

## リベートの再検討：82条に基づく反競争的効果と排除的濫用<sup>1</sup>

ジョン・カラハ<sup>2</sup>、ブライアン・シャー<sup>3</sup>

リベート（顧客企業が一定期間内に特定の販売目標を上回った場合に適用される遡及的割引）は、「排除的濫用」に関わる EC 条約第 82 条に基づく多くの判例

で取り上げられている。リベートの扱いは、欧州第一審裁判所（「CFI」）の最近の 2 つの判決でも取り上げられている。これらの判例は、これまで欧州共同体の裁判所が明確に検討してこなかった問題、すなわち 82 条に基づく排除的濫用が反競争的効果をどの程度生み出す必要があるのかという問題を扱っている点で特異である。これら 2 つの事例において、CFI は、慣行が生産量の減少や価格の上昇といった反競争的効果をもたらす可能性が高いことを示している。CFI の見解では、慣行が "忠誠心を高める" ものであれば十分であり、すなわち、本質について根本的な問題を提起している。リベートは、慣行が価格設定に限らず、水平的効果に及ぶインセンティブを生み出すものであれば十分である。濫用を認定するためのこの最小限の閾値は、

82 条と米国反トラスト法における同等の規定との違いを際立たせている。これは、現在ではより経済学に基づいたアプローチが主流となっている 81 条とは対照的に、82 条に対する「構造主義的アプローチ」の持続を反映している。

Matteo Bay, John Colahan, Tad Lipsky, Omar Shah に感謝する。

- 2 ロンドンおよびブリュッセルのレイサム & ワトキンス法律事務所弁護士、ユニバーシティ・カレッジ・ロンドン客員教授。
- 3 ロンドン、レイサム & ワトキンス法律事務所弁護士。シャー氏とカラハ教授は、リベート問題に関して多くの業界の企業に助言してきた。

本稿では、これらの事例を踏まえ、82 条に基づく排除的濫用の適切なテストについて考察する。これらの判例では、ルールの政策的根拠が詳細に検討されている。2003 年半ばに欧州委員会競争総局長の著名な高官が欧州委員会のウェブサイトに発表された、支配的企業によるリベートシステムへの 82 条の適用を検討する論文（「ガイセレン論文」）に焦点を当てる<sup>4</sup>。ガイセレン論文は、リベートシステムへの 82 条の適用に関する法的な技術的な問題を単に取り上げているわけではない。82 条の下での排除的濫用の本質について根本的な問題を提起している。リベートは、価格設定に限らず、水平的効果に基づくあらゆる濫用に適用可能な分析構造と法的テストを示している。

本稿の前半では、ブリティッシュ・エアウェイズとミシュランにおける CFI の結論を簡単に要約する。

II 本稿の第 2 部では、ガイセレン論文における主要な論点の要約を述べる。第 3 部では、リベート・スキームに関する判例法に関する論文で提起された問題を取り上げる。特に、ドイツ独禁法学派の文脈でリベートに関するルールを定めた司法裁判所の判決を読む

1 本稿は、2003 年 9 月にロンドンで開催された BIICL 競争法フォーラム第 3 回会合で発表された「第 82 条に基づく排除的濫用としての市場閉鎖」を提示した 2 つの主要な疑問について検討する：(i) 欧州委員会が「市場閉鎖」を示す必要がある度合い、(ii) 事業カウニングと題する論文の改訂版である：本稿は、2003 年 9 月 10 日にロンドンの BIICL で開催された競争法フォーラム第 3 回会合で発表された「Gyselen に関する考察」と題する論文の改訂版である。コメントを寄せてくれた同僚のラインを示した。

4 Gyselen, "Rebates, Competition on the Merits or CFI はさらに、(a)手数料率が「ある基準期間から別の Exclusionary Practice?" *European Competition Law Annual 2003* に掲載予定：支配的地位の濫用であったこと、(b)BA がこれら 5 社の合計の何倍も用とは何か」(ハート出版)に掲載される予定での航空券を販売しているという事実から見て、BA のある。本論文は、2003 年 6 月に開催された第 85 社の主要な競争者が旅行代理店に同様の優遇措置を回 EU 競争法・政策ワークショップ (European and Policy Workshop) で発表されたものである。判断した<sup>8</sup>。

## I 最近のケース

最近の 2 つの事例-ミシュラン II と ブリティッシュ・エアウェイズ<sup>5</sup>-はいずれも、支配的企業による価格割引システムに関する欧州委員会の決定に関するものであった。両事件とも、申請者側の中心的な主張の<sup>9</sup>。ミシュラン II の判決は、(裁判所によれば) 82 条ひとつは、欧州委員会が、このシステムが何らかの有害な効果をもたらした、あるいはもたらすであろうと示すだけで十分であることを立証する事例を参照することによって、この規則を正当化した。ミシュラン II では、ミシュランの目的はディーラーの忠誠心を高めることであったため、同裁判所によれば、この慣行は競争を制限する可能性があったに違いない<sup>10</sup>。ミシュラン II はまた、排他的濫用の評価にとって重要な 2 つ目の問題、すなわち、支配的企業が、そうであれば濫用となる行為に対して、どの程度まで効率性上の正当性を主張できるかという問題を取り上げた。ミシュラン

5 それぞれ、ミシュラン対欧州委員会事件 T-203/01、2003 年 9 月 30 日 (未報告) およびブリティッシュ・エアウェイズ対欧州委員会事件 T-219/99、2003 年 12 月 17 日 (未掲載)。両事件とも、この主張は (控訴そのものとともに)、事実上の理由ではなく、実際の反競争の効果を示す法的要件は委員会にはないという理由で却下された。

ブリティッシュ・エアウェイズにおいて CFI は、「EC82 条違反を立証するためには、問題となった濫用行為が当該市場に具体的な影響を与えたことを証明する必要はない。その点では、濫用行為が競争を制限する傾向があることを証明すれば十分である。その点では、濫用的行為が競争を制限する傾向があること、言い換えれば、その行為がそのような影響を及ぼす可能性があること、または及ぼす可能性があることを示すだけで十分である<sup>6</sup>。82 条違反が成立するために必要なことは、「顧客がライバルの生産者から供給を受けることを妨げる傾向がある」ことであるとした<sup>7</sup>。

ミシュラン II では、CFI は特に、82 条の下では反競争的效果を示す必要はないと述べている。その代わり

に、裁判所は、「競争を制限する傾向がある、言い換えれば、その行為がそのような効果をもたらす可能性が ある」場合、その行為は濫用的であり得ると裁定したのである。両事件とも、申請者側の中心的な主張の<sup>9</sup>。ミシュラン II の判決は、(裁判所によれば) 82 条ひとつは、欧州委員会が、このシステムが何らかの有害な効果をもたらした、あるいはもたらすであろうと示すだけで十分であることを立証する事例を参照することによって、この規則を正当化した。ミシュラン II では、ミシュランの目的はディーラーの忠誠

心を高めることであったため、同裁判所によれば、この慣行は競争を制限する可能性があったに違いない<sup>10</sup>。

ミシュラン II はまた、排他的濫用の評価にとって重要な 2 つ目の問題、すなわち、支配的企業が、そうであれば濫用となる行為に対して、どの程度まで効率性上の正当性を主張できるかという問題を取り上げた。ミシュラン

6 前掲ブリティッシュ・エアウェイズ、パラ[293] (強調)。

7 同パラ[247]。

8 同上：パラグラフ[247]、[272]、[276]。

9 前掲『ミシュラン II』パラ[239]。

10 前掲ミシュラン II、パラ[241]および[244]。もちろん、第 82 条を適用するために、ある慣行がすでに明白な反競争的效果をもたらしていることを示す必要はないという点では、この分析は正しい。しかし、ミシュラン I を除き、裁判所が引用したすべての判例では、現実の反競争的效果がすでに生じているか、その行為が許容された場

合に生じる可能性が合理的に高いという、少なくとももっともらしい主張がなされている。ミシュランIIの議論では、競争を制限する「可能性がある」という「目的」を持つ行為が、そのような影響が少なくとも発生する可能性があることを示すことができない場合に禁止されなければならない理由が説明されていない。

裁判所は、支配的企業がディーラーによる購入の増加が顧客にとっての規模の経済をもたらしたことを示すことができる場合、数量リベートについて効率性の抗弁が可能であると示唆した。ミシュランはリベート・プログラムに関連するコスト効率に関して詳細な情報を提供していなかったため、裁判所はこの点について広範な検討を行っていない。しかし、裁判所は、便益は「取引に特化した」ものでなければならない、つまり、特定の割引の付与は、その個々の顧客に対する販売を通じて得られる経済と連動していなければならないと追加的な割引は追加的な便益と連動していなければならないと考えていることが少なくとも示唆されている<sup>11</sup>。

従って、CFIは排除的濫用の閾値を設定し、実際の危害も危害の可能性も必要とせず、むしろ危害の可能性だけを要求している。この閾値は、競争者への影響よりもむしろ、顧客に対する制限に焦点を当てるものである。同時に、ミシュランIIの裁判所は、効率性の正当性を認めるためのテストを示唆したが、これは実際には満たすのが難しい可能性がある。ミシュランIIでは、目的と効果というかなり結論めいた表現を除けば、法律や競争政策におけるこれらの規則の根拠を説明する試みはない。

しかし、この立場を支える理由は、冒頭で紹介したリュック・ガイセレン (Luc Gyselen) の論文で非常に明確に説明されている。Gyselenによる、第82条に基づく排除的濫用に対する「構造主義的 (structuralist)」アプローチに関する明確かつ知的な首尾一貫した記述は、これらのCFI判決に示された規則の根底にある政策的問題を明らかにしている<sup>12</sup>。

11 ミシュランII、前掲書、パラ[98]～[110]。同裁判所は特に、Case C-163/99 *Portugal v Commission* [2001] E.C.R. I-2613の判決および同事件におけるMischo法務官の意見に依拠している。しかし、ポルトガル対欧州委員会事件では、空港の着陸料に関する事件で、第82条(c)に基づく差別と関連した第86条の違反が争われた。同事件における外観上は非差別的なボリュームディスカウントの仕組みは、ポルトガルに設立された大手航空会社に利益をもたらすという実際の効果をもたらした。ミシュランIIの裁判所は、支配的企業がインフラを基盤とする独占企業ではなく、特定の加盟国からの一群の顧客を利する意図の明確な証拠がなく、競争上の弊害が(あるとすれば)顧客の搾取ではなく競争相手の排除である場合、同事件で用いられた取引に特化したアプローチが適切かどうか検討すらしていない。

12 例えば、ジョン・テンプル・ラングとロバート・オドノヒューのコメントに注目したい：欧州委員会と欧州共同体の裁判所は、濫用が疑われるとされる個々の事案について、その事案の事実関係を参照して対処してきたが、そのための明確な分析的・知的枠組みを持たずに対処してきたように思われる」J.T. Lang and R. O'Donoghue, "Defining Legitimate Competition: J. T. Lang and R. O. Donoghue, "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC" 26 Fordham Int.L. J. 83.

CFI判決は、ガイセレン論文が裁判所のアプローチに直接的な影響を与えた可能性を示唆している。この論文で提案された濫用に関するテストは、その後CFIが定めたものと同様に、反競争的效果をもたらす可能性が高い行為を禁止するものである。リベートシステムという具体的な文脈で言えば、システムが市場に与える実際の影響を考慮することなく、「スイッチング・コスト」を生み出すようなシステムはすべて禁止されることになる。我々は、このテストは不当に介入主義的

であり、健全な経済原則に基づく競争政策と矛盾して当化されるのは、競い合いのプロセスが「*長期的には*」顧客と消費者の福祉に貢献するという信念があるからであると示唆している。しかし、同論文はライバル

- 13 このアプローチは、例えば、英国の通商産業省と公正取引局のために作成されたスイッチングコストに関する最近の研究で提案されたアプローチとは対照的である：

このような非線形の割引システムは、競争者が支配的企業から売上を獲得することを非常に困難にすることによって、競争に悪影響を及ぼす可能性がある。スキームがこのように競争を歪めることが判明した場合、介入が正当化される可能性がある。しかし、そのような介入は、法的形態に基づく*それ自体*の禁止ではなく、常に問題となるスキームの実際の経済効果に基づくべきであるN/E/R/A, *Switching Costs-Part One: Economic models and policy implications*, Economic Discussion Paper 5.OFT 655 (2003年4月)。

の保護と、最終的に顧客や消費者厚生に貢献することとの関係は、「健全な経済的裏付けを持つべき」である。そうでなければ、競争プロセスではなく、競争者を保護することになるからである<sup>16</sup>。最近の事例は、競争者の保護か競争過程の保護かが問題になっている、とも指摘している。

ガイセレン論文は、82条に基づく排除的濫用の主張を評価するためのガイセレン独自の2段階アプローチとの関連で、リベートシステムについて考察している<sup>17</sup>。ガイセレン論文は、濫用事例における最初のステップは、「市場閉鎖」があるかどうかを特定することであるべきだと主張している。この文脈で市場閉鎖が何を意味するのかについては定義していないが、序文のコメントによれば、「(明確化されるべき)問題は、(リベート)スキームがどのようにスイッチングコストに影響を与え、支配的企業の競争相手にとっての参入障壁を人為的に高めるかである」<sup>18</sup>。このテストでは、利益が市場閉鎖効果に"比例"していることを条件に、効率性を理由に正当化される行為を認めることになる。

ガイセレン論文は、排除価格訴訟において"取り組むべき2つの主要な問題"を挙げている。一つ目は、介入を正当化するために欧州委員会が示さなければならない市場閉鎖の程度に関するものである。2つ目は、効率性の正当化に関するもので、ガイセレン論文は、支配的企業が、主張する利益を達成するために、その行為が不可欠であることを示さなければならないかどうかという問題があると指摘している。しかし、これまでのところ、リベートシステムに対する効率性の正当化は認められていないため、ガイセレン論文では、1つ目の疑問-リベートシステムが「潜在的な閉鎖効果」を発揮するのはどのような場合かに焦点を当てている。この問いに答えるため、ガイセレン論文ではリベートに関する判例を検討する。

#### 運用状況のまとめ

ガイセレン論文では、(i)排他性の見返りとしてリベ

## II ガイセレンの分析

### 理論的枠組み

ガイセレン論文ではまず、第82条に基づく排除的濫用の主張に対する一般的なアプローチを概説する理論的枠組みを示す。次に、1975年のシュガー事件判決<sup>14</sup>からミシュランIIの欧州委員会判決に至るまで、リベートをめぐる各主要判決について詳細な分析を行っている<sup>15</sup>。最後に、今後のリベート案件を評価するための"運用上の結論"を得るために、判例分析から導き出した原則を適用している。

ガイセレン論文の概念的枠組みは、第82条が「競争の構造的プロセス」としての競争を保護するためのものであるという前提に基づいている。ガイセレン論文は、価格設定行為が支配的企業の競争相手にとって「人為的に事業機会を閉ざす」ものである場合、その行為は「競争プロセスに害を及ぼす」可能性があることを示唆している。同論文はさらに、このプロセスを保護するための独占禁止法の執行者による介入が正

ートが支払われる場合（フィデリティ・リベート）、(ii)売上高が設定された閾値を超えた場合にリベートが支払われる場合（ターゲット・リベート）、(iii) 全顧客に適用される一般的な閾値を超える売上に関してリベートが支払われる場合（数量リベート）。ガイセレン論文は、判例のレビューから以下の結論<sup>20</sup>を導き出している：

- **フィデリティ・リベート：「それ自体」の禁止。** 支配的な企業が独占的な購入約束の見返りとしてリベートを供与する場合、そのようなリベートは事実上それ自体禁止されている。
- **ターゲット・リベート-判例法では、参入障壁の評価が行われている。** 実際、欧州委員会と欧州共同体の裁判所は、特定のターゲット・リベートシステムが、「理論的あるいはまったく無視できるものではない」<sup>21</sup>。
- **ターゲット・リベート-リベート・システムの"ロイヤルティ向上"性は"不確実性"に基づいている。** *Michelin P2* は、ターゲット・リベート・システムのロイヤルティ向上効果の源泉として、商品の単価に関するディーラーの"不確実性"に基づいており、フィデリティ・リベートと同等の効果が期待できる。
- **ターゲットリベート-短い基準期間であっても濫用される可能性がある。** ペーパーによれば) この"不確実性"は、リベートが複数の注文に基づいて計算された時点で適用されるため、ガイセレン論文は、ターゲット・リベート・システムが比較的長い参照期間とリンクしている場合、ディーラーを縛り始めるという *ミシュラン I* のコメントを割り引いている<sup>23</sup>。その3ヶ月の基準期間があればリベートシステムにセーフハーバーを与えるという考えは否定される<sup>24</sup>。ガイセレン論文は、基準期間が1ヶ月であってもガイセレン論文では、基準期間が1ヶ月であっても、関連業界の受注サイクルによっては、""比

較的長い基準期間"を構成する可能性があることを示唆している。

- **ターゲット・リベートの評価は、基準期間の長さに加え、追加的な要因によって決まる。** ガイセレン論文は、ターゲット・リベートシステムの合法性は、基準期間の長さに加え、以下の要因によって決まるべきであると提案している：
  - リベートは、基準期間中の総販売量に対して適用されるのか、それとも目標販売量を上回る増分に対してのみ適用されるのか。
  - 様々な製品（おそらく異なる製品市場）に適用できるか？
  - リベートシステムは累進的か（つまり、数量に応じて報酬が増加する）？
  - スキームが透明であるか（すなわち、顧客は正確な目標値や、その目標値を達成した場合に適用されるリベート単価を知らない）。
  - リベートなしでの利益率があまりに低いため、顧客は利益の出る売上を達成するために目標を達成せざるを得なくなるのではないか？
  - は、支配的企業とライバル競合企業との市場シェアの乖離によって、あるいは支配的企業のポートフォリオの規模によって、忠実性効果が増大するのだろうか？
- **ターゲットリベートは、より広範な反競争的スキームの一部を形成する可能性もある。** ガイセレン論文は、"より広範な忠実性を高める取り決めの一部"である場合、そうでなければ合法的なりベートシステムであっても濫用的なものになる可能性がある」と指摘している。
- **ターゲットリベート-規模の経済では正当化できない** ガイセレン論文は、ターゲット・リベートシステムが規模の経済性を理由に正当化されることはあり得ないということは、「純粋に "定説" である」と結論づけている<sup>25</sup>。
- **数量リベート-検証可能な有効性が示される場合には認める。** 個別化されていないボリューム・リ

べートは、個別化されたターゲット・リベートシステムと同様の忠実性向上効果を持ちうるが、ガイセレンは、売り手にとっての検証可能な効率性によって支払いが正当化されることを条件に、そのようなシステムを認める。

14 Case 40/73 Suiker Unie v Commission [1975] E.C.R. 1663; [1976] 1 C.M.L.R. 295.

15 [2002] O.J.L143/1;その後上訴により棄却、事件 T-203/01 2003 年 9 月 30 日。

16 パラ 9-10、強調

17 Gyselen は、1989 年のフォーダム国際反トラスト会議でのプレゼンテーションで、このアプローチの概要を初めて説明した (Gyselen, "Abuse of Monopoly Power" published in 1989 Corporate Law Institute (1992) and EEC/US Competition and Trade Law (1990) 597-650, 以下「Gyselen 1989」)。ガイセレン論文の後段で、ガイセレン論文が提案する濫用に関するテストが提起する問題点について触れる。

18 par.3.

19 para.20.

20 パラ 119-142。

21 パラ 123-124。

22 Case 322/81 NV *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission* [1983] E.C.R. 3461.

23 para.125、[1983] E.C.R. 3461, para[81]を参照。

24 ガイセレン論文では、以下のケースで参照期間があったことを指摘している。T-228/97 *Irish Sugar Plc v Commission* [1999] E.C.R. II-2969 ; [1999] 5 C.M.L.R. 1300 および *Virgin/British Airways* [2000]における参照期間があった。O.J.L30/1 (その後控訴棄却、Case T-219/992003 年 12 月 17 日)において、それぞれ 1 週間および 1 ヶ月であった。

25 ガイセレン論文は、Case T-228/97 *Irish Sugar Plc v. Commission* [1999] E.C.R. II-2969; [1999] 5 C.M.L.R. 1300 および *Virgin/British Airways* [2000]に参照期間があったことを指摘している。

### III 判例の分析

82 条に基づくリベートに関する従来の法律の大まかな概要については、ガイセレン論文で述べられている通りであり、異論はない。しかし、分析の特定の側面については疑問がある。これらの点は、今後 82 条が

リベートシステムにどのように適用されるべきかという、より広範な問題に関わってくるため、以下に詳細

- ガイセレン論文は、ターゲット・リベートの「ロイヤルティ向上」効果を最終単価に関する「不確実性」に帰着させた点で間違っており、ミシュラン I の「重要な段落」を誤って解釈している。
- ガイセレン論文は、裁判所や欧州委員会は、このシステムの差別的性質を理由に、この正当性を否定してきたと指摘している。
- ガイセレン論文は、ホフマン・ラ・ロシュ<sup>(26)</sup>を、標準化された数量リベート・システムの合法性については何ら見解を示していないと読んでいるが、それは誤りである。
- 欧州委員会と裁判所が、リベート訴訟において「参入障壁」の経済的評価を行ったという指摘は誤りである。
- 規模の経済性が、ターゲットリベートシステムの「効率性」を正当化する根拠として否定されてきたという指摘は正しくない。

#### ターゲットリベートシステムのロイヤルティ向上効果-「不確実性」の役割

ガイセレン論文がミシュラン I 判決の重要な段落であると位置付けている点で、裁判所は、比較的長い基

準期間に基づくターゲットリベートシステムには、献が示唆するように経済文献が示唆するように、主要「割引を得るために必要な購入額に達するか、あるいはある問題はある問題はスイッチング・コストの存在である。スイッチは全期間にわたって予想される損失を被ることを回避するために、その期間の終わりに買い手に対するプレッシャーを増大させるという固有の効果がある」と述べている<sup>27</sup>。ガイセレン論文は以下の通りコメントしている。

「増大するプレッシャーについて、裁判所はそれがどこから来るのか説明していない。我々の見解では、(増加する)プレッシャーは(増加する)不確実性によって引き起こされる。バイヤーが期間終了時に特定のリベートを受け取れるだけの量を購入できるかどうかという不確実性は、基準期間終了前に購入製品の平均正味購入価格を決定することを可能にしない。この不確実性こそが、支配的企業の製品を購入することを促すのである。」

参照期間中にライバルの競争相手から購入されるたびに、不確実性と事前確証は増大する<sup>28</sup>。ガイセレン論文は、結論においてこの点に立ち戻っている：

「この不確実性の問題点は、基準期間の終わりに近づくとともに、支配的な企業からより多くのものを購入するよう、顧客に対する圧力が強まる可能性があることだけではない。問題は、そして主な問題は、不確実性が基準期間を通じて存在することである。この不確実性こそが、「買い手の供給元を選択の自由を排除・制限し、競争相手の市場参入を阻む傾向がある」のである<sup>29</sup>。」

「不確実性」を忠実性の鍵として特定することは、典型的な注文サイクルを超えるリベートプログラムに

対するガイセレン論文の挑戦の根拠となるため、重要である。ターゲットリベートプログラムの効果の分析はフィデリティ・リベートに関し、顧客が目標に到達するかどうかの不確実性は、忠実性効果の程度を評価する上で重要な鍵ではないことを示している。経済文

明らかに意味する。ライバルがそのような短期間を待つ用意がないとは考えられない。このことから、参照期間が 3 ヶ月以下のターゲット・リベートシステム（またはボリューム・リベートシステム）は、より広範な反競争的スキームや計画の一部でない限り、重大な市場閉鎖効果をもたらす可能性は低いという経験則が説明される<sup>34</sup>。

しかし、期初のスウィッチング・コストについてはどうだろうか？これらのコストには「忠実性を高める」効果はないのだろうか？これらのコストは明らかに非常に低いが、それでも市場に参入しようとするライバルにとっては障壁となりうる。裁判所はこの疑問には明確に触れていないが、暗に示唆するのは、コストが評価できないほど低い水準が存在するということがある<sup>35</sup>。

26 第 85/76 号 ホフマン・ラ・ロシュ社対欧州委員会事件[1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R. 211.

27 [1983] E.C.R. 3461; [1985] 1 C.M.L.R. 282 パラ[81]。

28 para.78.

29 para.129、引用省略。

30 これを単純化した例で説明しよう。支配的企業 M が、販売業者 D に大型貨物車用タイヤを 1 本あたり 50 円の定価で販売しているとする。D は昨年 4,000 本のタイヤを販売し、うち 2,500 本は M のためのものであった。M と D との契約では、D が暦年で 2,500 本の目標を達成した場合、D は 1%の追加ボーナスを受け取ることになっている。日本の大手生産者である新規参入者 R が、この市場に参入することを決定した。わかりやすくするため、D が R のタイヤに対して支払う標準マージンは M のタイヤと同じであると仮定する。さらに、D は 1 年間に R のタイヤを 600 本販売できると考えているが、そうすると M の目標（そうでなければ達成できる）を

下回ってしまうと仮定する。M から R への売上の一部を"切り替える"代償として、R は D にくら支払わなければならないか。M が乗り換える価値を見出すためには、1,250 ユーロ（定価（2,500×50）における D の総売上高の 1%）を回収する必要がある。しかし、この金額は、R が D に切り替えを説得する時点によって、R の売上高に分散させる必要がある。その時点が 1 月であれば、R は 600 本の販売から 1,250 円、つまり 1 本あたり 2.1 円の値引きを行う必要がある。一方、R が D を説得して 3 月末にしか乗り換えない場合、R が D に期待できるタイヤの販売本数は、3 月中に 450 本となる。したがって、1,250 円の売上はこれらの売上から得る必要がある。すなわち、1 本あたり 2.8 円、タイヤ 1 本あたり 5.6%の値引きである。もし R 社が 11 月末に D 社にタイヤ交換を勧めるなら、その費用は 50 本分になる。しかし、この例では、スウィッチング・コストは初期には低く、基準期間の終わりには法外に高くなる。

31 しかし、ライバル企業の努力に関係なく、顧客が目標達成を確信している場合、ターゲットシステムはロイヤルティ向上効果を全くもたらさない。これは、大手スーパーマーケット・チェーンがサプライヤーと定期的に合意している数量目標がそうである可能性がある。

32 [1983] E.C.R. 3461

33 A.G. Verloren van Themaat, [1983] E.C.R. 3527, at 3542 の意見。

34 ガイセレン論文がミシュラン II の欧州委員会決定を批判するのはもちろん正しいが、この規則を裁判所の明示的な判例法に起因するものであることは、先に述べたとおりであり (B. Sher, "Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around Comes Around" [2002] E.C.L.R. 486 参照)、また、ミシュラン II の第一審裁判所 ("CFI") が現在認めているとおりである (パラ[85])。し



かし、これは欧州委員会の確立された判例である間、ドイツの当局者が競争規則と競争政策の策定と  
り、ドイツ法におけるリポートシステムの考え 実施において重要な役割を果たした。共同体の最初の  
方に基づくものであった。ガイセレン論文はま 20 年間、ドイツの当局者は、競争ルールおよび競争政  
た、アイリッシュシュガーにおける 1 週間の基 策の策定と実施において重要な役割を果たした。共同  
準期間は、基準期間の長さが決定的なものでは 体競争法の発展に対する学界の論評と関心は、主とし  
ないことを示している」と主張している。しかし、 てドイツにあった<sup>37</sup>。

次節で述べるように、ガイセレン論文で引用さ ドイツの競争政策は、第二次世界大戦前後、ドイツの  
れている同判決の段落は、市場閉鎖の問題(これ 学者や政府高官からなる「フライブルク学派」によっ  
は基準期間に関する問題である)ではなく、問題 て展開された「オールド・リベラル」イデオロギーに基  
のスキームが成果に基づく競争の一形態として づいていた。フライブルク学派は、経済活動のパラメ  
適格であるかどうかを扱っている。アイリッシ ーターを定める"経済憲法"の必要性を提唱した。この  
ユ・シュガーの市場閉鎖は、多くの行為の累積的 経済憲法は、企業の競争自主性に不当な制限を設ける  
な影響から生じたものであり、1 週間のリベー カルテルやその他の契約を禁止することによって、私  
トの効果は、それ自体としてみれば、欧州委員会 的経済力の出現を制限するものであった。経済憲法は  
も裁判所も依拠しなかった。 また、経済力を獲得した企業に対し、競争経済モデル

- 35 ほとんどの新規参入企業は、顧客に自社製品 に合致した行動をとるよう求めることで、その行動を  
を試してもらうために、ある程度のスイッチン 規制するものであった。これらすべてのルールの目的  
グ・コストを支払うことになるだろう。さらに、 は、経済的な効率性ではなかったが、価格の低下や選  
今回の例のように、新規参入者がすでに別の地 択肢の拡大といった消費者の利益は、このシステムの  
理的市場で地位を確立している場合、関連市場 副産物としてプラスに働くと考えられていた。このシ  
での売上は限界費用ベースの増分売上となり、 ステムの目的は、むしろ、競争経済モデルにおける私  
市場シェアを獲得するための値引きの余地が大 的権力の制限と統制であった。  
きくなる。 自由で公正な政治的・社会的秩序のためである<sup>38</sup>。

### ターゲット・リポートと82条におけるオールド自由主義の伝統

残りのコメントには共通のテーマがある。司法判断に 対するガイセレン論文の評価である、特に、ホフマン・  
ラ・ロシュとミシュランIの極めて重要な初期の判例 は、これらの判例で展開された濫用の法的構造を反映  
していない。これらの事件における裁判所の判決に従 うためには、その法的構造と、その法的構造の基礎と  
なった政策的配慮を理解する必要がある。

### オールド自由主義的競争政策とEC法

EEC 条約の下での競争規則の起源、発展、適用が、ド イツの競争法の政策と法的構造に基づいていたこと はよく知られている<sup>36</sup>。EEC 共同体の最初の 20 年

公正」という目標は、「秩序オールド自由主義的」思考に おいて重要な役割を果たした<sup>39</sup>。秩序オールド自由主義 的な考え方において社会の屋台骨を形成していた(そ して第二次世界大戦後の一般的な経済回復の原動力 となっていた)中小企業は、その商業的自律性に対す る不当な制限からの保護を必要としていた<sup>40</sup>。支配的 な企業(オールド自由主義の意味での「経済力」を有す る企業)が関係する場合、公正さは、他の市場参加者 の市場や供給源へのアクセスを制限するような行為 を控えることを要求した<sup>41</sup>。

- 36 ドイツにおけるオールド自由主義的見解に基 づく競争法の発展に関する詳細な議論につい ては、D. Gerber, *Law and Competition in 20th*

Century Europe：以下「ゲルバー」という。

- 37 ゲルバー教授はこう書いている：ドイツ人はローマ条約に競争法規定を盛り込むことを支持した。ローマ条約における 2 つの主要な競争法規定（第 85 条と第 86 条）の構造もまたオールド自由主義思想に忠実であり、当時の他の欧州競争法に見られるものとはほとんど類似していなかった。カルテル協定の禁止は米国の反トラスト法に類似点があったが、支配的地位の濫用の禁止という概念は、特に自由主義的、ドイツ的競争法思想と密接に関連し、米国家の言説とは大きく異なる重要な新展開であった」id.264。
- 38 ガーバー、前掲書、p.244-251。
- 39 同書 p.241：「市場は、社会のすべての構成員が公正であると認識し、すべての人に平等な参加の機会を提供する方法で機能しなければならなかった」。
- 40 この自治の規範的概念は、共同体の初期において、第 85 条（現代の第 81 条）に基づく「競争の制限」を形式的に承認する根拠にもなっていた。しかし、欧州委員会の「*水平的協力協定に対する EC 条約第 81 条の適用可能性に関するガイドライン*」（2001 年）O.J. C3/2（以下、「水平的ガイドライン」）の第 19 項では、自律性規範は第 81 条の下では否定されている：
- 41 トゥービンゲン大学法学部教授のヴェルハルト・モーシェルによれば、「オールドリベラルは社会全体の自己治癒のプロセスに依拠するのではなく、個人の経済的行動の自由をそれ自体の価値として、過度の市場権力のいかなる障害からも保護する」。Moerschel, "Ordo point of view" in *German Neo-Liberals and the Social Market Economy* (A. Peacock & H. Willgerodt ed., 1989), p. 147（以下"Moerschel"と略す）。
- オールド自由主義的競争政策と"成果に基づく競争"。**
- オールド自由主義的競争法が支配的企業の行動をどのように統制するかを検討するにあたり、オールド自由主義の理論家たちは、既存の法的概念である "*Leistungswettbewerb*"（成果に基づく競争）を採用した。この概念は、19 世紀の「不公正競争」に関する規則に由来する。この概念は、競争者に損害を与えたとしても、不公正な競争行為として禁止されない競争行為について説明したものである。これに基づき、品質の向上、価格の引き下げ（非差別的かつ略奪的でない限り）、アフターサービスの改善などが、成果に基づく行為形態として分類された。支配的な企業がパフォーマンスに基づく競争方法を用いる場合、その企業は以下のことを自由に行うことができると考えられた。
- しかし、多くの水平的協力協定は、競争の制限を目的とはしていない。したがって、協定の効果の分析が必要である。この分析のためには、協定が当事者間の競争を制限するだけでは不十分である。また、価格、生産高、技術革新、商品・サービスの多様性や品質に関する市場マイナスの影響が予想されるほど、市場の競争に影響を及ぼす可能性が高くなければならない。
- たとえ競争者に損害を与える行為であってもである。重要なことは、初期のコメンテーターが、フィデリティ・リポートは特に業績に基づかない行為の一形態であるとしたことである<sup>42</sup>。
- 1958 年にドイツ競争法が採択された後、理論から実践への移行期において、1970 年代までは支配の乱用に関する問題は二の次であった。しかし、1970 年代半ばになると、支配的企業の競争相手を「不当に苦しめる」行為の適切なテストについて活発な議論が展開されるようになった。ハイデルブルグ大学のピーター・ウルマー教授は、濫用的行為を特定するための 2 段階のアプローチを提案した。(1)その行為がライバルの競争機会に重大な影響を与えること、(2)その行為が成果に基づく競争であってはならない<sup>43</sup>。ウルマー・テストは、1977 年から 1980 年にかけてのベルリン控訴裁判

所の4つの判決で支持され、適用された。重要なのは、between Member States Art.86は、当該事業者の存在これらの判決のうち2つがリベートシステムに関するものであったことである<sup>44</sup>。

42 ゲルバー、前掲書 n.36、p.252-253。

43 P. Ulmer, *Schranken zsigen Wettbewerbsmarktbe-herrschender Unternehmen* (1977) 妨げる効果を持つ行為を対象としている。

を参照。

44 WuW/E OLG 1767 Kombinationstarif (KG 1977); WuW/E

OLG 1983 Rama-Ma<sup>77</sup> dchen (KG 1978); WuW/E OLG 2148

Sonntag Aktuel I (KG 1979); WuW/E OLG 2403 Fertigtutter (KG 1980)。

の直接的結果として、競争がすでに弱体化している市場の構造に影響を及ぼす可能性のある行為を対象としており、また、取引者の成果に基づく製品またはサービスにおける通常の競争を規定する方法とは異なる方法に頼ることによって、市場の維持または維持を妨げる効果を持つ行為を対象としている。

この一節の重要性は、『ホフマン・ラ・ロシュ』の英

語版における翻訳ミスによって、ドイツ語圏以外の多くの実務家にとって不明瞭なものとなっている。翻訳

者はドイツ語の"Leistungen"をフランス語の"prestations"を経由して、この重要なフレーズを営利

事業者の取引に基づく"通常の競争と訳したのである。

この誤りはミシュランI号で訂正されたが、ドイツ人以外の世代の学者や実務家（そして一部の委員会関係者）は、"正常な競争と"異常な競争の区別に頭を悩

ませてきた。しかし、ドイツ語とフランス語、そして『ミシュランI』の修正版から明らかのように、「成績

に基づく正常な競争」は、ドイツ語のLeistungswettbewerbの概念に相当する、ひとつの規範的原理として意図されている。

この誤りはミシュランI号で訂正されたが、ドイツ人以外の世代の学者や実務家（そして一部の委員会関係者）は、"正常な競争と"異常な競争の区別に頭を悩ませてきた。しかし、ドイツ語とフランス語、そして『ミシュランI』の修正版から明らかのように、「成績に基づく正常な競争」は、ドイツ語のLeistungswettbewerbの概念に相当する、ひとつの規範的原理として意図されている。

### 共同体裁判所における成果に基づく競争

欧州司法裁判所がホフマン・ラ・ロシュとミシュランIにおいて排除的濫用のテストを明確にした際、基本的にウルマー教授が提唱したアプローチを採用した。同裁判所によれば、濫用は行為から構成される：

(1) 市場における競争を低下させる、または新たな競争の出現を妨げる効果を持つもの<sup>45</sup>。

(2) その影響が「商業事業者の成果に基づく通常の競争以外の手段によって」引き起こされる場合<sup>46</sup>。

45 この影響は、支配的企業の存在によって競争がすでに弱体化している市場、すなわち、支配が認められた関連市場または近隣の市場でなければならない。

46 *Michelin I* [1983] E.C.R. 3461, at para.[70] 参照：

“As regards the application of Art.86 to a system of discounts conditional upon the attainment of sales targets, such as described above, it must be stated first of all that in prohibiting any abuse of a dominant position on the market in so far as it may affect trade

### 成果に基づく競争テストの適用-数量リベート。

ウルマー教授によって開発され、ホフマン・ラ・ロシュで採用された成果主義競争テストの下では、

「成果に基づく」と認定される行為は、競争者への影響にかかわらず、攻撃を免れる。従って、ホフマン・ラ・ロシュで重要な争点となったのは、問題の

リベートが成果に基づく競争の一形態として特徴づけられるかどうかであった。同裁判所は、フィデリ

ティ・リベートは負担や便益を正当化する経済的成果に基づくものではなく、購入者から可能な供給源

の選択肢を奪い、あるいは制限し、他の生産者の市場参入を拒否するように設計されている<sup>47</sup>：

フィデリティ・リベートは、当該生産者からの購入量にのみ連動する数量リベートとは異なり、顧客が競争者から供給を受けるのを防ぐために、経

済的な便宜(advantage))を付与することを目的としている。

裁判所はパラ[100]でこのテーマに戻り、「総購入額に対するリベートの付与に関連する限り、一見すると量的な性質を持つように見える」個別目標の設定の関連性について論じている。しかし、裁判所は、この量的な要素は、これらのリベートが「市場にまだ存在する競争レベルを発展させるもの」という成果に基づく競争の範疇に入るのに十分であるという主張を否定している。

47 *Hoffmann-La Roche* [1979] E.C.R. 461, at para.[90]。英語版の "transactions" は "performance"に変更されている。

このリベートの計算方法は、当該生産者からの購入量のみに関連する量的リベートの付与とは異なり、問題となるリベートは、客観的に確定され、すべての可能な購入者に適用される量に依存するのではなく、ケースバイケースで、各顧客の推定吸収能力に応じて作成される推定量に依存する。

このように、裁判所は、純粋で非差別的な数量リベートシステムは、第 82 条に捕捉されない成果に基づく行為の一形態であることを、できる限り明確に示した。これは「ロシュが当然に残した別の問題」<sup>48</sup> であり、純粋な数量リベートシステムは取引に関連する効率性の立証の対象とされるべきであるとするガイセレン論文の主張は、裁判所の評価と全く矛盾している。同裁判所は *Michelin I*<sup>49</sup> で同様の結論に達しており、第一審裁判所も *Irish Sugar* で同様の指摘をしている<sup>50</sup>。

ガイセレン論文が執筆されて以来、*ミシュラン II* 第一審裁判所は、数量リベートに関する欧州委員会のアプローチを支持している。しかし、これは司法裁判所の判例と適切に調整されていない<sup>51</sup>。

48 パラ 42

49 *Michelin I* [1983] E.C.J. 3461 の判決では、パラ[72]において、問題のリベートが「成果に基づく」とは見なされないことを立証することで、ターゲットリベートシステムの分析を開始している：

売上目標の使用によって特徴付けられる本件で問題となっているリベートシステムに関しては、前年の売上高の累進的な規模は、このリベートシステムが適用される限度を示しているに過ぎないため、このリベートシステムは、商品の購入量のみに関連する単なる数量割引には当たらないことが観察されなければならない。"

*ミシュラン I* ですでに明示された濫用のテストでは、そのリベートシステムが成果に基づくものであるかどうかを立証する必要があったことを考慮すると、「単なる数量割引」のリベートシステムは成果に基づくものであるという強い含意がある。

50 [1999] E.C.R. II-2969, at para[213]。

51 本編末尾の議論を参照。

### 成果に基づく競争と効率性の抗弁

特に比較法の観点からは、パフォーマンス・ベースの競争テストを適用する裁判所を、米国法のシャーマン法第 2 条に見られるような「事業正当化」の抗弁や、EC 合併規則に適用されるような効率性の抗弁と結びつけることは非常に魅力的である。ガイセレン自身、ガイセレン論文と 1989 年の論文の両方で、裁判所の判例をこれらの考え方に結びつけている。しかし、オールド自由主義的なパフォーマンス競争の概念は、次の

既に述べたように、成果に基づく競争は規範的な概念であり、「競争力のある企業が行うこと」である一連の活動を定義するものである。従って、売上の増加をもたらすボリュームディスカウントは、通常、規模の経済と関連付けられるが、特定のボリュームディスカウントが節約と関連付けられるかどうかは関係ない。

さらに、より重要なこととして、企業の効率を高め、である<sup>54</sup>。その結果、裁判所も欧州委員会も市場閉鎖消費者福祉に明確な便益をもたらすような措置が、企業効果について真剣に調査する必要がなかった。その好業の成果、すなわち、より低い価格、より良いサービス例がミシュラン I である。ミシュラン I では、弁護士、より良い品質と結びつかない場合には、必ずしも長は、「販売目標の前述の効果」を正確に認定すること成果に基づく競争とはならない。したがって、ターゲットは、最後の手段として極めて重要である。

リベートシステムが規模の経済によって正当化 裁判所はすでに次のように述べている。競争構造がされないことは「純粋に確定」<sup>53</sup> しているかもしれないが、それは、規模の経済がリベートシステムを成弱体化させることは、支配的地位の濫用を構成する可果に基づく競争の一形態にはしないということを意能性がある」<sup>55</sup>。

味するだけである。さらに、第 82 条の伝統的な解釈 これは特にリベート事件において顕著である。検討では、効率性の議論は認められていないため、効率性された論点は、顧客の供給者選択の自由がどの程度著の議論に関わる事例がほとんどないことは驚くべきしく損なわれているかという点だけである。これらの裁判例では、ライバルがどのような存在になる可能性

- 52 モシエル教授は、オールド自由主義的なシステムがあるのか、また、スイッチングコストを支払う必要と、効率性や消費者福祉への貢献に基づくがどのようにコスト構造に影響するのかについてはシステムとの違いを認識していた： 評価されていない。これらの判例では、どのようなライバルが考えられるか、また、スイッチング・コストを支払う必要性がそのコスト構造にどのような影響を与えるかについては評価されていない。これらの判例では、行為によって閉鎖された店舗の数や、市場に参入しようとするライバルが利用できる代替手段に直接傾くアメリカの反トラスト法において検討されていない。したがって、これらの裁判例における決定的な問題が、「どのような状況において、特定のターゲット・リベートシステムが、支配的企業の競争相手にとって人為的に参入障壁を高めることになるのか」であったという論文は正確ではない。Moerschel, n.41 above, at p.149. 欧州委員会も裁判所も、経済学者が理解するような市場閉鎖問題としてリベートを検討する必要はなかった。

53 ガイゼレン論文パラ 136

### オールド自由主義の濫用規制と市場閉鎖

伝統的な判例法に関するガイゼレン論文の扱いに関する最後のポイントは、ホフマン・ラ・ロシュの濫用テストの 2 つ目の項目、すなわち濫用が「市場に残存する競争の量を減少させ、または新たな競争の出現を妨げる」という要件に関わるものである。ここでも比較法の観点から、この概念を、1989 年の論文でガイゼレンが実際に行ったように、「市場閉鎖」や「反競争的效果」の概念と同一視することは非常に魅力的

54 ガイゼレンは、反競争的效果を表現する略語として「市場閉鎖」という言葉を使った。

55 [1983] E.C.R. 3527、3543 頁、*Hoffmann-La Roche* [1979] E.C.R. 461、パラ[123]を引用。もちろん、裁判所は、第 85 条（現代の第 81 条）に基づく一般的な規則が、関連市場の 5% または売上高が 1 億 ECU を超える企業が関

与する垂直的制限合意は、競争相手に対して *ブリティッシュ・エアウェイズ* では、申請者は、リベートの運用期間がヴァージン・アトランティック航であった時代に、このテストを明確にした。空の着実な拡大期と重なる（リベートが排除される見このように、第 81 条と第 82 条はともに、競込みはまったくない）という事実を主張し、米国の競争規制に関する形式主義的なオールド主義的判所は同事件で欧州委員会の結論とは正反対の結論見解に基づいていた。を下した。

56 この記述に対する唯一の例外は、第 82 条の下でのリベートに対する別のアプローチ *Virgin/British Airways* [2000] O.J. L30/1 でを検討する前に、CFI が完全に内部的に一貫しているあるが、そこでも欧州委員会の分析は抽象的わけではないことに注意すべきである。第 3 の CFI 判で結論めいたものであった。（欧州委員会は、決である *Van den Bergh Foods* は、82 条の下での市場航空会社にとっての旅行代理店の重要性を閉鎖効果について、むしろ異なる役割を強く示唆して簡単に指摘した後（パラグラフ [103]）、「こいる。我々はここで、異なる問題が提示された場合に、のような濫用的なスキームがなければ、競争裁判所がむしろ異なる結論に達することができる者はより多くの成功を収めていたであろうということが、構造主義的アプローチの脆弱性を示してことは想定される」（パラグラフ [107]）と結いることを指摘しているに過ぎない<sup>59</sup>。

論付けているが、そのような想定の根拠も、それを裏付ける事実も示されていない。CFI 分析はこれ以上発展していない（ガイセレン論文冒頭の議論を参照）。

57 おそらく、両リベート事例における形式的な反論の最たる例は、問題となっているスキームの遡及的（または「ゼロに戻す」）な特徴に関するものであろう。*ブリティッシュ・エアウェイズ* では、売上高が目標に達した直後には、追加の売上高が赤字になる可能性が高いという指摘という形をとっている。このような規模に沿った特定の一点におけるスキームの数学的意味合いに対するかなり狭い焦点は、BA のスキームにおける唯一の利益は「.....ライバル航空会社を追い出すこと」でなければならないという命題の「特別な」裏付けとして引用されている（パラグラフ [288] と [289] 参照）。

58 この分野を長い間曖昧にしてきた要因のひとつは、判例がしばしば、実際とは異なることをやっているように提示されることである。数量リベートについては、それが顕著である。*ミシュラン II* の CFI 判決は、数量リベートは「一般的に第 82 条で禁止されている市場閉鎖効果を持たないと考えられて

### その後のCFI判例

そこで、ガイセレン論文の後に採用された CFI 判例に話を戻そう。ペーパーで明示されたアプローチに沿って、これらの判例では、リベートの形態と仲介業者に対する制限的な効果に焦点が当てられており、競争者に対する効果は、これらの品質<sup>57</sup>から推定されている（*ブリティッシュ・エアウェイズ* では、市場の構造から推定されている）。しかし、なぜこのような特殊なケースで、このような影響の問題が表面化されるのだろうか？その答えは、2つのケースそれぞれにおける特定の特徴にある。

*ミシュラン II* は、純粋に標準化された数量リベートが非難された最初のケースである。これまでの判例では、システムの排他的効果が差別的効果と曖昧にされ、効果に基づく分析の欠如が差別の言葉や客観的正当性の欠如の中に隠されていた。*ミシュラン II* では、CFI は差別と排除を「切り離し」、構造主義的アプローチの論理的帰結<sup>58</sup>に直面する必要があった。

いる」(パラ[58])という枠組みになっている。文脈を読めば、裁判所は実際には、規模の経済によって正当化されない限り、数量リベートでさえ違法であると言っているのである。この混乱は、数量リベートがコスト面で正当化されるという冒頭の仮定を採用し、コスト面で正当化されない場合は許されないという後付けの仮定を加えることによって生じている。現実には、値引きは通常、規模の経済に従って計算されるものではない。むしろ、初期の判例が認めたように、値引きは競争の一手法であり、したがって市場の競争状況に応じて設定される。CFIの立場と初期の判例法との矛盾は別として、このことは、委員会や現在のCFIが、実際には極めて極端な立場であるにもかかわらず、合理的であるかのように見せかけることを可能にしている。

59 *Van den Bergh Foods* 事件における CFI は、アイルランドの小売店舗に冷凍庫を無償貸与する代わりに冷凍庫内でのブランド独占権を与えるというユニリーバの契約が、アイルランドのインパルスアイスクリーム市場において第 81 条および第 82 条を違反しているという欧州委員会の認定を支持した。この裁判の中心的な争点は、冷凍庫の独占権が実際にはどの程度まで店舗の独占権に相当するかという点であった。CFI は、事実上の独占性が 40% という欧州委員会の評価を支持し、その際、82 条の評価と 81 条の評価との関連において、ある程度の実質的な事実上の市場閉鎖が濫用の認定に必要な前提条件であることを強く示唆した。(ユニリーバは市場のわずか 6% が市場閉鎖られたと主張していた)。事件 T-65/98 *バン・デン・ベルグ・フーズ* 対 *欧州委員会*、2003 年 10 月 23 日 (未報告)、パラ[160]; 現在控訴中、Case

C-552/03.

#### IV 市場閉鎖の効果とビジネスの正当性-第82条に基づくリベートへの経済的アプローチ

本節では、本論文で明らかにされた 2 つの主要な問題、すなわち、閉鎖性の証明基準と効率性の正当性の証明基準を取り上げる。前節の議論が示唆するように、我々は、オールド自由主義の伝統に染まった判例法が、健全な経済学に基づく競争法システムにおいてこれらの問題にどのように対処すべきかについて有益な指針を与えるとは考えていない。そこで、より広範な政策的観点から分析を検討する<sup>60</sup>。

60 我々は、ガイセレン論文自体が現行法を述べることを意図していることを認識している。また、ガイセレン氏が欧州委員会の職員として(個人的な立場で執筆しているとはいえ)、確立された判例を攻撃する立場にないことも承知している。それにもかかわらず、この論文では、これらの判例を率直に擁護し、経済的に健全な根拠を主張しようとしていることから、この論文が指摘する規則の政策的根拠を検証する必要がある

#### 第82条に基づく「市場閉鎖」の評価

ガイセレン論文で指摘されている「主な疑問」の第一は、「82条の下での介入を正当化するために、欧州委員会はどの程度の市場閉鎖を証明しなければならぬか」ということである<sup>61</sup>。市場閉鎖とは、トリッキーな概念であるが、ガイセレン論文は、濫用に関し、排他的行為の文脈で市場閉鎖効果として具体的あるいは潜在的な競争上の弊害をあいまいに計測することを是正することを示唆している<sup>63</sup>。

しかし、ガイセレン論文で提案されているテストは、理論的根拠に基づいて長期的な競争上の弊害をもたらす可能性のあるあらゆる行為に関し、調査対象市場においてそのような影響が生じる蓋然性を考慮することなく、禁止するものである<sup>64</sup>。しかし、我々はま

ず、第 82 条の下で取り組まなければならない問題について有益な洞察を与えてくれる比較法の領域に踏み込むことから始める。

61 par.11.

62 「市場閉鎖」と「市場閉鎖効果」という用語は競争法において一般的に使用されているが、専門的に定義された意味を持つものではない。市場閉鎖は、売り手が潜在的な買い手や買い手のグループに販売することを妨げるあらゆる状況を指す言葉として使われることが多い。この意味での市場閉鎖は、契約、買収、または買い手が他の供給者の製品を好むように導く取引の過程から生じる可能性がある。しかし、「市場閉鎖」はしばしば「市場閉鎖効果」の略語としても用いられる。例え、顧客の 5% に市場閉鎖が適用された場合、5% の「市場閉鎖効果」がある。しかし、「市場閉鎖効果」は、市場閉鎖による市場構造への影響を表すこともある。例えば、40% の顧客の市場閉鎖は、有利な売り手の市場シェアの変化につながり、不利な売り手には実質的な参入障壁をもたらす可能性がある。市場閉鎖効果」はさらに、市場閉鎖による消費者厚生への影響-価格の上昇や消費者の選択の減少-を説明するために使用されることもある。最終的に、「市場閉鎖効果」は、排他的行動から生じる反競争的效果の全範囲を定義することができる-特定の顧客に対する市場閉鎖を伴わない略奪的価格設定や戦略的行動の効果を含む。

### 米国反トラスト法における独占的取引、排他的価格設定、市場閉鎖

ガイセレン論文の冒頭で、ガイセレンは次のように述べている：

[値引き行為の分野は、興味深い比較法の視点を提供してくれる。確かに、EC 委員会がその禁止決定

のほとんどを採用し、その際、ほぼパーシー・アプローチに従っているのはこの分野である。一方、米国では、反トラスト機関は公的な執行活動をまったく展開していないようであり、連邦裁判所は、すべてにおいて偏向的な理由規定アプローチの下で私的訴訟を評価している<sup>65</sup>。

しかし、ガイセレン論文では、米国の立場がこれほど異なる理由については論じていない。というのも、米国の独占禁止法は、排他的価格設定とされる行為による反競争的損害を示す必要性について厳格な見解を示しているからである。

10 年前まで、米国法の下での独占的取引の取り決めの分析には、2 つの要因の評価が必要であった：(i) 独占的取引の取決めの結果として市場閉鎖の対象となる市場の割合、および(ii) 独占的取引の期間。

63 Gyselen は、1989 年の論文でこの意味で市場閉鎖という用語を使用し、次の 3 つの見出しの下で判例を取り上げた：「(1) 排他的行為の性質、(2) 行為の認識される市場閉鎖効果（ここでは市場閉鎖を一般的な反競争的效果の略語として使用）、(3) そのような行為の目的的正当化」。Gyselen (1989), n.17 above, at 617.

64 このため、以下ではこのテストを「可能性テスト」と呼ぶ。

65 para.2、引用省略。この論文では、「この分野における EC 委員会の方針が物議を醸すものであると、何人かのコメンテーターが認識しているのも不思議ではない」と結んでいる。

66 一般に、Jacobson, "Exclusive Dealing, 'Foreclosure', and Consumer Harm" (2002) 70 Antitrust L.J. 311 を参照。ここで取り上げた事例は、シャーマン法 1 条と 2 条、クレイトン法 3 条の両方が適用されるものである。クレイトン法第 3 条は、独占的取引契約を特に対象としているため、この文脈での比較法



評価にとって特に重要である。第2項以外の事例の多くは、第82条の下で推定上支配的とされる市場シェアを有する売り手に関するものである。

そのような取決め。一般的なルールでは、35～40%の抵当権抹消を伴う除外取引の取り決めが認められていた。また、契約期間が1年以下の協定については、契約が満了すればライバルがその顧客のビジネスを競り落とす可能性があるため、重大な反競争的效果をもたらさないという一般的な推定もあった。しかし、最近では、消費者被害に直接焦点を当てる方向にシフトしている。

この裁判の被告は、ガソリン・ディスプレイの小売市場の55%を占め、同市場の全店舗の38%をカバーする独占的取り決めを結んでいた。第9巡回控訴裁判所は、市場閉鎖効果を排除するのに十分な代替的流通手段（直接販売やサービス請負業者を通じた流通など）が存在し、その取決めは短期的で容易に終了するものであったとして、原告を支持する判決を破棄した。しかし、最も重要な点は、この協定が新規参入を抑止し、談合を助長し、あるいは他のいかなる手段によっても被告が価格を引き上げることを可能にしたというこの独占的又はそれに近い独占的要件が存在しないデ

とを、原告側が立証していないということである。法廷によれば、証拠によれば、生産量は増加し、価格は下落したという。スキームを運営する企業にとって、消費者価格と製品品質に直接的な制約を課すことになる。さらに、有効期間が1年を超えるリベート・スキームを運用することは極めて異例であるため、有効期間が短いということは、期間終了時の乗り換えが顧客にとって現実的な代替手段でないことが明らかでない限り、米国法上、競争上の弊害がないことを示すことになる<sup>70</sup>。

いるが、現在では、形式的な契約上の能力よりも、顧客が解約して乗り換える現実的な能力に焦点が当てられている。裁判所が反トラスト法違反の訴えを支持したケースはいずれも、独占的条件を課す側に実際の市場支配力があることを示す証拠があった。

67 127 F.2d 1157 (9th Cir.1997).第82条が適用された場合、市場シェアは被告が支配的地位を有していたことを推定することになる。

68 *CDC Techs, Inc v IDEXX Labs, Inc*, 186 F.3d 74 (2d Cir. 1999)(仲介業者に課された排他的義務は、エンドユーザーに課された義務よりも軽微); *Western Parcel Express v United Parcel Service*, 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999); *Minnesotaining & Mfg Co v Appleton Paper, Inc*.d 974 (9th Cir. 1999); *Minnesota Mining & Mfg. Co v Appleton Papers, Inc*, 35 F. Supp. 2d 1138 (D. Minn. 1999) (現実的な切り替え能力が重要); *Bepco, Inc v Allied-Signal, Inc*, 106 F. Supp. 2d 814 (M.D.N.C. 2000); *United States v Dentsply, Inc* 2000-1 Trade Cas.(CCH) ¶ 73,247 (D. Del. 2001); *United States v Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2000); *cert. denied*, 122 S. Ct. 350 (2001).

長期の独占的取引義務がある場合に反トラスト法違反を認定するための厳格な基準に照らせば、事実上この独占的又はそれに近い独占的要件が存在しないデ

ィスカウントに関わる事例がほとんど出てきていないことは驚くべきことではない。このような販売は、スキームを運営する企業にとって、消費者価格と製品品質に直接的な制約を課すことになる。さらに、有効期間が1年を超えるリベート・スキームを運用することは極めて異例であるため、有効期間が短いということは、期間終了時の乗り換えが顧客にとって現実的な代替手段でないことが明らかでない限り、米国法上、競争上の弊害がないことを示すことになる<sup>70</sup>。

69 *Concord Boat Corp v. Brunswick Corp*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000)において、控訴裁判所は、プレジャーボート用の船内・船外機用マリンモーターのトップメーカーであり、50～75%の市場シェアを変動させている（すな

わち、EU の用語で言うところの支配力) 同社に対する判決を破棄した。裁判所は、事実関係に基づき、ボーナス・プログラム (数量割引に加え、顧客がブランズウィック社から最大 3 年間、合意された割合の要件を購入することを約束したことに対するディスカウントを含む) は、超競争的価格を請求する能力を付与するものでも、強化するものでもない」と結論づけた。 *Avery Dennison Corp v. ACCO Brands, Inc.*, 2001-1 Trade Cas.(CCH) 72,882 (C.D. Cal 2000)では、これとは対照的に、一部の顧客に対するターゲット値引きと他の顧客に対する独占契約が組み合わされていた場合、裁判所は被告に対する略式判決を認めなかった。 *LePage's Inc v. 3M*, 324 F.3d 141 (Third Circuit 2003) (en banc)では、控訴裁判所は、販売者がテープ市場で 90%近い市場シェアを有していた場合、関連性のない事務用品 (ステープラーなど) の購入に連動するセロハンテープのリベートシステムは排除的となり得ると判断した。

¶

70 1998 年版の論文で、ホーベンカンブ教授は、年次ターゲットリベートシステムについて次のようにコメントしている：

この取決めが、1 年間の完全な独占的取引の取決めよりも大きな反競争的効果を持つことはあり得ないということに、まず留意されたい。さらに、同じように効率的なライバルが、より良い価格で入札し、さらには被告からの割引の損失を顧客に補償することによって顧客を奪うことができ、競争上の影響はより小さくならない。さらに、ライバルがその価格に對抗できない場合、そのことは、数量割引プログラムが効率的であることを示す

強い指標となる。

これらの理由から、我々は、独占権そのものではなく、単に購入した商品の数量に付けられた割引を合法的なものとして扱い、独占取引法の対象としないことを提案する」。H. Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 1807c, at n.16 (1998).

最新の補足では、ホーヴェンカンブ教授は、ルペイジズにおける最近の控訴裁判所の判決を考慮に入れ、自身の見解を修正した。同教授は、異なる製品市場の製品を対象とするターゲット・リベートシステムが、同等に効率的な単一製品のライバルを排除する効果を持つ場合、原則的に排除的となりうることを認めている。しかし、この原則は、市場の定義に関して重大な不確実性がなく、影響を受ける市場において売り手の市場シェアが極めて高い (90%に近い) 場合に限定するとしている。彼は、また、独自の複数製品スキームを提供できるライバルが存在する場合には、その適用を除外するとしている。P. Areeda and H. Hovenkamp, *Antitrust Law* 2003 Supplement, ¶ 749, at 141 参照。

我々は、米国の割引システムに適用される規則を、反省なしに 82 条のもとで当然のこととして採用すべきであると提案するつもりはない。しかし、実質的な

相違が存在する場合、欧州委員会は少なくとも、その相違に正当な政策的理由があるかどうかを慎重に検討すべきである。この観点から、消費者被害の可能性に焦点を当てた現代の米国法と、ガイセレン論文に記載されている EC の判例法との間の実質的な相違は、少なくとも 3 つの疑問を生じさせる。第一の疑問は、なぜ欧州委員会と加盟国の競争当局は、非独占的割引のケースにこれほど多くの執行上の注意を払うのか、ということである。第二の疑問は、その性質上、限られた期間しか適用できない「スイッチング・コスト」が、果たして重大な参入障壁となり得るのかとい

うことである。第三の、そして最も根本的な疑問は、なぜ第 82 条の分析では、消費者に及ぼしそうな損害に直接焦点を当ててではなく、スイッチングコストや参入障壁に焦点を当てるべきなのかということである。可能性のある危害テストの意味を評価する際には、これらの疑問を念頭に置くべきである。

### 市場閉鎖に関する可能な損害テスト

ガイセレン論文は、欧州委員会が排除的価格設定に 82 条を適用できる 2 つのシナリオを挙げている。1 つ目は、「実際の市場閉鎖」、すなわち、「支配的な企業の行動が競争者に不利益をもたらす市場閉鎖効果を実際にもたらしたという経験的証拠がある」場合である。ガイセレン論文は、欧州委員会の垂直的制限ガイドラインの一節を用いて、売り手が支配的である場合には、「わずかな同数の市場シェアであっても、すでに重大な反競争的效果をもたらしている可能性がある」ことを示唆し、そのような効果の例を示している<sup>71</sup>。

垂直的制限ガイドラインへの依拠と、ガイセレン自身が以前に発表した見解を合わせると、これらの目的における「市場閉鎖」は、「反競争的影響」の代用であることが示唆される。

しかし、ガイセレン論文では、市場閉鎖の性質にこだわる必要はない。というのも、主要な関心事は、委員会が実際の市場閉鎖を示す必要がまったくないことを立証することだからである。ガイセレン論文は、*AKZO*<sup>72</sup>、*Compagnie Maritime Belge*<sup>73</sup>、*Irish Sugar*<sup>74</sup> の第一審裁判所の判決を参照しながら、「十分条件ではあるが、実際の市場閉鎖は 82 条適用の必要条件ではない」と主張している<sup>75</sup>。ガイセレン論文によれば、最低限必要な条件は、「支配的企業の市場行動が、競争者に不利益をもたらすような市場閉鎖効果をもたらす可能性がある」ということである。このテストは、その後の文章で、「評価できる潜在的な市場閉鎖効果」を証明する必要性と言い換えられている<sup>76</sup>。

71 [2000] O.J. L291/1 (以下、「垂直的制限ガイドライン」と呼ぶ), at para.148.

この一節は、ガイセレン論文のパラ 18 で引用されているように、「支配力が強ければ強いほど、他の競争者を市場閉鎖するリスクも強くなる」と結論づけている。ガイセレン論文は、この一節が、「欧州委員会はすぐに問題があると結論づける」(すなわち、市場閉鎖された市場シェアが小さくても懸念につながる可能性がある)、「市場閉鎖の可能性があればすぐに 82 条を適用する」(すでに反競争的な影響につながる可能性がある)という記述に言及する)ことを示唆していると指摘している。

この点で、ガイセレン論文が垂直的制限ガイドラインに依拠するのは見当違いのように思われる。垂直的制限ガイドラインが明確にしているように(パラ.3)、垂直的制限ガイドラインは「各事例に固有の状況において適用されなければならない」ものであり、「機械的な適用を排除する」ものである。従って、垂直的制限ガイドラインにおける「懸念につながる可能性がある」または「既に反競争的な影響につながる可能性がある」という表現は、「市場閉鎖のリスク」への言及と同様、全て、企業が第 81 条の下で垂直的制限協定の独自の評価を行うことを支援する垂直的制限ガイドラインの役割を反映している。この文言は、企業が第 81 条第 1 項の違反の可能性、あるいはその可能性があることを認識している状況を示しているが、欧州委員会が第 81 条が適用されるとどの程度「迅速に」結論づけるかは、実際のケースの事実関係による。

垂直的制限ガイドラインのこれらの箇所は、ガイセレン論文で後述する価格設定の濫用の一側面であるフィデリティ・リポート(すなわち、全面的または全面的な独占購入に近い形で連動するリポート)のみを取り扱っているため、ガイセレン論文で示された議論の裏付けとしては限定的でもある。垂直的制限ガイドラインは、数量リポートのような他の価格政策を、「非競争義務に類



論文では、リベートによって生じる市場閉鎖が、実際には重大な反競争的效果をもたらす可能性があるかどうかを調査する必要はないと考えている。要するに、"相当な"スイッチング・コストが示されれば、このテストの下で要求される"潜在的な市場閉鎖効果"は、参入／市場閉鎖に対する大きな障壁の**可能性**と、それに続く重大な反競争的效果の**可能性**から生じる。

このアプローチには 2 つの可能性がある。ひとつは、「忠実性効果」が認められること、参入に大きな障壁が設けられること、消費者福祉が損なわれる可能性が高いことの間には、実際に強い因果関係があり、この因果関係は支配的企業が存在する市場であればどこでも存在するため、市場ごとの評価の必要性がなくなるというものである。この推定が不当である理由は後述する。2 つ目の説明は、82 条が"ライバルの構造的プロセス"を維持することを意図しているという考え方から導かれる。起こりうる損害のテストは、第 82 条に対する構造主義的なアプローチ、つまり、市場における行為や経済効果に直接焦点を当てるのではなく、市場構造の変化に焦点を当てるアプローチと一致している。

77 パラ 123-134、特にパラ 124 (「明確性に欠けるのは、欧州委員会が、どのリベートが忠実性を高めるかを評価するためのパラメータについて、予測可能なチェックリストを使用していないためである」)、パラ 130 (「リベートシステムの忠実性を高める効果を完全に排除する唯一の方法は、所定の基準期間中の販売取引をアンバンドリングし、リベートは、顧客が個別の販売取引において正式に購入を約束した数量のみに連動させることを義務付けることである」)、パラ 134 (「客観的な市場環境は、リベートシステムの忠実性を高める効果をさらに高める可能性がある」)、パラ 135 (「いくつかの決定において、欧州委員会はまた、累積的な忠実性を高める効果を強調している。(パラ.134 (「客観的な

市場環境は、リベートシステムの忠実性向上効果をさらに高める可能性がある」)、パラ.135 (「いくつかの決定において、当委員会は、共存する複数のリベートシステムの累積的な忠実性向上効果も強調している」)。

78 同文書では、通常の注文サイクルを超える参照期間を持つリベートシステムに潜在的な「ロイヤルティ強化」効果があると見ているが、この効果の評価可能性、ひいてはスイッチング・コストの程度が他の要因に左右される可能性があることを認識している点で、評価可能なスイッチング・コストを証明するアプローチもかなりミニマリスト的である。

### 構造主義」と第82条の下での濫用に対する「弊害の可能性」アプローチ

ガイセレン氏は、論文の最初のセクションで、82 条の目的についての見解を明確に示しており、そこでは、排除的価格設定事案における介入の目的と、過度な価格設定事案における介入の理論的根拠を対比している：

競争法の執行者が [排除価格設定] のケースに介入するのは、概念的に言えば、過度な価格設定のケースよりもトリッキーである。この "信仰" は宗教的なものであってはならず、健全な経済的裏付けを持つものでなければならない。もしそうでなければ、執行者は、競争者間の構造的な競争過程ではなく、競争者間の競争において、一人又は複数の競争者を保護することになりかねない<sup>79</sup>。

ここで重要な点は 2 つある<sup>80</sup>。1 つ目は、「長期的な顧客・消費者の福祉」との関連である。82 条の焦点は、短期的または中期的な消費者福祉の損失を防ぐことではなく、長期的な利益をもたらす"プロセス"を保護することにあると考えられる。2 つ目のポイントは、最後の一文から浮かび上がってくる、

79 パラグラフ 10

80 また、この論文では、この政策的関心を「独 占禁止法の執行者」とし、暗黙のうちに米国 条判例法との整合性は、このアプローチに従う十分な執行機関を含めていることも注目し、理由とはなりえない。重要なのは、第 81 条の形式主義的アプローチを経済学的分析に譲っていることに照らせば、米国の反トラスト執行官の多くが、排他的行為を取り締まる目的を維持すべきかどうかという点では、特に"ライバルの構造的プロセス"を保護することであるという命題を支持するとは思えない。

これは、"ライバルの構造的なプロセスを.....守る"を指している。ここでのキーワードは、実は「プロセス」ではなく「構造」である。

競争法専門家にとっ て、"市場構造"とは、市場参加者の数や規模、潜在的参入者の特定、顧客の数、供給インプットへのアクセス、仲介業者の役割や重要性、あるいは現在の目的を伴うことである。ガイセレン論文は、「この "信仰" は宗教的なものであってはならず、健全な経済的裏付けを持つべきものである」の属性を表すものである。シカゴ以前の反トラスト<sup>81</sup> と認識しているが、一般論としても、リポートシステムでは、市場構造、市場行為、そして最終的な市場成果の間に想定される関係が、「支配」と合併の両者の性質について詳しくは論じていない。しかし、事件における介入を正当化する中心的な理由であり、現実には、構造分析は依然として第 82 条に基づく支配の評価の問題となっている特定の市場の状況において、行為が出发点である。したがって、「ライバルの構造的プロセス」を保護するためには、欧州委員会は、そのライバルを促進する市場構造を保護する必要があるとい

うことになる。 純粋な構造主義的分析には、その健全な経済的裏付けの欠如に起因する、さらに3つの欠陥がある。第一に、構造主義的アプローチは、必然的に「偽陽性」-消費者与える可能性のある行為は、特に正当化できない限り福祉に害を及ぼさないが、調査対象企業と競争当局に禁止するのが筋である。ガイセレン論文のリポートシステムに対するアプローチは、反競争的な効果をもたらす可能性のあるシステムをすべて摘発するものであり、この目的を満たすものである。もちろん、これは構造主義的アプローチは、短期的または長期的に消費者福祉を促進しうる行為を禁止する危険性がある。ガイセレン論文で後述するように、割引システムがもたらす潜在的なプラスの効果が広範に存在することを考えると、そのような効果を回避するためのフィルターとしての、特に取引固有の効率性に焦点を絞った場合、ビジネスの正当性に基づく弁明を信頼することはできない。

ない。最後に、最も重要なことだが、構造主義的なアプローチは、多くの場合、競争者ではなく、競争者を保護する結果となることは避けられない。規制システムを競争ツールとして利用するライバルにインセンティブを与え、"me too"競争を助長する一方で、ライバルが消費者に製品を届ける代替手段を開発する意欲を失わせる。このような理由から、経済効果に基づく競争政策と、起こりうる損害のテストがどのように両立しうるのかがわからない。

もちろん 82 条に基づく濫用のテストが"健全な経済的裏付け"を有することは、条約上必ずしも要求されていない。市場にアクセスする競争者の"権利"は保護されるべきであると主張することは可能である<sup>82</sup>。開放的な市場構造をそれ自体の目標として推進する競争政策が、長期的にはしばしば肯定的な経済的結果をもたらすと信じることも可能である。このアプローチが、オールド自由主義的な世界観に基づくものであれ、市場参加者にとっての"公正さ"というポスト・オールド的な考え方に基づくものであれ<sup>83</sup>、あるいは、競争過程の正当性を保護する必要があるものであれ、それが近代的な経済理論に基づいた競争政策であるかのように装うのは怠慢(idle)である<sup>84</sup>。欧州委員会が排他的濫用に対する非経済的なアプローチを適切であると考えてのであれば、欧州委員会は、そのアプローチの理由を明確に示し、それに基づいて執行政策を構築すべきである。

#### 81 パラ 10

82 E.M.Fox, "What is Harm to Competition" (2002) 70 Antitrust L.J. 371, at 395 を参照：  
欧州裁判所が、正当な理由がない限り、支配的企業による排除的行為を非難する原則は、しばしば動的なものとして表現される。それは、非支配的企業が支配的企業によって構築された人為的な障害なしに取引する自由の原則であり、この自由を維持することが競争過程の正当性にとって重要であり、すべての市

場関係者、競争者、消費者に利益をもたらす可能性が高いという前提を伴うものである。

83

市場プレーヤーの「自主性」と行動の自由を守るという意味での「公正」が、通常の競争政策における重要な関心事であったことはすでに述べた。この懸念は 82 条にも引き継がれ、多くのリポート事件では、顧客の"不公正な"扱いに関する懸念があった。その最たる例がミシュラン II [2002] O.J. L143/1 で、欧州委員会決定の見出しはミシュランのコンダクトの「不公正さ」に繰り返し言及している。しかし、この懸念は、排除行動に関する懸念とは論理的に別個のものである。この点では、1989 年の論文 (Case 27/76 United Brands v Commission [1978] E.C.R. 207 に関するコメント) で述べた Gyselen と完全に一致している：

市場閉鎖の理論的根拠は一般的であったが、裁判所は、支配的企業がディーラーの行動の自由を制限すること自体が濫用であるとも示唆した。言い換えれば、同裁判所は、競争相手に対する公平性にも関心を寄せていたようである。この関心は、競争の維持というよりも、「顧客搾取」の禁止に関わるものである。この概念は、86 条の施行に明白に存在するが、概念的にはほとんど共通点のない消費者搾取の根拠を移し替えたものとみなすことができる」Gyselen (1989) n.17, at 615 (引用省略)。

公正性に関する懸念は、「市場閉鎖」に関する懸念とは本質的に別物であるため、ガイセレン論文では取り扱わない。しかし、もし顧客に対する公正さが第 82 条の執行の真の目的であるならば、市場の文脈における顧客の利益を見る必要があることに留意したい。その結果、ミシュランの販売努力が垂直統合型の販売店にさらにシフトし、独立系ディーラーが廃業に追い込まれるのであ

れば、ミシュランがターゲットリポートを提供することを禁止することは、ミシュランのディーラーにとって本当に「公正」なのだろうか。航空会社が旅行代理店を完全にバイパスするチャンネル（電話やインターネット予約など）に販促活動をシフトさせることを意味するのであれば、旅行代理店チェーンにとって、最大手の航空会社顧客がインセンティブ・スキームを提供する能力に厳しい制限を課すことは「公正」なのだろうか？ 私たちは、受益者を「保護」してビジネスを停止させる危険性のある「公正さ」に基づく政策に注意すべきである。

84

ガイセレン論文の冒頭で不当に要約した形で説明したオールド自由主義的アプローチは、ある意味で非常に魅力的である。しかし、それが意味を持つのは、競争規則（および他の分野の規則も含む）の包括的なシステムの基礎としてだけである。オールド自由主義的競争政策が82条で維持されるのであれば、なぜ81条で放棄されたのかを問わねばならない。

### スイッチング・コストと反競争的効果-「ロイヤルティ強化型」リポートシステムの全面的な禁止は、経済的根拠に基づいて正当化されるか？

すでに述べたように、ガイセレン論文で提案されているテストでは、「市場閉鎖効果」に関する調査に関連すると思われる多くの疑問が未解決のまま残されることになる。行為によって「市場閉鎖された」市場の割合を決定する必要はないと考えられる。また、影響を受ける特定の市場において、システムによって発生するスイッチング・コストが参入に実質的な障壁をもたらす可能性があるかどうかを評価する必要はないと考えられる。最終的に、このリポートシステムによって生じる閉鎖は、重大な反競争的効果をもたらすこのリポートシステムによって生じる閉鎖は、重大な反競争的効果をもたらすこのリポートシステムによって生じる閉鎖は、重大な反競争的効果をもたらすかどうかを調査する必要はないと考えられる。なぜなら、相当なスイッチング・コストであっても、

常に重大な参入障壁を生じさせるという推定<sup>88/86</sup>や、参入障壁を生じさせること自体が消費者福祉の大幅な損失につながるという推定<sup>87</sup>には、経済的根拠がないからである。

例えば、参入障壁としてのスイッチング・コストの重要性に影響を与えうるいくつかの事実上の問題を考えてみよう<sup>88</sup>。

85 また、ガイセレン論文（パラ 18）は、潜在的な市場閉鎖と実際の市場閉鎖との違いを、81条1項における競争を制限する目的または効果を有する制限の違いと比較している。この比較については詳しく述べていないが、欧州委員会によれば、契約条項が競争を制限する目的を持つ場合、「負の市場効果を有すると推定される」ため、市場への実際の影響の評価は不要である（水平ガイドライン 18 項参照）。もちろん、この推定は、価格操作、市場共有、地域分割を主目的とする協定の影響について一般的に信じられている理解に基づいている。この潜在的な市場閉鎖テストと 81 条 1 項の「目的テスト」との比較は、一定の前提条件（例えば、スイッチングコストの創出）が満たされれば、特定の行為が 82 条の反競争的効果を有すると推定されるべきであることを示唆している。これは、ミシュラン II における CFI のアプローチでもあり、パラ 241 において、82 条の下では「目的」と「効果」の概念は結合しているとされている。より最近では、フィリップ・ロウ（Philip Lowe）が、欧州委員会の 82 条の見直しについて議論する中で、「ある種の濫用に関しては、当該行為の種類に内在する潜在的な効果が、濫用を認定するのに十分である可能性がある」と示唆している（"DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance" Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, October 23, 2003, Fordham Corporate Law Institute（強調は追加））。

86 ここで「スイッチング・コスト」と呼ぶのは、白



書IIで示したように、ロイヤルティ効果が"不確実性"に基づいているという論文の理論は正しくないからである。ガイセレン論文の修正しくないからである。ガイセレン論文の修正しくないからである。ガイセレン論文の修正しくないからである。

ある。切り替えコストの重要性に関連する第二の要因は、潜在的参入者のコスト基盤である。

87 垂直的市場閉鎖効果の結果として厚生が失われる可能性を探る経済学文献が数多く存在する。例えば、P. Baake, U. Kamecke, H.-T. Normann, "Vertical Foreclosure versus Downstream Competition with Capital Precommitment", Normann, "Vertical Foreclosure versus Downstream Competition with Capital Precommitment" International Journal of Industrial Organisation, Abstracts of Accepted Papers (internet site) (July 2003) and papers cited therein. このような高度に理論的な文献群のEU競争政策への影響を検討することはガイセレン論文の範囲を超えていく、大幅な切り替えコストさえも吸収できる可能性がある。しかし、一般的な見解は、垂直統合は常に効率的であるという「シカゴ」の結論を否定しているが、比較的狭い範囲の状況において消費者福祉に害を及ぼすことを特定しているよ

88 我々は、スイッチングコストが重大な参入障壁となり、反競争的効果につながるかどうかを判断するためには、本格的な経済分析が必要であることを示すために、これらの例を示した。その経済分析に関連する基準について仮に、特定の市場において、リベートの忠誠効果が重要な議論は、ガイセレン論文の範囲を超えている。リベート・スキームの結果、支配的企業にシフトする売上高。プログラムによって「市場閉鎖」られる市場の割合が相対的に小さい場合、それらの顧客のスイ

この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、

この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、この点で、支配的企業が真正の独占力（市場価格を競争的水準以上に引き上げる能力）を有する市場において、

て、通常、関係が存在する可能性があることに異論はない。しかしながら、第 82 条に基づく支配力は、競争者、顧客、そして最終的には消費者から相当程度まで独立して行動できる企業に適用される。競争価格を超える価格を設定できる企業は、この要件を満たすが、そうした場合だけではない<sup>92</sup>。欧州共同体の裁判所は、50%を超える市場シェアを有する企業は推定上支配的であり、支配的とされる企業とその直近のライバルの相対的な規模は、支配力を評価するための決定的な基準とみなされることが多いとしている<sup>93</sup>。これに基づき、第 82 条は、経済的な意味で真の独占力を持たない企業に適用されることが多い<sup>94</sup>。第 82 条が真の独占力を持たない企業に適用される場合、現在の価格が競争的な水準を上回っていること、または「参入障壁」が増大すること等、価格上昇や消費者選択の制限という競争上の弊害をもたらすと推定する根拠はない<sup>95</sup>。

89 垂直的制限ガイドライン(para.126)において、欧州委員会は、効果的な参入が「1～2年以内に起こりそうである」場合、「参入障壁は低いと言える」と提案している。

90 この点に関する関連要因には、特定の顧客からの製品に対する残存需要や個々の顧客のバイヤーパワーが含まれる。個々の顧客が、支配的な企業の製品をある程度の割合で在庫し続けなければならない場合（すなわち、すべての購入をライバル企業に切り替えることができない場合）、新しい期間の開始時における切り替えの余地は低いかもしれない-切り替えコストは低くなるが、存在しないわけではない。しかし、一部の顧客は、購買パターンの切り替えを促進するために、リベートシステムの見直しを課すことができるだろう。例えば、ほとんどの EU 諸国の大手スーパーマーケット・チェーンは、リベートシステムの目標値やその他の条件に対して、かなりの影響力を持つ

ている。スーパーマーケットは、基準期間の途中で切り替えることはできないかもしれないが、次の年次事業計画の中で、購入の一部を他の販売者に切り替えることは、通常、困難ではないだろう。

91 この点で、支配的企業とその競争相手との間の相対的市場シェアの変化は、それ自体で反競争的効果を示すものではないことを念頭に置くことが重要である。それは競争相手への影響であるが、必ずしも競争への影響ではない。この構造的変化は、市場支配力の行使を容易にする限りにおいてのみ重要である。

92 したがって、例えば、ユナイテッド・ブランズ社は（チキータ・バナナの販売者として）、欧州委員会の決定前の5年間、最も近い競争者であるドール社と価格競争を繰り広げ、ユナイテッド・ブランズ社のバナナ事業に大幅な損失をもたらしていたにもかかわらず、バナナの販売者として支配的であると認定された。同裁判所は、「事業の経済力は収益性によって測られるものではなく、利益率の低下や一時的な損失は支配的地位と両立しない。同様に、ホフマン・ラ・ロシュは、ビタミン C の価格設定が酸化防止剤の競合サプライヤーによって明らかに制約されていたにもかかわらず、また、実質的な過剰生産能力が存在する市場においてビタミン全般の価格が長期にわたって下落していたにもかかわらず、ビタミン C の販売市場における支配的地位を認められた（Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] E.C.R. 461, at paras [69]-[79]）。

93 ケース T-219/99 *British Airways v. Commission* において、CFI は市場シェアが40%を下回る企業に対する支配の認定を初めて支持した。BA の市場シェアが、直近の競争者 5 社のシェアの合計の何倍にも相当すると

いう事実が、支配と濫用の両部門で強調されこの点で、支配的企業とその競争相手との間の相対的  
た（特にパラグラフ[211]、[224]、[276]を参市場シェアの変化は、それ自体で反競争的效果を示す  
照）。第 82 条を経済原則に基づいて再考するものではないことを念頭に置くことが重要である。そ  
には、支配のテストも再考する必要があるとれは競争相手への影響であるが、必ずしも競争への影  
主張することもできるが、それはガイセレン響ではない。この構造的変化は、市場支配力の行使を  
論文の範囲を超えている。容易にする限りにおいてのみ重要である。

- 94 参入障壁が高まれば、マイクロソフトや西アフリカ海運カルテルの市場地位が「強固なものになる」だろうという点については、この根拠に基づいて納得がいくが、ユナイテッド・ブランド、ホフマン・ラ・ロシュ、ミシュランの場合は、この主張にはあまり納得がいかない。
- 95 市場支配力の欠如を理由に独占的取引の主張に関する反トラスト法違反の訴えを裁判所が却下した米国の裁判例の多くは、おそらく 82 条の適用を受けるであろう企業が関与していることに留意されたい。

**排除行為評価のための代替アプローチ**ガイセレン論文で提唱されている濫用に対する厳格な構造主義的アプローチに代わるものは何か。私たちの考えでは、中心的な問題は、短期から中期的に反競争的な影響（価格の上昇や消費者の選択肢の減少）をもたらす可能性が高い行為かどうかであるべきである。これは、欧州委員会が、ある取引が「比較的近い将来に」支配的地位を「あらゆる可能性において」創出または強化することを示さなければならないという、合併規制の下で適用される法的テストと整合的であろう<sup>96</sup>。(1)の目的のために競争を制限する"効果"を協定が有するかどうかのテスト、すなわち、「価格、生産高、技術革新、または商品もしくはサービスの多様性や質に関して、市場において否定的な影響が予想される程度に競争に影響を及ぼす可能性があること」と一致するであろう<sup>97</sup>。

また、欧州委員会と裁判所は、競争者が「排除」されうるとい証拠がある場合にのみ、濫用を認定している。

- 96 例え、Case T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] E.C.R.II-4381 のパラ[153]を参照のこと：

したがって、コングロマリット型合併取引の影響に関する見直し分析において、欧州委員会は、支配的地位が比較的近い将来に創出または強化される可能性が高く、市場における有効な競争が著しく阻害されることにつながると結論づけることができる場合、その取引を禁止しなければならない（この点に関しては、Kali & Salz, para.[221]; Gencor v Commission, para.[162]; and Airtours v Commission, para.[63] を参照)

- 同様に、新合併規制と同時に発表された水平合併ガイドラインにはこう書かれている：

有効競争は、低価格、高品質の製品、豊富な品揃え、技術革新といった利益を消費者にもたらす。欧州委員会は、合併の管理を通じて、こうした便益を消費者から奪う可能性のある合併を防止している」（事業者間の集中規制に関する理事会規則の下での水平合併の評価に関する 2004 年 1 月 28 日付ガイドライン、パラ 8(本稿時点では、未公表)強調は追記)。濫用を規制する政策的根拠は、一方的な効果をもたらす合併を規制する政策的根拠と同じであるため、弊害の可能性の要件はどちらの場合も同じであることが論理的であろう。

- 97 水平ガイドライン、パラ 19。

- 98 Case C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] E.C.R. I-5951, at para.[44].ECJ が EU の略奪的価格設定に関する訴訟において追徴要件を否定したことは、消費者被害を証明するための「簡略化された」アプローチを示してい

ると解釈されるかもしれないが、略奪的価格 いて、変動費以下の価格設定が支配的企業にとって設定に関する各事件において、欧州委員会は、「それ自体」濫用的であるとの命題について AKZO 競争が深刻な影響を受けるという結論に至る を引用しているが（パラグラフ[242]参照）、これは不市場分析を行っていることに留意することが 完全な図式である。略奪的価格設定事件で認定された重要である。したがって、テトラパック II に 経済的損害は、長期的に起こりうる損害の可能性を は おいて、欧州委員会は次のように判断した、リ えるかに超えるものである。

ベートを含むケースで反競争的効果の可能性を評価するには、3 段階のテストが必要であろう 99。第 1 段階は、システムが実質的なスイッチング・コストを生み出すかどうかを検討することであろう 1。Gyselen<sup>2</sup> が指摘した他の要因も、この評価に関連する可能性がある。リベートが再販業者に提供される場合、顧客が最終顧客の選択にどの程度影響を与えることができるか、また、再販業者が総販売量を拡大することによってどの程度目標を達成することができるかを検討することも必要であると思われる 3。

この分析は、競争者に対する実際の影響を含む市場の状況を詳細に検討した上で、価格設定行為の効果は「競争を排除する」ものであったとし、第一審裁判所が司法裁判所の承認を得て引用した 2 つのパラグラフで確認している（*同裁判所*, Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] E.C.R. II-755, at paras [151], [191]を引用）。ECS/AKZO [1985] O.J. L374/1、パラ [86]も参照のこと。

（また、*Deutsche Post AG* [2001] O.J. L125/27, at paras [36]-[37]（価格上昇の見込みがない場合、原価を下回る価格設定は、より効率的なライバルの成長を阻害し（para.[36]）。また、*Tetra Pak II* において A.G. が示した、リクープメント要件を否定する理由、すなわち、買い手が目標を達成するためにどの程度販売全額を拡大する能力があるかということである。事実上、リクープメントが起こると考える場合にのみ意味を持つので、このモデルは、顧客からの需要は静的であり、ある売り手から購入するよう誘導することは、他の売り手の機会を減少させることを示唆している。実際、買い手（A.G. Ruiz-Jarabo Colomer の意見）も注目に値する。が複数の製品を販売している場合、買い手は次のよう従って、CFI は、ケース T-203/01 *Michelin II* にお

99 リベートシステムがより広範な反競争的システムまたは計画の一部である場合、反競争的影響は、計画全体としての影響に基づいて評価される。

1 ヒューイットは、非対称性（例えば、評判上の優位性）を強調し、競争は顧客の（ほぼ）総需要を供給することに集中するため、ほぼ平等な条件で競争できる企業が少なすぎる場合には、競争に害が及ぶ可能性が高くなると主張している。そうかもしれないが、それぞれのケースにおける実際のスイッチング・コストの分析に代わるものはないと我々は考えている。OECD *Journal of Competition Law and Policy*-Vol.5, No.2, 143, at 145 to 147（以下、"Hewitt"と略す）の Background Note。

2 パラ 137 にて。

3 仲介業者が顧客の選択に実質的な影響を与える能力を持っていない場合（例えば、卸売業者が独立した小売店舗による注文を満たす場合）、リベート目標の達成は、卸売業者が一般的にどの程度うまく事業を運営しているかに依存するかもしれないが、ライバルにとってのスイッチング・コストはないだろう。目標リベートは、この文脈において純粋なボリュームディスカウントとして機能する。

しかし、この論文で無視されている重要な要因のひとつは、買い手が目標を達成するためにどの程度販売全額を拡大する能力があるかということである。事実上、リクープメントが起こると考える場合にのみ意味を持つので、このモデルは、顧客からの需要は静的であり、ある売り手から購入するよう誘導することは、他の売り手の機会を減少させることを示唆している。実際、買い手（A.G. Ruiz-Jarabo Colomer の意見）も注目に値する。が複数の製品を販売している場合、買い手は次のよう

第2段階は、第1段階で特定された実質的なスイッチング・コストが、参入に対する重大な障壁となるか、あるいは、既存の競争者に（販売機会の減少という意味で）実質的な抵触をもたらす可能性があるかどうかを判断することである。この評価には、前節で特定された要因が関係するだろう。

第3段階は、このような参入障壁や市場閉鎖効果が反競争的弊害につながる可能性があるかどうかを検討することである。この点で、反競争的弊害を、支配的企業とそのライバルの相対的な市場シェアの変化と同一視することはできないということが極めて重要である。問題は、その行為が価格の上昇や消費者の実質的な選択肢の減少につながる可能性があるかどうかである。これは2つの方法で証明することができる。ひとつは、「修正構造的アプローチ」である。このアプローチでは、特定の市場状況において実質的な参入障壁を高める行為は、推定的に濫用となりうる。しかし、このテストが正当化されるのは、支配的企業が単なる「支配力」ではなく、実質的な市場支配力を有している場合のみである<sup>4</sup>。通常、非常に高い市場シェアがその指標となるが、市場定義が強固でない場合には、高い市場シェアであっても、純粋に構造的な評価に基づいて濫用を認定することを正当化すべきではない<sup>5</sup>。

他の無関係な製品ラインから販促や販売資源を切り替えることで、売上を増加させる。このインセンティブは、ライバルを直接傷つけることなく、支配的な企業の売上に貢献するかもしれない。この場合、ライバルの市場シェアは下がるかもしれないが、企業間の販売機会の直接的な移動はない。

4 企業が「超独占的」地位を有する場合の排除的濫用に関する簡略化されたテストは、高い市場シェアを有する企業に82条の下でより高い行動基準を適用する判例とも整合的であろう。Cases C 395/96 P & 396/96 P *Compagnie Maritimes Belge v Transports v Commission*, [2000] を参照のこと。違法なターゲット・リベートシステムにあたりと裁定

E.C.R. I-1365; R. Whish, *Competition Law* (5th ed. 2003), at pp.189-190.とはいえ、簡略化されたテストを発動する前には注意が必要である。Muris は、このようなテストが最も意味を持つのは、「個々の事例において消費者の実際の被害を立証するコストが高く、被害が容易に観察可能な行動と強く相関している場合」であると警告している。ヒューイットが観察するように、リベートの競争促進効果を考慮すると、すべての状況において簡略化アプローチを支持する前提が生じているとは考えにくい。Muris, "Anti-competitive Effects in Monopolisation Cases: Reply" (2000) 67 *Antitrust L.J.* 693, at 701-702, at Hewitt n.1, at 165.

5 市場定義が法的に十分であっても、関連市場がすべての競争効果を把握していないケースが多く、生の市場シェアデータは、真の市場パワーの指標としては説得力に欠ける。これは特に、部分的な代替品が多数存在し、購買決定が従来の意味での代替品ではない商品間の選択を伴うことが多い消費財の場合に顕著である。カーニバル・コーポレーションとP&Oプリンセスの最近の合併判決(M.2706 C (2002) 2851, July 24, 2002) が良い例である。また、地理的市場の定義は法的に十分であっても、より広範な地域での販売と密接な関係があり、「市場」における市場シェアが市場支配力の指標として信頼性に欠ける場合もある。ミシュランの2つの事例における国内市場の定義は、その一例であろう。

しかし、通常の支配のケースにおいては、影響を受ける市場の状況において、価格設定システムが及ぼすと思われる影響を検討する以外に選択肢はない。最近、欧州共同体の裁判所が判決を下した2つのケースを見れば、これが実際に何を意味するかわかる。

ヴァージン／ブリティッシュ・エアウェイズ事件における英国の裁判所は、英国におけるブリティッシュ・エアウェイズの旅行代理店に対する報酬システムが違法なターゲット・リベートシステムにあたりと裁定

し、CFIはこの決定を支持した。我々は、議論の便宜上、民間訴訟の成功例もさらに少なくなることは認識上、ブリティッシュ・エアウェイズのシステムにロイヤリティを課している。しかし、ヴァージン／ブリティッシュ・エアウェイズ向上効果があったと仮定する。このシステムは、消費者福祉に大きな影響を与えることなく、競争ランド航空とヴァージン・アトランティック航空の航空券の販売数は増えていただろう。しかし、現実の問題は、このシステムの影響が、BMI、ヴァージン、また他は他の航空会社が競合する航空会社市場で BA に対する競争上の制約として機能する能力に影響を与え、その結果、価格の上昇と消費者福祉の損失につながる可能性があったかどうかである。直感的には、BA のプログラムがそのような効果をもたらすかどうかは疑わしいと考える<sup>6</sup>。しかし、欧州委員会は、その点を質問していない。

ミシュラン II では、欧州委員会は、ミシュランが実施していたリポートシステムが、大型貨物車用タイヤの独立系販売業者に対する忠実性強化効果をもたらしたと認定し、CFIは再びこの決定を支持した。忠実性効果があり、この忠実性効果がライバルのタイヤメーカーのフランスでの販売能力に実質的な影響を与えたと仮定しても、重要な問題は、消費者福祉に影響があったかどうかである。この点に関しては、証拠は曖昧である。欧州委員会の市場定義に関する議論の中で、フランスでは共同体の他の地域よりも価格が高かったという指摘がある（ただし、これはミシュランの価格に関するものであり、平均価格に関するものではない。）このことは、ミシュランが独立した販売代理店を支配することで、ミシュランが全体的な価格を上げることができる程度まで低価格の生産者を締め出していたことを示唆している可能性がある。委員会がそのような質問をすることはなかったので、我々は、そのような場合に該当するかを知ることはできない。

消費者福祉に及ぼすであろう影響を特定するために必要な経済分析が常に容易であるかのように装うつもりはない<sup>7</sup>。この種のテストが、欧州委員会や各国当局による第 82 条の価格濫用事件の減少につなが

6 欧州委員会が調査を開始して以来、ブリティッシュ・エアウェイズに出現した新たな競争-格安航空会社、ライオンエア、イーゲージェットなどが、ヴァージン／ブリティッシュ・エアウェイズの決定で欧州委員会が開放した旅行代理店の販売チャンネルにまったく依存していないことは注目に値する。また、米国の裁判所が、欧州委員会と CFI が依拠したものとほぼ同じ内容の BA に対する申し立てを、その行為には市場閉鎖効果がないとして却下したことも注目に値する（*Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways plc*, 257 F.3d 256 (2d Cir.2001)）。また、上記 Hewitt n.1 の 156-163 にある BA のインセンティブ契約に対する米国と EU のアプローチの詳細な比較も参照のこと。

7 しかし、この分析は、*Deutsche Post AG* [2001] O.J. L125/27 に示されているように、欧州委員会の能力の範囲内である。同事件において、欧州委員会は、要件のパーセンテージに基づくフィデリティ・リポートが反競争的な抱き合わせ効果を持つことを立証するものとして、ガイセレン論文で取り上げた事例を引用している（パラ[39]）。それにもかかわらず、欧州委員会は、フィデリティ・リポートシステムの反競争的效果を分析し、同システムは、低コストのライバルが効率的な経営を行うために必要なクリティカル・マスに達することを妨げると結論づけた（パラグラフ[37]-[38]）。欧州委員会は

この効果を、価格上昇と希少資源の効率的利用と問題については「純粹に決着している」とし、「目標リベートシステムは規模の経済を理由に正当化することはできない」とし、「委員会や裁判所が規模の経済の正当性を手放しで否定できるのは、実はこうしたリベートシステムの差別的性質にある」と結論付けている

### 第82条に基づく事業正当化、効率性の防御、リベートシステム

#### 8 事業正当化のテスト案

ガイセレン論文は、排除的 12。価格設定のケースで扱われなければならない第二の問題を、「支配的企業は、その価格設定行為が生み出す可能性のあるいかなる市場閉鎖に対しても、どのような種類の効率性を客観的な正当化として主張することができるのか」8 としている。ガイセレン論文では、「支配的企業は、そのメリットで競争する限り、競争相手を犠牲にして市場シェアを拡大する自由がある」ことが認められており、「(その行動を)客観的に正当化する機会を与えられなければならない」9 としている。ガイセレン論文は、このような客観的な正当化を「効率性の抗弁」と同一視している。「判例法は多くのガイドラインを提供していない」10 ことを認めた上で、ガイセレン論文は、ドミナント企業が生産レベルでの規模の経済という観点から「その行為が検証可能な効率性につながったことを示す事実と数字を提示する」ことができれば、標準化されたリベートシステム（すなわち、個別に設定された目標に基づくものではないシステム）は正当化される可能性がある」と結論づけている<sup>11</sup>。par.11。

9 para.21。

10 para.23。

11 パラグラフ 141-42 を参照。上記 n.11 で言及した *ミシュランII* のパラ [98]～[110] の給付に関する議論を参照されたい。

しかし、ガイセレン論文は、効率性に基づくコスト節約とリベートの規模は比例しなければならないのかあるいは、支配的企業は、これらのコスト節約を生み出すより制限の少ない手段がなかったことも証明しなければならないのかを証明すれば十分であるのかについて、不明確である。ガイセレン論文は、ある

問題については「純粹に決着している」とし、「目標リベートシステムは規模の経済を理由に正当化することはできない」とし、「委員会や裁判所が規模の経済の正当性を手放しで否定できるのは、実はこうしたリベートシステムの差別的性質にある」と結論付けている

4 つの予備的なコメントがある。第一に、判例法がこれらの問題についてほとんど指針を与えていないことは驚くべきことではない。上記で説明したように、ドイツで発展し、82 条の下で適用されてきた「メリット競争」または「成果に基づく競争」の原則は、決して効率性の考慮によって推進されてきたわけではない。第三に、目標リベートが、オールド自由主義的な意味での「成果に基づく競争」ではないことは、実際に確定していることかもしれないが、経済効果に基づく競争政策の観点からは、なぜ同じような規模の顧客に対して異なる扱いをすることが、リベートプログラムから効率促進効果を奪うのが明確でない<sup>14</sup>。最後に、証明されるべき関連性が、なぜ節約額とリベート額の間にあるのか、よくわからない。

リベートシステムの“現実世界”における経済的便益  
リベートシステムの便益を評価する際、ガイセレン論文のように、その行為に“ビジネス上の正当性”があるかどうかを評価することから始めるのは誤りかもしれない。真の問題は、その行為が厚生上の利益を生み出すかどうかである。の効率性に寄与するものである。

12 para.136。

13 したがって、略奪的価格設定に関する事件では、価格が原価を下回っていることを証明する責任は欧州委員会にある。また、理事会規則 1/2003 [2003] O.J. L1/1 の第 2 条（「条約第 81 条および第 82 条の適用に関する国内訴訟または共同体訴訟において、第 82 条違反を証明する責任は、違反を主張する当事者または当局にある。条約第 81 条及び第 82 条の適用に関する国内手続又は共同体手続においては、.....第 82 条違反の立証責任は、違反を

主張する当事者又は当局にあるものとする。) いない「競争」や市場の仕組みに関する概念を反映し  
14 もちろん、82条(c)に引っかかるような二次 ている。

的な差別効果の問題もあるだろう。経済原則に照 この論文では、何度か、「競い合いのプロセス(process  
らした 82 条差別法の改革はガイセレン論文の範 of rivalry)」、あるいは、ガイセレンが 1989 年の論文で  
囲外である。しかし、ソーダアッシュ／ソルベイ 述べている「消費者の歓心を買うために多数の競争者  
や ICI ([1991] O.J.L152/21 および L152/40) (そ が互いに競い合うプロセスとしての競争」<sup>15</sup> について  
の後、手続き上の理由で判決が取り消され、適切 言及している。このように競い合いに焦点を当てると  
な形で再採択された) の顧客であった大手ガラス とで、特定の顧客からの特定の注文を直接競い合う企  
メーカーや、ヴァージン／ブリティッシュ・エア 業間の相互作用が過度に強調される可能性がある。こ  
ウエイズで差別の対象とされた可能性のあるアメ の古典的な経済モデルは、差別化されていないコモデ  
リカン・エクスプレスやトムソンズのような旅行 イティ製品の競争条件を反映しているかもしれない  
代理店チェーンが、この種の二次的ライン損害か が、「現実世界」の多くの市場における立場を反映して  
らの保護を必要とするかどうかは疑問である。 いるわけではない。企業は、「支配的」であろうとなか  
リベートシステムシステムが消費者福祉に貢献す ろうと、特定の注文を獲得するために特定のライバル  
る唯一の方法はそれだけではない。最も直接的で明白 と直接「競争」することよりも、製品の差別化や自社製  
な利益は、リベートが一種の割引であるということ で品の効果的な販路を見つけることにはるかに多くの  
ある。この割引は、当該リベートシステムが禁止され 時間を費やすことが多い。このような市場における"  
た場合、市場において同等以上の割引が存在しない限 競争"とは、そうでなければ顧客が代替品に乗り換え  
り、短期的な消費者利益に直結する。特に集中市場に てしまうため、企業の製品を販売できる価格に制限が  
においては、全面的な値引きはライバ ルにとってより 課されるプロセスのことである。多くの場合、代替品  
透明性が高く、容易にマッチングが可能であるため、 は不完全であり、ある顧客にとっての代替品は別の顧  
このようなことは想定できない。すべてのリベートシ 客にとっての代替品にはならない。このような市場に  
システムが、価格の低下という潜在的利益を伴うとい うおける競争関係に焦点を当てると、効率的な販売のイ  
事実は、当該システムによる消費者被害の可能性を証 シンセンティブを与えることで、消費者福祉に貢献する  
明することなくリベートシステムを禁止すること自 行為の重要性が無視される傾向がある。

体が、かなりの割合で消費者被害につながることを意 15 Gyselen (1989), n. 17, at 600. Gyselen は、競  
味する。 い合いとしての競争というこの概念を完全競争モ  
デルと対比している。

いったんビジネス上の正当性に焦点が当てられると、 デルと対比している。  
本論文の議論の現実的な問題点は、何がビジネス上の 関連する問題は、競争市場においては、売り手は限  
正当性を構成するかについて、あまりにも狭い範囲を 界費用に基づく均一な価格を請求するという仮定で  
捉えすぎていることである。この欠陥は、第 82 条の ある。もちろん現実には、高度に競争的な市場であっ  
ールド自由主義モデルが、当事者に精緻なビジネス上 ても、特に数量割引という形で、価格差別が蔓延して  
の正当性を提示することを奨励せず、たとえ当事者が いる。こうした値引きは、必ずしも取引に基づく効率  
そのような提出をしたとしても、裁判所の判断には関 性を反映しているわけではない。しかし、実質的な固  
係なかったという事実を反映している面もある。しか 定費を伴うほとんどすべてのビジネスにおいて、全体  
し、その大部分は、欧州委員会や EU 法に関する一部 的な売上高を増加させるような取引は、生産単位当た  
の論者の間に広まっているが、商業的現実を反映して りのコストを低下させるという事実を反映している。



限界費用をカバーし、固定費にまったく寄与しない売上増は、すべて利益を生む<sup>16</sup>。差別的な根拠に基づいて利用可能にされるいかなる割引も、「メリットによる競争」ではないというオールド自由主義の仮定は、エコノミクスではなく神学である。

ガイセレン論文は、数量リベート—他の売買取引で消費者が売り手に約束した購入量に基づく値引き—については問題にしないとする<sup>17</sup>。しかし、大量の製品を購入するという契約上の拘束力のあるコミットメントは、目標リベートシステムよりもはるかに大きなスイッチング・コストを顧客に課し、ライバルの潜在的な参入障壁を高める可能性がある。同時に、ターゲット・リベートシステムは、予想を下回る販売による顧客のリスクを軽減するため、顧客に大きなメリットを提供する<sup>18</sup>。この点を踏まえると、リベートシステムが「人為的な」参入障壁を生み出すのに対し、契約による拘束力のある数量割引は何らかの形で「自然な」ものであるという、ガイセレン論文全体に見られる暗黙の前提は、商業的現実を反映していない。リベートシステムは、ほとんどの場合、買い手と売り手の双方に利益をもたらす、自然で「普通の」商業手段である。そのため、リベートシステムは、実質的な反競争的弊害を引き起こす蓋然性が高い場合を除き、禁止されるべきではない。標準的な数量リベートは少なくとも事前に適法であるべきであり、目標リベートスキムは少なくとも正当化の余地のある者として扱われなければならない。

Van Miert の声明、DN: MEMO/ 99/42, July 22, 1999 を参照)。ケース T-203/01 *Michelin II* における CFI の判決は、ここまでは踏み込んでいないものの、ボリュームディスカウントは頻繁にコスト正当化が必要になることを示唆している（パラグラフ[58]～[75]参照）。Ridyard が示したように、これは大幅な厚生上の損失につながる可能性がある。

18 売り手 S の果物 1 箱の定価が 10 円だとする。買い手 A は、S から 1,000 箱（約 1 年分の売上）の購入を約束することで、5%のボリュームディスカウントを提示された。A がこの申し出を受け入れ、800 箱しか引き渡しを受けなかった場合、A は 1,500 円の損失を被る。一方、S が、A が 1,000 箱を注文すれば 5%の値引きをすることに同意した場合、A は、950 箱までのアンダーシュートについては何も失わず、それ以上の値下げの可能性を得る。

**目標リベートシステムのビジネス正当化の例。**ガイセレン論文では、「ビジネス上の正当性」を、純粋な数量リベートシステムと、実証済みの規模の経済性に限定する。しかし、生産上の経済性は、リベートシステムを維持する理由の一つに過ぎない。そのような正当性を詳細に評価することはガイセレン論文の範囲を超えるが、2つの例が参考になるだろう。

まず、ミシュランが自動車用タイヤ市場において、ミシュラン I における大型車用タイヤと同様の地位を占めており、一部のタイヤは自動車ディーラーによって販売されているとする。このシナリオでは、目標リベートシステムは、広告宣伝、従業員の教育、特定の従業員へのタイヤ販売の直接責任など、ディーラーがタイヤ販売に力を入れるインセンティブを生み出すことができる。したがって、ターゲット・リベートの主な効果は、自動車ディーラーに、そうでない場合よりも多くのタイヤを販売するインセンティブを与えることであり、必ずしもそのディーラーによる販売を

16 この点は、D. Ridyard, "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Art.82-An Economic Analysis" [2002] E.C.L.R. 286, at 286-287 に明確に示されている。

17 para.130. 欧州委員会は、支配的企業によるいかなる値引きも、取引特有の効率性によって正当化されなければならないことを示唆したことがある。（例えば、コカ・コーラの調査開始に関する

ライバルブランドから切り替えることではない。仲介プローチは、全体として濫用のテストにどのような影響業者がより効果的に販売するよう動機付けることは、響を与えるべきか。

少なくとも実質的な市場閉鎖効果がない限り、ミシュこれは、今日の米国反トラスト法において非常に話題ランの利益になり、消費者の利益にもなる。となっている問題である。マイクロソフトの控訴裁判

第二のシナリオとして、ブリティッシュ・エアウェイ所は、著しい反競争的損害の立証とビジネス上の正当ズがある旅行代理店チェーンと契約を締結し、同チェ性の立証がある場合には、利益衡量テストが必要であ

ーンが特定の販促活動を行うことに同意したとする。ることを示唆している<sup>19</sup>。実際に、マイクロソフト事

これには、ブリティッシュ・エアウェイズのポスター件で裁判所はシャーマン法1条で用いられる合理の原

や資料を目立つように掲示することや、代理店自身の則に匹敵するようなアプローチで独占化の事案を処

販促資料に「ブリティッシュ・エアウェイズのパート理した。しかし、司法省と連邦取引委員会はアマカス

ナー」という文言を入れることなどが含まれる。さらキュリエとして準備書面を提出し、反競争的效果に関

に、顧客が事前に希望する航空会社を指定せずにフラ係なく、ビジネス上正当な理由がある行為は独占に当

イトオプションを要求した場合、代理店は、そのオプたらないと判決を連邦最高裁判所に求めている<sup>20</sup>。

ションが価格とスケジュールにおいて他と同等であガイセレン論文は、ビジネス上の正当性を証明するた

れば、ブリティッシュ・エアウェイズのオプションをめの要件を満たす行為にセーフハーバーを提供する。

含めることに同意する。(この義務は排他的ではなく、ガイセレン論文は、リベートシステムで提供される割

代理店は好きなだけ追加オプションを含めることが引がビジネス上正当であると認定されるためには、コ

できます)。代理店とブリティッシュ・エアウェイズスト削減によってカバーされることを要求している。

は、これらの契約上の約束が守られれば、代理店のブまた、ガイセレン論文は、支配的企業は、その行為が

リティッシュ・エアウェイズ航空券の取扱高は、ほぼ便益を証明するために不可欠であることを示す必要

確実に昨年の取扱高を少なくとも5%上回ることにがあるかもしれないと提案している。しかし、これら

同意する。ブリティッシュ・エアウェイズはもちろん、のテストはいずれも、正当なビジネス上の正当性があ

これらのサービスに対して代理店に一律料金を支払るかどうかという問題に関わるものである。ガイセレ

うこともできる。しかし、コンプライアンスを監視すン論文は、ビジネス上の正当性と競争上の損害との比

るコストは高くなり、監視活動は代理店にとって邪魔較を提案していない。そのため、商業的正当性が証明

になるかもしれない。このような状況下において、タされれば、セーフハーバーとして扱われる。そうする

ーゲット・リベートは、代理店がプロモーションの約ことで、ホフマン・ラ・ロシュとミシュラン1で採用

束を遵守したかどうかを判断するための効率的で押されたオールド主義的アプローチに基づくセーフハー

し付けがましくない手段を提供する。バーとしての成果主義競争に従うことになる。

19 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 56-57 (D.C.).

2001年)。

20 ベライゾン・コミュニケーションズ・インク対トリンコ事件 (2003年5月27日、連邦最高裁判所)の申立人を支持する米国および連邦取引委員会のための法廷準備書面 (*amici curiae as supporting petitioner*, *Verizon Communications*

*Inc v. Trinko*, (US Supreme Court, May 27, 2003). 定することは、かなりの割合のケースで誤った結果を最高裁判所への準備書面において、連邦取引委員もたらずことがほぼ確実であり、競争相手ではなくラ

会および米国連邦取引委員会は、独占の主張がライバルを保護することになる。  
ライバルの援助拒否に基づく場合に限定してこの問題を提出した。しかし、申立人の上申書申請を支持した前回の準備書面では、このテストは排他的行為の全ての請求に適用可能であることを示唆していた。最高裁判決はこの問題には触れていない

(連邦最高裁、No.02-682、2004年1月13日)。

少なくとも、濫用の評価において、コンダクトから生じる競争上の損害と商業上の便益を比較することがより良いテストであることは議論の余地がある。深刻な反競争的効果が存在する場合には、行為の排他的影響とは無関係に存在するであろう、行為に直接関連する実質的な便益の提示を要求することが適切であろう<sup>21</sup>。このアプローチは、第81条の下でとられたアプローチと一致する。しかし、この方法は、市場閉鎖についての調査が、競争促進的利益と比較可能な反競争的損害を特定することに重点を置く場合にのみ有効である。

私たちは、これらの質問に正しい答えがないことを認めている。課題は、首尾一貫した、受け入れられる政策目的を満たす政策を立案することである。この文脈において、政策の選択には明確な関係がある。したがって、市場閉鎖を "証明" するための閾値が低い場合 (弊害の可能性テストにおけるように)、"偽陽性" を避けたいのであれば、ビジネス上の正当性を証明することは比較的容易であるはずだ。一方、市場閉鎖の基準が厳しいのであれば、支配的企業に実質的な効率性を示す責任を負わせるのが妥当かもしれない。事業上の正当性をセーフハーバーとするのであれば、(少なくとも競争上の実質的な損害の立証を求めるとすれば) その立証は困難であるべきであり、一方で、競争上の損害の程度とのバランスを考慮すれば、より広範な事業上の正当性を認めることも可能である。ガイセレン論文が提案する解決策、すなわち、反競争的損害の閾値を低く設定し、事業正当化の基準を高く設

21 すでに指摘したように、ほとんどのリベートシステムには何らかの商業的利益があるため、このフィルターが適用されれば、ほとんどのケースは82条の適用外となり、重大な反競争的効果があるケースだけが残ることになる。

## 結 論

我々は、82条に基づく排他的濫用に対する欧州委員会の潜在的損害アプローチの根源を説明しようと努めてきたが、このアプローチは現在CFIによって支持されている限り、このようなアプローチを採用することはできない。欧州委員会が、第82条に基づく濫用について、このような構造主義的なアプローチを堅持するのであれば、経済原則に基づく競争政策の手段としての第82条の完全性が疑問視されることになる。欧州委員会が純粋な構造主義的アプローチを維持することを決定した場合、欧州委員会は、(共同体裁判所の先例の伝統とは全く異なるものであるが)この政策の明確な根拠を示す必要がある。

我々は、欧州委員会としては、濫用と82条全般に関する欧州委員会の立場を第81条と同様、根拠のある経済政策に沿ったものに修正することが望ましいとこのような執行政策の再編成は、CFIの最近の判例から逸脱しているかもしれない。しかし、これらの判例においてCFIは、欧州委員会が提案した政策的立場を支持していることを想起することは重要である。このような再編成は、いずれにせよ、「歪みのない競争」(共同体の競争政策の究極の目的である競争の保護)の意味についての考え方の進化を反映するものであり、正当化されるものである。