

EU競争法における「支配的地位」概念について

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪市立大学法学会 公開日: 2024-09-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 和久井, 理子 メールアドレス: 所属: 大阪市立大学
URL	https://doi.org/10.24544/ocu.20180117-021

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	EU 競争法における「支配的地位」概念について
Author	和久井, 理子
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 61 巻 3 号, p.787-759.
Issue Date	2015-09
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	大阪市立大学法学研究科法曹養成専攻創立 10 周年記念講演会
DOI	10.24544/ocu.20180117-021

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈研究ノート〉

EU 競争法における 「支配的地位」概念について

和久井 理子

目 次

- 1 はじめに
- 2 意 義
- 3 市場画定
- 4 市場シェア
- 5 複雑な問題：アフターマーケット及び小売業者の
納入業者に対する優越的地位

1 はじめに

欧州競争法102条¹⁾及びこれに準拠する規定を有する EU 加盟国の競争法においては、支配的地位を有する事業者が当該地位を濫用することが禁じられている。「支配的地位」の概念は、これら規定の適用範囲を画するものとして重要である。

この概念については、競争法制定以来、先例が蓄積されてきた。2008-2009年には²⁾、欧州委員会が、濫用的排除行為に対する82条（現102条）適用の優先的執行事項にかか
るガイダンス・ペーパー（以下、「ガイダンス・ペーパー」という）³⁾を公表し、この
中で、欧州委員会が支配的地位の有無をどのように判断するかについての方向性を明ら

1) 支配的地位の濫用を禁ずる規定は、制定当初の欧州経済共同体設立条約（ローマ条約）では86条、1997年の条数変更後は82条、2009年に発効した欧州連合の機能に関する条約（欧州機能条約）では102条というように条約名と条数が変更されてきた。規定の内容は、これらを通じて全て同一であり、この論文では、現行の欧州機能条約の条数を用いて102条と表記する。

2) 欧州委員会による報道発表とウェブサイトへの掲載は2008年12月3日、官報での公表は2009年2月24日に行われた。

3) Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02) [2009] OJ C 45/7 (Guidance).

かにした。

このガイダンス・ペーパーは、欧州委員会が102条について包括的に考え方を示した初めての文書である（ただし、搾取的濫用行為については扱わず専ら排除行為について述べている）⁴⁾。しかも、支配的地位の認定については先例と異なるアプローチが採用されている。欧州委員会によれば、このガイダンス・ペーパーは、欧州委員会が優先的に法執行を行う事項（enforcement priorities）を示すものであって⁵⁾、法の解釈を示すものではなく⁶⁾、欧州委員会における違法性評価の方法を示すものでもない⁷⁾。また、ガイダンス・ペーパーは、欧州委員会が原則として採用する考え方を示すものであって、具体的状況によってはガイダンス・ペーパーで述べられているのと異なる考え方がとられることもある⁸⁾。さらに、ガイダンス・ペーパーは、EU の裁判所はもちろん、加盟

4) ibid para 7.

5) ibid para 2.

6) ibid para 3.

7) この点において、ガイダンス・ペーパーは、ガイドラインとは異なっている。cf Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03) [2004] OJ C31/5, paras 5-6; Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01) [2011] OJ C11/1, para 5. ガイダンス・ペーパーという形式をとるのは、本ガイダンスが初めてであるとのことである。See Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2nd edn, OUP 2013) 75. このような形式をとったことについては、Anne C. Witt, 'The Commission's Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct—More Radical Than It Appears?' [2010] 35 E.L. Rev. April 214, 220-23, 230-33 のように、ガイダンス・ペーパーにおける支配的地位にかかる部分等の記述が一般的な法解釈を示す形でなされていることに注目して、単に執行上のプライオリティを示すというのにとどまらない内容をもつとし、欧州委員会のプライオリティ設定に関して与えられている裁量の範囲を逸脱している疑いが強いという見方を示す者がある。同様の観点から批判的な見方を示すものとして、Lorenzo Federico Pace, 'The Italian Way of Tackling the Abuse of a Dominant Position and the Inconsistencies of Commission's Guidance: Not a Notice/*Bekanntmachung* But a Communication/*Mitteilung*', in Lorenzo Federico Pace (ed), *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102* (Edward Elgar 2011) 106-08 がある。

8) Guidance para 8. ガイダンス・ペーパーは、欧州委員会が共同体利益（Community interest）がないことを理由として苦情申立を拒絶する権限（この権限

国裁判所・加盟国競争当局も拘束しない⁹⁾。加盟国裁判所・加盟国競争当局は、欧州司法裁判所の法解釈に従う義務があるのであり¹⁰⁾、ガイダンス・ペーパーとは異なる法解釈・運用が行われることになる可能性があることが指摘されるなど¹¹⁾、ガイダンス

々について本稿5(2)参照)に影響を与えるものでもない。ibid para 3. さらに、ガイダンス・ペーパーと異なる運用を行い措置をとった場合に、措置を受けた事業者が、ガイダンス・ペーパーに沿わないことを理由とし、たとえば、合理的な期待の保護、法的確実性、平等取扱い原則等に反するとして措置が不適法であったと主張できるかという問題について、Manuel Kellerbauer, 'The Commission's New Enforcement Priorities in Applying article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?' [2010] E.C.L.R. 175, 185 は、ガイダンス・ペーパーが裁判所における法解釈に影響を与えるものではないなどと述べていることと、ガイダンス・ペーパーは優先的執行事項があるとされた行為に含まれない場合に措置を免れること保障したものではないことから、否定されたとの見方を示している。

9) 一般的に加盟国裁判所は欧州委員会のガイドライン及び告示を指針とすることができるとされている。Commission, Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC (2004/C 101/04) [2004] OJ C101/54, para 8. しかし、ガイダンス・ペーパーは、ガイドラインではないため(前出注7参照)、かかる位置付けも与えられない。もっとも、事実上の影響を与えることはありうる。たとえば、Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text Cases and Materials* (5th edn, OUP 2014) 291-92 は、2013年までの欧州司法裁判所判決を分析して、ガイダンス・ペーパーが一定の影響を与えている可能性があることを示唆する。また、ガイダンス・ペーパーが従来の加盟国の先例よりも洗練された審査方法を提示しており、さりげない形ではあるものの長期的には重要な影響を一定程度もつようになるという見方もある。Richard Whish, 'National Competition Goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK Experience', in Pace (ed) (n 7) 161-62. 同様に、Luis Ortiz Blanco and Pablo Ibáñez Colomo, 'Evolving Priorities and Rising Standards; Spanish Law on Abuses of Market Power in the Light of the 2008 Guidance Paper on 82 EC', in Pace (ed) (n 7) 99-101 は、ガイダンスが加盟国における先例・経験の欠如を補い積極的な機能を果たす可能性があることを指摘する。

10) Giorgio Monti, 'Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?' [2010] *Journal of European Competition Law & Review* Vol. 1 No. 1, p2, 8; Kellerbauer (n 8) 186.

11) Giorgio Monti, 'The Dominance Threshold in Article 102 TFEU', in Jürgen Basedow and Wolfgang Wurmnest, *Structure and Effects in EU Competition Law* (Wolters Kluwer 2011) 71; Monti (n 10) 8.

ペーパーがどのような影響を及ぼすことになるのかは明らかではない¹²⁾。しかし、欧州委員会外への影響の如何にかかわらず、ガイダンス・ペーパーは EU 競争法執行の中心的機関である欧州委員会の運用方針を示すものではあるし、競争当局としてどのような支配的地位の認定方法を採用することが望ましいのかを検討した結果を反映しており競争法執行のあり方を考える上で興味深い。

本稿では、EU 裁判所の先例、ガイダンス・ペーパー及びガイダンス・ペーパー公表以降に公刊された英語文献を中心にして、欧州において EU 競争法102条における「支配的地位」がどのようなものとして把握されていそうであることを検討する。

2 意 義

(1) 欧州裁判所の判例における支配的地位概念

「支配的地位」の意義は、欧州競争法の条文においては定められていない。欧州司法裁判所の次の2つの判決—すなわち、United Brands 事件判決（以下、「UB 事件判決」という）¹³⁾ 及び Hoffmann-La Roche 事件判決（以下、「HLR 事件判決」という）¹⁴⁾ が、支配的地位概念の意義を明らかにしたものとされている。

UB 事件判決（1978）において、司法裁判所は以下のとおり判示した。

「この規定にいう支配的地位とは、事業者に関連市場における効果的な競争（effective competition）の維持を妨げることを可能にする経済力（economic strength）をもつ地位について述べたものであって、これにより事業者は、当該事業者の競争者、顧客及び究極的には消費者から感知できる程度に（to an appreciable extent）独立して行動する力をもつことになる。」¹⁵⁾

UB 事件判決の翌年に出された HLR 事件判決（1979）においては、司法裁判所は、支配的地位について UB 事件判決における上記判示を繰り返した上で¹⁶⁾、次のように述べた。

12) ガイダンスの加盟国における受け止め方は様々であったようである。See, e.g., Catherine Prieto, 'Anticipated enforcement in France of the Commission's Guidance on Article 82', in Pace (ed)(n 7) 2.4, 3.2.

13) Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207 (*United Brands*).

14) Case 85/76, *Hoffmann-La Roche* [1979] ECR 461 (*Hoffmann-La Roche*).

15) *United Brands*, para 65.

16) *Hoffmann-La Roche*, para 38.

「独占状態又は独占に近い状態がある場合には競争は存在しないことになるが、[支配的] 地位があることは、一定の競争が存在することを否定するわけではない。しかし、このような地位がある場合には、これを有する事業者は、競争が展開する条件を、決定はしないとしても少なくともこれに感知可能な程度の (appreciable) 影響を与えることができることができるようになり、かつ、いずれにしても、当該事業者の不利益にならない限り概ね競争を考慮することなく行動することができるようになる。」¹⁷⁾

UB 事件判決が採用し、HLR 事件判決が従った上記の UB 事件判決における支配的地位の定義においては、前段では「事業者に関連市場における効果的な競争の維持を妨げることを可能にする」力という側面について述べ、後段では「競争者、顧客及び究極的には消費者から独立して行動する力」という側面について述べている。前段と後段がどのような関係に立つかが問題となる¹⁸⁾。前段はとりわけ競争を制限・歪曲する力について触れているのに対して、後段は競争水準を超える価格等をつける力¹⁹⁾について述べているというように、前段・後段では異なる事柄を述べているようにもみえる²⁰⁾。前段は排除する力について述べたものであり、後段は搾取する力ないし価格をあげる力について述べたものとする見方もある²¹⁾。

17) *ibid*, para 39.

18) See, e.g., Andrea Coscelli and Geoff Edwards, 'Dominance and Market Power in EU Competition Law Enforcement', in Ioannis Lioanos and Damien Geradin (eds), *Handbook on European Competition Law Substantive Aspects* (Edward Elgar 2013) 350, 351.

19) 自己に有利になるように価格以外の取引条件を設定する力及び数量、品質、技術革新、商品役務の多様性を競争水準を下回る水準に設定することができる力も、「競争水準を超える価格（等）をつける力」により含意されることが通常である。例えば本稿 2 (2) 参照。本稿でも「価格を上げる力」を、これらの取引条件等を自己に有利に左右する力という意味で用いる。

20) このような指摘をするものとして、後出注 (21) - (23) の文献のほか、Jones and Sufrin (n 9) 300 などがある。

21) Monti (n 11) 74. Monti はこのように述べた上で、特に「排除する力」の概念は、競争の過程を支配的地位から保護しようとした欧州競争法が採用した立場を反映するものであると説明する。*ibid* 74-76. このように UB 事件判決が価格をあげる力と排除する力の両方にふれたものとする見方は、Damien Geradin, et al., *EU Competition Law and Economics* (OUP 2012) 456-57 にもみられる（ただし、著者自身は、排除的濫用行為があれば排除する力もあることになって、濫用行為と支

これらの点について、裁判所の先例においては、この間の関係は明らかにされたことがなく、両者の区別も行われない傾向があったことが指摘されている²²⁾。

このように前段と後段を分ける見方に対しては、他方で、活発な競争が行われていれば競争者又は顧客は事業者の反競争的行動による悪影響を回避できるのであって、実質的で持続的な市場力をもたない事業者は102条の意味で競争を害するとは考えられないとみて、競争を害することができる力と独立して行動することができる力（ないし、価格を上げることができる力）の間に実質的な差異はないとする指摘もある²³⁾。

支配的地位が別の要件であることと整合しないのではないかとして「排除する力」概念に対しては懐疑的な姿勢を示している。ibid 4.57.)。これらに対して、102条においては、価格をあげる力の有無にかかわらず、他の市場参加者よりも強い経済力（commercial power）を利用して他者の経済的自由を侵害する（undermine）濫用行為を禁止しており、UB 事件判決ではそのような立場が採用されているといった説明する例もある。See, e.g., Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007) 125-30. この「経済的自由」概念に関しては、さらに、この概念及びこれと密接に関係する「不公正さ（unfairness）」、「効率性に基づく競争（competition on the merits）」、「競争の過程（competitive process）」ないしその歪曲（distortion）などの概念が、オールドリベラリズム思想の影響を受けた EU 競争法と支配的地位濫用規制（とりわけ判例法の展開）において歴史的に重要な役割を果たしてきたとの見方がある。比較的最近の文献として、例えば、David J. Gerber, 'The Future of Article 82: Dissecting the Conflict', in Clause-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds), *European Competition Law Annual: 2007 A Reformed Approach to Article 82 EC* (Hart Publishing 2008) 39-43 参照。他方で、オールドリベラリズム思想の影響をより限定的なものとみる文献として、Sigfrido M. Ramírez Pérez and Sebastian van de Scheur, 'The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC [Articles 101 and 102 TFEU]: Ordoliberalism and its Keynesian Challenge', in Kiran Klaus Patal and Heike Schweitzer (eds) *The Historical Foundations of EU Competition Law* (OUP, 2013) 19, Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches* (Hart Publishing 2012) ch 2 などがある。支配的地位濫用規制起草時に影響のあった思想等を概観し、1980年代までの展開を概観したものとして、さしあたり、Donoghue and Padilla (n 7) 55-66 参照（規定起草時に重要な影響を与えたものとして、オールドリベラリズム、ECSC 条約下での経験、戦後欧州の経済状況、立法者意図ないし立法時の議論、米国の影響の5つがあるなどとする）。

22) Coscelli and Edwards (n 18) 351-52. この著書では、先例では、どちらか一方が満たされれば他方も充足されるという推測がされてきたとされる。ibid. 区別をしてこなかったという指摘として、このほかに、Jones and Sufrin (n 9) at 300 がある。

23) Miguel de la Mano, et al., 'Article 102', in Jonathan Faull and Ali Nikpay

これらの問題は、支配的地位を認定するためには価格を上げる力としての市場力ないしその程度の強いものが必要か、このような力がなくとも競争を歪曲・排除する地位があればよいのかという問題に通じるものであるようにみえる。

この点については、次項でみるように、近年、UB 事件判決の先例性は承認した上で、又は、これら判決とは一線を画した上で、あるべき解釈として（なかでも、経済学的分析と整合的な解釈として）、支配的地位とは顕著な又は実質的な市場力（significant/substantial market power, SMP. 以下「SMP」という。）のことでであると説明する例が多くみられるようになってきている。ガイダンス・ペーパーもこの立場を採用している。

(2) SMP 及びガイダンス・ペーパーにおける支配的地位概念

ガイダンス・ペーパーは、UB 事件判決における上記定義を引用して欧州法では支配的地位がこの判決のとおり定義されているとした上で、次のように説明する。「ここの独立性は、問題となる事業者に対して競争圧力（競争的制約／競争上の制約, competitive constraint）がどの程度働くかに関係している。支配的地位がある場合には、競争圧力が十分に機能せず、このために問題の事業者が一定期間にわたって（over a period of time）実質的な市場力（substantial market power）を持つことになる。このことは事業者の決定が競争者、消費者及び究極的には消費者の行動及び反応に対して大多数の場合に反応しないことを意味する。」²⁴⁾「欧州委員会は、かなりの期間にわたって（for a significant period of time）競争水準を超える水準に価格をあげて利益を得ることができる事業者は、十分な競争圧力を受けていないのであって、支配的地位にあると通常みることができると考える。[なお、] 本文書における「価格をあげる」という言葉には競争水準を超える価格水準を維持する力が含まれており、この言葉は、価格、数量、技術革新、商品・役務の多様性又は商品・役務の品質などの競争の諸側面（parameters）が、支配的事業者にとって利益になり、[また、] 消費者には不利益をもたらす形で様々な影響を受けることを簡略に述べる表現として用いられている。」²⁵⁾

ここでは、欧州委員会としては、価格を持続的にあげる力を持つ場合には通常、支配的地位があるとみることとするという立場が明らかにされている。他方で、効果的な競争の維持を不可能にする地位については触れられていない。この点で、ガイダンス・ペーパーでは、UB 事件判決以来の判例の立場とは異なる立場を採用しているようにみ

↘(eds.) *The EU Law of Competition* (3rd edn, OUP 2014) 4.134.

24) Guidance, para 10.

25) *ibid* para 11.

える²⁶⁾。

これらの点について Monti は、判例法の支配的地位の定義には、搾取する力（ないし、価格をあげる力）とライバルを排除する力の両方の側面が入っているとした上で²⁷⁾、ガイダンス・ペーパーは搾取する力のみに注目しているのであって、判例法の定義の下では支配的地位があるとされるにもかかわらずガイダンス・ペーパーの定義の下では支配的地位が認められない場合がありうると指摘する²⁸⁾。そして、ガイダンス・ペーパーは、102条の下では経済的効果の如何にかかわらず行為が違法とされる傾向や小企業保護が優先される傾向があるという批判に答えて、消費者にとって有害な行為に対する法執行を優先すべく、支配的地位概念を狭めたものであるとする²⁹⁾。

もっとも、102条における支配的地位は結局のところ SMP と同じものであるとする説明は、ガイダンス・ペーパー以前にも加盟国競争当局のガイドラインなどにみられた³⁰⁾。

一般的に、最近では SMP が支配的地位とが同義のものとみられているという指摘がある³¹⁾。実際に、教科書・解説書等において、支配的地位とは SMP のことであると説明する例は多い³²⁾。

26) 後出注(28)の文献のほか、Witt (n 7) at 220-22 参照。

27) 搾取する力と排除する力の区別については前項参照。

28) Monti (n 11) 76.

29) *ibid* 76-77.

30) Office of Fair Trading (UK), [Guidelines] 'Assessment of market power' [2004] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf> (accessed 15 March 2015) 2.9. この文書は Competition Market Authority に引き継がれている。さらに、電気通信分野における EU 指令では、支配的地位と SMP とが同じ意味であるとされている。See, e.g., Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services [2002] OJ L108/24, para 25, art 14(2).

31) Coscelli and Edwards (n 18) 352-53.

32) See, e.g., Simon Bishop and Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2010) 227; Luis Ortiz Blanco, *Market Power in EU Antitrust Law* (Hart Publishing 2012) 47; Luc Peepkorn and Vincent Verouden, 'The Economics of Competition', in Jonathan Faull and Ali Nikpay (eds), *The EU Law of Competition* (3rd edn, OUP 2014) 1.211; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (7th edn, OUP 2012) 25, 180 などがある。これらのうち例えば Whish and Bailey は、市場力 (Market power) を一定の期間値段をあげて利

(3) 経済力の程度

事業者が「当該事業者の競争者、顧客及び究極的には消費者から感知できる程度に (to an appreciable extent) 独立して行動する力」とは、具体的にはどの程度まで独立して行動することができる力をさすのか。独立して行動する力が、典型的には価格をあげる力を意味するとしたら、支配的地位があると認めるためには、どの程度価格をあげる力をもっている必要があるのか。SMP を認めるためには、市場力がどの程度顕著又は実質的である必要があるのか³³⁾。

この問題について明示的に説明した文書は、EU の裁判所にも欧州委員会公刊文書中にも存在せず、不明であるという旨の指摘がある³⁴⁾。

持続性の要否がなかでも問題になる。ガイダンス・ペーパーでは、持続的に価格を上げることができれば通常支配的地位を認めることができるとした上で（前項参照）、ここでの持続性について、支配的地位を認める上でどの程度の持続性が必要なのかは商品の性質や市場の状況次第であるが、通常は、2年の間持続していれば十分であろうとする³⁵⁾。支配的地位を認めるには、持続的な市場力がある必要があるという見方は、ガイダンス・ペーパー以外の文献にも見受けられる³⁶⁾。これに対して、102条では持続性のある支配的地位の濫用だけを禁じているわけではないし、持続性がないとしても支配

益を上げ、数量を制限し、技術革新を妨げ、商品・役務の多様性を減らし、これらの品質を下げ又は消費者の選択を奪うこととした上で、市場力には様々な程度があるのであり、支配的地位はなかでも実質的な (substantial) 市場力を意味すると説明する。ibid 25. 判例については、欧州一般裁判所が AstraGeneca 事件判決 (2010年) において、競争者等から独立して行動する力を市場力及び価格をあげる力と同質のものとみる見方をとったようにもみえ注目される。Case T-321/05, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v Commission [2010] ECR II-2805, para 267.

33) これは、市場力の強弱について述べているのであって、市場力ないし SMP の有無の判断に用いられる市場シェアがどの程度であれば支配的地位があるとされるのかという認定方法の問題について述べているのではない。支配的地位の有無を判断する上で市場シェアの数値についてどのような判断が行われているかは後述する。また、買手側の市場力やアフターマーケットの問題については、章を改めて後に検討する。

34) Coscelli and Edwards (n 18) 353; Monti (n 11) 78 (SSNIP テストで採用されている 5-10%を示唆)。

35) Guidance, para 11, note 6.

36) See, e.g., Miguel (n 23) 4.126. 欧州司法裁判所の AKZO 事件判決が持続性について触れていることについて、後記 4 (2)①参照（必要条件としてでなく、十分条件としてふれている）。

的地位を有している間に行われる濫用行為を禁止しないのは合理的でないと、持続性は不要とする者もある³⁷⁾。

3 市場画定

(1) 支配的地位の有無を明らかにするための道具としての市場画定

支配的地位があるかどうかは、市場を画定した上で、当該市場における市場シェア、参入障壁等を考慮して判断することが通常である。とりわけ欧州においては、従来から、支配的地位を判断するための第一のステップとして、市場を画定する必要があると説明されてきた³⁸⁾。そして、欧州委員会が企業結合、101条、102条のいずれにも関係するものとして³⁹⁾ 欧州委員会における市場画定の方法を示した告示（1997）⁴⁰⁾ を公表してからは、101条及び企業結合規制に抵触するかどうかの判断方法を示した欧州委員会文書⁴¹⁾ 及び EU 競争法の教科書・解説書において、市場画定はこの告示が示した方法に

37) Blanco (n 32) 47-48.

38) See, e.g., Coscelli and Edwards (n 18) 355-56. 管見では、102条違反があるとされた事例で市場画定と市場シェアの算定がなされなかった事例は存在しない。なお、いうまでもないが、102条に照らして審査される全事件において市場画定がなされるわけではない。違反行為が存在しない、措置をとらない又は審査を行わないという決定が行われる場合には、市場がどのように画定されても支配的地位の存在は認められない又は認められそうにないとの判断がなされることや、濫用行為の不在など102条上の他の要件が満たされないことから支配的地位の存否については判断がなされないことがある。

39) EU では法律の条文ごとには違うやり方で市場を画定するというアプローチは、採用されていない。Blanco (n 32) ch 1; Donoghue and Padilla (n 7) 96-97. もっとも、これらの著書でも指摘されているように、セロファンファラシーの生じやすさや企業結合規制のような事前規制かカルテル・支配的地位濫用のような事後規制かなどに違いがあるために、市場を画定する手法（なかでも統計的手法を採用する程度）や考慮要因に差異が生じてはいる。

40) Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law [1997] OJ C 372/5.

41) See, e.g., Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5, para 10; Commission, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2008] OJ C265/6, para 24, note 18; Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [2011] OJ C11/1, para 10; ↗

より行われるという説明がなされてきた。

これに対して、ガイダンス・ペーパーでは、市場シェアには言及があるものの、市場画定については明示的には言及していない。なかでも、市場画定告示に全くふれていない。102条の判断方法を示した初めての委員会公表文書であるガイダンス・ペーパーで市場画定告示に言及がなかったことは、102条適用においては欧州委員会は市場画定告示を利用しないという立場を示すものであるかが問題になりそうである。また、そもそも、市場画定告示は、欧州委員会における判断方法を説明するものにすぎない⁴²⁾。そこで、ガイダンス・ペーパーが市場画定告示に言及しなかったことは、今後、とりわけEUの裁判所、加盟国、さらに実務一般において、102条上の支配的地位の認定においては市場画定告示が重要ではないことや、将来的に重要でなくなることを示唆しているのかどうかの問題となりそうである。

この点については、英語文献を見る限りでは、欧州においては、ガイダンス・ペーパーは、市場画定を行わないという方向性を示したり、市場画定告示の位置づけを変えようとしていたりしているものではないと見られているとみられる。たとえば、Monti は、市場画定を行った上で市場シェア等を検討するという方法は、ガイダンス・ペーパー公表後も欧州委員会においてとられ続けるだろうとしている⁴³⁾。また、ガイダンス・ペーパー公表後の英語の教科書・解説書等の多くにおいても、支配的地位の認定は、市場画定をして市場シェア等を検討することにより行われると説明され⁴⁴⁾、市場画定告

↘ Commission, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements [2014] OJ C89/3, para 19; Commission, Guidelines on vertical restraints, SEC (2010) 411 final [2010] OJ C130/1, para 86; Commission, Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [De Minimis Notice][2014] OJ C291/1, para 12.

42) Whish and Bailey (n 32) 36.

43) Monti (n 11) 77, 81. この論文では、仮定的独占者テストについて、ガイダンス・ペーパー公表後も変わらずに利用され続けるだろうとも述べている。もっとも、この論文は、データが入手可能であれば価格をあげる力を直接に測定する方法が採用される可能性もあるという指摘も行っている。ibid 81. なお、直接測定については次項を参照されたい。

44) ガイダンス・ペーパー公表後の英語の教科書・解説書等であって、支配的地位の認定は、市場画定をして市場シェア等を検討することにより行われると説明するものとして次のものがある。Nathy Dunleavy, *Competition Law: A Practitioner's* ↗

示を用いるという説明又はそれを市場画定告示が用いられることを前提とした説明が行われ続けている⁴⁵⁾。

なお、市場画定告示では、仮定的独占者テストないし SSNIP テストが詳しく説明されているが、他に市場画定の方法があることが否定されている訳ではない⁴⁶⁾。ただ、クリティカルロス・テストなどの他の方法も知られているものの、比較的普及度が高いのは仮定的独占者テストであるようではある⁴⁷⁾。

(2) 市場画定を経由しない支配的地位の認定

支配的地位の認定において市場画定を行うかどうかが目玉されるのは、市場画定を行った上で支配的地位の有無を判断する手法には次のよう限界ないし問題——すなわち① 仮定的独占者テストを適用するには多くの経済的データが必要となること、② とりわけ差別化された市場では市場画定をすることが容易でない上に、市場を画定して市場シェアを計算したとしても、市場シェアから事業者の有する市場力ないし SMP について一義的な結論を導くことが難しいこと、③ 新規参入が行われ又は行われる見込みが高い市場や、技術革新が頻繁に行われる市場においては、ある時点で高いシェアを有し

↘ *Guide* (Bloomsbury Professional 2010) ch 10; Donoghue and Padilla (n 7) 94-95; Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* (Cambridge University Press 2013) 197; Miguel (n 23) 359頁以下; Barry J Rodger and Angus MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EU and UK* (5th edn, Routledge 2015) 96-97, 99-103; Ion Van Bael and Jean-François Bellis, *Competition Law of the European Community* (Kluwer Law International 2010) § 2.23, § 2.27-28; Whish and Bailey (n 32) 5.5.

45) ガイダンス・ペーパー公表後に公表された英語のテキスト等であって支配的地位の認定が市場画定告示に基づいて行われることを前提とした説明を行っているもの、または、告示を基礎として支配的地位の有無の判断における市場画定方法の説明を行っているものとして、次のものがある。Donoghue and Padilla (n 7) 95-96; Dunleavy (n 44) ch10; Geradin et al (n 21) 4 II A; Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law* (2nd edn, Pearson 2013) 125-26; Lorenz (n 44) 194; Miguel (n 23) 360; Rodger and MacCulloch (n 44) 95-96, Van Bael and Bellis (n 44) 2.28; Whish and Bailey (n 32) 27, 180.

46) Commission (n 40) para 15.

47) Geradin et al (n 21) 4.31-47. 筆者は、仮定的独占者テスト又はクリティカルロス・テストを用いた上で、他の方法を利用して市場が過度に広く画定されていないかどうかを検討するのが最善の方法（ベストプラクティス）だとしている。ibid 4.47.

ているからといって持続的に市場力を有するとは限らないし、競争者の排除などにより競争及び消費者厚生に悪影響を与えるとは限らないといった問題が存在するためである。これらの問題を背景として、高い利潤率や価格水準の比較・推移などの経済的データや行動から、市場力ないし SMP を直接測定できないかどうかを検討されるようになって⁴⁸⁾。

市場画定に限界があることは、欧州でもよく知られている⁴⁹⁾。欧州では、市場画定を経ることなく、より直接的に支配的地位の有無を判断する手法は、どの程度浸透しているだろうか。

この点について、支配的地位の直接測定は欧州においても近年重要性が増しているとの指摘があるが⁵⁰⁾、少なくとも近年公表された文献を見る限りでは、その有効性や現実的な採用の可能性はなお限られているようである。たとえば、2011年に公表された Monti 論文では、直接測定の手法がもつ実務上の影響はまだ限定されていることとこの手法が最も活用されているのは企業結合事例においてであることが指摘されてい

48) 利潤率による SMP の測定とは、高い利潤を上げている場合には支配的地位があるとする一方で、利潤率が低ければ支配的地位がないとする方法である。この方法は EU でも知られているが、① 会計上の費用計算方法はこの目的のためには用いることができず、利潤を測定することは難しいこと、② 低い利潤率については X 非効率性や略奪的価格設定のように利潤を損なう行動がとられているためであることがあり利潤率の低さから支配的地位の可能性を安易に排除しないように注意する必要があることなどが指摘されている。Coscelli and Edwards (n 18) 375-77. 価格水準による支配的地位の認定とは、例えば、たとえば、地理的に異なる複数の市場間で価格を比較し、一定の事業者が支配的とみられる市場において当該事業者がつける価格と競争的とみられる市場において同じ事業者がつける価格を比較して、両者の間に差があれば前者の市場で当該事業者が SMP を有するとするものである。この手法については、この手法を用いるためには、比較する意味のある複数市場が存在するか、価格差が競争の活発さに由来するものであるかどうかを検証できる必要があることが指摘されている。Coscelli and Edwards (n 18) 373頁以下。これらの手法を含め、経済的統計的手法により市場力等を判断する方法を EU 競争法を運用する文脈で解説した文献として、Peepkorn and Verouden (n 32) 1G がある。行動から支配的地位を判断する手法については、後述する。

49) 後出注 (51)-(52) 掲載文献のほか、例えば、Bishop and Walker (n 32) 6-009; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law* (4th edn, Hart Publishing 2014) 33, Bruno Lasserre, 'Market Definition: A Resilient Feature of Competition Enforcement?' [2012] *Fordham Comp. L. Inst.* 191 (B.Hawk ed. 2013); Peepkorn and Verouden (n 32) 60-61 を参照。

50) Coscelli and Edwards (n 18) 373.

る⁵¹⁾。Geradin らは、102条における市場力の直接測定は殆ど不可能であって、近似値（proxies）を用いる必要があるとした上で、市場を画定することは市場力の近似値を評価するための最も重要な手順の一つであるとしている⁵²⁾。最近公刊された教科書・解説書等においても、市場画定を行った上でシェアを計算する方法が用いられていることは、前項で述べたとおりである。

市場画定を経ない支配的地位の認定のうちでも、とくに行動をもとにした認定方法に關しては、さらに、102条抵触性の判断においてはそもそも支配的地位を別途検討することはせずに、濫用行為があり反競争効果が生じるかどうかを検討すべきであるとする意見もある⁵³⁾。このような意見は、ガイダンス・ペーパー策定過程において欧州委員会の Economic Advisory Group から示された⁵⁴⁾。しかし、ガイダンス・ペーパーでは、このようなアプローチは採用されなかった⁵⁵⁾。Miguel らは、① 上記のような判断方法をとるならば、支配的地位の有無の検討が濫用行為の検討の中で行われることになって支配的地位が独自に検討されることがなくなること、② 現在、支配的地位の要件は大多数の企業に対して102条違反に問われることがないという安全圏〔的〕役割を果たし、法的確実性を保障する機能を果たしていること、及び、③ 経済理論によるならば反競争効果があるかどうかについては様々な結論が出されうることを指摘して、上記のアプローチに対して消極的な立場を示し、支配的地位の有無の検討は濫用行為とは別に行われることが合理的であり、過剰規制を防ぐことにもなると指摘する⁵⁶⁾。

51) Monti (n 11) 66. Gerwin Van Gerven and Helen Crossley, *Market Definition: Where Do We Stand in Europe* [2012] *Fordham Comp. L. Inst.* 215 (B.Hawk ed. 2013) も同様に、EU において市場画定及び市場シェアに依拠した審査方法が相当程度まで行われなくなるとは考えられないとする。

52) Geradin et al (n 21) 176.

53) このような意見があることについて、後出注(54)–(56)の文献及び、とりわけ搾取的濫用行為について、Ioannis Kokkoris, *A Gap in the Enforcement of Article 82* (British Institute of International and Competition Law 2009) 84 参照。

54) Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy (“EAGCP”) 14 (July 2005) <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf> (accessed 15 March 2015).

55) Monti (n 11) 68–70.

56) Miguel (n 23) 4.135–138. 排除という行為の結果と支配的地位の有無の判断を分けるべきであるという方向での指摘として、Geradin et al (n 21) も参照。

4 市場シェア

(1) 問題の所在

市場における競争の活発さ又は不活発さを示す要因には、問題となる事業者が有する市場シェア、集中度、参入障壁、製品差別化の程度など様々なものがあるが、支配的地位の認定においては事業者の有する市場シェアが重視される傾向がある。この傾向は、以下で詳しくみるように、EU 裁判所の先例において著しい。

市場シェアについては、① 事業者が有する市場シェアが一定の数値以上であれば当該事業者が支配的地位を有するものとする方向、及び、② 事業者が有する市場シェアが一定の数値以下であれば当該事業者は支配的地位を有しないとする方向の両方に作用しうる。以下では、これらそれぞれについて、判例及び欧州委員会がどのような立場をとっているかを検討する。

(2) 高い市場シェアから支配的地位を認定する

① 判 例

欧州司法裁判所は、HLR 事件判決において次のように述べた。

「支配的地位の存在は様々な要因によるものであって、これら要因の各々はそれ自体として必ずしも決定的なものとはいえないが、これら要因の中でも特に重要なのは非常に高い（very large）市場シェアの存在である。」「市場シェアの存在の証拠となるべき相当程度の市場シェアは、常に同じ〔意味を持つ〕要因ではなく、市場シェアの重要性は、市場の構造、なかでも生産、供給及び需要に関する市場構造次第で市場ごとに変わる。」「〔しかし〕市場シェアの重要性は市場ごとに異なるとしても、非常に高いシェアはそれ自体として、特段の事情がない限り、支配的地位があることの証拠となると考え」ることができる⁵⁷⁾。

そして、この判決において、欧州司法裁判所は、80%以上のシェアは、「非常に高くそれ自体で支配的地位の証拠となる」とし⁵⁸⁾、63—66%のシェアも支配的地位を認定する証拠として十分とし⁵⁹⁾、47%のシェアを1企業が占めており、これが2位及び3位の企業のシェアの合計に等しかった事例においては、「この企業が競争に直面した場

57) *Hoffmann-La Roche*, paras 39-41.

58) *ibid* para 56.

59) *ibid* para 63.

合にどのような対応をとるかを完全に自由に決定できることを示している」と判断した⁶⁰⁾。

この後、司法裁判所は、AKZO 事件判決において、50%を超えるシェアを3年以上保持していることから、支配的地位が推定（presumption）されるとした⁶¹⁾。これを受けて、EU 裁判所では、50%を超えるシェアを一定期間以上有していれば、特段の事情がない限り、支配的地位が認定されるという見方が定着した⁶²⁾。

教科書・解説書等では、これらの判決を含む欧州司法裁判所等の先例を分析した上で⁶³⁾、① 70%ないし80%以上の市場シェアがあれば、それ自体で支配的地位が存在することが明らかである、② 50以上70未満の市場シェアであれば、支配的地位をもつことが推定される、③ 40～50%程度のシェアであれば、長期的な市場シェアの変化、最も近接する競争者の市場シェア、他の競争者の数及び力などを考慮した上で、支配的地位が認定されることがある⁶⁴⁾、などといった説明が行われている。

このような判断手法に対しては、他の要因、とりわけ参入障壁、技術革新の状況、顧客による競争圧力や購入方法（例えば入札・見積もり合わせ等の方法がとられていないか）等もよく考慮すべきであるという指摘が行われてきた⁶⁵⁾。

また、50%という数値を用いた AKZO 事件判決（上記）については、特段の事情がない限り支配的地位が認定されると述べたのであって、他の事情を考慮して支配的地位がないとされることがあることを承認していることに注意する必要があると考えられる。たとえば、Monti は、この点に着目した上で、AKZO 事件判決は市場シェアが一定の閾値を越えれば支配的地位がないことを立証する責任が事業者側に移るという意味での推定則を設けたものとみることができるとする⁶⁶⁾。

もっとも、それでも、HLR 事件判決では、非常に高いシェアはそれ自体として支配的地位の証拠となるのであり、80%といった一定の値を超えれば、市場シェア以外の要因がどのようなものであるかにかかわらず、支配的地位があるとする立場を採用してい

60) *ibid* para 51.

61) Case C62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359, para 60.

62) See, e.g., Case T-177-04 *easyJet Airline Co. Ltd v Commission* [2006] ECR II-1931, para 174; Case T-210/01 *General Electric Company v Commission* [2005] ECR II-5575, para 115.

63) 先例における市場シェアについては、Blanco (n 32) 3.2 が詳しい。

64) *United Brands* 事件判決等の分析による。

65) See, e.g., Coscelli and Edwards (n 18) 358-59.

66) Monti (n 11) 57, 62-63.

る。このような認定方法が妥当であるかどうかという問題が残る。また、そもそも、市場シェアは数ある考慮要因の一つに過ぎず、市場シェアから市場支配的地位の推定も行うべきではないという見方がありうる。ガイダンス・ペーパーでは、この問題については、どのような立場がとられているだろうか。

② ガイダンス・ペーパー

ガイダンス・ペーパーでは、「一般的にいて、支配的地位は様々な要因に複合的に起因するものであって、これらの要因は個別的には決定的（determinative）ではない」とされ⁶⁷⁾、市場の競争の状況（競争構造, competitive structure）、なかでも現実の競争者からの供給及び競争者の地位、既存事業者の増産又は潜在的競争者の参入及び購入者の交渉力に由来する競争圧力を考慮して、支配的地位の有無を検討するものとされている⁶⁸⁾。

この上で、市場シェア、とりわけ高い市場シェアについては、次のように述べられている。「市場シェアは欧州委員会が市場構造及び当該市場において事業活動を行う様々な事業者が相対的に見てどの程度重要であるかを知る上での有用な最初の指標（useful first indication）である。しかしながら、欧州委員会は、関連する市場の状況、とりわけ市場の変化（dynamics）及び製品差別化の程度に照らして市場シェアを解釈する。変化が激しい市場又は競争入札型市場（bidding market）については、長期的な市場シェアの変化及び展開も考慮する。」⁶⁹⁾「経験によれば、市場シェアは高くなるほど、そして高い市場シェアを維持する期間がより長期になるほど、このような市場シェアが支配的地位の存在を示し、状況次第では82条〔現102条〕に基づく欧州委員会の介入を正当化するような濫用行為により深刻な影響が生じている可能性があることの重要な準備的兆表（preliminary indication）となる見込みが高くなる。しかしながら、一般的に、欧州委員会は、事業者の行動に対する十分な抑制となりうる全ての要因を検討することなく、事件を取り扱うかどうかについての最終的な判断を行うことはしない。」⁷⁰⁾

このように、ガイダンス・ペーパーでは、高い市場シェアから支配的地位が推定されるという見方を批判したり反対したりすることはしないが、同時に、高い市場シェアがあれば支配的地位がありそうだとみる立場も採用していない。ガイダンス・ペーパー策

67) Guidance, para 10.

68) ibid para 12.

69) ibid para 13.

70) ibid para 15.

定に先立って欧州委員会競争総局スタッフが公表したディスカッション・ペーパーにおいては、少なくとも、① 50%を超えていれば支配的地位がある見込みが大変高く（very likely）、② 40—50%であれば40%以下の場合よりも支配的地位がある見込みが相対的に高い（more likely）などとしていたことからすれば⁷¹⁾、ガイダンス・ペーパーではディスカッション・ペーパーよりも市場シェアから支配的地位があるとするこ

とには慎重になっているといえる。

ガイダンス・ペーパー公表以前から、欧州委員会の実務においては、常に市場シェア以外の要因も考慮されているのであって、推定則から利益を得ていたことはないという指摘がある⁷²⁾。そうだとすれば、ガイダンス・ペーパーの実際上の影響は然程ではないともいえそうであるが、上記のような立場を欧州委員会の公表文書中で明らかにしたことはなお注目される⁷³⁾。

(3) 低い市場シェアから支配的地位は存在しないと判断する⁷⁴⁾

① 判 例

市場シェアが一定の数値を下回れば、支配的地位が存在することはないとした EU 裁判所の判決は存在しない。ただ、市場シェアが低ければ、支配的地位があるという判断がされにくい傾向があることは認められる。一般に、EU においては、市場シェアが

71) European Commission Directorate General for Competition, 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses', para 31 (December 2005), <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> (accessed 15 March 2015).

72) Monti (n 11) 62.

73) Monti は前出注(72)に対応する本文のとおり指摘した上で、ガイダンス・ペーパーは、AKZO 事件判決で採用された50%を超えるシェアを長期にわたって有していれば支配的地位が認定され介入を行うという考え方を EU 競争当局として放棄するという立場がとられたものだとして説明する。Monti (n 11) 70-71, 81. この上で、さらに Monti は、市場シェアないしこれによる推定則の意義について、民事訴訟においては原告がこの推定則を利用できるのであって、推定側は原告の立証負担を軽くする機能をもつと指摘する。そして、過剰規制を憂慮する者の中には推定であっても行なわれるべきでないとする者もあるだろうが、米国と違って EU では過剰規制の懸念は然程は高くなく、他方で、推定が行わなければ民事訴訟において原告が立証上、より大きな負担を負うことになるのであって推定をも排除することは適切ではないと述べる。ibid 62-64.

74) ここでは専ら単独の事業者の支配的地位について検討している。本稿では、集合的支配的地位（collective dominance）については検討していない。

30%以下であったり、市場シェアが2位以下であったりした場合に、支配的地位があるとされた例はみられないことが指摘されている。また、解説書等では、裁判所の先例を分析した上で、市場シェアが25%を下回る場合には支配的地位が認定される可能性は（大変）低いとしたり、10%を下回る場合には認定される可能性は非常に低いなどと説明する例がある⁷⁵⁾。

もっとも、これらはこのような傾向が認められるというに過ぎず、欧州司法裁判所が支配的地位を認定又は推定しない閾値を明確に示したことはない。また、先例の分析から導出される閾値は10—30%という比較的低いものである。

② ガイダンス・ペーパー

これに対して、ガイダンス・ペーパーでは、低い市場シェアと支配的地位の関係について次のように述べられている。「低い市場シェアは、一般的にいて、実質的な市場力が存在しないことを示す優れた指標（近似値、proxy）である。欧州委員会の経験によれば、関連市場において事業者が有する市場シェアが40%を下回る場合には、支配的地位が存在するとは考えられない（not likely）。しかしながら、競争者の供給能力に深刻な限界がある場合など、この基準を下回っていても競争者が有効に支配的事業者の行動を抑制することができない特殊な状況がある可能性はある。[そして、]このような状況は、欧州委員会が関心を向けるに値するものであることがありうる。」⁷⁶⁾

このように、ガイダンス・ペーパーは、支配的地位があるとは通常考えられない閾値を明らかにし、その数値も40%という比較的高いものに設定した点で、欧州司法裁判所

75) 市場シェアが低い場合に市場支配的地位が認められるとは考えにくいとするものとして、例えば、Donoghue and Padilla (n 7) 150 参照。Donoghue and Padilla は、30%未満であれば支配的地位が認定されることはないというセーフハーバーは存在しないとしながらも、支配的地位が存在する見込みは極端に低い（extremely unlikely）とし、さらに、大変低い市場シェアは支配的地位が存在しないことの決定的な兆表（definitive indicators）と考えられるとする。先例におけるシェアについて、詳しくは、Blanco (n 32) 54-57 参照。2位以下の企業が単独で支配的地位を濫用したとされたことがないことについては、Kokkoris (n 53) 50 を参照。なお、高い市場シェアから支配的地位を認定ないし推定することと対照させると、25—45%の市場シェアが、支配的地位の認定・推定にも、否定にもつながらない境界的な値であるように見える。市場シェアがこの範囲内にある場合には、特段の事情がない限り、支配的地位があるとは考えられないとする説明が行われることがある。

76) Guidance, para 14.

の判決とは若干異なるアプローチを採用している⁷⁷⁾。ガイダンス・ペーパー策定前に公表したディスカッション・ペーパーにおいては、支配的地位が存在しそうな市場シェアの閾値として25%という数値を設定していたのであり⁷⁸⁾、これと比較するとガイダンス・ペーパーは閾値を引き上げたといえる。この点については、25%という数値については低すぎて企業に対して萎縮効果を生じないようにさせるセーフガードとして役に立たないという判断があったとされる⁷⁹⁾。

他方で、ガイダンス・ペーパーでは例外が認められており、40%という閾値を下回れば凡そ審査をしないという基準（強い意味でのセーフハーバー）は設けられていない⁸⁰⁾。

これらの点については、欧州委員会のガイダンス・ペーパーのようないわば「ソフトなセーフハーバー」⁸¹⁾では、法的確実性（certainty）を確保することにも役立たないし、運用を容易にする役割を果たすこともないという批判や⁸²⁾、より高い閾値を設けた上でこれを強い意味でのセーフハーバーとすべきであったという趣旨の批判がある⁸³⁾。

77) 後出注(79)の文献ほか、Witt (n 7) 222-23 参照。

78) DG Competition (n 71) para 31.

79) Monti (n 11) 70-71.

80) Monti は、ハードなセーフハーバーを設けることの是非について一般的に検討し、特に米国でかかるセーフハーバーの設定を支持する者が多いとした上で、欧州でかかるセーフハーバーが設けられることに対しては消極的な姿勢を示す。同氏は、この中で、欧州においては欧州委員会又は裁判官によって勝訴の見込みがない訴えはふるい落とされる見込みが高く、とりわけ裁判所による過剰規制（over-enforcement）の懸念は大きくないとし、陪審が競争者の容赦のない行動を過度に違法としがちであるとみられている米国と欧州とは状況が異なることを指摘している。Monti (n 11) 63-65.

81) 「ソフトなセーフハーバー（soft safe harbour）」という言葉について、Commission, 'Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms—frequently asked questions' (MEMO/08/761) point 9 参照。

82) Monti (n 10) 6-7.

83) たとえば、Massimo Motta, 'The European Commission's Guidance Communication on Article 82' [2009] E.C.L.R. 593, 96 は、たとえば50%のシェアを持たない限り欧州委員会は調査を行わないと述べておいた方が、経済学的にみて悪影響が生じそうな場合に介入が行われることになり合理的である上に、事業者に対する萎縮効果や執行資源の配分の観点からも望ましかったという見方を示す。もっとも、Motta は、排他的濫用行為について例外のないルールを設定して法的確実性を追及することには距離をおいている。ibid, 595-96. また、欧州委員会型の「ソフトな

他方では、30%の市場シェアでは介入したことがないといった従来の運用を批判し、市場シェアがより低い場合であっても積極的に介入すべきであるとする論者⁸⁴⁾からすれば、ガイドンス・ペーパーは過度に謙抑的であるともいえそうである。

5 複雑な問題：アフターマーケット及び小売業者の 納入業者に対する優越的地位

(1) はじめに

一定の機器を購入した後に当該機器の専用部品を当該機器を製造する事業者から購入せざるを得ない場合に、当該事業者が支配的地位を有するかどうかの検討はいかに行われるか。また、納入業者が大規模小売業者など一定の事業者との取引の継続を望んでいる場合に、この購買者側である事業者の支配的地位の検討はいかに行われるか。

ガイドンス・ペーパーはこれらの問題には触れていないが、専用部品（ないし、より一般的にはアフターマーケット）の問題については欧州委員会による苦情申立拒絶決定及び決定取消訴訟判決が出されるなどの動きがあり、後者については欧州委員会による食品分野における大規模小売事業者の不公平取引にかかる調査等がなされるなどして注目が集っている。日本においても、これらの問題は独禁法2条9項5号（優越的地位の濫用）及び19条に基づく規制との関係があることなどから関心が高い。

そこで本章においては、これらの問題——アフターマーケットにおける支配的地位の認定及び大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位と支配的地位の関係——について検討する。

(2) アフターマーケット

① 問題の所在

一定の機器等を購入した後に、補完品や修理部品等が必要となる場合、これらの補完品・修理部品等については、どのように支配的地位があるかどうかの検討が行われるだろうか。

補完品・修理部品等が一定機器の規格化されているなどして多くの事業者によって競

「なセーフハーバー」も40%以下の場合には排他的濫用行為が認定される見込みを低くすることになるだろうとして、ある程度の積極的評価は示している。ibid, 596.

84) たとえば、Kokkoris (n 53) 50 は、シェアが低かったり2位以下であれば支配的地位を認定しないという運用は差別化された市場における搾取等を十分に規制できないと批判する。後出注(113)の Kokkoris による文献も参照。

争的に提供されていれば支配的地位の問題は生じないが、補完品・修理部品等を供給する者が本体たる機器を提供した事業者ないしこの関連会社に限られている場合には、顧客としてはこれらの事業者から補完品・修理部品を購入するほかなく、事業者が顧客に対して交渉上強い立場に立ちそうである。この問題は、補完品・修理部品等を提供するためには機器メーカーが有している技術情報が必要であることなどの理由から他社が補完品・修理部品を供給できない場合には、一層深刻となる。しかしながら、他方では、機器製造業者は、機器購入後にかかる補完品購入や修理の費用が高いという理由で顧客の機器離れが起こらないようにする必要があり、機器製造業者が補完品・修理部品等の価格を自由に上げることは難しそうにも思える。機器に関する競争が活発である場合には、とりわけそうである。このように通常の商品・役務の購入・供給とは異なる状況下では、どのように支配的地位の認定がなされるか。

上で述べた問題は、機器購入後の補完品等の供給・購入について生じる問題であることから「アフターマーケット」問題といわれる。最初に購入した機器に選択が制約されることに注目して「ロックイン」問題、特に EU では「spare parts」の問題といわれることもある。102条の下では、機器製造業者であり補完品等の供給も行う者が、機器と補完品の抱き合わせ販売や、補完品供給等を行う独立系事業者等ライバルに対する補完品供給に必要な特許ライセンスの拒絶等を行うことによりアフターマーケットからライバルを排除することが102条に反する排除型濫用行為にあたらないか、及び、補完品等において高い価格をつけることが搾取的濫用行為にあたらないかが問題となりうる。

② 判 例

欧州司法裁判所の判決には、アフターマーケットにおける機器製造業者による他者排除の問題を扱ったものがいくつかある。

Hugin 事件⁸⁵⁾において、欧州委員会は、キャッシュレジスターの製造業者である Hugin 社が Hugin 製キャッシュレジスター用の ① 交換部品 (spare parts) の供給及び ② 保守修理に関して共同体市場を独占しており、これら市場において支配的地位を有するとした上で、同社及び同社の子会社が Hugin 製キャッシュレジスター用交換部品の供給をグループ外の者に対しては拒絶することにより支配的地位を濫用し、86条 (現102条) に反したとした。欧州司法裁判所は、欧州委員会の関連市場及び支配的地

85) Case 22/78 *Hugin v Commission* [1979] ECR 1869 (*Hugin*); *Hugin/Liptons* (Case IV/29.132) Commission Decision 76/68/EEC of 8 December 1977 [1978] OJ L22/23.

位に関する判断は支持したものの⁸⁶⁾、同社の行為は専ら英国国内でのみ行われていたことなどから行為は加盟国間通商に影響を与えるものではなかったとして欧州委員会の決定を取り消した⁸⁷⁾。なお、司法裁判所は、濫用行為の有無については判断しなかった⁸⁸⁾。

Hilti 事件⁸⁹⁾において、欧州委員会は、釘銃 (nail gun) の製造業者である Hilti が、① 釘銃、② Hilti 製釘銃と互換性のあるカートリッジ及び③ Hilti 製釘銃と互換性のある釘の市場のすべてにおいて支配的地位を有していた上、Hilti がカートリッジの販売に釘の販売を抱き合わせ、独立系釘製造業者に対してカートリッジが再販売されると考えた場合にはカートリッジ販売を拒絶し、Hilti 製でない釘が利用されている場合には銃の保証条項を遵守しない等の行為により支配的地位を濫用し、86条（現102条）に違反したとした。この決定は、第1審裁判所及び司法裁判所により支持された。なお、Hilti は、上記市場①において55%のシェアを有することが認定されていた。

これらのアフターマーケットに関する欧州委員会の先例では、一定の製造業者の製造する機器の専用部品がそれ自体で市場を構成し、当該市場（アフターマーケット）において当該製造業者が支配的地位を有することが認められている。もっとも、Hugin 事件の欧州委員会決定は、支配的地位の有無とは別の要件を満たさなかったことを理由として結論としては取り消されているし、アフターマーケット問題における特殊な経済効果が理解されるようになる前に出された判決である⁹⁰⁾。Hilti 事件では、アフターマーケットのみならず機器市場においても過半のシェアを占め、この市場でも支配的地位を有することが認定されており、機器市場は競争的であって機器製造業者には支配的地位がないが機器購入後には支配的地位を有するようになるようにみえるというアフターマーケット特有の問題が生じる場合とは状況が異なっていた⁹¹⁾。

86) *Hugin*, paras 7-10.

87) *ibid* paras 15-26.

88) *ibid* para 14.

89) Case C-53/92 P *Hilti v Commission* [1994] ECR I-667; Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439; *Rufofix-Bauco/Hilti* (Case IV/30.488) Commission Decision 88/138/EEC of 22 December 1987 [1988] OJ L65/19.

90) Monti は、Hugin 事件についてふれた論文の中で、論文執筆時の支配的地位の判断方法を適用してこの事件を検討すれば Hilti には支配的地位がないと判断されるのではないかと述べている。Monti (n 11) 79.

91) たとえば、Dr. John Temple Lang, *Practical Aspects of Aftermarkets in European Competition Law* [2011] 7 *Competition Pol'y Int'l* 199, 207 は、機器市場で競争が活発でなければ経済的にみてアフターマーケットでの支配的地位を認定し規制を行うのは妥当でないという趣旨の議論を行った上で、Hilti 事件については、

② 欧州委員会：市場画定告示・拒絶決定事例

これらの決定・判決の後に出示された市場画定告示においては⁹²⁾、次の通り、上記事例における欧州委員会決定及び判決と一定の距離をおいているようにみえる説明が行われた。

「主たる商品との互換性が重要である場合には、従たる商品（たとえば交換部品）について狭い市場が画定されることがありうる。互換性のある従たる商品を見つけることが困難である場合には、このことと主たる商品の価格が高いこと及び使用期間が長いことが相まって、従たる商品市場において相対的価格をあげる行為を利益になるものとすることがある。[これに対して] 従たる商品の間でかなりの乗り換え（代替）が可能である場合、又は、主たる商品の性質からして従たる商品市場での相対的価格上昇に対する迅速かつ直接的な消費者の反応が起こりそうな場合には、こ [のように狭い市場] とは異なる市場が画定されうる。」⁹³⁾

市場画定告示は、アフターマーケット問題が生じる場面においては、① 補完品等を購入する時点で顧客が代替品に乗り換えるかだけではなく、機器購入時に顧客がいかなる行動をとるかも考慮して市場を画定すること、② 機器購入時に一定機器の補完品の高い価格に反応して顧客が他の機器を購入する行動をとる場合には、補完品間で需要の代替性があるかどうかにかかわらず、一定の機器専用の補完品がそれ自体では市場を構成しないとされる可能性があることを示したものと見える。

この告示公表の前後から、欧州委員会は、欧州委員会に対する苦情申立事件の審査において、機器購入時の顧客の行動等を考慮して支配的地位の有無を判断するようになっていた⁹⁴⁾。なかでも、Pelikan/Kyocera 事件では、プリンタ専用の消耗品の市場における支配的地位が問題となったが、欧州委員会は、プリンタの市場が競争的であることを認定した上で、① プリンタの購入者は消耗品の値段をよく知っており、プリンタ購入

ㄨ機器市場で支配的地位を有していたのであることを理由として著者が展開した経済分析の観点からも決定が支持できると述べている。

92) Commission (n 40).

93) *ibid* para 56.

94) *Pelikan/Kyocera* (Case IV/34.330) Commission rejection decision of 22 September 1995; *Info-Lab/Ricoh* (Case IV/E 2/36.431) Commission rejection decision of 7 January 1998. いずれも私人による苦情申立が行われた事例である。欧州委員会は、いずれの事件においても、欧州委員会としては調査等を行わないという拒絶決定を出している。

の決定の際にこのことを考慮に入れているとみられること、② プリンタの使用期間 (lifetime) 及びプリンタに当初かかる費用とプリンタ使用期間を通じて消耗品にかかる費用の総額の間の比較からすると、消費者は、購入したブランドの消耗品の値段が上げられれば、プリンタのブランドを乗り換える強いインセンティブを持っただろうこと、③ 複雑さ及びプリンタの費用に照らす限り、あるブランドから他のブランドに乗り換える費用はさほど大きなものではない (not excessive) ことを考慮して、プリンタ市場と消耗品市場は、プリンタ市場が第二の商品市場における有効な抑制力 (discipline) となるような形で相互に関連していたとし、このために消耗品市場において支配的地位は排除される (生じそうにない) として審査を行わないことを決定した⁹⁵⁾。

2000年代になってからは、欧州委員会がアフターマーケット問題を102条の下で扱った拒絶決定事例が2例存在する (CEAHR 事件及び EFIM 事件)。これらのうち、なかでも EFIM 事件・欧州委員会拒絶決定では、Pelikan/Kyocera 事件を含む1990年代の欧州委員会拒絶事件決定においてとられた考え方が踏襲された。

(i) CEAHR 事件⁹⁶⁾

CEAHR 事件では、腕時計修理協会連合 (Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs, CEAHR) が、スイスの腕時計製造業者らが81・82条 (現101・102条) 違反の行為を行ったとして欧州委員会に対して苦情申立を行った。102条については、スイスの腕時計製造業者らが独立系腕時計修理業者に対して交換部品 (spare parts) の供給を停止することにより支配的地位を濫用したという苦情が述べられた。これに対して、欧州委員会は、高級腕時計並びに高級腕時計用交換部品及び高級腕時計用保守サービス修理サービスは一体としてシステムの市場 (system market) を構成するのであって、これらがそれぞれ別の市場を構成するものではなく、したがって支配的地位は存在しそうにないなどとして拒絶決定を行った。

CEAHR が決定取消を求めて提訴したところ、一般裁判所は、主たる商品と補完品が別の市場を構成しないことはありうるとしながらも⁹⁷⁾、本事例においては、欧州委員会の側で補完品市場において主たる商品市場からの競争圧力が働く状況にあることを裏

95) このような決定を拒絶決定 (rejection decision) という。現在では欧州委員会規則773/2004号7条に規定がある。

96) Case T-427/08 *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) v Commission* [2010] ECR II-5865; Commission Decision C (2008) 3600.

97) *ibid* paras 79-80.

付ける証拠を提出せず、むしろかかる競争圧力が働かないであろうことを示唆するような主張を欧州委員会が行ったとし⁹⁸⁾、欧州委員会決定には明白な誤りがあるとして、欧州委員会決定を取り消した⁹⁹⁾。

(ii) EFIM 事件

European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) は、欧州においてインク及びインクカートリッジを製造する事業者の団体である。EFIM は、欧州委員会に対して、インクジェット・プリンタ製造業者4社が、特許戦略並びにマイクロチップ及び回収プログラムを利用して空のカートリッジの供給量を減少させることを通じてインクジェット・カートリッジ再生業者らを上記製造業者4社各社のインクジェット・カートリッジにかかるアフターマーケットから違法に排除したなどとして、102条に基づいて苦情を申し立てた。

欧州委員会は、必要となる調査の複雑性及び82条違反があることを立証する見込みが限られていることを理由にさらなる調査等は行わないという拒絶決定を下した¹⁰⁰⁾。

決定では、欧州委員会は「Pelikan/Kyocera 事件でみられたように、機器の市場と消耗品の市場の間に密接な関係 (link) が存在する場合には、主たる商品市場における競争により、第二の商品市場での企業の行動が抑制されうる」のであり¹⁰¹⁾、「消費者が① ライフサイクル価格設定を含めてよく情報を得た上で選択を行うことが可能であり、② このような情報に基づく選択を行いそうであり (likely)、③ あるアフターマーケットで搾取する方針がとられることが明らかになった場合には、十分な数の消費者が主たる商品市場における購入行動を変更する場合、かつ④ [この変更が] 合理的な期間内に行われる場合」にはアフターマーケットにおける支配的地位は排除される（存在しない）と判断してきたとした¹⁰²⁾。そして、本件について、機器市場において製造業者4社が活発な競争にさらされていることと¹⁰³⁾、機器市場と消耗品市場の間に上述した意味での密接な関係が存在しないとは認められないことから、これら4社は消耗品市場

98) *ibid* paras 89, 94-95, 102, 107.

99) この判決の後に欧州委員会は、苦情についての調査を開始したが（2011年8月1日、Case AT.39097）、詳しい調査の結果、違反行為が認定される可能性は限定的であると結論し、これを理由として調査を終了した（2014年7月29日、欧州委員会競争総局ウェブサイト）。

100) *EFIM* (C (2009) 4125) Commission rejection decision of 20 May 2009.

101) *ibid* para 13.

102) *ibid* para 16.

103) *ibid* para 23.

(補完品の市場)で支配的地位を有さないと考えられるとした¹⁰⁴⁾。

この決定の後、EFIM は委員会決定の取消しを求めて提訴したが、一般裁判所及び司法裁判所では原決定およびこれを維持した原判決が維持された¹⁰⁵⁾。

(3) 大規模小売業者の納入業者に対する優越的地位と「支配的地位」

102条においては、最終消費者でない顧客に対する濫用行為であっても対象になることは承認されており¹⁰⁶⁾、売手としてでなく買手として支配的地位を有することが認定されたことがある¹⁰⁷⁾。

買手側の支配的地位がどのように認定されるのかは、ガイダンス・ペーパーには述べられていない。この点については、解説書等においても説明される例は少ないが、売手側の支配的地位を認定する場合と基本的には同様に、供給者が購入先を代える可能性がある等を考慮して購入市場の画定を行った上で当該市場におけるシェア等を考慮して判断するものと説明する例がみられる¹⁰⁸⁾。

もっとも、買手側が支配的地位を利用して供給者に対して濫用行為を行ったことがそれ自体として102条違反とされること、なかでも大規模小売業者が納入業者に対して買手としての支配的地位を利用して不当な取引条件の押し付け等の濫用行為を行うことが102条違反とされた事例は、欧州裁判所及び欧州委員会の先例の中には認めがたい。

大規模小売業者による納入業者に対する不公正な取引慣行 (unfair trading practices) 規制のあり方について検討した欧州委員会・調査報告書では、小売業者が支配的地位を有するとは認められないことが、大規模小売業者の納入業者に対する行為が102条違反とされてこなかったことの理由であるとする¹⁰⁹⁾。この報告書では同時に、いく

104) *ibid* para 24.

105) *Case T-296/09 European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) v Commission*, [2011] ECR II-425; *Case C-56/12 P, EFIM v Commission* (Judgement, 19 September 2013).

106) *Case T-219/99 British Airways plc v Commission* [2003] ECR II-5917, paras 101, 191.

107) See, e.g., *ibid* para 225.

108) 買手市場は画定方法については、Commission (n 41) (Horizontal cooperation guidelines, 2011) para 198 に説明があり、この考え方が102条上も使われるだろうとみられているようである。Van Bael and Bellis (n 44) 130.

109) Commission, Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain, final report (26 February 2014) 38-39 <http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-frame >

つかの加盟国においては、102条に対応する規定とは別に経済的従属ないし経済的依存（economic dependence）の状態を濫用する行為を禁止する規定などが設けられており、小売業者による納入業者に対する交渉力の濫用はこれらの規定に基づいて規制されてきたことが記されている¹¹⁰⁾。

大規模小売業者が納入業者に対して支配的地位を有するかどうかの問題については、納入業者としては一定の小売業者と取引しなければ事業経営に支障が生じることがあり、この事実から支配的地位が認定することができないかが問題となる。

一定の事業者と取引をする必要性が高い状態にあることは、EU では、経済的従属状態、又は、「避けることができない取引相手（不可避の取引相手，unavoidable trading partner）」であるなどと言われることが多い。そして、経済的依存ないし不可避の取引相手であることは、支配的地位の認定にあたって考慮されることはあるものの¹¹¹⁾、経済的相手や取引の不可避性があれば支配的地位が認定されるわけではないとされる。たとえば、Blanco は、「不可避の取引相手」概念が使われた事例においては、市場構造及び行動から支配的地位が十分に認定されていたのであって、不可避の取引相手であるために支配的地位が認定されたわけではないとし、この概念は結局のところ支配的地位の一側面（flip side）を述べたに過ぎないとし、この概念が102条の適用範囲を広げる働きはしていないとする¹¹²⁾。Kokkoris も、① 経済的従属概念が顧客が問題の事業者に依存しているという文脈で用いられてきてはいるが、これら事例においては経済的依存概念は支配的地位を認定する一要因としてのみ使われており、非支配的事業者による反競争的行為を非難する理由として用いられたことはないこと、②この点において、SMPの有無にかかわらず取引において優越的地位（superior bargaining position）にある者の濫用行為や経済的従属性を利用した濫用行為を規制する加盟国を含む EU 外のルールと102条とは異なっているのであって、現行の運用では102条により経済的従属状態の濫用行為は規制されないとする¹¹³⁾。

work_en.pdf> (accessed 15 March 2015).

110) ibid ch 2.

111) See, e.g., *United Brands*, para 94; *Hoffman La-Roche*, para 41.

112) Blanco (n 32) 67. Blanco は、続けて、ドイツ、フランス、スペインにみられるような相対的従属性ないし相対的支配的地位、経済的従属の状態の濫用行為を支配的地位濫用行為とは別に規制するルールは、EU 競争法には存在しないとし、102条を適用する上では経済的に従属していること（economic dependence）を理由として支配的地位を認定すべきではないとする。ibid.

113) Kokkoris (n 53) 21-23. なお、ここでの支配的地位とは、UB 判決の意味にお

欧州委員会・調査報告書（上記）においては、EU 競争法は不十分であると指摘する一方で¹¹⁴⁾、加盟国で統一されないルールが適用されていることには問題があるとして、立法措置を含む EU レベルでの対応をとることが提言されており¹¹⁵⁾、今後の動向が注目される。

- * 本研究は JSPS 科研費 23530063 の助成を受け、在外期間中に執筆したものである。邦語文献を引用しなかったことについてお詫び申し上げる。

ゝける支配的地位、なかでも消費者、顧客及び消費者から相当程度独立して行動することができる地位を含意しているとみられる。ibid ch 2. Kokkoris は、取引の相手方に対して優越的地位ないし経済的従属性を利用した濫用行為が行われることが EU 法において規制されていないことを長期的にみて消費者に害を与えうる行為を放置するものとして問題視し、現在の運用においては市場構造の分析、なかでも画定された市場において高いシェアを有しないことから、支配的地位を有するとはみられない事業者も反競争効果をもたらす行為を行った場合には102条違反行為を行ったとされるように102条の運用を変えるべきであると提言する。ibid 84-95; Ioannis Kokkoris, 'Are We Underenforcing Article 102 TFEU?', in Federico Etro and Ioannis Kokkoris (eds), *Competition Law and the Enforcement of Article 102* (OUP 2010) ch.9. これらの文献及び Blanco (n 32) のほかに、とくに小売業者に関して、EU 及び加盟国の購買力濫用規制の状況を概観した上で、支配的地位が認められないことを示唆するものとして、Alberto Pera and Valentina Bonfitto, 'Buyer Power in Anti-Trust Investigations: A Review' [2011] E.C.L.R. 414 がある。この論文で著者らは、小売業者の市場シェアは、小売市場ないし販売市場においても、購入市場においても、支配的地位を有する可能性があることを示すような市場シェアの数値を下回っているとする。ibid 424.

114) Commission (n 109) 119.

115) ibid 119-23.