

EU 競争法における Competition on the merits 理論の意義と先例の展開

—米国反トラスト法の概念と比較しつつ—

ジョン・カラハ
& 越知保見

はじめに(本稿の趣旨)

2024年2月7日の第147回 CPRC(公正取引委員会競争政策研究センター)セミナーにおいて行われた EU 競争法 102 条の権威であるジョン・カラハ氏¹により、オンライン講演(以下、「本講演」という)が行われた。講演は、EU 競争法の基礎概念について、その淵源、米国反トラスト法(以下、「反トラスト法」という)と比較して説明を行いつつ、最近の重要判例²について、EU 競争法の基礎概念との関係を意識しつつ解説したものである。

講演により、日本では、EU 競争法の基礎概念について必ずしも正しい把握が行われていないことが明らかになっている。本講演では、EU102 条の濫用行為の意義として、**competition on the merits** の射程に含まれているか否かが分析の軸とされていることが指摘されたが、日本では、この **competition on the merits** の概念は能率競争と訳され、およそまともな競争手段とは言えない競争手段を排除する概念とされ(田中寿編「新一般指定の解説」参照)、反競争性を考える軸の概念として考えられてこなかった。この点、日本の最高裁判決(最判)は、芝浦と殺場事件、資生堂事件で能率競争を良質廉価をめぐる競争と定義づけ、能率競争から人為的に逸脱した競争行動をとることを反競争性の分析の軸に置く判例理論を展開している。最近の食ベログ事件の東京高裁判決が、(公取委意見書の立場を採用せず)資生堂事件最判の考え方に従い、正常な競争行動として食ベログの行為を是認したことにより、司法判例上は、**competition on the merits**(最近の判例では「正常な競争」)の射程に含まれるか否かが反競争性を考える上での軸になることの重要性が改めて示されている。これは、EU 競争法の **competition on the merits** 概念の展開と同じ動きであり、同判決が下された今日ほど、EU 競争法の基礎概念の正しい理解が重要とされる時はない。

そこで、(i)基本的概念の欧米での差異、その基本的概念が最近の重要判例でどのように展開されているかについて、カラハ氏が講演内容のエッセンスをまとめつつ、(ii)講演で指

¹ John Kallaugher 氏は、1986年から2019年まで、ロンドン大学(UCL)で教授として研究・講義を行いつつ、Latham & Watkinsz のパートナーとして実務にも精通され、Advanced EU Competition Law Conference(Informa Connect)でEU法102条に関し、30年間プレゼンターを務めてきたEU102条の権威である。

² 本稿で言及されるEU競争法の判例については、紙幅の関係で事実関係までは説明できないが、国際商事法務2022年7月からに掲載された2023年7月まで掲載された越知保見「デジタル経済と競争過程保護(「デジタルと競争過程保護」)I-VII」のI、II、IVで紹介されている。これらの論文は、2023年9月7日付け第139回CPRCセミナー「競争過程・人為性の判例理論とデジタル経済—Consumer welfare から competitive process へ—」のサイトにおいて添付されている。

摘された EU の基礎概念の視点は、日本の最高裁判決、及び最近の食べログ事件東京高判の視点に共通するものであり、(iii)基本的概念の理解は、EU 競争法のみならず日本の司法判例の理解、明日の競争政策を考えるうえでも極めて重要であることを越知が補足した論考を発表させていただくものである。

1 EU 競争法における competition on the merits と dominant position の意義

EU 競争法の濫用行為該当性においては、competition on the merits に該当するか否かが分析の軸になっていること、それは、正常な競争行動の範囲内にあるかどうかという競争「行動」についての分析であること、その観点は、反競争「効果」の分析を主軸とし、かつその効果分析を消費者厚生観点から行う反トラスト法とは根本的な分析手法の違いがあること、が本講演で明らかにされている。

また、これまで、日本では市場支配力の形成維持強化が反競争性を考える上での重要概念としてとらえられ、それが欧米の競争法と共通するものだという見解³が影響力を有してきた。しかし、EU 競争法 102 条の定義から市場支配の意義が反トラスト法と EU 競争法では異なることが講演で指摘されている。それは、反トラスト法の市場支配力に相当する用語は、マーケットパワーであり、マーケットパワーは価格引き上げ能力の面に着目した概念であるが、EU 競争法 102 条の市場支配的地位は、dominant position(以下では「ドミナンス」という)とされ、ドミナンスは、競争上の制約を受けずに独立に行動する能力を有する場合に発生するとされている。これは、価格引き上げ能力よりも多様な行動能力を検討対象とするものである。この概念の違いもまた今日的には格別の重要性を有している。デジタル経済の反競争的行動は、価格引き上げ能力に関係なく行われているからである。

2 EU における支配的地位の濫用の判例法 102 条による分析の枠組み & competition on the merits

(1) (マーケットパワーとは異なる) ドミナンスの定義とその意義

ミシュラン I 事件(1983 年)において支配的地位は、「事業者が競合他社や顧客ひいては消費者から独立した行動をとることを可能にすることにより、関連市場における有効な競争の維持を妨げることを可能にする(事業者が享受する)経済的強さに関わる地位⁴」と定義された

上記の定義は、①競争上の制約から相当程度独立して行動する能力を有する地位、および

³ 例えば、川濱昇『独占禁止法の基礎理論』(有斐閣 2023)(川濱・基礎理論)355 頁

⁴ A position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers.

②有効な競争の維持に対し潜在的影響を与える地位、という 2 つの要因によって構成されている。以上の定義は、マーケットパワーとは以下の点で異なる。マーケットパワーとは、売上を失うことなく、競争相手よりも価格を引き上げる能力であるのに対し、支配的地位(ドミナンス)は、有効競争条件下で存在する制約を受けずに「独自に行動する」能力であり、多様な要因を含みうる。実質的なマーケットパワーを有する企業は、通常、支配的地位を有するといえるが、価格支配力が限定的な企業も支配的地位になりうる。例えば、ユナイテッド・ブランズ事件(1977年)では、5年間の価格競争(および多額の損失)の後でもバナナの販売は支配的であった。事業の経済力は収益性によって測られるものではなく、利益率が低下したり、一時的に損失が生じたりしても、支配的地位と両立しないわけではない。ホフマン・ラ・ロシュ事件(1979年)では、市場は大幅な過剰生産能力にさらされ、一般的なビタミン剤の価格が長期的に下落していたにもかかわらず、ビタミン C 市場における支配的地位が認められた。

(2)ドミナンス概念の今日的な重要性

ドミナンスはデジタル市場への効果的な介入根拠となる。ビッグ・テック "は必ずしも短期的な収益性を重視しているわけではないので、マーケットパワーを見ていただけでは、有効な競争が阻害される場合に介入ができない。有効競争条件下で存在する制約を受けずに「独自に行動する」多様な能力を考慮できるドミナンスの定義においては、今日のビッグテックが有する価格支配力以外の様々な支配力—(i)競争者を排除する能力はもちろん、(ii)データの集積に基づくデータ支配力、(iii)プラットフォームを保有していることからこのプラットフォームの利用規約、アルゴリズムを決定することによる支配力(ゲームのルールを決めることができる能力)を問題とすることができる。消費者厚生観点からマーケットパワーを重視してきたとされる米国においても 2023 年新合併ガイドラインは、**market power** と **dominant position** を使い分けている。ここでも、日本の判例は、市場支配力の形成維持強化ではなく、人為性と競争機能侵害を軸として、反競争効果を考える考え方を繰り返し判示しており(下記 2(4), 4(3)参照)、それは、EU 競争法の考え方に近い考え方である。そのため、この概念の差異を理解することは、今日の欧米の競争法理解にとって欠くことができないものとなっている。

(3) 濫用行為の定義

ホフマン事件(1979年)において、濫用行為とは、支配的地位にある事業者の行動に関する客観的概念であって、(1)当該事業者の存在そのものによって競争の程度が弱まっている市場の構造に影響を及ぼすような行為であり、かつ、(2)商業的事業者の成果(パフォーマンス)に基づいて製品またはサービスにおける通常の競争を条件づける方法とは異なる方法を利用することによって⁵、市場に依然として存在する競争の維持またはその競争の拡大を妨

⁵ The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an

げる効果を有する行為と定義された。

上記の定義の要点は、濫用的行為は、(i)製品またはサービスにおける正常な競争の射程を逸脱する行動であり、(ii)それによって反競争効果が発生する場合に認められるが、反競争効果とは、米国反トラスト法のように消費者厚生への害の(高水準の)立証が必要とされるものではなく、すでに支配的事業者の存在によって、競争が低下している市場において、支配的事業者に対する競争上の制約を減少させることによって残存する競争をさらに減少させ、または新たな競争を制限するような効果をもたらされれば足りる。

そして、EU 競争法の場合、分析の軸は、(i)の通常の競争行動と異なる行動がとられて否かにあり、それば **competition on the merits** の射程に含まれているか否かである。正常な競争手段からの逸脱・人為性を排除行為の分析の核心に据える我が国の最高裁の分析手法は EU 競争法の考え方に近似していることが定義だけからも明らかになっている。

(4)業績競争概念の淵源とEU競争法への移植

通常の競争行動と異なる行動とは何か。上記のEU競争法に関するホフマン事件における濫用行為の定義は、ピーター・ウルマー独ハイデルベルク大学教授が提唱し、ホフマン判決以前に下されたベルリン高裁のカンマーゲリヒト判決に適用された「**Leistungswettbewerb**」(業績競争)というドイツ競争法における排除的濫用テストを忠実に踏襲している。日本では、**Leistungswettbewerb** は、業績競争と訳されているが、英訳すると **performance-based competition** であり、成果に基づく競争という意味である⁶。

活発な競争は、必然的に競争者や第三者に損害や不利益をもたらす。正常な競争行動の結果、競争者に生じても「公正」である。それを容認することは、市場経済にとって不可欠であるからである。そのような正常な競争行動を許容する概念が「業績競争」であり、ドイツ競争法成立後は、ドイツ競争法の基礎概念とされ、さらに、EU 競争法に **competition on the merits** として取り込まれた。したがって **competition on the merits** の範囲内とされる行動は、濫用行為とはみなされない。

そのような正常な競争行動に含まれるのが、より低い(略奪的でない)価格、製品品質の革新と改善、優れたサービス、効果的な広告などである。ただし、排他的リベートや特定の

undertaking in a dominant position (1) which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened (2) and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transaction(performance) of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of competition still existing in the market or the growth of that competition
なお、Michilin I 判決の"transaction "は、(誤訳であり)その後の判決 (Michelin II、Post Danmark I 等) では、transaction は performance に置き換えられている。

⁶ 日本では、業績競争概念は、19世紀に不正競争防止法において生成された概念であるが、理解の難しい概念とされ、その意義が議論されてこなかった。舟田正之「経済法総論(有斐閣2023)(「舟田・総論」)519頁、川濱・基礎理論84頁

競争者を狙い撃ちにする値下げは、競争を排除することによって、より魅力的な製品を排除する場合がある。それを常に **competition on the merits** の射程と見ることは疑問とされ、競争的市場構造や競争プロセスが機能しているかどうかを考慮する必要があるとの理論が展開した。

(4)日本の資生堂事件最判から NTT 東日本事件最判への展開の意義

資生堂事件最判は、「拘束条件付き取引が禁止されるのは、良質廉価な商品・役務を提供するというべき形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面があるからである」と判示したが、「良質廉価をめぐる行われるべき競争」は、EU の成果に基づく通常の競争とほぼ同じ意義であり、同判決は、ドイツの業績競争・EU の **competition on the merits** の考え方を採用したものである。その判示は、正常な競争行動である限り、その結果として、第三者に損害を与えても違法では無いとした業績競争概念の成立時の法理を判示するものであった。ただし、資生堂事件では、市場構造・競争過程が競争を歪める点に配慮することができていなかった(市場シェアが 50%前後の資生堂と 8%に過ぎない花王に対する判示内容が全く同じであった)。NTT 東日本事件最判に至り、人為性を「市場支配力の形成・維持・強化の観点から」市場の特性、競争条件の差異、行為態様、競争への影響を総合考慮することにより、人為性を判断すべきことが説示された。この展開は、市場構造・競争過程(市場行動)を加味して業績該当性を考える理論に発展したドイツの業績競争論・EU の **competition on the merits** 理論の展開をトレースするかのごとき展開である。さらに最近の食ベログ事件判決は、両最判の理論に基づいて説示・判断が行われており、**competition on the merits** の理解は日本の判例理論の理解にとっても不可欠なものとなっている。

3 **competition on the merits** と有効競争・EU 競争法における反競争効果

EU 機能条約 102 条、合併規則、先例において、有効競争(**effective competition**)という用語は **impediment to effective competition**(有効競争の障害)などの表現で頻繁に用いられている。有効競争と **competition on the merits** の関係はどのようなものであろうか。**competition on the merits** とは支配的事業者の行為のどこまでが許容されるかという概念であり、競争行動・競争過程を軸とする概念である。これに対し、有効競争障害とは、競争者が有効な牽制力を有するかなど、競争者による行動がもたらす競争への影響(反競争効果・コンテストビリティ)に関するものであり、EU 機能条約の目標を達成するのに十分な競争のレベルないし強度が維持されているかにかかわるものである。下記 4 で述べる通り、この反競争効果の認定の仕方は、反トラスト法とは大きく異なる。

ただし、**competition on the merits** による市場行動の許容度は、市場構造・市場成果(市場に与える影響)を総合考慮して判断されるので、有効競争概念である市場構造、市場行動、市場成果を総合して評価するという考え方は、**competition on the merits** の射程を分析す

るための基礎(ベースライン)となっている。

4 米国の「消費者福祉基準」と現在のEUのアプローチとの比較

(1)分析の軸の相違

米国の反トラスト法および政策においてこの半世紀間受け入れられてきた目標は、厚生経済学で理解される「消費者厚生」の最大化である。そのため、反競争効果の分析が競争法分析の軸におかれ、その反競争効果の立証は、消費者厚生に実証可能な悪影響が生じていることを立証することが必要とされる。

(2)反競争効果の意味の違い

これに対し、EU競争法では、**competition on the merits** という反競争的「行動」があるか否かが分析の軸になる。反競争効果の発生も要件とされるが、消費者厚生への害悪を立証する必要はなく、競争者が有効な牽制力を有するかなど、競争の機能(**functioning of competition**)が維持されなくなるというレベルの立証で介入が可能となる。そのため、競争過程という市場行動に関する害悪が生じることによって市場の機能が阻害されていることを立証しやすい。EU法でも、消費者利益の向上は条約全体の目標であるが、域内市場を単一の市場として機能させることがEUの中心的政策課題であり、**competition on the merits** 基準によって、反競争的「行動」を軸として反競争性を判断することがその課題に適合的であると考えられている。

両者の異同をラフに要約すれば、反トラスト法は「効果」に重点を置き、その効果の立証のハードルも極めて高いが、EU競争法は、「行動」の分析を軸として、行動と効果の両面から分析するものであり、反競争効果の意義・立証水準も緩和されたものであるといえる。

(3)NTT 東日本事件最判・食ベログ事件東京高判の意義

NTT 東日本事件最判が、競争の実質的制限が市場支配力の形成・維持・強化であることを説示したものと解する見解が有力であるが、電力系が有効な牽制力にならないことを示して、競争の実質的制限が生じたとする判示は、有効な牽制力のある競争者が不在となることにより、非競争的な競争構造が強化されたことによって、市場支配力の形成維持強化がもたらされたとしたものであるから、それは競争機能侵害・有効競争阻害の観点から競争の実質的制限を判断したものであり、多摩談合事件最判・ブラウン管事件最判で判示された競争機能侵害の考え方(それは有効競争阻害の考え方である)を先取りしたものである。競争の実質的制限の解釈においても日本の判例はEU競争法と同様の分析枠組みを取っているのである。

さらに、食ベログ事件東京高判は、公正競争阻害性の判断の軸として、正常な競争行動の射程に含まれるかどうかという競争行動からの分析を軸とし、反競争効果を競争機能の侵

害から判断するという EU 競争法、資生堂事件・NTT 東日本事件の分析枠組みを改めて判示しており、**competition on the merits** と有効競争についての理解は、食ベログ事件の正しい理解のためにも欠くことができないものであることが明らかになっている。同判決が競争の実質的制限に関する競争機能侵害の考え方を公正競争阻害性の分析枠組みにおいて採用した点も重要な意義がある⁷。

5 **competition on the merits** と有効競争に関する判例の展開

(1) ホフマン事件理論とそれに対する批判

competition on the merits と有効競争に関する意義の理解については、判例の展開の理解が深津であるが、本講演では最も重要な 6 つの判決に絞ってそのエッセンスの解説が行われた。

濫用行為を定義したホフマン事件では、支配的事業者の独占的取引契約（排他的リベートを含む）は、将来の顧客行動に関する不確実性を低減させることを理由に **competition on the merits** ではないとした。ミシュラン I 事件では、比較的長い基準期間に基づくターゲット・リベート制度は、割引を得るために必要な購入額に達するか、あるい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、取引相手方に不確実性とプレッシャーを与えることを理由として、やはり **competition on the merits** の射程に含まれないとされた。それ以後も、純粋な数量リベートと認定できる場合を除くリベート（最近では、「条件付きリベート」ともよばれる）は、**competition on the merits** の射程外であるとの判例が相次いでいた。

(2) ホフマン事件理論に対する批判と 102 条ガイダンス

上記の判例理論に対しては、多くの批判が行われたが、日本では、形式主義とか特別の責任論が不合理であるといった批判であるかのように解説されているが、その批判は、**competition on the merits** の意義を問うものであった。批判の要諦は、(i) その解釈では、効率性が低く、消費者にとって魅力的でない競争者を市場から退出させたり、限界競争者（有効な牽制力にならない競争者）として存続させる可能性がある。(ii) 支配的事業者が行う生産設備の効率的な利用や必要な投入物の確保に必要な独占的契約・排他的リベートまで違法とされるのは、**competition on the merits** のもとの考え方に反する、というものである⁸。

⁷ これまでの多数説は、公正な競争（不公正な取引方法）と自由な競争（競争の実質的制限）は異なる規範であると解していた。同判決は、それ以外にも今後の独禁法の解釈の先例となる多くの意義を含んでいる。食ベログ事件東京高判の総合的理解については金融商事判例 9 月 16 日号、10 月 1 日合の越知の判例評釈、8 月 23 日開催の越知の CPRC セミナーにおいても解説しているので、判例評釈・セミナーの PPT 資料を参照されたい。

⁸ この批判に対する反論は、第 102 条は、競争を「競争過程が機能する競争構造(a

論争の結果、102 条ガイダンス(2010 年)において、執行当局は信頼できるセオリーオブハームを提示しなければならないこと、条件付きリベートに関しては、支配的事業者と同等の製品別コスト構造を有する競争者が値引きに対抗できるかをテストする同等AECテストを用いる場合があることが記載された。

(3)AEC テストとポスト・デンマーク I & II・インテル

ポスト・デンマーク I&II、インテル ECJ(欧州司法裁判所)(2017 年)、GC(欧州一般裁判所)(2022 年)は、competition on the merits の意義を知るうえでも、102 条ガイダンス発表後にリベートに関し、AEC テストの適用、反競争効果の立証がどのように行われているかを理解する上でも重要な事件である。

ポスト・デンマーク I (2016 年)は、自由化されたダイレクトメール市場に関し、参入者にスイッチした顧客に対し、選別的に価格を引き下げたことに関し、ECJ に先決裁定を求めた事例であり、ポスト・デンマーク II (2016 年)は、その後、ポスト・デンマークがダイレクトメールを排他的に扱っている顧客については、信書部分についても値引きする(リベートを支払う)という市場横断的値引きを行った事例である。インテル事件のリベートも商品横断的になされており、インテル事件に関しては、ポスト・デンマーク II 理論で処理されるべき事例と考えられたところ、ECJ は、ポスト・デンマーク I に従って判断すべきであるとして、GC に事件を差戻し、GC は、ポスト・デンマーク I を適用して、欧州委員会決定を覆した。日本の専門家の間では、ECJ がなぜリベートに関する判例であるポスト・デンマーク II ではなく、不当廉売に関するポスト・デンマーク I が適用されたかについて疑問が呈されたが、カラハ講演では、その理由についての明快な説明が行われた。

(4)AEC テストのポスト・デンマーク I & II への適用

支配的事業者による価格設定が平均増分コスト以下の価格設定と判断される場合(これを「AEC ネガティブ」と呼ぶ)、支配的事業者と同じ関連コストを持つ仮想的な競争者が排除される場合であり、反競争効果の推定が可能である。

支配的事業者による価格設定が平均増分コスト以上の価格設定と判断される場合(これを「AEC ポジティブ」と呼ぶ)、同等に効率的な仮想的な競争者は、支配的事業者の値引きに対抗できる。ただし、直ちに適法となるのではなく、市場への影響を完全に評価するためには、

structural process of rivalry³⁾」保護することを意図している。価格設定慣行が支配的事業者の競争相手にとって「人為的にビジネスチャンスを開ざす」場合、その慣行は「競争プロセスを害する」可能性がある。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は、競争のプロセスが"長期的には"顧客と消費者の福祉に貢献するという信念から正当化される。この論争の詳細は、カラハ論文参照。カラハ論文は、本講演で指摘している業績競争、competition on the merits、ドミナンスはもとより、オールドー主義、公正性など今日の競争法上の重要概念についてのEU競争法の102条ガイダンス以前の考え方とその問題点に関する詳細な指摘が行われており、102条ガイダンスの内容にも影響を与えていた。

反競争効果をさらに分析する必要がある。これがポスト・デンマーク I の説示である。ポスト・デンマーク I では、参入者がポスト・デンマークに対抗できるだけの効率的な競争者であり、AEC ポジティブであった。ECJ は、その場合、反競争効果の完全な分析(この反競争効果の分析は有効競争阻害の分析であることは、上記 4 を参照)によって、濫用行為性が認定される場合もあり得ると判示した。その判断を受けて、デンマークの裁判所は、参入者は一時的に顧客を奪われはしたが、最終的には取り返しており、有効競争阻害は生じていないとして参入者の請求を棄却した。

ポスト・デンマーク II は、同等に効率的な競争者がいない場合であり、そのような場合には AEC テストは適切ではなく競争当局は AEC テストを実施する必要はなく、その場合は、支配的事業者によって実施された AEC テストにおいて結果がポジティブであったとしても濫用行為の認定を妨げるものではないとの法務官意見が採用されて、ポスト・デンマークの濫用行為が認められた。

(5) インテルにおけるポスト・デンマーク I 理論の適用

インテル事件において、ECJ は、インテルの競争事業者である AMD は同等に効率的な事業者であると認定された。そのため、競争者が同等に効率的な事業者でないポスト・デンマーク II ではなく、競争者が同等に効率的な事業者であるポスト・デンマーク I が先例であると説示し、ポスト・デンマーク I の反競争効果の評価は、(i) 市場における実際の競争者が対抗的な価格設定ができるかどうか、(ii) AEC テストがポジティブである場合、市場の他の特徴により顧客のスイッチング能力を制限されるかどうか、であると説示したものである。

この説示を受け、GC は、リベートのカバレッジ率(全商品に示すリベートの対象商品の範囲)が行われるのは、全体の 15% に過ぎず、市場閉鎖効果は立証されていないとしたものである。

同事件で、ECJ 判決・GC 差戻判決が反競争効果を顧客のスイッチング能力を基準としたことは反トラスト法の市場閉鎖の考え方であり、この点は議論を呼んでおり、欧州委員会は、102 条ガイダンスを改訂している。この点は、下記 7 を参照。

(6) ポストデンマーク I の *competition on the merits* の意義の洗練

ポスト・デンマーク I は、*competition on the merits* の意義を以下のように洗練した点でも重要である。*competition on the merits* には、競争的価格設定(原価を上回る)、製品の選択肢の拡大、製品品質の向上、製品の革新が含まれる。競争的市場は希少資源をより効率的に配分でき、技術革新へのインセンティブが高まる点で、価格設定や生産を国家が管理するよりも好ましい。市場がこのような便益をもたらすのは、消費者が総体として、「その商品を良しあしを自ら判断できるからである。ポスト・デンマーク I で特定された売り手の行動は、提供された商品の選択のための重要なパラメーターであり、それは、市場が有効に

機能するための核心である。買い手が支配的事業者の商品を選好しているのに(選好されていない=競争力のない)商品を保護することによって支配的事業者の競争する能力を制限することは、それ自体が競争を歪めることになる。

6 デジタル経済における competition on the merits 概念の適用

(1)グーグル・ショッピング事件における competition on the merits

グーグル(インターネット検索サービス市場で優位)は、独自の価格比較ショッピング製品を導入した。ユーザーがショッピング関連の検索をした場合、グーグルの価格比較サイト(当初は、プロダクツ・ユニバーサル後にショッピング・ユニット)のが常に競争者より有利に表示される(グーグルのショッピング・ユニットは常に2列目(1ページ目)に表示され、ライバルの価格比較サイトはそのあとに表示される。さらに、ショッピング・ユニットという価格比較サイトが存在するという検索結果が表示されるのではなく、ショッピング・ユニット上の関連商品の比較結果が直ちに1ページ目全体を使って表示される。いきなり表示される。そのため、競合の価格比較サイトは2ページ目以降になり、それも価格比較サイトが存在するという検索結果が表示されるだけであり、比較結果を見るにはもう一度クリックしなければならない⁹。表示場所の優位性だけではなく、クリック回数・視認性という点でもグーグルの価格比較サイト(ショッピング・ユニット)は圧倒的に有利になっている。

GCは、価格比較ショッピングサービスの関連市場における競争を弱め、検索サービスにおけるグーグルの市場ポジションを強化しており、competition on the merits に反すると判示した。

グーグルは、表示の変更により、消費者はクリックの手間を省いて価格比較サイトに到達できるので、商品の改善があるから、competition on the merits の射程に含まれるものと主張した。確かに、表示の変更だけ見れば、クリックの手間が省け、価格比較の商品を入力するだけで直ちに商品の比較表示が行われるので、消費者の利便性の観点からは、competition on the merits の範囲に含まれるようでもある。しかし、ショッピング・ユニットが優遇表示され、かつ、ライバルの価格比較サービスに不利になるように表示アルゴリズムの調整も行われている。ユーザーのクエリに中立的に反応する検索結果表示から転換させたことは、ユーザーのニーズにとってより良い商品の選択が妨げられているのであり、商品の改善があるとは言えず、competition on the merits の射程には含まれない。部分的に見れば competition on the merits の射程に含まれる行動であっても、行為を累積的に評価すれば competition on the merits の範囲ではなくなる場合があり、本件はそのような場合

⁹ グーグルは、ショッピング・ユニットは、検索結果ではなく、広告として表示されているものであり、競合の価格比較サイトも広告スペースを買えばそのように表示されると主張していた。しかし、競合の価格比較サイトが広告スペースを買うことはコスト的に非現実的であった。越知・デジタルと競争過程Ⅱ(上)参照。

である。この累積効果の視点は次のアンドロイド事件でも説示されており、ビッグテックの事例では重要な観点となっている。

さらに GC 判決は、自己優遇の問題に関し、「取扱いの平等」という **competition on the merits** の代替テストを説示している。GC は、「歪みのない競争の促進が 102 条の目的であり、**competition on the merits** の概念の根拠である。歪みのない競争には、すべての競争者に対する「取扱いの平等」が必要であると述べる。この原則は、EU 加盟国による規制産業に関する事例で同等アクセスという概念により発展した。しかし、支配的事業者の二重の地位を利用した不平等な取扱いが、規制産業における同等アクセスの理論を適用すべきかについては懐疑的な見解が多い。ECJ の判断が注目される。

(2)グーグル・アンドロイド事件

本件は、検索サービスのプロバイダーとして支配的地位を有するグーグルが、アンドロイド OS とアプリに関するグーグルと OEM/モバイルサービスプロバイダとの間の以下の契約条項を濫用行為とした事例である。

(i)グーグルストアをプレインストールする場合には Google Search と Google Chrome のプリインストールを義務付ける契約(Mobile application Distribution Agreement MADA)、

(ii)オープンソースであるのに、アンドロイド OS を改変し、改変したアンドロイド OS の下で動くグーグルの 6 つのアプリを搭載してはならず、改変した OS を搭載した端末を販売する場合、RSA による収益分配は受けられないとする契約 (Ani-fragment agreement :AFA)、

(iii) 競合する一般的な検索サービスをプリインストールしないこと、上記の条項に違反しないことを条件として、グーグルサーチを利用した検索結果によってグーグルにもたらされた収益を分配する契約(Revenue share agreement:RSA)。

本件で GC は、これは、市場閉鎖が 20%未満であること、ポスト・デンマーク I、インテル判決の反競争効果を立証することができなかったことを理由として、RSA 単独では反競争効果を立証できていないと判断したが、RSA と MADA の累積的效果により、**competition on the merits** の射程には含まれないとした。これは、ショッピング事件で判示された累積効果の観点を適用したものである。

7 EU における反競争効果の分析の考え方の変遷と 102 条ガイダンスの修正

EU では、消費者厚生と効率性に偏るここ 50 年の米国のアプローチ(シカゴ学派のアプローチ)は、法規範の分析手法として根本的に問題があるという考え方も根強い。他方で、EU 競争法の **competition on the merits** 基準がかつて形式主義として批判されてきたので、現代化後は、消費者厚生への害の観点の考え方は、EU 競争法にも取り入れられてきた。しか

し、デジタル経済の進展で、競争への悪影響の立証水準が高くなりすぎ規制が過少ないし手遅れになっているとの懸念から、競争が歪められることによって市場の機能が損なわれるという **competition on the merits** を軸とした分析・有効競争阻害の考え方への回帰が行われている。

その象徴的な動きが、2023年3月27日に行われた102条ガイダンスの反競争的效果に関する記載の修正である。新たな表現は、反競争効果が競争の完全な排除または限界競争者（有効な牽制力を有しない競争者）化する場合に限定されず、競争の様々なパラメーター（価格、生産、技術革新、多様性、商品又はサービスの品質）に関するライバルからの制約の減少を競争への悪影響として記載した。これは、反競争効果は有効な競争構造への悪影響も含むことを明らかにするものである。