för sig oskyldigt, möte (konkurrerande företag emellan) innebär. Och så icke endast på grund av förekommande svårigheter att vederlägga det argument som de amerikanska anti-trustmyndigheterna har i kraft av nyss nämnda indicier, utan också för att själva utrednings- och granskningsarbetet, som föregår rättegången, kan bli mycket besvärlig och kostsam. (Jfr SKF-fallet.) En möda som kan visa sig icke på långt när motsvara de förmåner det informella mötet eventuellt medför.

Låt oss antaga att de svenska företagen hade vänt sig till en praktiserande jurist, med omfattande kännedom om de amerikanska anti-trustlagarna, och konsulterat denne innan det bestämt sig för att delta i mötet. Följande uppmaning hade förmodligen delgivits: Undvik alla diskussioner eller samtal oavsett med vilket (konkurrerande) företag eller dess representant om priser - vare sig gällande eller framtida - prispolitik, royalties, kundval, produktionskvotering, anbud, rabatter, kostnader eller frågor av liknande art. Undvik också informationsutbyte om konkurrerande företags produkter. Av detta följer att det aldrig skall slutas några överenskommelser, vare sig uttalade eller underförstådda, med någon konkurrent i dessa frågor. Detta inkluderar icke endast skrivna eller muntliga avtal utan också tysta överenskommelser, s k gentlemen's agreements och andra icke-formella uppgörelser.

#### Fall 2:

Ett betydande svenskt företag, ARNA, har slutit ett licensavtal med BERTA, ett företag verksamt i land X (icke USA). Enligt detta avtal meddelas BERTA rätten att använda vissa patent som ARNA har förskaffat sig i land X, och även viss know-how oundgänglig vid tillverkningen av produkten Y. Betalningen utgår i royalties.

Skälet till att ARNA icke på egen hand tillverkar produkterna och därefter exporterar dem till land X, är att X har alltför rigorösa importbestämmelser. Dessutom är lönekostnaderna i land X avsevärt lägre än i Sverige.

Då avtalet varit i kraft i ett år, inför myndigheterna i land X nya bestämmelser vad gäller betalningen av royalties till utländska rättssubjekt. Varje uppgörelse om betalning i royalties måste, enligt dessa regler, underställas myndigheternas prövning. En maxigräns för vad som får föras ut ur landet i form av royalties skall i fortsättningen gälla. Centralbankens (i X) föreskrifter begränsar än mer möjligheterna att föra ut valuta ur landet.

Då ARNA blir varse att det, på grund av nämnda bestämmelser, icke kan erhålla en skälig motprestation av BERTA, utnyttjar ARNA en klausul i avtalet som medger ändringar i detta vid så bristande förutsättningar och föreslår ett par tillägg med, i praktiken, följande innehåll:

1) Licenstagaren förbinder sig att låta alla verktyg, maskiner och komponenter samt vad som i övrigt är nödvändigt vid tillverkningen av produkten Y fortsättningsvis, exklusivt, tillhandahållas av den svenska licensgivaren ARNA.

2) Utöver de patent som fordras för tillverkningen av Y, förbinder sig BERTA att också taga licens på andra patent (vilka BERTA i och för sig icke anser sig ha behov av eller avser att bruka i framtiden).

De i 1) nämnda verktygen, etc. är opatenterade och marknadsförs dessutom av många andra företag, bl a amerikanska.

Konkurrensrättsliga följder: Det råder inget tvivel om att det ensamförsäljningsavtal som här upprättats liksom förbindelsen om licens på "irrelevanta" patent hade varit per se förbjudna enligt Sherman Act om de åvägabragts på amerikanskt territorium. Då vi nu emellertid rör oss på icke-amerikanska marknader, blir det avgörande, för om ett visst konkurrensbegränsande förfarande strider mot amerikansk antitrustlag, huruvida detta oskäligen utestänger amerikansk export från dessa marknader och huruvida exporten till USA från nämnda marknader påverkas i påtaglig grad. Det är sålunda återigen effektprincipen som skall appliceras.

ARNA och BERTA har slutit ett avtal som innehåller två så kallade tie-ins

(in- eller uppbinding). Den ena förbinder BERTA att köpa opatenterade varor exklusivt av ARNA och den andra BERTA att taga licens på patent som denne faktiskt icke har behov av. Härigenom söker ARNA att kompensera de royaltyförluster som företaget gör genom de nyinförda bestämmelserna i land X. Frågan är om ändamålen helgar medlen, dvs om ARNA's motiv rättfärdigar ett beteende som normalt strider mot de amerikanska antitrustlagarna. Den springande punkten beträffande ensamförsäljningsklausulen är, som redan antytts, i vilken utsträckning detta exkluderar amerikanska konkurrenter från att exportera nämnda produkter till BERTA. Är amerikansk export överhuvud taget möjlig? Till vilken grad påverkas denna? Den senare frågan beror i sin tur på hur pass omfattande BERTA's inköp är sett i relation till den totala marknaden.

Amerikanska antitrustmyndigheter kan, om effekterna på USA-marknaden visar sig vara påtagliga, stämma in ARNA och BERTA inför amerikansk domstol och därigenom, om icke annat, få ensamförsäljningsklausulen ogiltigförklarad. Personal jurisdiction (se fall 1) kan amerikansk domstol dock hävda endast under förutsättning att ARNA eller BERTA har någon affärsmässig anknytning ("transact business") till den amerikanska marknaden. Vad sedan gäller den andra klausulen kan det antagas att amerikanska antitrustmyndigheter ogärna vidtar åtgärder mot ARNA och BERTA annat än om klausulen negativt och i påtaglig grad påverkar amerikanska företags möjligheter att sluta licensavtal med BERTA eller att detta "paketköp" medverkar till att höja priset, försämra kvaliteten eller minska tillgången på varor som exporteras från X till USA.

### Fall 3:

ABBE är ett litet svenskt företag som besitter värdefull - opatenterad - teknisk know-how. ABBE beslutar sig för att sluta ett 20-årigts licensavtal med det tyska storföretaget BEDA, varigenom större delen av ABBE's know-how förmedlas till BEDA. Betalning utgår i form av royalties under hela 20-årsperioden.

ABBE har hitintills icke varit särskilt lyckosam på exportmarknaden

inom EG och i USA, varemot dess inhemska marknadsandel är stadigt växande. En av de fördelar som ABBE förväntas erhålla genom licensavtalet är att det nu i stor skala kan exportera komponenter och annan utrustning till det västtyska BEDA som denne sedan antingen införlivar i slutprodukten Z eller brukar i tillverkningsprocessen.

BEDA är ett tillräckligt kapitalstarkt företag för att, på relativt kort tid, besätta den amerikanska marknaden, förutsatt att det kommer i åtnjutande av erforderlig know-how. Av försiktighetsskäl begär därför ABBE att följande klausuler innefattas i licensavtalet:

- 1) Licenstagaren BEDA skall avstå från att konkurrera med ABBE på USA-marknaden beträffande alla produkter som tillverkas med hjälp av ABBE's know-how.
- 2) Licenstagaren BEDA skall exklusivt förvärva samtliga komponenter, som kommer till användning i tillverkningsprocessen, av ABBE.

Ett liknande licensavtal är på väg att upprättas med ett japanskt företag, JAPO, varvid JAPO eftertryckligen begär att det tyska BEDA också skall avstå från att konkurrera på den ost-asiatiska marknaden.

Konkurrensrättsliga följder: Generellt gäller att då licensiering av know-how saknar rättsligt skydd motsvarande det som patenträtten innebär tillämpas striktare antitrustnormer i fråga om licensavtal på know-how än på patent (detta alltså i USA). Licensavtalet mellan ABBE och BEDA i vårt hypotetiska exempel är, delvis därför, särdeles tvivelaktigt ur antitrustsynpunkt.

Ett ledande europeiskt företag utestängs från den amerikanska marknaden under en 20-årsperiod. Uppenbarligen begränsas konkurrensen. Då emellertid ingen per se-regel är tillämplig på ifrågavarande handlingssätt (enligt amerikansk rättspraxis), åligger det de amerikanska antitrustmyndigheterna att utreda avsikter och motiv liksom de, för det enskilda fallet, specifika effekterna (rule of reason - allt enligt Sherman Act).



Två faktorer får här väsentlig betydelse: a) ABBE är ett relativt litet företag och avgjort mindre än licenstagaren BEDA. Dessa fakta verkar till förmån för de båda företagen. b) Tiden, under vilken konkurrensförbudet gäller, får ej överskrida den tid det skulle ta för BEDA att utan stöd av ABBE självständigt utveckla den know-how som nu licensieras (reverse engineering). Hur det i själva verket förhåller sig med detta får naturligtvis bero på de närmare - här icke angivna - omständigheterna i fallet. Låt oss därför antaga att tiden, 20 år, i nu angivna hänseenden är skälig. Följaktligen skulle också konkurrensbegränsningen vara skälig, under förutsättning åter att förbudet att konkurrera är ensidigt, dvs åligger endast BEDA, att tillverkningen av produkten Z i väsentlig grad är avhängig omtalad know-how samt att licensavtalet är en engångsföreteelse och avser en bestämd mängd know-how.

Förhöll det sig tvärtom så att licensavtalet i fråga endast är ett led i ett omfattande och ömsesidigt utbyte av know-how, där de territoriella begränsningarna snarare är regel än undantag eller där tillverkningen av produkten Z endast i mycket liten grad är beroende av den know-how som förmedlas, är förhållandet ett annat. I en dylik situation åligger det avtalsparterna att, i en eventuell rättegång, förete skäl som visar att förbudet att konkurrera på den amerikanska marknaden är nödvändig för avtalets förverkligande - en långtifrån avundsvärd uppgift.

I ett fall som det föreliggande torde dessutom en amerikansk domstol med lätthet kunna hävda behörighet emedan konkurrensbegränsningen direkt berör varor i amerikansk importhandel (in foreign commerce).

Ensamförsäljningsklausulen (ovan nämnda klausul 2) faller icke inom de amerikanska antitrustmyndigheternas intressesfär annat än i fall där klausulen utestänger amerikanska företag från att konkurrera om försäljningen av de aktuella artiklarna, vilket i och för sig är fullt möjligt.<sup>202)</sup> Att sedan klausulen förmodligen strider mot den europeiska gemenskapens (EG) konkurrensregler - arti-

kel 85 - och möjligtvis även mot västtyska bestämmelser av samma natur, hör visserligen icke till ämnet men tål att påpekas.

Vad till sist gäller den klausul som påfordrats av det japanska företaget JAPO - om exklusion av det västtyska BEDA från den ostasiatiska marknaden - kan detta icke resa några invändningar ur antitrusträttslig synvinkel. Den amerikanska marknaden berörs här icke alls och just på grund därav kan en amerikansk domstol icke påyrka behörighet. (Jfr dock igen EG-rätten.)

#### Fall 4:

Det svenska företaget RABE är ledande inom den svenska köksmaskinbranschen och åtnjuter även internationellt sett en framskjuten position. Under den senaste 10-årsperioden har RABE förvärvat aktiemajoritet i ett antal mindre betydande - konkurrerande - företag och därigenom stärkt sin ställning både på den amerikanska och den europeiska marknaden. RABE visar sig nu vara intresserat av att på samma sätt knyta ett västtyskt företag, BOTE, till koncernen.

BOTE är ett litet företag, nyss etablerat, med en marknadsandel på blott 1 % av den västtyska marknaden och med en till obefintlighet gränsande export till USA. Det särskilt attraktiva hos BOTE är det patent det nyligen meddelats på en viss köksartikel, vilken förutspås få en lysande framtid. BOTE anser sig dock icke vara tillräckligt kapitalstark för att på egen hand bereda väg för marknadsföringen av den nya produkten och ställer sig därför positiv till RABE's framställning.

#### Konkurrensrättsliga följder:

De grundläggande fusionsbestämmelserna i amerikansk antitrustlag finner man i Clayton Act section 7 (ävenså i Sherman Act section 2). Section 7 olagligförklarar förvärv av företag som kan leda till att en väsentlig del av konkurrensen förhindras eller elimineras på någon relevant marknad.<sup>203)</sup> Denna bestämmelse kan tillämpas icke endast på fusioner mellan direkta konkurrenter utan också på fu-

sioner mellan direkta konkurrenter utan också på fusioner mellan potentiella konkurrenter och på företagsförvärv i det vertikala ledet.

Att section 7 skulle vara tillämplig i vårt hypotetiska fall är dock mindre troligt då BOTE icke kan anses vara "engaged in commerce". I ett nyligen avkunnat beslut i USA's högsta domstol. (United States v. American Building Maintenance Industries, Supreme Court, 1974), är man nämligen noga med att inskräpa betydelsen av att section 7 i Clayton Act fordrar att det förvärvade företaget skall vara "engaged in commerce". Det är enligt denna tolkning icke nog att en fusion har effekter (även om påtagliga) på den amerikanska, inomstatliga eller utrikes, handeln. (Härvidlag föreligger således en skillnad gentemot Sherman Act's och Federal Trade Commission Act's bestämmelser - se om detta i not 187 under kapitel IV:4:2.)

Rekvisitet att vara "engaged in commerce", innebär att företaget skall antingen ta del av produktionen, distributionen eller försäljningen respektive förvärvet av varor eller tjänster mellan de amerikanska delstaterna eller mellan USA och den övriga världsmarknaden (utgöra en del av denna "varuström"). Den begränsning av de amerikanska domstolarnas behörighet i sak som här följaktligen ges till känna ("engaged in commerce"-begränsningen) utgör samtidigt ett hinder för de amerikanska antitrustmyndigheterna att internera med stöd av section 7 när ett förvärv har skett av ett utländskt företag som - liksom i vårt fall - är litet och icke är direkt engagerad i amerikanska handeln.

Men därmed är icke saken ur världen. En jämförelse med SKF-fallet (kap IV:4:1) - fallen företer vissa likheter - torde göra klart att section 5 i Federal Trade Commission Act mycket väl kan bilda underlag för ett ingripande av de amerikanska antitrustmyndigheterna. (Denna bestämmelse har dessutom nyligen ändrats till att gälla konkurrensbegränsningar "in or affecting commerce" - se not 187 i kap IV:4:2.) Anklagelsepunkten torde då bli att RABE's handlingsätt under den senaste 10-årsperioden - med en serie av företags-

förvärv - utgör en "unfair method of competition".

Ett ingripande av de amerikanska antitrustmyndigheterna kan även vara motiverat från en annan synpunkt: Antag att BOTE's nypatenterade produkt visat sig vara vida överlägsen andra produkter på den relevanta marknaden. Detta förhållande skulle naturligtvis skapa gynnsamma förutsättningar för BOTE när det gäller att etablera sig självständigt på den amerikanska marknaden och därigenom i anseelig grad öka konkurrensen därstädes (förutsatt att finansieringen kan ordnas på annat sätt än genom RABE). Antag vidare att BOTE innehar patenträttigheterna i USA på produkten ifråga. Dessa rättigheter kan betraktas som en tillgång som faller under definitionen i Clayton Act section 7, vilket medför att varje försök att avhända sig eller upplåta rättigheterna kan tolkas som om BOTE vore "engaged in commerce" i USA.

Under dessa speciella förutsättningar kan RABE's planerade förvärv av BOTE förhindras av de amerikanska antitrustmyndigheterna.

En tredje möjlighet är att RABE's förvärv betraktas som ett försök att kringgå Sherman Act's (section 1) bestämmelser vilka markerar en negativ hållning (dock icke per se-förbud) visavi exklusiva upplåtelser av patenträttigheter.

Ändras förutsättningarna i det givna exemplet i så måtto att BOTE i stället för att ha en obetydlig export till USA, säljer till den grad på den amerikanska marknaden att det anses vara "engaged in commerce", är läget genast ett annat.

BOTE är en betydelsefull potentiell konkurrent på den amerikanska marknaden. Ett försök till förvärv av BOTE skulle kunna föranleda följande utredning på initiativ av de amerikanska antitrustmyndigheterna:

1) är den relevanta amerikanska marknaden hårt koncentrerad vid tiden för förvärvet?

2) Är BOTE, med dess speciella egenskaper, blott en av en liten grupp potentiella konkurrenter?

- 3) Har BOTE motiv och incitament nog att söka inträde på den amerikanska marknaden?
- 4) Har BOTE förmågan (ekonomiskt och kunskapsmässigt) att etablera sig därstädes? Ett jakande svar på samtliga av dessa frågor har till konsekvens att Clayton Act section 7 blir brännande aktuell.

Appliceras frågorna på de i övrigt givna förutsättningarna i det ursprungliga exemplet, inses snart nog att fråga 4 icke låter sig positivt besvaras. BOTE har icke en ledande ställning på den europeiska marknaden, icke ens på den västtyska, och företaget har mycket begränsade ekonomiska resurser.

Återigen kan emellertid det faktum att den patenterade produkten har en konkurrensmässig särställning, ge ett annat resultat. BOTE's lysande prospekt kan t ex tänkas locka finansiärer som icke är intresserade av förvärv, och därmed vore de ekonomiska problemen lösta.

Till sist tre anmärkningar av generell betydelse:

- 1) De amerikanska antitrustmyndigheterna gör ingen skillnad, varken i diskriminerande eller favoriserande bemärkelse, mellan företag på grund av deras säte eller nationella behörighet. Det är därför likgiltigt att ett företag, vars agerande är föremål för granskning, icke är amerikanskt eller har säte utanför USA. Det enda som har någon betydelse är vilka effekter ett visst konkurrensbegränsande handlande har på den amerikanska handeln.
- 2) Den hitintills givna redogörelsen kan ge ett intryck av att talerätten är begränsad till de amerikanska antitrustmyndigheterna. Så är icke fallet. Varje enskild individ och varje enskilt företag har rätt att föra talan enligt de amerikanska antitrustlagarna. (Detta gäller även utländska företag och individer liksom statsrepresentanter - förutsatt förstås att de också har behörighet i andra avseenden, intresse i saken osv.).
- 3) I de fyra hypotetiska fallen som behandlats ovan är det genom-

gående de svenska företagen som varit initiativtagarna till de, ur antitrustsynpunkt, tveksamma avtalsklausulerna. Ett omvänt partsförhållande i de slutna avtalen, där således de utländska rättssubjekten är den pådrivande kraften, skulle icke på något sätt förändra de slutsatser som framförts i anslutning till varje fall. Det ekonomiska risktagandet skulle likaledes bli oförändrat väsentligt.

## TILLÄGG

### Några ord om hur man hittar i amerikansk rättspraxis

För att någorlunda kunna orientera sig i en mycket vidlyftig amerikansk rättspraxis - och därmed förstås olika samlingar av denna - förutsätts en omfattande kännedom om domstolsorganisationen i USA. En dylik kunskap kan givetvis icke bibringas här, men ett par rader skall meddelas den fåkunnige i syfte att öka förståelsen av rättsfallsciteringen.

Den amerikanska domstolspyramiden kan sägas vara uppdelad i två block: de delstatliga domstolarna och de federala domstolarna. Varje delstat i USA - för närvarande 50 till antalet - har ett eget domstolssystem som i de flesta fall består av tre instanser: en underrätt, en appellationsdomstol ("appellate courts") och en högsta domstol ("supreme court"), ehuru variationerna är många - från delstat till delstat - liksom det sätt varpå domstolarna har uppkallats. (Stundom kan den lägsta instansen benämnas "supreme court". Underrätterna kan dessutom vara delgivna behörighet att endast pröva en särskild art av ärenden, varvid en domstol kan tänkas ha behörighet att pröva mindre civilrättsliga ärenden, en annan fall där ungdomar har åtalats och en tredje upprättad att endast pröva testamenten, etc., allt inom samma delstat.)

En delstatsdomstol har (saklig) behörighet att handlägga straffrättsliga mål som har sitt ursprung i att brott mot just denna delstats strafflagar varit för handen. Åtal som grundar sig på utom-delstatliga lagar eller federala lagar, kan dock icke tas upp till prövning i inom-delstatliga domstolar. En delstatsdomstol har, emellertid, vad gäller civilrättsliga mål rättighet - och i vissa fall skyldighet - att pröva ärenden vare sig de är grundade på inom-delstatliga, utom-delstatliga eller federala lagar. (Med inom- respektive utom-deltatlig förstås blott att en lag har stiftats inom respektive utom en viss (vilken som helst)

delstat vars domstolars behörighet är satt ifråga.)

Parallellt med den delstatliga domstolsorganisationen löper den federala. (Sammantaget finns således 51 olika domstolssystem i USA.) De federala domstolarna är spridda över hela USA och har särskild kompetens. Instansordningen är trefaldig. I botten på den federala domstolspyramiden finns de s k Federal District Court. Dessa är 90 till antalet - hela USA är härvid geografiskt uppdelat i distrikt (90) och denna uppdelning är betingad av folkmängdens fördelning i USA. (En domstol i varje distrikt således.)

De federala underätterna är kompetenta att handlägga åtal som är grundade på federal lagstiftning - härvid har den exklusiv behörighet - men icke (åtal grundade på) delstatlig lagstiftning.

I civilrättsligt hänseende ligger följande mål inom de federala underrätternas kompetensområde: 1) Mål baserade på federal lagstiftning. I många, men icke alls i alla, fall stadgas härvid att tvistesumman måste vara lika med eller överskrida ett minimibelopp å 10.000 dollar. Gäller en sådan minimiregel och tvistesumman visar sig underskrida detta belopp, hänvisas målet till de delstatliga domstolarna. Också i andra fall, där en rättstvist är baserad på federal lagstiftning, må denna upptagas i delstatlig domstol. Det är sålunda upp till var och en att välja mellan federal och delstatlig domstol när målet har civilrättslig karaktär. (Dock icke mellan vilken delstatlig domstol som helst.) De federala och de delstatliga domstolarna är så att säga konkurrerande domstolar ("concurrent jurisdiction"). Undantag, där således de federala domstolarna har exklusiv jurisdiktion, är bl a: patent- och förlagsrättsmål, sjörättsliga mål samt rättssak mot den federala regeringen. 2) Mål baserade på delstatlig lagstiftning där kärke och svarande är medborgare (resp stadigvarande vistelse) i olika delstater ("diversity of citizenship cases"). Också här gäller en minimigräns på 10.000 dollar, men i samtliga fall. I övrigt är förutsättningarna desamma som under 1).



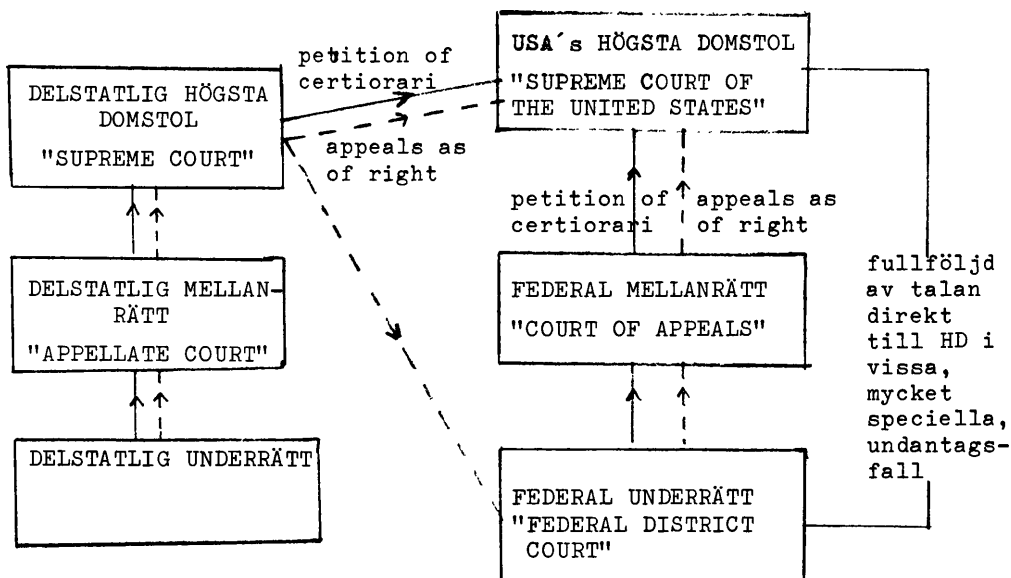
Från de federala underrätterna måste den rättssökande, om han vill få sin sak prövad på nytt, vända sig till en federal appellationsdomstol. Det finns 11 appellationsdomstolar (United States Courts of Appeals) geografiskt utspridda över hela USA med särskilda jurisdiktionsområden (domkretsar) benämnda "circuits". (En domstol, således, i varje "circuit".) Dessa domstolar, Courts of Appeals, kan icke upptaga eller ompröva ärenden från de delstatliga domstolarna, liksom de delstatliga överrätterna icke kan upptaga eller ompröva mål som härrör från de federala domstolarna. På samma vis är en dom, avkunnad i Courts of Appeals, icke bindande för de delstatliga underrätterna, endast för federala underrätterna, och vice versa. Så långt är således de federala- respektive de delstatliga domstolarna parallella och självständiga i förhållande till varandra. (Ett viktigt undantag är dock de s k habeas corpus-fallen - se om dessa i ett amerikanskt juridiskt lexikon t ex Blacks eller Ballantine.)

Högst upp på den federala domstolspyramiden finns USA's högsta domstol - the Supreme Court of the United States. USA's högsta domstol kan (är icke tvingad därtill med vissa undantag - se nedan) taga till omprövning ärenden som härrör både från de federala Courts of Appeals och de högsta delstatliga domstolarna under förutsättning att: ärendet rör federal lagstiftning av betydande intresse. Exempel på detta är när den högsta domstolen i en delstat eller en federal Courts of Appeals tolkar en federal lag eller ogiltigförklarar en federal eller en delstatlig lag på grund av att den strider mot den federala författningen. Skulle däremot en högsta domstol i en delstat tolka en delstatlig lag eller förklara att denna strider mot delstatlig författning kan detta icke ånyo tagas upp i den federala högsta domstolen - the Supreme Court of the United States.

Fullföljdstalan i USA's högsta domstol förs genom s k petition for certiorari, motsvarigheten till en svensk anhållan om prövnings-tillstånd, som prövas av USA's högsta domstols samtliga nio ledamöter, varvid fyra röster eller fler för, fordras för att ärendet skall prövas. Utslagsgivande i sistnämnda hänseende brukar vara

att ärendet har intresse för hela nationen bland annat från pre-judiciell synpunkt. Vad som nu sagts gäller i praktiken både de federala Courts of Appeals och de högsta delstatliga domstolarna. Detta är sålunda huvudregeln. Undantaget, där USA's domstol har en skyldighet att pröva fullföljdstalan ("appeals as of right"), aktualiseras när de federala och de delstatliga suveränitetsintressena kommer i konflikt med varandra, såsom t ex när en federal domstol har fastställt att en delstatlig lag icke står i samklang med den federala författningen eller i fall där en delstatlig domstol har förklarat att en federal lag strider mot den federala författningen eller när en delstatlig domstol har vägrat bifalla talan om att en lag i denna delstat icke motsvarar de krav som den federala författningen ställer. (Dessa fall är dock procentuellt sett mycket få.)

En schematisk översikt över den amerikanska domstolsorganisationen skulle, om man antar en delstatlig domstolshierarki som den normalt kan se ut, kunna se ut enligt följande:



En fullföljd av talan enligt den s k habeas corpus-ordningen skulle kunna föras enligt den streckade linjen (två alternativ).

Till rättsfallssamlingarna: USA's högsta domstols domar eller beslut återges i sin helhet i samtliga av följande utgåvor:

- 1) United States Reports, förkortat U.S. (en statlig publikation).
- 2) Supreme Court Reporter, förkortat S.Ct. (en privat publikation utgiven av West Publishing Company).
- 3) Lawyers Edition, förkortat L.Ed. (också en privat publikation).

För att finna ett rättsfall som är citerat under exempelvis 398 U.S. 30, nödgas man slå upp volym nummer 398 av United States Reports på sidan 30. Direkt under rättsfallets titel som i det här fallet är Dickey v. Florida - där Dickey står för kärke i domstolen ("plaintiff") och Florida anger svarandens namn ("defendant") (förhållandet kan mycket väl vara det omvända i lägre instanser vilket i så fall framgår av titeln) samt där v. är förkortning av "versus" - anges dessutom var i de övriga utgåvorna man kan finna samma rättsfall. I vårt exempel finns rättsfallet upptaget i 90 S.Ct. 1564 och 26 L.Ed. 2d. 26 (1970). Också här anger den första siffran volymen och siffran efter förkortningen på publikationen vilken sida rättsfallet finns på. Förkortningen 2d. efter L.Ed. talar om att det är fråga om den andra serien (2d. = second) av samma utgåva. Man har helt enkelt ansett det nödvändigt att börja på en ny serie då volymangivelsen nått alltför höga siffror. På ryggen av varje volym finns att läsa vilken utgåva det är fråga om och vilken volym av denna utgåva (exempelvis Supreme Court Reporter 90 eller U.S. 398).

De federala Courts of Appeals' domar och beslut står att finna i The Federal Reporter bland andra. (I samma publikation finns patent- och tullfall liksom vissa andra rättsfall upptagna). På samma sätt som i ovan angivna fall markerar t ex 410 F. 2d. 106 att rättsfallet står att finna i volym 410 av The Federal Reporter's andra serie på sidan 106. (New York Court of Appeals' domar och beslut finns även citerade i The New York Supplement.)

De federala underrätternas - Federal District Courts - domar och

beslut finns bl a citerade i The Federal Supplement sedan 1932. Innan dess upptogs fallen i The Federal Reporter. Exempel på rättsfallscitering: 299 F. Supp. 356. Samma regler gäller som ovan.

De delstatliga domstolarnas domar och beslut finns återgivna i bl a följande publikationer (antingen eller eller både och beroende på det generella intresse rättsfallet har):

1) I någonting som benämnes National Reporter System som ges ut av privata West Publishing Company. Varje "reporter" täcker härvidlag ett antal delstater. Här finns: Pacific Reporter som samlar rättsfall från Washington, Montana, Oregon, Idaho, Wyoming, California, Nevada, Utah, Colorado, Kansas, Arizona, New Mexico, Oklahoma, Alaska och Hawaii. North Western Reporter med rättsfall från North Dakota, South Dakota, Minnesota, Wisconsin, Nebraska, Iowa och Michigan. South Western Reporter med rättsfall från Texas, Arkansas, Kentucky, Missouri och Tennessee. North Eastern Reporter som täcker Illinois, Indiana, Ohio, New York och Massachusetts. Atlantic Reporter med fall från Pennsylvania, Maryland, New Jersey, Connecticut, Rhode Island, Delaware, Vermont, Maine och New Hampshire. South Eastern Reporter som täcker Virginia, West Virginia, North Carolina, South Carolina och Georgia. Och till sist Southern Reporter som återger rättsfall från Louisiana, Mississippi, Alabama och Florida.

Rättsfallsciteringen sker efter samma mönster som i de federala rättsfallssamlingarna. Förkortningarna utgörs av begynnelsebokstäverna i varje "reporter's" namn. Ett exempel: Volym 75 i North Western Reporter andra serien sid. 841 citeras 75 N.W.2d. 841.

2) Varje enskild delstat har egna rättsfallssamlingar ("reports") innehållande domar och beslut som avkunnas inom delstaten. (Dock icke alla rättsfall utan endast sådana som har eller anses ha ett prejudiciellt värde eller är av mera allmänt intresse.) Här är det således, i de flesta fall, fråga om delstatliga publikationer. Rättsfallsciteringen följer tidigare angivet mönster. Ofta är hela

eller del av namnet på delstaten angivet i citatet. Exempel:  
15 Alaska 689.

Till detta kommer olika rättsfallssamlingar för specialdomstolar,  
vilka dock icke kan tagas upp till behandling i detta sammanhang.

BILAGA. RESOLUTION ANTAGEN AV INTERNATIONAL LAW  
ASSOCIATION 1972.

EXTRA-TERRITORIAL APPLICATION OF ANTI-TRUST LEGISLATION

The 55th Conference of the International Law Association held in  
New York in August 1972,

Having received the Report of the Committee on the Extra-territorial  
Application of Restrictive Trade Legislation,

Approves the following Principles of International Law as guide-  
lines to the resolution of problem concerning the assumption and  
exercise of jurisdiction by States in connection with restrictive  
trade practices:-

ARTICLE 1

The Rules which follow are concerned solely with the right of a  
State to prescribe and secure compliance with rules of law regula-  
ting conduct which has had or may have an anti-competitive effect  
within its territory if and to the extent that such rules are en-  
forceable by penal, quasipenal or administrative sanctions.

ARTICLE 2

A State has jurisdiction to prescribe rules governing an act or  
acts occurring within its territory.

ARTICLE 3

(1) A State has jurisdiction to prescribe rules governing the con-  
duct of an alien outside its territory provided -

- (a) part of the conduct being a constituent element of the  
offence occurs within the territory and
- (b) acts or omissions occurring outside the territory are con-  
stituent elements of the same offence.

(2) Whereas municipal law is the sole authority for the purpose of  
ascertaining the constituent elements of a particular offence, in-  
ternational law retains a residual but overriding authority to  
specify what is or is not capable of being a constituent element  
for the purpose of determining jurisdictional competence.

ARTICLE 4

A State has jurisdiction to prescribe rules governing conduct ori-  
ginating outside its territory if and in so far as such conduct is  
implemented within its territory by any natural or legal person  
whose conduct can be attributed to the author of the conduct per-  
formed abroad.

ARTICLE 5

A State has jurisdiction to prescribe rules of law governing con-  
duct that occurs outside its territory and causes an effect within  
its territory if:

- (a) the conduct and its effect are constituent elements of

- activity to which the rule applies,
- (b) the effect within the territory is substantial, and
  - (c) it occurs as a direct and primarily intended result of the conduct outside the territory.

ARTICLE 6

In the context of anti-trust regulation the protective principle by which a State is entitled to prescribe rules governing conduct occurring outside its territory that threatens its security as a State or the operation of its governmental functions (whether or not the threatened effects have materialised) is applicable only in circumstances of the most exceptional kind.

ARTICLE 7

In the event of there being concurrent jurisdiction of two or more States so as to create a conflict with respect to the conduct of any person:

- (a) no State shall require conduct within the territory of another State which is contrary to the law of the latter, and
- (b) each State shall, in applying its own law to conduct in another State, pay due respect to the major interests and economic policies of such other State.

NOTFÖRTECKNING

- 1) Om begreppet trust - se Bernitz s 253, 255 och Thorelli s 6b.
- 2) Ett sådant påstående kan te sig förvånande för den som har de amerikanska jätteföretagen - General Motors, de stora oljeföretagen osv - och deras verksamhet framför ögonen. Någon skulle kanske t o m framkasta att de amerikanska anti-trustmyndigheterna i själva verket s a s silar mygg och sväljer kameler. Helt felaktigt är väl inte heller detta: Amerikansk antitrustlag tolererar redan existerande jättemonopol men icke försök till en, i procentandelar räknat, ganska betydelselös monopolbildning. Men låt oss inte göra felet att inte upptäcka skogen för alla träden.
- 3) Citat efter Bernitz s 249.
- 4) Thorelli s 4.
- 5) Neale s 19.
- 6) Bernitz s 248 f., 292 ff.
- 7) Märk: Miller Tydings Act från 1937 som är ett tillägg till Sherman Act section 2. Se om detta Bernitz s 266.
- 8) Se bl a två mycket kända rättsfall: United States v. Standard Oil Company of New Jersey (Supreme Court 1911) och United States v. American Tobacco Company (Supreme Court 1911).
- 9) Bernitz s 295.
- 10) Se bl a Bernitz s 261 f.
- 11) Bernitz s 262.
- 12) Uppgifter hämtade från bl a Neale s 373 ff. och Thorelli s 41.
- 13) Neale s 377.
- 14) Neale s 388.
- 15) Uppgifter hämtade bl a från Bernitz s 270 ff., Neale s 401 ff. och Kronstein s 179 ff.
- 16) Om beslagtagande och förverkande se Sherman Act section 6.
- 17) Om begreppet equity se bl a Bernitz s 271.
- 18) Se Bernitz s 272 f.



- 19) Även FTC kan i stället för att ge en "cease and desist order", utfärda en s k consent order, som utformas under en förhandling mellan parterna (dvs FTC och de aktuella företagen).
- 20) Bernitz s 274 f.
- 21) Se om dessa Bernitz s 286 f.
- 22) Bernitz s 259.
- 23) Viss tvekan kan råda om den nyss citerade delen av Tafts dom entydigt ger besked om Tafts ståndpunkt gällande per-se förbuden. (Den citerade delen kan nämligen tolkas så att Taft endast uttalar sig om det särskilda fallet och att han ej ger någon ledning om per-se förbudens giltighet i allmänhet.) Det skall därför sägas att domen i sin helhet inte lämnar rum för sådana tveksamheter.
- 24) Neale s 27 f.
- 25) Med Supreme Court menas fortsättningsvis United States Supreme Court.
- 26) Bernitz s 284.
- 27) Vad som sägs om prissamverkan gäller också samverkan om kontroll eller begränsning av utbudet, se Neale s 39. Se också om prisledarskap Neale s 50 f.
- 28) Rahl s 204 f.
- 29) Neale s 66.
- 30) Neale s 67 f.
- 31) Se United States v. Arnold Schwinn and Company (Supreme Court 1967); se även Rahl s 215 ff.
- 32) Bernitz s 287 ff.
- 33) Se Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corporation (Supreme Court 1954).
- 34) Neale s 93.
- 35) Uttrycket "monopolisering av en marknad" kräver icke endast en definition av "monopolisering" utan även av "marknad", se något om detta under rubriken Clayton Act 7.
- 36) I fallet förekom även en del andra omständigheter som jag av utrymmesskäl emellertid icke tänker beröra.
- 37) Neale s 95.

- 38) Neale se 245 och Kronstein s 139-40.
- 39) Vad som sägs om försäljning gäller också "leasing", uthyrning osv.
- 40) Vad som sägs om vara gäller likafullt all sorts nyttigheter, tjänster osv.
- 41) Se Standard Fashion Company v. Magrane Houston Company (Supreme Court 1922).
- 42) Aktier som endast köps i investeringssyfte berörs ej av stadgandet.
- 43) Bernitz s 294.
- 44) Antitrust developments s 311 ff.
- 45) Se Neale s 194 ff. och Bernitz s 298 f.
- 46) Rahl s 181 ff.
- 47) Se om detta Neale s 288-290.
- 48) Se Bernitz s 268 och Neale s 10.
- 49) Territorialitetsprincipen i den utformning den erhållit inom folkrätten, se t ex Jennings: Extraterritorial ... s 148 och Fugate s 24. :
- 50) Här förutsätts gränserna för en stats territorium vara kända (förstås).
- 51) Se beträffande andra stater - avslutningen.
- 52) Se dock Fugate (s 20) som hävdar att territorialitetsprincipen även är tillämplig här.
- 53) Nej, knappast.
- 54) Enligt amerikansk antitrustlagstiftning behöver dock, som vi tidigare sett, effekter på konkurrensen icke alltid uppträda för att t ex ett avtal skall anses vara olagligt. I dessa fall gäller nämligen per-se förbud. Detta faktum har emellertid mindre betydelse i det här sammanhanget.
- 55) Se vad som menas med "commerce among the several states" ovan; se också Thorelli s 5.
- 56) I åtminstone ett fall har dock Sherman Act ansetts tillämplig då handel bedrivits helt utanför USA. Se Pacific Seafarers, Inc. v. Pacific Far East Line, Inc. (Court of Appeal, District of Columbia 1968).
- 57) Rahl s 60 och Antitrust Report s 79-80.

- 58) Se bl a domsmotiveringen i Alcoa-fallet och Antitrust Report s 79.
- 59) Fugate s 44.
- 60) Se ILA-64 s 426.
- 61) Antitrust Report s 72.
- 62) Jennings: Extraterritorial ... s 166 och Rahl s 382.
- 63) Lagg märke till skillnaderna (i synen på exterritoriell tillämpning av antitrustlagarna) när det å ena sidan är fråga om amerikanska företag, (som åtalas för handlingar företagna utanför USA) och när det å den andra sidan är fråga om utländska företag, som åtalas för samma sak (se nedan).
- 64) Neale s 360-361.
- 65) Fugate s 38.
- 66) Se mer om detta Rahl s 88.
- 67) Fugate s 46.
- 68) Se Antitrust Reports s 73.
- 69) Se t ex Jennings: Extraterritorial ... s 165 f.; Rahl s 86-88; Fugate s 44-45, 53-54.
- 70) Jennings: Extraterritorial ... s 166 och Fugate s 46.
- 71) Se Rahl s 86 not 82.
- 72) Se bl a ILA-64, -66.
- 73) Se mer om detta begrepp i OECD-report RBP (75) 6 Scale 4.
- 74) Materialet är till stor del hämtat från Rahl s 313 ff.
- 75) Att jag återger omständigheterna i fallet i imperfektum, skall givetvis icke tydas så att fakta icke längre (idag) är aktuella.
- 76) Se Restatement 18 § f) där det bl a står "... a state makes criminal, tortious or subject to regulation ...".
- 77) Här tillkommer två förutsättningar i (i) och (iv) som tycks ytterligare begränsa möjligheterna att komma åt utländska företag, Den förstnämnda talar om "constituent elements" av ett brott osv. (se nedan under rubriken ILA:s arbete art 5). Den sistnämnda nämner betydelsen av folkrättsliga principer (vilka behandlas i nästa avsnitt).
- 78) Antitrust Developments 1955-1968, kap 2, s 49 (1968).

- 79) Sedan tillkommer vissa problem ur bevisbördesynpunkt. Antag att man som i Alcoa-fallet ålägger åklagarsidan (t ex Anti-trust Division) att bevisa förevaron av uppsåt ("intent") hos de åtalade företagen, och dessa företag att bevisa att inga effekter uppkommit av deras konkurrensbegränsande handlande. Ju mindre krav man ställer på åklagarsidans bevisning av "intent" desto mer orimligt synes det vara att låta de åtalade företagens bevisbörda ligga orubbad.
- 80) Se Rahl s 70.
- 81) Se Restatement ... s 55 f.
- 82) Restatement s 52.
- 83) Rahl s 389 och ILA-64 s 371. Se även Jennings: Limits ... s 225, där han framhåller att: "These portions (i Restatement) ... give, it must be confessed, an impression of having been no doubt unconsciously tailored to fit the antitrust decisions of the United States Courts."
- 84) Se bl a Jennings: Limits...; ILA-64 och uttalanden av European Advisory Committee on the Restatement - en kommitté speciellt tillsatt för att kommentera Restatement.
- 85) Se t ex Fugate's behandling av rättsfall s 31 ff. och sammanfattningen på s 52-53. Se likaså Rahl s 59 ff., i synnerhet s 64-65.
- 86) Vilket vi känner<sup>1</sup> igen från General Electric-fallet.
- 87) Fugate s 20, 55.
- 88) Se Rahl s 62.
- 89) Jämför Alcoa-fallet och vad som sagts i anslutning till detta.
- 90) Något närmare förtydligande av uttrycket "direct" är nämligen svårt att finna hos Fugate.
- 91) Ännu klarare och mer distinkt är rekvisitet uttryckt i orden "in-or-substantial effect on commerce", menar Rahl (s 66).
- 92) Jfr Alcoa-fallet.
- 93) Rahl s 67, not 37.
- 94) Rahl s 66-67, i synnerhet s 67 första stycket.
- 95) Se dock: United States v. Imperial Chemical Industries (ICI) (Southern District Court of New York 1952), där det engelska företaget ICI, ansågs helt dirigera dess amerikanska dotterbolags handlande.
- 96) Se t ex Continental Can-målet Rec. CE 1973 s 215.

- 97) Omvänt kan också moderbolaget tillräknas dotterbolagets konkurrensbegränsande handlande. Exempel: Ett amerikanskt företag tillräknas ett konkurrensbegränsande handlingssätt som företagits av dess dotterbolag i Europa.
- 98) Se om detta OECD-report: DAF/RBP/WP 11/45 1:st Revision s 12, 14-15.
- 99) Se uttalande i Alcoa-fallet ovan. Se även uttalanden på ILA-64 (av Jennings) s 311 och (av McDougal) s 328, ILA-66 s 127-129.
- 100) Se not 93.
- 101) Huvudintrycket är dock att folkrätten har svårt att hålla takt med utvecklingen i övrigt, t ex på det tekniska området (föråldrade krigslagar, osv.).
- 102) Se Internationella domstolens stadgar art 38.
- 103) Se Jennings: Limits ... s 210-212 och Extraterritorial ... s 147; se även ILA-64 s 327 och ILA:s resolution i New York -72 art 1.
- 104) Stat = det folkrättsliga subjektet stat.
- 105) Huruvida detta är den betydelse termen har i den allmänna folkrätten är därmed intet sagt. Se om detta Eek s 392. Om jurisdiktion i här angiven betydelse se bl a ILA-64 s 362; Rahl s 370; Jennings: Limits... s 212 f.; Restatement 6 §; Strömberg s 38; ILA-70 s 222 f.
- 106) Beträffande det förstnämnda finns också begreppet judiciell (curial, judicial) jurisdiktion, och beträffande det sistnämnda ("executive") jurisdiktion, se Jennings: Limits ... s 212.
- 107) Se Rahl s 371.
- 108) Se Strömberg s 38 där benämningen territorialhöghetens princip förekommer. Jfr ILA:s resolution i New York -70, art 2.
- 109) Harvard Research s 445.
- 110) Se om denna princip bl a Eek s 389 och Strömberg s 52; (Oppenheim s 19).
- 111) Se ILA-64 s 362-63; Eek s 392.
- 112) Eek s 392.
- 113) Jennings: Limits ... s 212-213.
- 114) Se Jennings: Extraterritorial ... s 151; ILA-70 s 239 ff.

- 115) Jennings: Extraterritorial ... s 151.
- 116) Jfr Alcoa- och Swiss Watch-fallen.
- 117) Se t ex Jennings: Extraterritorial ... s 150 ff. och Limits ... s 212 ff.; Harward Research s 435, 444-445; ILA-64 s 362 ff.; Haight s 630 ff.
- 118) Se bl a de båda rättsfallen National Lead och Timken som berörts ovan.
- 119) Se Jennings: Extraterritorial ... s 154 och Rahl s 394 f.
- 120) Se Restatement of the Foreign Relations Law of the United States 32 §, kommentar (b) s 94, (Tentative Draft nr 2, 1958).
- 121) ILA = International Law Association.
- 122) Se Harward Research s 445 och Rahl s 402.
- 123) Se ILA:s resolution i New York -72, art 3.
- 124) Se Jennings: Extraterritorial ... s 156.
- 125) Se Harward Research s 495; Jennings: Extraterritorial ... s 156 och Limits ... s 214 f.; Rahl s 375 ff.; Haight s 643 ff.; ILA-64 s 369 ff.; Verzijl s 6 ff.
- 126-127) Se ILA-64 s, 369.
- 128) Jag går icke här, av utrymmesskäl, in på omständigheterna i fallet. För de intresserade hänvisar jag till redogörelser av fallet i litteratur nämnd i tidigare not 125 och förstås: s.s. "Lotus" (1927) P.C.I.J., ser. a, No. 10.
- 129) Jennings: Extraterritorial ... s 159-166.
- 130) Lotus-fallet s 30.
- 131) ILA-64 s 369 ff.
- 132) Se t ex ILA-64 s 370 ff. som i sin tur hänvisar till andra rättsfall och annan litteratur. Se även Rahl s 382; Jennings: Extraterritorial ... s 159 och Limits ... s 215; Haight s 643.
- 133) Man skulle kunna fråga sig på vilket sätt den objektiva territorialitetsprincipen skiljer sig från universalitetsprincipen. Den sistnämnda synes ju täcka de gärningar som faller under den förstnämnda.
- 134) Se bl a Alcoa- och Swiss Watch-fallen.
- 135) ILA-64 s 369.

- 136) ILA-64 s 369.
- 137) Jfr ILA:s resolution i New York, art 3.
- 138) Bl a Fugate s 52 och Brewster s 74.
- 139) Se om Alcoa-fallet ovan.
- 140) United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc. (S.D.N.Y.-1963). Brief for the Swiss Confederation amicus curiae s 2, 9.
- 141) Se ILA-66 s 29, 47.
- 142) Se ILA-70 s 189.
- 143) Se ILA-70 s 189.
- 144) Se sammandrag ILA-70 s 188.
- 145) Jfr fallet Occidental Petroleum Corporation v. Buttes Gas and Oil Company, et al, 331 F. Supp. 92 (C.D. Cal., 1971), där domstolen emellertid företer en något avvikande syn på de här frågorna.
- 146) Se ILA-70 s 243.
- 147) Se OECD-report DAF/RBP/WP 11/45 (1:st Revision). I Sverige utfärdades en dylik lag den 13 maj 1966.
- 148) Se bl a ILA-68 s 341 och ILA-70 s 245.
- 149) Haight s 648-649. Se även ILA-64 s 312 (uttalande av professor G van Hecke).
- 150) ILA-64 s 395.
- 151) Här bortser jag från den exterritoriella tillämpningen på amerikanska företag som handlar utanför USA. (Här gäller som tidigare angetts nationalitetsprincipen.) Se för övrigt om synpunkten: ILA-64 s 307 f. (uttalande av Dr A Riedweg); s 312 f. (uttalande av Prof G van Hecke); s 392, 396 (Professor Covey Oliver); se även ILA-66 s 28-29, 39.
- 152) ILA-66 s 56 (uttalande av Dr N Hunnings).
- 153) ("Foreign ownership and the Structure of Canadian Industry" av en utredningsgrupp (Task Force on the Structure of Canadian Industry) tillsatt av Privy Council, se ILA-68 s 360, 366.
- 154) Ser man emellertid hela problemet ur strikt principiell synpunkt så är denna, min högst personliga, reflexion felaktig.

- 155) Se t e x ILA-64 s 325 (uttalande av Prof C J Olmstead);  
ILA-72 s 122 (av Dr K M Meessen) och s 133 (av Prof  
Gray Dorsey).
- 156-157) ILA-72 s 122.
- 158) ILA-66 s 34 (uttalande av Prof G Jänicke).
- 159) ILA-64 s 327.
- 160) ILA-64 s 331 f. (uttalande av Prof Myres S McDougal);  
ILA-72 s 135 f. (av Mr R M Chilstrom).
- 161) Utredningen har sammanställts av Jan Hunter och heter:  
"Specific Application to Anti-trust Matters of General  
Principles of International Law Governing the Assumption  
and Exercise of Jurisdiction." Se ILA-72 s 156.
- 162) Vad som hädanefter sägs om gemensam prisbestämning är i det  
stora hela också tillämpligt på avtal om utbudsbegränsning.
- 163) Det skall emellertid understrykas att förhållandet mellan  
moder- och dotterbolag (eller företaget och dess agentan-  
ställda) icke är allena avgörande för den konkurrensbe-  
gränsande handlingens lokalisering. Andra faktorer - var  
avtalet ingicks, var samarbete med andra företag sker,  
t e x med företag inom Utopia osv. - spelar givetvis en stor  
roll. Se utredningen s 158.
- 164) Se utredningen s 159.
- 165) Se ILA-70 s 233 f.
- 166) ILA-70 s 234, 237.
- 167) ILA-70 s 237.
- 168) Se ILA-66 s 141 f.
- 169) När det i fortsättningen talas om effektprincipen menas  
endast principen som den tillämpas mot företag i främmande  
stater (se inledningen till avsnitt II).
- 170) Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des  
Communautés Européennes.
- 171) Common Market Law Reports 1972 s 603 f.
- 172) Detta hände sig i det s k Hoffman-La Roche-fallet från 1976 -  
2 Common Market Law Review D 25. Det schweiziska läkemedels-  
företagets missbruk av marknadsdominerande ställning - enligt  
Rom-fördragets artikel 86 - bestod bl a av de "trohetskon-  
trakt" som slöts med företagets kunder (säljföretag). På  
varierande sätt - rabattsystem, förmånspriser, etc. - hade  
dessa kunder knytits till Hoffman-La Roche, allt i syfte att



försäkra sig om att kundernas behov till så stor del som möjligt skulle täckas av inköp från Hoffman-La Roche.

- 173) Se ILA-72 s 117 och OECD-report nr: DAF/RBP/WP 11/45 (1:st Revision).
- 174) Se not 163.
- 175) Se not 163 och ILA-72 s 118.
- 176) Beslut från den 14 juli 1977 (16/1977). Dnr. A 2/75. Se även aktbilaga 56.
- 177) De utbetalda medlen var föremål för avräkning mellan moder- och dotterbolag.
- 178) Prop. 1953:103, s 216 f.
- 179) Se mer om dessa i kap 3.
- 180) Ett noggrant utarbetat exempel i departementschefens uttalande ger fog för en sådan tolkning. (Se not 178).
- 181) Vissa svårigheter kan vara för handen när det gäller att uppfylla ett kriterium (å den part som igångsatt processen) som samtidigt som den utgör en del av det materiella stadgandet och som sådant fordrar bevisning, också är ett behörighetsgrundande kriterium: Skall domstolen kräva full bevisning av effekter som påstås ha uppträtt på den svenska marknaden eller räcker ett påstående därom för att domstolen skall anse sig ha behörighet? Någon mellanform torde kanske vara att föredra.
- 182) Man får antagligen utgå ifrån att det icke är företagen själva som åsyftas utan det konkurrensbegränsande handlande de belastas för, när domstolen uttrycker sig i behörighetsgrundande termer.
- 183) Se Rahl s 131 ff.
- 184) Jfr om de enskilda rättssubjektens talerätt - ovan under rubriken "Sanktionsmekanismen".
- 185) Varorna såldes FOB London och kontrakten var likaså slutna där.
- 186) Därigenom går domstolen delvis emot den tolkning som förs fram i Restatement. (Se ovan kap II:7 - där det talas om "substantial effects".)
- 187) Ursprunget till till teorier av det här slaget återfinns i helt intern amerikansk rättspraxis, dvs fall som rör utslutande lokala förhållanden. Som vi sett - i kap I:9 - är de amerikanska antitrustlagarna tillämpliga endast i mål

med federal anknytning. (I andra fall, dvs där endast en delstat berörs, tillämpas de delstatliga lagarna.) Härvid har domstolarna ansett det nödvändigt att ange när en sådan anknytning föreligger. Det torde numera vara vedertaget (se t ex Rahl s 64 ff. och s 80 samt von Kalinowski, paragraf 5.02(2), s 5-121 och 5-122) att en konkurrensbegränsning har federal anknytning när den antingen gäller eller rör varor eller tjänster etc. (dvs nyttigheter) som finns i det mellanstatliga varuflödet, eller, om konkurrensbegränsningen endast relaterar sig till lokal, delstatlig handel, har en påtaglig effekt på mellanstatlig handel ("in or substantial effect on commerce"). Jfr kap II:8.

Denna formel är direkt jämförlig med den som låg till grund för Fleischmann-målet. I linje med denna rättspraxis och helt följdriktigt ändrades Federal Trade Commission Act år 1975 till att vara tillämplig på konkurrensbegränsande åtgärder "in or affecting commerce" (mot tidigare blott "in commerce").

Att Sherman Act och Clayton Act icke genomgick samma lagändring torde vad gäller den förra bero på att denna lag ändå tolkningsvis kan ges ett sådant innehåll. Vad beträffar Clayton Act har Supreme Court däremot tillkännagivit en annan tolkning i Gulf Oil Corp. v. Copp Paving Co. (Supreme Court, 1974) och U.S. v. American Bldg. Maint. Industries (Supreme Court, 1974). I det först nämnda fallet slog Supreme Court fast att till skillnad mot Sherman Act tycks den distinkta ordalydelsen i Clayton - och Robinson-Patman Act ("in commerce") endast att "... denote ... persons or activities within the flow of interstate commerce - the practical, economic continuity in the generation of goods and services for interstate markets and their transport and distribution to the consumer".

Clayton Act är således icke tillämplig - och detta torde gälla sections 2, 3, 7 och 8 - på konkurrensstridiga förfaranden lokaliserade till en delstat och som ej rör det mellanstatliga varuflödet, även om påtagliga effekter på den mellanstatliga handeln kan påvisas.

Varför nu denna utveckling? Helt enkelt för att söka visa att den interna amerikanska rättspraxisen kan ge indikationer på hur fall med internationell anknytning skall tolkas och förklaras samt hur dessa kan tänkas bli bedömda i framtiden, även om man skall vara försiktig med att dra alltför långtgående slutsatser.

Det är tillfylllest att här endast angiva detta faktum och det skulle föra för långt att gå in på närmare detaljer.

- 188) Domstolen karakteriserar denna avsikt som varande en "general intent" och jämför denna med en presumtion om att en person eftersträvar "... the natural consequences of his actions...".

- 189) Trots att försvarssidan i detta fall endast utgjordes av amerikanska företag, har rättsfallet stort intresse långt utöver vad en sådan begränsning kan antyda. Rättsfallet (från den 27 december 1976) återfinns i 792 Antitrust and Trade Regulations Reporter, G-I (18 januari 1977).
- 190) Se s G-7.
- 191) The U.S. District Court for the Northern District of California.
- 192) Se s G-1.
- 193) Se ovan s
- 194) Problemen med att få företaget inför domstol, att anskaffa material och bevisning och att driva igenom domstolens beslut.
- 195) Härvid sker en begränsning till det amerikanska rättsområdet. Märk dock att EG-rätt och västtysk rätt liksom även svensk rätt kan få betydelse i de följande fallen.
- 196) Se t ex Swiss Watch case - "Det schweiziska klockfallet" - som behandlas i kap II:6. Märk även SKF-fallet som finns angivet i kap IV:4:1.
- 197) Till grund för den fortsatta framställningen ligger till stor del ett, från det amerikanska Justice Department, utgivet häfte innehållande förhållningsregler till företag. ("Antitrust Guide for International Operations" - Antitrust and Trade Regulation Reporter nr 799 från år 1976.)
- 198) Jfr de svenska förbudsstadganden som finns upptagna i konkurrensbegränsningslagens femte paragraf.
- 199) Se ovan kap II:7 och II:8.
- 200) Huruvida effekterna på den amerikanska marknaden är direkta och påtagliga får bero på de närmare omständigheterna. Syftet med exemplet är emellertid uppnått utan att dylika behöver konstrueras.
- 201) Se Rahl s 131 ff.
- 202) Ett konkurrensbegränsande handlingssätt av denna art inom USA betraktas som per se-förbjudet enligt Sherman Act.
- 203) Jfr med vad som sägs om den relevanta marknaden i kap I:7.

FÖRTECKNING ÖVER ANVÄND LITTERATUR

- Antitrust and Trade Regulation Reporter (ATRR) Nr 797 och 799
- Bernitz: Marknadsrätt, Stockholm 1969, cit: Bernitz
- Brewster: Antitrust and American Business Abroad, 1958, cit: Brewster
- Carlberg T.: Svenska företag på europamarknaden ur konkurrenssynpunkt. Uppsats i tillämpade studier i civilrätt. Täby 1975.
- Claudy D.E.: Sherman Anti-trust Law: Applicability to Foreign Commerce. 37 Cornell Law Quarterly 821, 1952
- Eek: Folkkrätten, Andra tryckningen, Stockholm 1972, cit: Eek
- Fugate: Foreign Commerce and the Anti-trust Laws, Boston 1958, cit: Fugate
- Haight (G.W.): International Law and Exterritorial Application of the Anti-trust Laws, 63 Yale Law Journal 639, New Haven 1954, cit: Haight
- International Law Association, Conference Reports 1962-1972, cit: ILA-XX
- Jennings: Exterritorial Jurisdiction and the United States Anti-trust Laws, 33 The British Year Book of International Law 146, London 1957, cit: Jennings, Exterritorial ...
- Jennings: The Limits of State Jurisdiction, 32 Nordisk Tidskrift för Internationell Ret 109, Köpenhamn 1962, cit: Jennings, Limits ...
- Kronstein, Miller, Schwartz: Modern American Anti-trust Law, New York 1958, cit: Kronstein
- Neale: The Anti-trust Laws of the United States of America, (second edition) Cambridge 1970, cit: Neale
- OECD (Organization for Economic Co-operation and development): Working Party No 11 of the Committee of Experts on Restrictive Business Practices, Reports 1975-1976, cit: OECD-report nr DAF/RBP/WP 11/45 (1st Revision)

- Rahl (Editor): Common Market and American Anti-trust  
New York 1970, cit: Rahl
- Raymond, J.M.: A New Look at the Jurisdiction in Alcoa,  
The American Journal of International Law,  
Lancaster, Pa.
- Research in International Law, Part II Jurisdiction with Respect  
to crime, 29 American Journal of Inter-  
national Law suppl., Cambridge, Mass.
- Report of the A Horney General's Committee to Study the Anti-trust  
Laws, Washington 1955, cit: Anti-trust  
Report
- American Law Institute: Restatement of the Foreign Relations Law  
of the United States (Final Draft),  
St. Paul, Minn. 1964, cit: Restatement
- Strömberg: Folkrätt, 2:a uppl., Malmö 1974
- Thorelli, Jr. H.: Den amerikanska antitrustpolitiken,  
Industrins utredningsinstitut, Stockholm  
1949
- Verzijl I.H.W.: The Controversy Regarding the So-called  
Exterritorial Effect of the American  
Antitrust Laws, Nederland Tijdschrift  
voor Internationaal Recht, Groningen 1961,  
cit: Verzijl
- von Kalinowski, Julian O.: Business Organizations - Antitrust Laws  
and Trade Regulation (Matthew-Bender, 1976)  
Ursprungligen publicerad 1969  
Nr 16, 16 C och 16 E, cit: von Kalinowski
- För de intresserade vill jag dessutom hänvisa till utförligare  
förteckningar över litteratur på det här området i ILA-64 s 492-  
510 och ILA-70 s 198-200.

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

Från amerikansk rättspraxis:

American Banana v. United Fruit Company, 213 U.S. 347, 29 S.Ct. 511 (1909).

American Column and Lumber Company v. United States, 257 U.S. 377, 42 S.Ct. 114 (1921).

American Tobacco v. United States, 328 U.S. 781, 66 S.Ct. 1125 (1946).

Associated Press v. United States, 326 U.S. I, 65 S.Ct. 1416 (1945).

Automatic Canteen Company of America v. Federal Trade Commission, 346 U.S. 61, 73 S.Ct. 1017 (1953).

Brown Shoe Company v. United States, 370 U.S. 294, 82 S.Ct. 1502 (1962).

Continental Ore Company v. Union Carbide & Carbon Corporation, 370 U.S. 690, 82 S.Ct. 1404 (1962).

Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company, 273 U.S. 359, 47 S.Ct. 400 (1927).

Fashion Originators' Guild of America v. Federal Trade Commission, 312 U.S. 457, 61 S.Ct. 703 (1941).

Federal Trade Commission v. Morton Salt, 334 U.S. 37, 68 S.Ct. 822 (1948).

Fleischmann Distilling Corporation v. Distillers Company, Ltd., 395 F.Supp. 221 (S.D.N.Y., 1975).

Gulf Oil Corporation v. Copp Paving Company, 419 U.S. 186 (1974).

Inter-american Refining Corporation v. Texco Maracaibo Inc., et. al., 307 F.Supp. 1291 (District Court of Delaware 1970).

Occidental Petroleum Corporation v. Buttes Gas and Oil Company, et. al., 331 F.Supp. 92 (C.D. California 1971).

Pacific Seafarers, Inc. v. Pacific Far East Line, Inc., 404 S.2d 804 (Court of Appeal, District of Columbia, 1968), certio rari denied, 393 U.S. 1093 (1969).

Paramount Famous Lasky Corporation v. United States, 282 U.S. 30, 51 S.Ct. 42 (1930).

Radiant Burners, Inc. v. People's Gas Light and Coke Company, 364 U.S. 656, 81 S.Ct. 365 (1961).

Standard Fashion Company v. Magrane-Houston Company, 258 U.S. 346, 42 S.Ct. 360 (1922).

Standard Oil Company of New Jersey v. United States, 221 U.S. I, 31 S.Ct. 502 (1911).

Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Company 346 U.S. 537, 74 S.Ct. 257 (1954).

Timberlane Company v. Bank of America, Antitrust and Trade Regulation Reporter, nr 797, s G-1 (18 januari 1977). Fallet är från den 27 december 1976.

Timken Roller Bearing v. United States, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971 (1951).

United States v. Addyston Pipe & Steel Company, 85 F. 271 (1898). Domen fastställd ("affirmed") i 175 U.S. 211, 20 S.Ct. 96 (1899). (Sixth Circuit Court of Appeals).

United States v. Aluminum Company of American (Alcoa), 148 F.2d. 416.(Second Circuit Court of Appeals 1945).

United States v. American Building and Maintenance Industries, 422 U.S. 271 (1974).

United States v. First National City Bank (and Wm. K. Loveland), 396 F.2d. 897 (1968). (Second Circuit Court of Appeals).

United States v. Arnold Schwinn and Company, 237 F.Supp. 323 (N.D. Illinois 1965).

United States v. General Electric Company, 82 F.Supp. 753 (D.N.J. 1949) och 115 F.Supp. 835 (D.C.N.J. 1953).

United States v. Imperial Chemical Industries, 105 F.Supp. 215 (Southern District Court of New York 1952).

United States v. Jerrold Electronics Corporation, 187 F.Supp. 545, (Eastern District Court of Pennsylvania 1960). Domen fastställd per curiam ("affirmed per curiam") i 365 U.S. 567, 81 S.Ct. 755 (1961).

United States v. Minnesota Mining & Manufacturing Company, 92 F.Supp. 947 (District Court of Massachusetts 1950).

United States v. National Lead Company, 63 F.Supp. 513 (Southern District Court of New York 1945). Domen fastställd ("affirmed") i 332 U.S. 319, 67 S.Ct. 1634 (1947).

United States v. Timken Roller Bearing Company, 83 F.Supp. 284 (Northern District Court of Ohio 1949).

United States v. United Shoe Machinery Corporation, 110 F.Supp. 295 (District Court of Massachusetts 1953). Domen fastställd per curiam ("affirmed per curiam") i 347 U.S. 521, 74 S.Ct. 699 (1954).

United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc., ("Swiss Watch Case") 133 F.Supp. 40, förnekad omprövning ("reargument denied") 134 F.Supp. 710 (Southern District Court of New York 1955).

Zenith Radio Corporation v. Matsushita Electric Industrial Company Ltd., 402 F.Supp. 244 (East District of Pennsylvania 1975).

#### RÄTTSFALL I ÖVRIGT

Från de europiska gemenskapernas domstol:

"Béguelin-målet": Béguelin Import Company v. S.A.G.L. Import Export (Prejudiciell fråga av TC Nice), Rec. XVII s 949, 25 nov. 1971, aff. nr 22/71. (Rec. = Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes).

"Hoffman La-Roche-Målet": Se 2 Common Market Law Review D. 25, 1976.

"Zoja-målet": Mål 6-7/1973 ECR (Report of Cases before the Court of Justice of the European Communities) s 357. Även ECR (1974) s 223.

Ett svenskt rättsfall: från marknadsdomstolen:

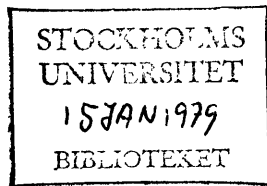
Bayer-Kerr-målen, beslut d. 14 juli 1977 (16/1977).

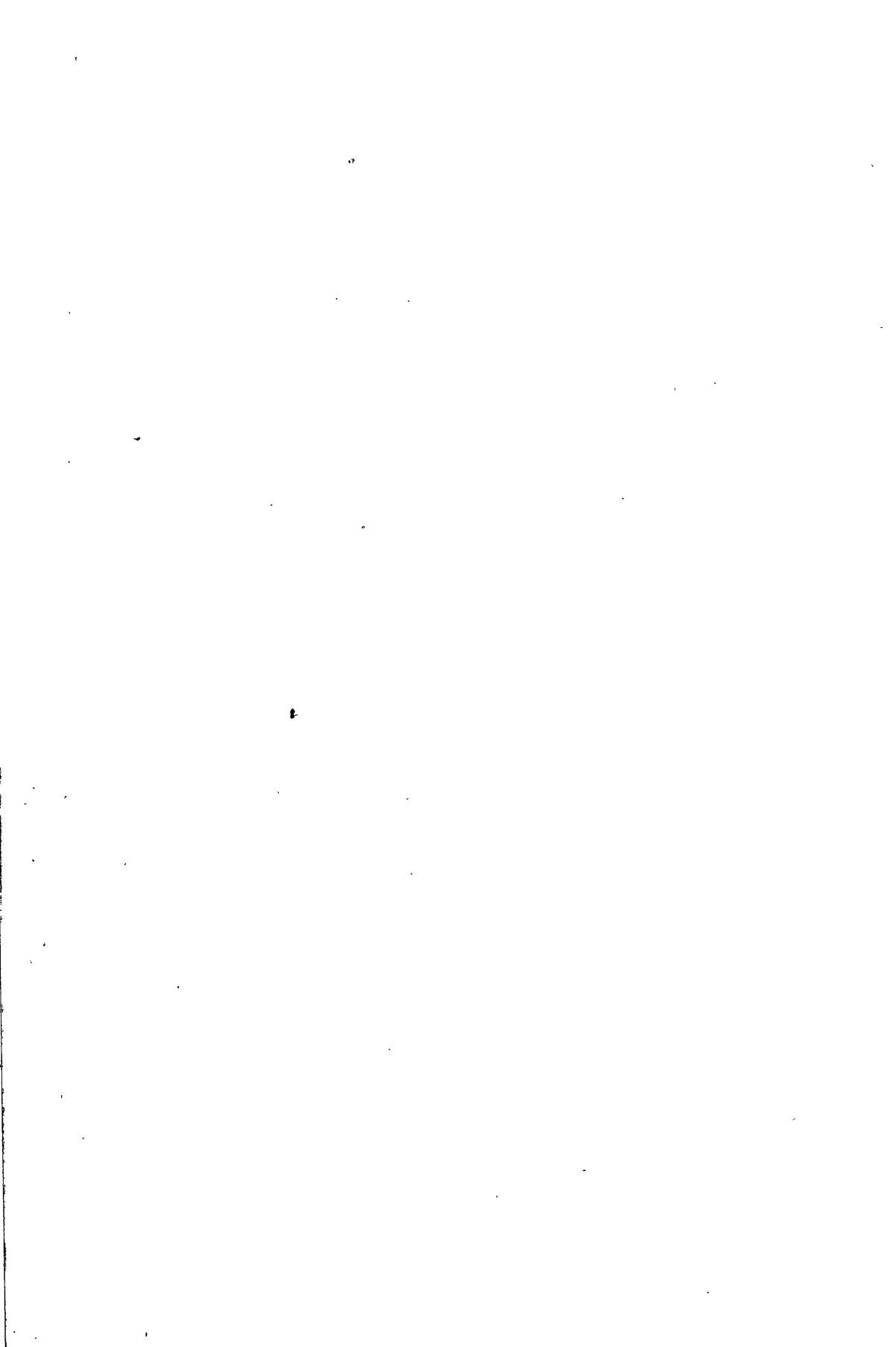


I serien skrifter utgivna av Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid universitetet har tidigare utkommit

1. Lars Pehrson, Kontraheringsplikt
2. Jan Rosén, Förlagsavtal mellan tonsättare och förläggare
3. Joakim von Warnstedt, Auktorisation av företag och yrkesutövare i Västeuropa och USA

Skrifterna distribueras av Liber Förlag och kan beställas i bokhandeln.









LiberFörlag

ISBN 91-38-03387-9

LiberTryck Stockholm 1978 856682