
論文

EU 機能条約101条 1 項における水平的 競争制限行為に関する商業的付随性の概念

渡辺 昭成

1. 本稿の目的
2. Elopak 事件
3. European Night Services 事件
4. O2 事件
5. Mastercard 事件
6. 結語

1. 本稿の目的

本稿の第一の目的は、EU 機能条約101条 1 項における水平的競争制限行為に関する商業的付随性の概念について検討することにある。商業的付随性の概念とは、それ自体は競争制限的ではない目的を達成するために付随する競争制限的行為について EU 機能条約101条 1 項の適用対象外とする考え方⁽¹⁾である。ただし、当該制限が目的を達成するために客観的に必要であること、および、その目的に対して比例性を有すること、つまり、必要な範囲を超えないことがその要件とされる⁽²⁾。

別稿において、垂直的競争制限行為に関する商業的付随性の概念について検討する予定であるため、本稿では焦点を水平的競争制限行為に当てることとする。その中で、どのような目的ないし効果を有する協定が、EU 機能条約101条 1 項に該当する行為に関する適用免除を定める同 3 項において考慮の対象となるのではなく、同 1 項に基づいて適用対象外とされるのかという

ことを検討する。

本稿の第二の目的は、日本独禁法2条5項、6項における「公共の利益」の概念および判断基準について示唆を得ることである。日本遊戯銃協同組合事件判決⁽³⁾は、当該行為が一定の取引分野における競争を制限する場合であっても公共の利益に反しないとされる場合、ないし、共同の取引拒絶行為であっても正当な理由が認められる場合を、競争制限行為の目的が競争政策の観点から見て是認しうるものであり、かつ、基準の内容及び実施方法が目的を達成するために合理的なものである場合とした。この判決は、競争の実質的制限を招く行為であっても、当該競争制限行為の実現しようとする目的ないし効果が「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の健全で民主的な発達を促進する」ことに合致し、当該競争制限により目的ないし効果が実現可能であり、競争制限協定が遵守されており、かつ、実現される効果が競争制限効果を上回るといった各基準を満たした場合には、公共の利益に反せず、当該行為は、不当な取引制限に該当しないとしたものである。その際に問題となるのは、別稿で検討した社会公共的目的といわれる労働者の保護、環境の保護、その他、職業倫理の遵守、スポーツにおけるルールの遵守といった非競争的利益の他に、どのような目的ないし効果を有する協定が、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の健全で民主的な発達を促進する」ものとみなされるか、また、その場合に実現される効果と競争制限効果の間の比較衡量がどのように行われるのかということである。

本稿においては、以下においてこれまでEU機能条約101条1項の枠内で同項の適用対象外となると実際に判断された、ないし、そのように判断される可能性のある事例を検討することにより、これらの問題について検討する。

2. Elopak 事件⁽⁵⁾

(1) 事実の概要

本件は、二つの会社が商品の研究開発を行い、かつ、その研究開発したものを販売する子会社を共同で設立する契約が EEC 条約85条1項に違反するか否かが問題となったものである。なお、当事者は EEC 条約85条1項に関するネガティブクリアランス、ないし、同3項のもとでの適用免除を求めている。

Elopak 社（以下、E 社）は、ヨーロッパその他の国々で、日用品、食品品のパッケージとして使用されるカートンを販売し、また、そのカートンに食品等を充填する機械を販売している。以前は、当該機械に関し、アメリカに所在する会社が販売する、高温処理された牛乳を無菌状態で充填する機械を販売していたが、1988年以降は、他のアメリカの会社を買収し、その販売する牛乳を充填する機械を販売している。E 社は、現在、イギリスに所在する会社との間で、その会社が所有する新技術のライセンスに関する交渉を行っており、その技術を使用することにより、E 社が1998年以前に販売していた無菌状態での充填を行う機械を販売することを計画している。

E 社とともに子会社を設立する Metal Box 社（以下、M 社）は、世界各国において、商品の包装容器の製造販売をはじめとした様々な事業を行っている。M 社は食缶のみではなく、ペットボトル、ポリエチレン容器等も販売している。食缶の大部分は無菌状態で充填され、また、M 社は、牛乳等の液体を無菌状態で充填することができるポリプロピレン製の容器を保有している。加えて、M 社は自社において、パッケージの素材やその製造過程を開発する研究開発センターを有している。1988年、M 社は、他の会社を買収し、その会社との間で、共同で、新たに世界的な容器製造会社を設立することで合意した。

1986年、E社とM社は、共同でその株式の50%ずつを所有する子会社であるOdin社（以下、O社）を設立する協定を締結した。O社は、E社とM社からの同数の代表者による取締役会のもとで、新たな紙容器、その容器に食品を充填し、密封する機械、および、それらに関する技術を開発することを目的としている。この紙容器は、長期間販売することが可能となる無菌状態で充填される高温処理された液体以外の食品に向けられたものである。

E社とM社は、当該協定に関連するそれぞれが保有する、また、今後新たに保有することとなるすべての特許に関するライセンスをO社に排他的に付与する。ただし、O社が使用しない特許に関しては、E社およびM社は第三者にその使用を許可することが可能である。O社が開発したそれらの特許を使用した改良発明に関する権利はO社が保有することとなり、その改良発明に関する権利のライセンスは、E社およびM社に対し、非排他的に付与されるが、O社との間での利益の衝突を避ける、ないしは、O社自らはその権利を行使しないことが条件とされる。

E社とM社は、今後、自ら、長期間販売することが可能となる食品の充填方法に関し、O社に提供している互いが保有するノウハウやO社が保有する改良発明を使用しない限り、独自に、ないし、他社と共同して研究開発を行うことは可能である。

E社とM社の間で、O社の存続および、O社が開発する新製品の利用に関し、意見が集約できない場合、ないし、契約違反が生じた場合には、一方が、他社が保有する株式を購入することとし、その価格に関する交渉が決裂した際には、株式の売却を申し出た者が自ら提示した価格により他社が保有する株式を購入する義務を負うこととされる。また、このような事態が生じた際には、株式を売却した者に対し、O社は改良発明に関する権利のライセンスを非排他的に無料で付与し、また、株式を購入した者は自らが保有する当該協定の範囲内の知的財産権のライセンスを、株式を売却した者に非

排他的に無料で付与することとされる。O社が清算される場合には、E社およびM社との間で、クロスライセンスが無料で付与されることとなる。

上記のような事態が生じた場合には、E社およびM社は、5年間、他社と共同する形で、付与された権利を使用してはならない。また、当該協定において定められた以外の方法において、両社はO社の株式を売却してはならない。

(2) 委員会判断の要旨

① 関連市場

開発が予定されている新たな容器は、E社が現在、販売している先端部分がとがっている紙容器を出発点とするものであり、新たにラミネート加工された金属製のふたのついた容器である。この製品は、無菌状態で高温処理された固形物を含む食品を充填するために使用することが可能である。また、この容器とともに開発される機械は、この容器に適合した充填装置である。その結果として、この容器に充填された食品は、数か月販売することが可能であり、また、この製品は、食缶よりも食品の品質への影響が小さいものと予想される。充填装置については、すでに試作品が製造されつつあり、O社はその試作品の使用を顧客に勧奨する計画である。したがって、新たな容器は、現実には出現していないものの、殺菌処理を経た高温処理された半固形物を充填することが可能である食缶、ガラス製容器、他の紙製容器の代替物となるため、商品市場は、それらを含む様々な半固形物の包装容器である。ただし、現在、E社が販売している新鮮な牛乳に使用されるカートンとは競合しない。

現在、共同体内の包装容器の市場は、寡占状態であるが、その中で新たな容器は、食缶やガラス製容器と異なり、平らな状態で輸送可能であるため、移動可能な距離は食缶やガラス製容器よりは長いものとなることから、地理

的市場は共同体全体である。

②競争制限効果

(ア) O社の設立

E社は、無菌状態で容器に充填される高温処理された食品の包装を実現するために必要な自社独自の、ないし、公知となっている技術を有しているわけではなく、また、液体を無菌状態で充填する機械の販売者ではあったものの、その機械に使用されている特許技術を使用することはできず、加えて、E社が保有している液体を充填するカートンに関するノウハウは、新商品の開発を行うために十分なものではない。たとえ、現在、そのライセンスの交渉を行っているイギリスに所在する会社が所有する新技術を使用としてもカートンを無菌化するノウハウを得るのみである。一方、M社もまた、新製品に利用される紙製のカートンに関する経験を有していない。熱に耐えることが可能であり、食品の品質を維持し、食品を数か月販売可能とするカートンを開発するためには特別なノウハウが必要であり、また、そのようなカートンはラミネート加工された金属のふたに適合しなければならない。したがって、E社およびM社が短期間で単独で市場に参入することは困難であり、市場に参入するためには互いの技術に関する知識が必要であり、新商品の開発のためには多大な投資と時間が必要である。また、新商品は、それを最終消費者が受け入れるか否か、また、食品製造者がそれを受け入れ、新たな投資を行うか否かという商業上のリスクが伴うものであり、かつ、O社は、新たな機械のアフターセールスおよび修理サービスを展開する必要がある。したがって、E社とM社がその保有する技術を提供することは、技術上、財政上のリスクを軽減することとなる。

E社は、新鮮、かつ、無菌化された液体を充填するカートンの製造者であり、M社は当該分野において利害関係を有していないため、O社を設立することは現在の、ないし、潜在的な競争に影響を与えることはなく、むしろ

ろ、O社はM社の競争者となりうる。O社を設立することは、また、市場閉鎖効果を生むものではない。なぜなら、新製品の開発が成功し、市場において販売されるまでは、O社が有効に競争しうる市場というものを明確に述べることは困難であり、また、共同体内には少なくともM社と同水準の技術上のノウハウを有する大規模な食缶メーカーが存在し、加えて、E社はカートンの製造において他社の技術を非排他的に利用する会社のひとつにすぎず、Tetrapak社をはじめとして、当該分野において少なくともE社と同様の技術を有するよりシェアの大きな者が存在する。

したがって、当該協定は、O社の設立をその内容とする部分においては、EEC条約85条1項に違反しない。

(イ) O社に対する排他的なライセンスの付与

新製品の開発が成功し、市場において販売された際には、現在M社が販売している商品と競合する可能性があることから、それらに関連した条項がEEC条約85条1項が言うところの競争を制限するか否か、O社を設立し、それを適切に機能するために必要な範囲を超えていないか否かということが問題となる。

O社に対し、当該協定の範囲内で、E社とM社が、自らが保有するノウハウを排他的に与えることは、E社とM社が当該計画に向けて最大限努力することの表れである。O社が成功するか否かは、両社の努力次第であるため、ノウハウを排他的に与えることに関する条項は、両社がノウハウの漏洩の危険のみではなく、財政的、技術的、商業的危険をも負担することを意味する。このことは、特に当該ノウハウが特許として保護されていない場合には非常に重要なものとなる。同様に、改良発明の権利をO社が保有し、E社、M社が当該権利を非排他的にのみ利用可能であるというに関する条項についても、O社が当該協定に属するノウハウを排他的に利用することを確実なものとするためのものである。したがって、O社に対して排他的に

権利を与えることは、たとえ、O社の立ち上げの時期のみではなく、O社が存続する期間全体に渡ったとしても、E社とM社のノウハウおよびO社の研究開発は新製品、新製品を製造する機械、および、それに関連する技術は新製品の製造、販売に必要なものであり、たとえ、新製品の開発が成功した場合でも顧客を獲得し、顧客の需要に対応することが必要であり、また、新製品がM社の製品と競合することとなった場合であっても価格、品質、顧客、O社の活動地域に関する明確な制限は存在せず、M社とE社は新製品と競合する可能性がある商品の研究開発を制限されていないことから、EEC条約85条1項に違反するものではない。

また、O社にM社とE社のノウハウの利用に関する排他的なライセンスを付与し、そのノウハウをアップデートし、それを秘密情報とすることに関する条項は、E社とM社は新製品と競合する可能性がある商品の研究開発が制限されておらず、ノウハウを秘密情報とすることを保証するためのものであることから、EEC条約85条1項に違反しない。

(ウ) O社の清算時等の知的財産権の取り扱い

O社の清算等の事態が生じた場合には、E社およびM社は、O社が行った技術の改良に無制限で接触できるだけでなく、当該協定に属する範囲内で、他社のノウハウを利用できることとなる。したがって、このような事態が生じた際には、E社とM社は自由に当該協定に属する範囲内ですべてのノウハウを利用した上での競争を行うことが可能である。他社のノウハウの利用を当該協定に属する範囲内に制限することは、特定の分野に限定された協力体制に必然的に伴うものである。したがって、このような事態が生じた際の知的財産権の取り扱いに関する条項は、E社とM社が当該協定の範囲外で他社のノウハウを獲得することを防ぐためのものであり、EEC条約85条1項に違反しない。

(エ) E社とM社間の協力関係の終了

E社とM社の間で交渉が決裂した際等に関する条項は、M社が離脱することを容易なものとし、それにより、M社がO社に対し、E社と共同して支配することを利用して、O社が新商品を十分に利用することを妨害することを不可能とするものであり、同様に、M社はO社に対し、その生産、ないし、活動の地域を制限することを不可能とするものである。したがって、M社についても同様であり、したがって、このような条項がEEC条約85条1項に違反することはない。

(オ) E社とM社の交渉決裂時等の知的財産の使用に関する義務、株式の売手の第三者への販売を拒否する権利

E社とM社の間でO社の経営方針に決裂が生じた場合等、E社およびM社は、5年間、他社の競争者と共同して、他社のノウハウ、および、O社の改良発明を使用してはならないとしている条項、および、株式の売手が第三者への販売の拒否を拒否する権利に関する条項は、O社を設立し、E社とM社が協力体制をとるためのものであり、また、第三者である競争者がO社の研究開発に必要なノウハウ、および、O社の改良発明を獲得することを防ぐためのものである。このような条項は、O社の改良発明を保護し、E社M社がO社に新製品を開発するのに必要な資金を配分することを確実なものとするためのものである。

(カ) O社のE社・M社のノウハウの使用、および、秘密保持義務

O社が、E社とM社のノウハウを使用し、その秘密を保持する義務を有することに関する条項は、O社を設立する目的およびその存在意義を危うくする、ないし、損なうことを防ぐためのものであり、E社とM社が特定の分野においてのみ協力関係を築くために必然的に伴うものであり、また、ノウハウの秘密性を保持するという合法的な目的が反映されたものである。したがって、そのような条項は、ノウハウのライセンスを付与するに当たり

合法的なものであり、O社に対し、その販売する製品の価格、品質、地域につき制限が課されていない場合には、EEC条約85条1項に反するものではない。

(キ) E社、M社、O社との潜在的な競争への影響

O社の新製品が商業上、成功した場合、E社はO社の商品の生産量やその活動地域を制限する動機は存在せず、M社もまた同様である。E社とM社は、潜在的な競争者ではなく、また、互いの全面的な協力なしでは新製品を開発することは現実には不可能であるため、当該協定の範囲外の活動について暗黙の競争制限効果を持つことはない。また、M社の本件協力関係からの離脱が可能であり、その場合であってもE社とO社の本件協定の対象内の技術を利用することが可能であることから、M社とO社との間の潜在的な競争が制限される可能性はより軽減される。

(3) 委員会判断の検討

本件は、現在は競争関係にはない者の間での共同で新製品の開発、生産、販売を行う子会社を設立する協定が、EEC条約85条1項に違反するか否かが問題となったものである。共同研究開発に関する一括適用免除については、事件時は、1985年理事会規則418号⁽⁶⁾、現在は2010年委員会1217号⁽⁷⁾が存在するが、両規則において、適用免除が付される研究開発の利用とは、当該契約の対象となった商品の生産、生産過程の利用、知的財産権のライセンス、ノウハウの伝授⁽⁸⁾とされ、商品の販売を含まないことから、O社が新商品の販売を行うことをその内容としている本件協定は一括適用免除の対象外である。

委員会判断において、上記(イ)から(カ)につき、EEC条約85条1項が言うところの競争制限を行うものではない、もしくは、他の状況下においては競争制限する可能性はあるが、O社の存在価値ないしその目的を損な

うことなくO社を設立することと切り離せないものであり、O社の設立自体がEEC条約85条1項に違反しないものであることから、本件においては競争を制限せず、EEC条約85条1項の対象とはならないとしている。

このような委員会判断について、委員会はこれまで共同研究開発につき、原則としては競争を制限するものであるとする見方としてきており、また、1985年理事会規則による適用免除の範囲が非常に限定的である中、当該協定が明確な競争制限効果を持たないことから、委員会は「現実的な法適用」を行ったと評価するものがある。⁽⁹⁾委員会判断において、「E社およびM社が短期間で単独で市場に参入することは困難であり、市場に参入するためには互いの技術に関する知識が必要であり、新商品の開発のためには多大な投資と時間が必要である」としていることから、E社とM社は潜在的にも競争関係がなく、O社の設立による競争単位の減少という競争制限効果を持たないことから、本件はEEC条約85条3項のもとではなく、同1項のもとで判断がなされたとされる。

また、本件は、商業的付随性の概念を適用したものとみるものがある。⁽¹⁰⁾これは、新製品を開発、生産、販売する会社の設立という合法的な目的に付随する制限が、その目的を実現するための合理的に必要なために、EEC条約85条1項の適用対象外となるということである。本件契約条項の中で、特に問題となるのは、(イ)O社に対する排他的なライセンスの付与である。E社、M社が新製品の開発に必要な特許を含む知的財産権のライセンスをO社のみが付与することにより、他社が新製品を開発することを妨げる可能性があり、競争制限効果が発生する可能性がある。しかし、これは、「財政的、技術的、商業的危険」が存在する中で、O社の設立の目的である新製品の開発に必要な技術であることから、O社の設立という目的を達成するためには必要不可欠なものであると判断されたものとみることができる。

3. European Night Services⁽¹¹⁾ 事件

(1) 事実の概要

本件は、イギリス等に所在する鉄道会社が、夜間にユーロトンネルを通過する国際鉄道旅客輸送サービスを提供するための会社を設立する協定が、EC条約85条1項と同様の内容を定める理事会規則に違反するものの、EC条約85条3項と同様の内容を定める理事会規則が定める要件に合致することから、一定期間のみ適用免除を付すという委員会の決定につき、当該鉄道会社がその取消を求めたものである。

British Rail社（以下、BR社）、Deutsche Bundesbahn社（以下、DB社）、NV Nederlandse Spoorwegen社（以下、NS社）、Societe Nationale des Chemins de Fer Français社（以下、SNCF社）、Societe Nationale des Chemins de Fer Belges社（以下、SNCB社）は、1993年1月、委員会に対し、それらが締結する協定につき、委員会に対し、1968年第1017号理事会規則2条の適用がないことの確認、ないし、同規則5条に基づく適用免除の付与を求める通知を行った。⁽¹²⁾ 当該協定は、当初、BR社、DB社、NS社、SNCF社が直接またはその子会社を通じて、イギリスにEuropean Night Services社（以下、ENS社）を設立し、夜間にユーロトンネルを通過する列車にて、ロンドン・アムステルダム間、ロンドン・フランクフルトないしドルトムント間、グラスゴーないしスワンジー・パリ間、グラスゴーないしプリマス・ブリュッセル間の旅客輸送サービスを提供することを内容とするものであった。その後、ENS社は計画を変更し、1994年12月にグラスゴーないしプリマス・ブリュッセル間のサービスを中止し、また、1996年8月にはロンドン・フランクフルトないしドルトムント間をロンドン・ケルン間に変更した。1994年5月、BR社が保有するENS社の株式については、BR社の子会社であったEuropean Passenger Service社（以下、EPS社）に移転

され、また、BR社が保有していたEPS社の株式は一旦、イギリスの公的機関に移転された後、London & Continental Railways社に移転され、その名前はEurostar社に変更された。また、当該協定においては、SNCB社がENS社に対し、列車の牽引、清掃、機材の提供、手荷物輸送といったサービスを提供することも含まれていた。

上記鉄道事業者は、夜間の国際鉄道旅客輸送サービスを提供するためには、各国で異なる鉄道システムを利用でき、かつ、ユーロトンネルを通過することができる特別な車両が必要であり、当初は20年間、延長された後は25年間のリース契約を通じて、ENS社に対し、総額1億5800万ユーロを融資することとした。

1994年9月、委員会は上記協定に対し、当該協定が1968年規則2条に違反するとした。当該判断によると、関連市場は、地理的市場はロンドン・アムステルダム間、ロンドン・フランクフルトないしドルトムント間、グラスゴーないしスワンジー・パリ間、グラスゴーないしプリマス・ブリュッセル間であり、サービス市場は定期航空輸送、高速鉄道、ENSにより提供されるサービスからなるビジネス旅客市場、エコノミークラスの航空輸送、列車、長距離バスのサービス、自家用車の利用からなるレジャー旅客市場とされた。委員会判断において、次の二つの点において、当該協定は競争制限的なものであるとされた。

第一に、ENS社の親会社間の競争を排除する、ないし、感知しうるほどに競争を制限する。これは、例えば、DB社とNS社は、ユーロトンネルを通過する国際鉄道旅客輸送サービスをイギリス国内の鉄道事業者と協力して提供することができ、また同様に、ENS社の親会社は自ら、または子会社を通じて、単独で国際鉄道旅客輸送サービスを提供することができ、かつ、必要な他国における鉄道輸送サービスを購入することにより、国際鉄道旅客輸送サービスを提供することも可能であることが理由である。

第二に、ENS社の親会社の商業上の強健さから、ENS社を形成することは競争者の輸送事業者の市場へのアクセスを妨げる。これは、ENS社の親会社が各加盟国において市場支配的な地位にあり、これは特にユーロトンネルを通過するために必要な機関車の保有において市場支配的な地位にあり、ENS社がそれらの設備を利用することが可能であり、また、親会社と特別な関係にあることから、他の事業者が競争上不利な立場におかれることが理由である。また、ユーロトンネルにつき、その利用契約から、BR社とSNCF社がユーロトンネルを通過する国際車両のかなりの割合を占めていることも理由とされた。

また、これらの競争制限効果は、すでに日中の鉄道旅客輸送サービス、貨物輸送サービスにおいて、特にユーロトンネルを通過するものにつき、既に協力関係にある親会社間の協力によりENS社が形成されるという事実によって、高められるとされた。

しかし、委員会判断によると当該協定は、1968年規則5条の要件を満たすとして、8年11か月間の適用免除が付与された。

(2) 判旨

申立人は、委員会判断において画定された市場について争っていないことから、関連市場は委員会が画定した市場である。これを基礎として、委員会はその結論に達するにあたり、ENS社の市場シェアを正しく判断したか否かを検証することが必要である。しかし、委員会はその判断において、上記市場におけるENS社のシェアを参照していない。委員会は、その判断にあたり、その理由を述べる必要があるにも関わらず、委員会は裁判所における手続の中でENS社の市場シェアについて述べるのみであり、これにより、委員会の瑕疵が修正されるわけではない。

また、委員会通知時の予測において、ビジネス旅客市場において、ENS

社の市場シェアはロンドン・アムステルダム間で3%、ロンドン・フランクフルトないしドルトムント間で3%、グラスゴーないしスワンジー・パリ間で4%、グラスゴーないしプリマス・ブリュッセル間で1%であり、レジャー旅客市場においては、ロンドン・アムステルダム間で7%、ロンドン・フランクフルトないしドルトムント間で6%、グラスゴーないしスワンジー・パリ間で4%、グラスゴーないしプリマス・ブリュッセル間で4%であり、レジャー旅客市場においてはENS社のシェアはサービスを増加させる能力が限られていることから、その伸びは期待できず、もしくは下落する可能性もある。しかし、このような事実について、委員会は検討していない。

当該協定が、関連市場において、その地位が低いことを考慮すると市場への効果が大いなものではない場合には、EC条約85条1項の適用対象外となる。当該協定は、その市場シェアが最大でも7%程度であり、当該協定がEC条約85条1項に違反すると判断するためには、委員会はその理由を明確に述べる必要がある。また、申立人は、ENS社は航空輸送等の他の輸送サービス提供事業者により既におおむね占拠されている市場においてその事業を行わなければならない、また、市場が拡大する中で自らの能力の限界からそのシェアを拡大することが困難である旨を述べており、このような場合には委員会はその理由を明確に述べる必要がある。しかし、委員会はその理由を述べていない。

したがって、委員会判断は、裁判所がENS社の市場シェアに基づく判断を行うための十分な理由を述べておらず、その結果として当該協定が加盟国間の通商に感知しうるほどの影響を与えるかということについても十分な理由を述べていないことから、無効である。

また、委員会は、その判断において、当該協定は、(a) 親会社間の競争への制限効果、(b) 親会社とENS社との間の競争への制限効果、(c) 第三者との間の競争への制限効果、(d) 親会社の間で締結された協力関係による、

これら競争制限効果の増大を指摘しているが、これらの判断が正確か否かということ判断するためには、当該協定が価格の決定、市場の分割、販路の制限といった明確な競争制限を伴うものではないのであれば、存在する状況、特に、事業者が実際にその事業を行う経済的背景、当該協定の対象となる商品ないしサービス、実際の市場構造を考慮に入れる必要がある。また、競争状態の検証のためには、現存する事業者間の競争のみではなく、潜在的な競争をも考慮する必要がある。さらに、ジョイントベンチャーに関する⁽¹³⁾1993年委員会通知によると、ジョイントベンチャーに委託した事業をそれぞれの親会社が単独で行うことが可能であるという前提については、事案に即した経済的な現実に基づいた分析が必要である。以下では、これらを前提として、上記 (a) から (d) について検討することとする。

(a) 親会社間の競争、(b) 親会社と ENS 社との間の競争への制限効果

1991年第40号理事会指令⁽¹⁴⁾が採択されるまで、加盟国の鉄道事業者は、大部分の加盟国が国際的な鉄道旅客輸送サービスの提供、および、鉄道設備へのアクセスに関する排他的な権利を国内事業者に与えていたため、他の加盟国において自ら事業を展開することは不可能であり、国際鉄道旅客輸送サービスは、実際には、各鉄道事業者間の協力関係にもとで展開されていた。しかし、第40号指令により、鉄道旅客輸送サービス市場に変化が生じ、各国の鉄道事業者は国際旅客輸送サービスを提供する潜在的な競争者となり、実際には他の鉄道事業者と「国際的集団」を形成し、国際鉄道旅客輸送サービスを提供している。委員会は、「国際的集団」を通じて国際鉄道旅客輸送サービスを提供する可能性は、現存する事業者のみではなく、現存する事業者の子会社を含む新規参入者にも存在し、それを前提として、当該協定の当事者がイギリスに存する事業者ないし自らの子会社と「国際的集団」を形成して ENS 社と競争を行う可能性があり、また、協定の当事者が「輸送オペレーター」として特化した子会社を設立し、協定参加事業者それぞれが ENS 社

に売却したものと同様の鉄道サービスを購入し、「輸送オペレーター」として国際旅客輸送サービスを提供することが可能であるために、当該協定は親会社間の競争を制限するとしている。

しかし、第一に委員会は、イギリスの他の会社ないし自らの子会社と協力して、ENS社と競争関係に立つ「国際的集団」を形成することが可能であることから、親会社間の潜在的な競争が制限されると委員会は主張するが、その実現可能性については委員会判断においても、また、裁判所に提出された証拠によっても証明されておらず、また、当該協定の当事者が他の加盟国において鉄道免許を所有する子会社を設立した例はないことから、これはあくまでも仮定のものであり、委員会の主張は、関連市場の実際の経済的背景およびその特徴に基づいたものではない。また、ユーロトンネルを通過するサービスを提供するためには、高額な投資が必要であり、また、1ルートのみでは規模の経済性が存在しないという夜間国際鉄道旅客輸送サービスの特徴から、親会社が自ら単独で子会社を設立し、ENS社と競争関係に立つということは非現実的である。また、第三者からもENS社の潜在的競争者となる可能性がある者としての意見は提出されていない。

したがって、当該協定の当事者間、および、当該協定の当事者とENS社との間の現存する、ないし、潜在的な競争が当該協定により感知しうるほどに制限されるという委員会の認定は誤りである。また、委員会は、協定の当事者が、「輸送オペレーター」として特化した子会社を設立することにより、国際旅客輸送サービスを提供することができるとしているが、それが第40号指令のもとで可能なことであるということを証明していない。

(c) 第三者との間の競争への制限効果

委員会判断は、関連市場への第三者のアクセスが、ENS社と親会社との間の特別な関係から、親会社が提供する鉄道サービスを獲得する競争において不利な立場に置かれ、また、BR社とSNCF社がユーロトンネルを通過す

る国際列車の数の75%に関する権利を保有しているために、阻害される可能性があるとしている。委員会判断は、旅客輸送サービス市場を線路、機関車、乗務員といった旅客サービスを提供するために必要とされるものを共有する上流市場と実際にENS社が提供するような旅客輸送サービスを提供する市場とに分割可能であることを前提としている。

しかし、委員会判断の是非を検証するためには、第一に「国際的集団」以外の者が実際に関連市場においてサービスを提供することができるか否か、第二に、親会社によってENS社に対して提供されるサービスが「必要かつ不可欠な設備」であると言えるか否かということが問題となる。第一に問題については前述のとおりである。また、第二の問題については、ユーロトンネルの利用に関する協定については、その利用の配分に関する協定をEEC条約85条1項違反とする委員会判断⁽¹⁵⁾はすでに無効とされており、本件における委員会判断はその無効とされたものを基礎としていることから、本件における委員会判断もまた無効である。

(d) 親会社の間で締結された協力関係による競争制限効果の増大

委員会判断において、親会社間の協力関係により、競争制限効果が増大するとされている点については、親会社間、および、その他の会社との間における協力関係について考慮することが必要である。特に、競争関係にある親会社が相互に、ないし、一方的に商品を提供する複数の協力関係にある場合には競争が制限される可能性がある。確かに、協定当事者は程度の差は存在するものの、特にユーロトンネルを通過する商品および旅客の輸送につき、協力関係にある。しかし、委員会判断は、それらの協力関係のうち、いかなるものが旅客輸送サービスに影響をもたらすのかということをも明らかにしておらず、また、裁判所に対し証拠を提出してもいない。したがって、この点において、委員会判断は、十分な証拠に基づいたものではない。

(3) 判旨の検討

裁判所は、当該協定の競争への影響につき、委員会がENS社のシェアに基づいた十分な理由を示していないこと、また、当該協定が価格の決定、市場の分割、販路の制限といった明確な競争制限を伴うものではない場合には、当該協定が機能する実際の状況、特に、事業者が実際にその事業を行う経済的背景、当該協定の対象となる商品ないしサービス、実際の市場構造を潜在的な競争を含め、考慮に入れる必要があるが、委員会の認定が非現実的な仮定に基づいたものであることから、当該協定がEC条約85条1項に違反するという委員会判断を無効としている。後者は、Société Technique 事件判決⁽¹⁷⁾以降、度々、述べられていることであるが、当該協定がその目的においてではなく、その効果において競争制限的なものである場合には、単に当該協定が競争制限効果を有するというだけでは違反を認定することができず、実際の経済的な状況を考慮した上で、当該協定の競争制限効果を判断しなければならないとするものである。

商業的付随性の観点からみると、本件における主要な行為とは、これまで存在しなかったユーロトンネルを通過する夜間の国際鉄道旅客輸送サービスを提供することであり、これに伴う競争制限的行為とは、十分な証拠が存在する場合に想定されるのは親会社が他の会社と共同して夜間の国際鉄道旅客輸送サービスを提供する競争の制限である。前者については、判旨がいうところのビジネス旅客市場、レジャー旅客市場において競争促進効果と持つものであり、後者は両市場における競争減殺効果を持つものである。

本件は、BR社等が締結した協定をEC条約85条1項違反とする委員会判断をその事実認定が不十分であることから取り消したものであるため、商業的付随性の概念、また、EC条約85条1項と3項の適用の区別については言及されていない。本件について、仮にEC条約85条1項に違反しないものとの判断がなされる可能性があるとするれば、これまで提供されていなかった夜

間にユーロトンネルを通過する国際鉄道旅客輸送サービスを提供するという目的のために、当事者が異なる形で当該サービスを提供することを妨げるという競争制限効果があるものの、当該制限が目的を達成するために客観的に必要であり、その目的の達成のために必要な範囲を超えないものであると判断される場合である。

4. O2事件⁽¹⁸⁾

(1) 事実の概要

本件はドイツにおいて携帯電話事業を展開している会社間で締結された施設の共同使用、次世代の携帯電話サービスの提供に関する契約につき、両社が委員会に対して通知したところ、前者についてはEC条約81条1項に違反しないとのネガティブクリアランスがなされたが、後者については同条3項に基づく期限付の適用免除が付与する旨の決定がなされたため、その取消を求めたものである。

ドイツにおいて携帯電話ネットワークを運営している会社は4社存在し、そのシェアは、T-Mobile社（以下、T社）が41.7%、D2 Vodafone社が38.3%、E-Plus社が12.2%、O2社が7.8%である。O2社は、4社の中で携帯電話市場に最後に参入した者であり、T社から現在の2G回線の供給を受けており、D2 Vodafone社、E-Plus社は自らの回線を利用しているため、T社は2G回線の卸売市場において100%のシェアを有している。また、T社、O2社双方とも、ドイツ法の定めにより、その提供するサービスが2005年末までにドイツ国内における人口カバー率が50%を超えることが義務付けられている。

両社は、2001年9月に、2011年12月末まで継続し、その後2年ごとに更新可能であるとする、携帯電話とインターネットを接続する際の携帯電話側の窓口となるアンテナ（以下、窓口アンテナ）、情報の伝達および発信を行う

ネットワーク（以下、情報ネットワーク）を共用し、また、O2社がT社の携帯電話網を利用することを内容とする契約を締結した。この契約は、両社の資本効率性を高め、財務状況を改善させるとともに、地理的カバー率を向上させ、同時に、O2社の人口カバー率を向上させること、かつ、3Gサービスの早期普及を目的とするものであった。この契約につき、両社は委員会に対し、EC条約81条1項および53条1項に関するネガティブクリアクリアランス、ないし、同81条3項に基づく適用免除を求めた。

これに対して、委員会は関連市場をドイツにおける3G回線の卸売市場、小売サービス事業とした上で、現在T社が2G回線の卸売市場において100%のシェアを有しており、また、3G回線市場における主要な競争相手はD2 Vodafone社とE-Plus社であり、また、潜在的な競争者として他2社存在するとした。その上で委員会は、上記協定の目的は競争を制限することではなく、窓口アンテナや情報ネットワークを共用することおよびそれに伴う情報交換活動は競争を制限することはないものの、O2社がT社の携帯電話網を利用することは、関連市場における競争者に影響を与えうるものであるとした。その理由は第一に、他者の携帯電話回線を利用する者は自らの力では十分にネットワークを拡充することが不可能であるため、サービスを提供する範囲および携帯電話サービスの速度に関する競争が制限されること、第二に他者の携帯電話回線を利用する者のネットワークの質および送発信の価格は相手方のネットワークの技術的、商業的選択により左右されることとなること、第三に回線の卸売料金を卸売を行う者が自由に決定できることであった。また、その競争制限効果は、特に重要な都市において並行的に競争的なネットワークが構築され得るのであれば、より一層深刻なものとなるとし、また、当事者間において価格の決定に関する協定が締結されるのであれば、小売価格に関する協定となる可能性があるとした。さらに委員会は、仮想通信網への接続の権利を再販売する手続は、再販売を行う者が回線

を購入する契約を締結した相手方の事前の同意を必要とすることから、顧客のタイプを制限することとなり、生産を制限し、競争制限効果が生ずるとした。

委員会は続けて、O2社がT社の携帯電話網を利用することにつき、EC条約81条3項に基づく適用免除を付与するか否かの検討を行った。当該契約内容は、第一に、O2が3Gサービスを、人口カバー率50%を達成した上で提供することが可能となり、また、通信網への接続の権利を販売することができるようになり、さらにT社がネットワークの有効活用を行うようになることから、サービスの生産ないし供給に役立つものであり、第二に、O2が3Gサービスを提供することにより携帯電話市場の競争状態が高まり、競争者が新たなサービスを提供するインセンティブをもたらし、また、競争の促進により価格競争が進展することから、一般消費者に利益をもたらすものであり、第三に、O2の市場における地位から当該協定はこれらの利益を確保するために必要不可欠かつ比例性を有するものであり、第四に、3G携帯電話市場における既存の携帯電話4社および仮想通信事業者による競争は高まることから、2008年12月末まではEC条約81条3項が定める各要件を満たすとした。

これに対し、O2社は、自らがT社の携帯電話網を利用することにつき、競争制限効果を有し、EC条約81条1項に違反するとした判断の取消を求めた。

(2) 判旨

当該協定がEC条約81条1項に違反するか否かということ判断するためには、当該協定が締結された経済的および法的背景、その目的、効果、ないし、当該事業者が存する経済的背景、市場構造、当該協定が現実機能することとなる状況を特に考慮に入れたうえで共同体市場に影響を与えるか否か

ということを判断する必要がある。また、本件のように、当該協定の目的が競争制限に存在するのではないと認められている場合には、当該協定の効果が考慮されることとなり、感知しうるほどに、競争が現実に障害、制限、ないし、歪曲されているか否かということが検証されなければならない。その際には、特に、当該協定が存在しなかった場合の競争の状況を考慮に入れる必要があるが、これは共同体がこれまで採用しないとしてきた合理の原則の下で行われる競争促進効果と反競争効果の比較衡量を行うことを意味しない。EC条約81条1項のもとでは、現存する、ないし、潜在的な競争のもとで当該協定の効果と当該協定が存在しなかった場合の競争の状態を考慮に入れた判断を行うことが必要とされる。このような検証は、本件において問題となっている3G携帯電話サービスのように、市場支配的な事業者、市場集中の、重大な参入障壁といった問題が存在することにより有効な競争が存在するか否かということが懸念されるような自由化が進行中である、ないし、市場が出現しようとしている場合には特に重要なものとなる。

そのため、本件においては、第一、委員会が現実に当該協定が存在しなかった場合の競争状態を考慮に入れたか否か、第二に、第一の考慮から導き出された当該協定の競争に与える影響に関する結論が十分に支持されうるものか否かということが検証される必要がある。委員会は、当該協定の影響を判断するために、当該協定による競争構造と当該協定が存在しなかった場合の競争構造の比較を明確には行っていないが、黙示的にはその比較を行っている。

委員会は、当該協定が、EC条約81条3項に規定された要件を満たすか否かということを審査する際に、O2社は、当該協定が存在しなかった場合には、3Gサービスの提供開始時に、よりよい人口カバー率、サービスの質、伝送率を確保すること、即座に自らネットワークを作成した上で3Gサービスを開始すること、卸売、小売双方の市場へ参入すること、その結果として

有効な競争者たることは、その可能性が低いものであると認定していた。これは、当該協定が存在しなかった場合には、競争状態、特にO2社の地位に関して、一定の不安定性が存在したことを示しており、これは、3Gサービスの市場においてO2社がその存在を認可されない可能性があることを意味している。このような分析は、EC条約81条3項に基づく適用免除を付与するか否かの審査のもとで必要であるだけでなく、同1項の適用を決する当該協定の競争状態への経済的分析のためにも必要なものである。

当事者は、委員会が、O2社がT社の電話回線を利用することは、ただそれのみで競争制限的であるという前提のもとで、当該協定がEC条約81条1項およびEEA協定53条1項のもとでは共同体市場に適合しないと結論付けるには不十分な一般的な叙述しか行っていないと主張するが、これらの観点から、委員会が当該協定のそのような競争制限効果を証明できているか否かを検証する必要がある。

当該協定におけるT社の電話回線の利用の重要性および利用者が多く存在する地域での競争制限効果に関し、委員会は当該効果が経済的な状況下において競争が可能な地域、特に携帯電話利用者が多く存在する地域においてその効果はネガティブなものであり、回線の利用はそのような地域では正当化されないとしている。当事者は、市場の発展とともに契約の枠組みを変更し、その結果として、当該協定は地域を携帯電話利用者が多く存在する都市エリア、第2に重要な商業エリア、重要性の低い商業エリアに区分し、回線の利用は都市エリアでのみ短期間継続するものであるとしており、人口カバー率を達成するために必要な地域に限定されたものであり、その期間も限定的である。しかし、委員会決定においては、これらの要素の競争への影響を明確には判断されておらず、回線の使用に関する競争への影響に関する一般的な評価を行うのみでは、委員会の判断は支持できない。もし委員会が当該協定の枠組みの変更を考慮に入れていた場合には、その判断において達した

ものとは異なる認定が行われ、特に、O2社が都市エリアにおける3G市場に参入する要素の必要性に関して、異なる認定が行われたであろう。したがって、委員会が、O2社がT社の電話回線を利用することは、ただそれのみで競争制限的であるとするは無効である。

次に、委員会が主張する価格決定の構造に対する当該協定の競争制限効果について検証する。第一に、T社に対して支払われる卸売料金のO2社の卸売、小売料金への影響に関しては、O2社、T社とも自らへの商品、サービスの供給者により課される価格に依存し、それを自らの顧客に課す価格に反映させている可能性はあるものの、顧客に課す価格のT社に対して支払われる卸売料金への依存性については証明されていない。また、両社は現実に異なる価格政策を用いており、さらにはその提供する製品とサービスにより様々な種類のパッケージがあり、その価格も様々であり、O2社は、T社との差別化を図っている。第二に、O2社がT社に対して支払う、窓口ネットワーク、情報ネットワークの共用に伴う固定費用に関し、委員会は分析を行っていない。したがって、他社の電話回線の利用が、自らがネットワークを構築することを妨げ、回線を利用する者が、利用するネットワークに技術的および商業的に依存する状況となるという競争制限効果を持つという委員会が述べる一般的な叙述は、明確な証拠に基づいたものではなく、また、当該協定の対象地域が都市エリアに限定されていることも評価していない。さらに、この一般的な評価は、電話部門をその管轄とする共同体法から明らかとなるものでなく、また、他社の電話回線の利用およびEC競争法への適合性に関する指令も存在しない。

委員会は、現在の2Gサービス市場において利用可能なデータから推定して、3Gサービスの卸売市場においてもT社は100%のシェアを有することとなり、また、3Gサービス市場は付与されるランセンスの数、ライセンス取得のための費用、および、インフラ整備のための高額な費用から、新規参

入の機会が制限されていることを指摘し、その中で、6社が3Gサービスのライセンスを取得する可能性があること、現在の2Gサービスの市場シェアについて言及している。確かに、T社は現在、ドイツの携帯電話市場においては、卸売、小売双方において、主要な事業者であるが、その一方でO2社は携帯電話市場において最後に参入した者であり、その地位は最下位であり、たとえインフラを有したとしても、そのシェアの低さとその地位はO2社が客観的にみて低い位置にあることを示している。

委員会が批判したO2社のT社への依存性は、両社間の地位の差から生じたものであり、当該協定は特に、現在、他社と比較して最弱の地位にあるO2社をより競争的な地位に置くことによりバランスをとることを目的としている。O2社のT社のネットワークへの依存性は、当該契約の期間を短縮することにより、一時的なものとなるよう計算されている。この点につき、委員会はO2社のネットワークの開始という結果をもたらす当該協定の競争制限効果に関する明確な証拠を有しておらず、また、当該協定がO2社のネットワークの開始を遅くするものであることは証明していない。むしろ、O2社が示した証拠によると、当該協定はそのタイムテーブルと人口カバー率に関してライセンスの付与の際に課せられた必要条件にもとづいて、利益が得られる形で3Gサービスを開始することを可能にすることが目的であることを示している。

したがって、T社とO2社との間で締結された回線の利用に関する協定は、事業者間の競争を制限するものではなく、このような一定の状況下においては、最も小規模な事業者が、小売市場におけるT社やD2 Vodafone、卸売市場において支配的な地位を有するT社といった他の大規模な事業者と競争を行うことを可能とするものである。市場が将来的に出現するという特色から生ずるこのような状況について、委員会はEC条約81条1項およびEEA協定53条1項のもとで共同体市場に適合するか否かという判断におい

て、考慮しておらず、EC 条約81条3項および EEA 協定53条3項に基づく適用免除の付与の審査の際に考慮し、その結果として O2 社が50%の人口カバー率を達成するために T 社の回線を使用する地域においては、よりよい競争上の地位に置かれるが、それ以外の地域においては競争を行うことができないことを認定している。また、委員会は O2 社がドイツの 2G 携帯電話市場において最小の事業者であり、他の 3G サービス提供事業者とサービス提供開始時より有効に競争するほどの十分なエリアをカバーした高い品質のネットワークを即座にかつ独自に構築することが可能な地位にある可能性は低く、また、O2 社が T 社のネットワークを都市エリアのみで限定された期間のみ利用することは、比例性を有し、必要不可欠なものであり、結論として、T 社のネットワークを利用することができなければ、O2 社は 3G サービス開始時においてより有効な競争者となりえず、3G サービスの卸売、小売市場にドイツ国内すべてにサービスを提供する競争者として参入する可能性は低いとしている。したがって、EC 条約81条3項および EEA 協定51条3項に基づく審査において、当該市場が将来的に出現するという特徴に照らし合わせて、3G サービス市場における O2 社の競争上の地位は、当該協定が存在しなければ確実なものとすることはできず、むしろ、困難なものとなったであろうと結論付けていることが明らかである。

したがって、委員会は、EC 条約81条1項および EEA 協定53条1項の適用に関する限り、不十分な分析しか行っておらず、当該協定が存在しなかった場合に存在したであろう競争状況に関する客観的な議論は存在せず、その結果として当該協定の現実のないし潜在的な効果に関する分析が妨げられており、また、回線の利用に関する当該協定の条項が競争に対して競争制限的な効果を有するというを市場が将来的に出現するという特徴に照らし合わせて証明するというも行っていない。そのため、O2 社が T 社の携帯電話網を利用することにつき、競争制限効果を有し、EC 条約81条1項に

違反するとした判断は取り消される。

(3) 判旨の検討

本件は、EC 条約81条1項を適用する際には、当該協定が存在しなかった場合の競争の状況を考慮に入れる必要があり、O2社が競争相手であるT社の携帯電話網を利用することを内容とする協定を締結することにより、本来であればO2社が自社の設備では現時点では達成できない人口カバー率を達成した上で3Gサービスを提供することができるようになることとなり、このような分析を委員会が行っていないことから、当該協定がEC条約81条1項に違反するという当該委員会判断を取り消したものである。しかし、同時に、第1審裁判所は、このような考慮につき、競争促進効果と競争制限効果を比較するいわゆる合理の原則を採用するものではないとしている。

本件は商業的付随性の観点からみると、判旨において明言されていないが、EC条約81条1項のもとでは、O2社が3G市場へ参入し、T社等と競争を行うという目的を実現するために、O2社がT社の携帯電話網を使用することによって自ら携帯電話網を敷設した上でサービスを提供することが一定期間失われ、また、T社による回線使用料の決定およびO社がT社の技術を使用することからO社のサービスの価格および品質の決定の自由が損なわれる可能性があるという競争制限効果は、その目的を達成するために客観的に必要であり、かつ、その目的の達成のために必要な範囲を超えないこととみなされる可能性がある。

この判旨をめぐっては、EC条約81条1項と同3項の役割につき、様々な見解が存在する。

第一に、第1審裁判所は、EC条約81条1項のもとでは競争促進効果と競争制限効果を比較することを否定しているものの、実際にはそれを実行しており、EC条約81条1項のもとでそのような考慮が行われるべきであるとす

るものである。これは、委員会が EC 条約81条3項の適用に関するガイドラインにおいて、「当該協定がその効果において競争制限的である場合には、関連市場において、価格、生産、技術革新、商品およびサービスの幅および質に対し現実的ないし潜在的な影響をもたらしていることが必要である⁽¹⁹⁾」としていることから、EC 条約81条1項がいうところの競争制限効果とはこれらの指標に影響を与えるものであり、これらの指標に影響を与えないものは同項に違反することにはならず、また、このような影響の有無については、競争促進効果と競争制限効果の比較衡量が必要であるとする。また、EC 条約81条3項はこれらの指標以外の要素に影響を与えるもの、例えば、環境、文化といった側面を考慮するものであるとしている⁽²⁰⁾。しかし、この見解については、後述する Mastercard 事件判決において、EC 条約81条1項の枠内で、競争促進効果と競争制限効果の比較衡量を行うことは明確に否定されている。

第二に、第1審裁判所は、EC 条約81条1項のもとで、当該協定の競争促進効果と競争制限効果を比較衡量することを否定していることから、同項のもとではもっぱら市場支配力の形成の有無が考慮されるとするものがある⁽²¹⁾。これは、GlaxoSmithKline Services 事件判決⁽²²⁾において、「共同体競争法の目的は、事業者が互いの間の競争ないし第三者との間の競争を制限することにより、当該製品の最終消費者の厚生を減ずることを防ぐことにある」としたことから、競争法の目的は消費者厚生を高めることにあり、消費者厚生を減ずるものは価格の上昇、生産量の削減、技術革新の遅れといったものであり、これらをもたらすのは市場支配力の存在であることから、当該協定が EC 条約81条1項に違反するか否かを判断する際には、市場支配力が形成されるか否かという考慮が必要であるとする。本件においては、O2社が3Gサービス市場に新規参入するという効果をもたらされるということは、市場支配力の形成という効果を伴わないことから、EC 条約81条1項に違反しな

いと裁判所が判断したものとみなしている。この見解はまた、上記見解と同様に、委員会がそのガイドラインにおいて、「EC 条約81条1項において禁止される事業者間の協定とは、価格、数量、商品の品質、商品の多様性、技術革新といった市場の競争状態を示すパラメーターに有害な影響を与える可能性があるものである」としていることを根拠⁽²³⁾としている。この見解は、法の適用にあたり市場支配力の有無が問題とならない垂直的競争制限行為については当てはまらないものの、水平的競争制限行為については有用な示唆となりうる。European Night Services 事件、O2 事件判決においては、そこで発生する競争制限効果は、市場支配力の形成を理由とするものではなく、また、契約当事者が市場支配力を形成するわけではない。ただし、後に紹介する Visa カードグループで決定された銀行間手数料につき、それが市場支配力の形成とまでは言えないと思われる事例について、委員会は EU 機能条約101条3項が適用されるとしており、必ずしも委員会の判断に沿うわけではない。

第三に、判旨において、当該協定の効果につき、当該協定が存在しなかった場合の競争の状況を考慮に入れる必要があるが、これは競争促進効果と反競争効果の比較衡量を行うことを意味しないとされていることにつき、なおもその意味は判然としないとするものがある。そのため、第1審裁判所は、EC 条約81条1項と同3項の役割の区別について明言していないため、同1項においては、その目的において競争制限的なものではないが、その効果において競争制限的な性質を持つものについては、経済的厚生を増大させるか否かということが審査され、同3項においては経済的厚生を減少させるもののそれ上割るだけの生産的効率性が存在するか否かということが審査されるべきであるという考え方を採用すべきであるとする。このように役割を区別することにより、本件においても合理的な結論が導かれるとしている⁽²⁴⁾。この見解は、Nazzini の意見を根拠⁽²⁵⁾としている。Nazzini は、EC 条約81条と同2

条および3条1項(g)とを一体的にとらえ、同81条は経済的厚生、そのうちでも消費者厚生を減ずるものを禁止するものであり、逆にそれを増大させるものを禁止することは同81条の趣旨に反するとして⁽²⁶⁾いる。この見解は上記で紹介した GlaxoSmithKline Services 事件判決⁽²⁷⁾に沿うものであるが、経済的厚生、消費者厚生を増大させるか否かということは、すべての事件において明白であるわけではなく、法の適用の指標としては不十分であるように思われる。

5. Mastercard 事件⁽²⁸⁾

(1) 事実の概要

本件は、カード発行銀行とカードによる代金の支払を受ける者が口座を保有する銀行との間での決済の際の手数料を、カード事業運営会社が決定したことにつき、EC条約81条1項に違反するか否か、同3項が定める要件を満たすか否かということが問題となったものである。

MasterCard Inc.、MasterCard International、MasterCard Europe EPRCの3社(以下、3社をM社等とする)は、カード事業運営会社が自らカード保有者、カード保有者からカードによる代金の支払を受ける者(以下、加盟店)と契約を締結するというシステムではなく、共通の標章を使用する様々な金融機関がM社等と契約を締結し、カード発行銀行と加盟店が口座を保有する銀行(以下、アクワイアラー)が契約を締結し、カード発行銀行とカード保有者が契約を締結し、加盟店とアクワイアラーとの間で契約を締結するというシステムである。このような形態のカード事業においては、カード事業運営会社は、カードに貼付されるロゴを保有し、その宣伝を行うということの他、一般に、当該システムに参加する銀行の行為を統一させ、事業運営者として銀行間の取引を実行するためのIT設備を提供し、当該システムに参加する銀行から手数料を徴収している。M社等は、それに加えて、

当事銀行間において合意が存在しない場合、ないし、国単位で合意された手数料が存在しない場合に、EEA 域内ないしユーロが使用される地域において適用される銀行間手数料（以下、MIF）を規定している。MIF は、アクワイアラーがカード発行銀行に支払うものであり、後に、加盟店に対して、アクワイアラーが請求する手数料（以下、MSC）に含まれることとなる。

2006年5月、MasterCard Europe は、EEA 域内に存在する当該システムに参加する銀行の代表者からなる取締役会において、MIF の金額を決定した。これについて、委員会は、事業者団体による決定と見なし、以下の理由から EC 条約81条1項に違反し、また、同3項が規定する要件を満たさないと判断した。⁽²⁹⁾

（ア）MIF の競争制限効果

MIF は、もし MIF が存在せず、また、カード発行銀行が事後にアクワイアラーが支払う手数料を決定することを禁止さえしていれば、より低額であった可能性のある MSC の金額を引き上げる効果を持つことから、アクワイアラー間での競争を制限し、その結果として、加盟店や自らの顧客に損害を与えることとなる。

（イ）MIF の M 社等のカード事業への付随性

当該競争制限的行為が、競争制限的ではない主要な行為に付随する、つまり、その主要な行為に直接的に関係し、かつ、その主要な行為が、当該競争制限的行為が存在しない場合には、実行困難、ないし、不可能となり、当該競争制限行為がその範囲においてその主要な行為を実行できず、当該競争制限行為が主要な目的の実行のために必要な範囲を超えない場合には、当該競争制限的行為は、EC 条約81条1項に違反しないこととなる。しかし、カード発行銀行がアクワイアラーに対して請求する銀行間手数料を事後的に決定することを禁止するというより競争制限的ではない手段により、M 社等が加盟店に課しているすべての銀行が発行したカードを受け付けるとい

う義務を達成することは可能であるため、MIFが存在しなければ、カード発行会社が自由かつ一方的に銀行間手数料を決定するということはなく、また、M社等のものと同様の他のカード事業が、MIFが決定されることなく運営されており、かつ、オーストラリア準備銀行が銀行間手数料の引き下げを命令したにもかかわらずM社等のカード事業の存続への影響が存在しないことから、MIFは、その付随することとなるM社等のカード事業の運営に付随するものとは言えない。

(ウ) MIFのEC条約81条3項適合性

M社等は、MIFを設定することは、加盟店の販売量の増加、加盟店への代金支払の保証等の「カード決済システム」の技術的・経済的發展、M社によるカード事業の展開によるカード事業間の競争の進展による経済的發展をもたらすと主張するが、その証拠が不十分であり、実際には、カード保有者、加盟店に対して利益をもたらすものではなく、また、MIFを設定することが、M社が主張するシステムの効率性の達成のために必要不可欠であることも証明されていないため、EC条約81条3項が定めるところの要件を満たさない。

M社等は、この委員会判断の取消を求めたが、第1審裁判所は委員会判断を⁽³⁰⁾支持した。そのため、M社等は、この判決の取消を求めて、ヨーロッパ裁判所に上訴した。

(2) 判旨

ヨーロッパ裁判所は、以下の点を指摘したが、第1審裁判所の判断について最終的には誤りがないものと判断した。

(ア) MIFの競争制限効果

当該協定がその効果において競争を制限するか否かということを検証するためには、現在の競争の状態と当該協定が存在しなかった場合に現実に発生す

ることが予想される状況とを比較することが必要である。また、当該協定の競争制限効果を評価するためには、当該協定が置かれた現実の状況、特に、事業者がその活動を行う経済的、法的状況、当該商品ないしサービスの性質、市場の現実の状況および市場構造を考慮する必要がある。したがって、当該協定が存在しないという仮定を基礎としたシナリオは、現実的なものであることが必要であり、その際には当該協定が存在しない市場において発生し得る展開を考慮に入れることもあり得る。

第1審裁判所は、MIFの競争制限効果を判断する際に、MIFが存在しなかった場合に事後的に銀行間手数料を決定することを禁止する可能性、ないし、その妥当性について検証していない。特に、カード発行銀行が、MIFが存在しなかった場合に、銀行間手数料を要求することを差し控えるとしているが、その過程を検証していない。この点において第1審裁判所の検証には法的な誤りがある。

しかし、第1審裁判所は、MIFのM社等のカード事業への付随性を検証する際に、カード発行銀行がアクワイアラーに対して請求する銀行間手数料を事後的に決定することを禁止するというようなより競争制限的ではない手段により、M社等が加盟店に課しているすべての銀行が発行したカードを受け付けるという義務を達成することは可能であるとしており、これを「現実的な仮説」として示していることから、その誤りは修正される。

(イ) MIFのM社のカード事業への付随性

もし、その主要な事業の運営ないし活動が競争を促進する、ないし、中立的であるために、EC条約81条1項に違反しない場合には、契約当事者の商業上の自由を制限することは、その主要な事業の運営ないし活動に客観的に必要なものであり、かつ、比例性の要件を満たす場合には、EC条約81条1項の適用対象となることはない。当該制限が主要な事業の運営ないし活動の存在およびその目的を害することなく、その事業の運営および目的と切り離

すことが不可能である場合には、当該制限の EC 条約81条1項への適合性を検証する必要がある。当該競争制限的行為が、EC 条約81条1項に違反しない場合とは、当該主要な事業の運営が当該制限ないしには実行できない場合である。M 社等が主張するように、当該主要な事業に競争制限がない場合には、その実行がより困難となる、ないし、その利益が減少するというのみでは、当該制限が客観的に必要であるとは言えない。

EC 条約81条3項は、事業者間の共同行為が商品の価格、品質、数量といった競争状態をはかるパラメーターに感知しうる有害な影響を与える場合に、商品の生産ないし流通、技術ないし経済的進展の促進に寄与するものであり、その結果としての利益を消費者にもたらすものである場合に、同1項の適用対象外とみなすことを規定しており、その一方で同1項における客観的必要性の基準とは、当該主要な事業が EC 条約81条1項の適用対象とならず、当該競争制限的行為が副次的なものである主要な事業の運営ないし活動が、当該商業上の自由の制限が存在しない場合に、実行可能か否かというものである。

(ウ) EC 条約81条3項該当性

M 社等のカード事業のように市場が二面性を持つ場合には、それらの市場が相互に関係している場合には、EC 条約81条1項に違反する方策が、EC 条約81条3項がいうところの商品の生産ないし流通、技術ないし経済的進展の促進という要件を満たすか否かということ来判断するためには、当該競争制限が一面の市場において発生している場合であっても、双方の市場における客観的に生ずる利点について、競争に与える不利益を上回るものであるかどうかということを検討することが必要である。

(3) 判旨の検討

本件は、商業的付随性の観点からみると、M 社等のカード事業の運営と

いう目的に対し、MIFをM社等が決定する行為が、客観的に必要なものではないことから、EC条約81条1項の適用対象となるとしたものである。これまで商業的付随性については、当該主要な行為が、それに付随する競争制限的行為が存在しない場合には実行困難、ないし、不可能となり、かつ、当該主要な目的の実行のために必要な範囲を超えない場合にEC条約81条1項の適用対象外とするとしてきたものを、前者につき、主要な行為が実行可能か否かということを検証する必要があるとした点が、これまでの判例との差異である。しかし、この「実行可能か否か」という文言が、「実行困難か否か」ということを含むとも考えられる。

また、EC条約81条3項において考慮される競争制限効果として、本件においては、商品の価格、品質、数量といったものに有害な影響を与えることであるとされ、あくまでも同1項においては主要な行為に対して当該競争制限的行為が付随的なものであるか否かということのみが考慮の対象となっている。

MIFの決定については、本件においてはEC条約81条1項に違反するとの判断がなされたが、Visaカードグループが営むカード事業において定められたMIFについては、2003年理事会規則1号9条⁽³¹⁾に基づく委員会判断⁽³²⁾により、VisaカードグループがEU加盟国7か国の国内取引、および、国境を超える取引について、共通にMIFの上限を年間平均でクレジットカードにつき0.3%、デビットカードにつき0.2%とすることについて、EU機能条約101条1項に違反しないとされている。これは、MIFはカード発行銀行とアクワイアラーとの間で決定するものであるが、その上限をVisaカードグループが決定することにつき、EU機能条約101条3項が定める要件を満たすことから、同1項に違反する状態にはないものと判断されたものである。これによると、VisaカードグループがMIFの上限を定めることは、カード発行市場、アクワイアラーが加盟店を獲得する競争が行われる市場、カード

発行会社間の競争が行われる市場に影響があるものの、当該上限が、決済手段として現金、小切手だけではなく、カードによっても代金が支払われうることによってもたらされる加盟店の利益を超えることはないことから、カードが利用されることによる利益を加盟店にもたらすものであり、また、新たな支払い手段を得るという利益をカード保有者にもたらすものであり、また、決済手段の間の競争を促進するものであるとされている。

6. 結語

本稿は、EU 機能条約101条1項における水平的競争制限行為に関する商業的付随性を理由の概念が適用された、ないし、適用される可能性のある事例について検討した。商業的付随性の概念とは、前述のようにそれ自体は競争制限的ではない目的を達成するために付随する競争制限的行為についてEU 機能条約101条1項の適用対象外とする考え方であるが、その際に当該協定のどのような目的ないし効果が考慮の対象となるかということについて統一的な見解はない。しかし、上記で検討したように、Elopak 事件においては新製品の開発および販売、European Night Services 事件においてはこれまで提供されていなかった旅客輸送サービスの提供、O2 事件においては単独では提供することができないサービスの提供、Mastercard 事件においてはカード事業の運営といったものが考慮の対象となっている目的ないし効果である。これらは、その効果として、競争促進的な効果を持つものである。そのため、これまでの判例からは、101条1項において考慮の対象となる協定の目的ないし効果とはあくまでも競争促進的な効果を持つものに限定される。

水平的競争制限効果を伴う協定について、EU 機能条約101条1項の枠内においてその適用対象外とするのか、または同3項に基づく適用免除を付与するのかという問題については、Mastercard 事件判決において、EU 機能

条約101条1項のもとではあくまでも商業的付随性についてのみ審査がなされ、同3項のもとでは同項に規定されているように競争状態をはかる商品の価格等のパラメーターに感知しうる有害な影響を与えるものの、商品の生産ないし流通、技術ないし経済的発展の促進に寄与するものが審査の対象となるとされている。この考え方に照らし合わせると、EU機能条約101条1項の枠内においてその適用対象外とされる可能性がある協定は、これらのパラメーターに影響を与えない競争制限効果が発生するものであり、その競争制限効果と競争促進効果の比較衡量は行われず、また、同3項のもとではこれらのパラメーターに影響を及ぼす競争制限効果が発生する協定のみが同項に定められる要件を満たすか否かということが審査されることとなる。しかし、Elopak 事件における競争制限的効果である他社が知的財産権を利用できないことによる競争減殺効果、European Night Services 事件における当事者が夜間にユーロトンネルを通過する国際車両輸送サービスを異なる形で提供することを妨げることによる競争制限効果、O2 事件におけるO社のサービスの価格および品質の決定の自由が損なわれる可能性があるという競争制限効果、Mastercard 事件におけるアクワイアラー間の競争の制限という競争制限効果は、価格等のパラメーターに対する直接的な影響はないと考えられるものの、間接的には影響を与える可能性のあることから、Mastercard 事件判決は、これらのパラメーターに「直接」の影響がない協定をEU機能条約101条1項の枠内において適用対象外とする可能性があると判断したものとみる必要がある。ただし、EU機能条約101条1項の枠内においては、その効果を生む手段が目的の達成のために客観的に必要であり、比例性の要件を満たす場合にはその競争制限効果の大小については考慮する必要がないこととなる。

本件における日本法への示唆という点については、事例を日本独禁法上、いかなる類型に分類することができるかということから考える必要がある。

(ア) Elopak 事件は、知的財産権のライセンスの付与に関する共同の取引拒絶の事例、(イ) European Night Services 事件は、水平的競争制限行為ではあってもそのシェアが低いため「競争の実質的制限」に至らない事例、(ウ) O2 事件は水平的競争制限行為であり、商品の質に関しそれが一時的に統一化する可能性するという結果を招く可能性があるものの、競争者の存在により「競争の実質的制限」に至らないもの、(エ) Mastercard 事件は銀行によるカスターカード加盟店の募集という市場における競争に影響を与える銀行間のカルテル、ないし、M 社等による加盟銀行に対する拘束条件付取引の事例であると考えられる。

(ア) については、当該権利のライセンスの付与を拒否することは知的財産権の正当な行使とみなされるものである。ただし、その場合であっても、本事例からは子会社が新商品を開発するというその目的の実現に伴う競争制限行為は、その目的を実現するために必要な範囲に限定されるという条件が付されることとなる。

(イ) (ウ) については、その効果において「競争の実質的制限」には至らないものの、正当化事由という観点から考えてみると、その効果において競争促進的な目的の達成に伴う価格等のパラメーターに直接的な影響がない競争制限行為が客観的に必要であり、比例性の要件を満たす場合には、その競争制限効果の大小にかかわらず、当該協定は正当化されることとなる。

(エ) については、Mastercard の事業の運営というカード事業間のブランド間競争を促進するという目的・効果を持つものの、加盟店獲得競争を制限する可能性があるものにつき、その競争制限的行為が目的・効果を達成するために必要な範囲に限定されるということから、両効果を比較衡量せずとも正当化されることとなる。

このようにみると、上述した日本遊戯銃協同組合事件判決においては、当該協定の競争制限効果と達成される効果について、比較衡量することが求め

られているが、実際にはそれは困難であることから、EU法を参考とすると、価格等のパラメーターに直接の影響がない水平的協定については、両者の比較衡量をせずとも正当化されることとなる。European Night Services事件においては、夜間にユーロトンネルを通過する国際鉄道旅客輸送サービスという新たなサービスの導入という競争促進効果と同市場における他社と協力すること等による個々の事業者による同市場への参入の可能性の減少という競争減殺効果が同時に発生するものであり、また、O2事件においてもO社が単独では提供することができないサービスを提供することによる競争促進効果とO社のサービスの価格および品質の決定の自由が損なわれる可能性があるという競争減殺効果が同時に発生するものであるが、同市場に両効果が発生する場合であっても両効果の比較衡量は困難である。異なる市場において競争促進効果と競争制限効果が発生する場合はさらに困難である。競争促進効果が過少である場合には、両効果の衡量を行う必要はあるものと考えられるが、過少とは言えない競争促進的な効果を有する協定に伴う競争制限行為がその目的の達成のために必要最小限のものであるのであれば、後者が前者の効果を打ち消すことはないと考えられる。

ただし、日本独禁法においては3条において禁止される行為とは、「競争の実質的制限」を伴うものであることから、どのような行為が競争の実質的制限という効果をもたらしながら、競争を促進する効果があるとして正当化されうるのかということが想定しづらい。しかし、例えば、ある商品の市場においてその大部分のシェアを占める複数の企業が、当該商品の代替物となる新商品を開発するために共同研究開発を行い、開発が成功した場合には、当該技術を互いに非排他的に利用することを内容とする協定が締結された場合に、その新商品が現実化する可能性がある、ないしは、実現した場合には当該商品市場において、当該協定参加者による新商品の販売という競争促進効果があるとともに、同時に新商品の質が統一化される、協定に参加しない

者が市場から排除される可能性があるという競争制限効果が発生することが予想される、ないしは、実際に発生する。このような場合には、当該協定が価格協定等を伴わない新商品の開発のために必要な最小限のものである場合には、当該協定は、両効果の比較衡量を行わなくとも、日本遊技銃協同組合事件判決において述べられた他の要件を満たす場合には、正当化され得ることとなる。

- (1) 委員会通知2004年4月27日“Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty” OJ C 101 97頁。商業的付随性の概念については、同29段。
- (2) 上記同31段。
- (3) 公正取引委員会審決集44巻635頁、判例時報1629号70頁、判例タイムス959号115頁。
- (4) 拙稿「EU 機能条約101条3項における競争制限効果と非競争的利益の衡量」国士館法学44号156頁、「EU 機能条約101条1項における非競争的利益の考慮」国士館法学46号82頁（2013年）、47号84頁（2014年）、48号（2015年）（掲載予定）。
- (5) 委員会判断1990年7月13日・OJ L 1990年209号15頁。
- (6) 研究開発の分野に対する EEC 条約85条3項の適用に関する理事会規則1985年418号・OJ L53号5頁。
- (7) 研究開発の分野に対する EU 機能条約101条3項の適用に関する委員会規則2010年1217号・OJ L335号36頁。
- (8) 上記委員会規則2010年1217号においては、これらに加えて、「知的財産権の付与」が含まれている。
- (9) Tao Xiong and James Kirkbride “Controlling research and development co-operation through EC competition controls: some concerns” *Company Lawyer*19巻10号1頁（1998年）。該当部分は同5頁。
- (10) “Joint ventures” *European law Review* 1990 Supp (Competition law checklist) 11頁。当該指摘は、同14頁。
- (11) ヨーロッパ裁判所1998年9月15日判決・ヨーロッパ裁判所判例集1998年2巻1533頁。
- (12) 1968年第1017号理事会規則（1968年 OJ L175号1頁）とは、鉄道輸送、道

路輸送、海上輸送に関する規則であり、その2条においては、EC条約85条1項と同様に、競争を阻害、制限、歪曲する行為を禁止し、その5条においては、EC条約85条3項と同様に、適用免除を付与する条件が定められている。本判決ではこの理事会規則とEC条約が同内容を定めているとして、EC条約に基づく判断が行われている。

- (13) 委員会通知 “Commission Notice concerning the assessment of cooperative joint ventures pursuant to Article 85 of the EEC Treaty” OJ C 1993年43号2頁。
- (14) 理事会1991年7月29日採択・共同体の鉄道の発展に関する指令・OJ L 1991年237号25頁。本指令は、3条において鉄道事業者とは、その主要な事業が鉄道輸送サービスを提供する私的・公的企業体であり、輸送業務を行う要件を満たしているものとされ、5条3項において、共同体内の鉄道事業者は、他の加盟国の事業者と「国際的集団」を形成し、国際旅客輸送サービスの提供、マーケティング、価格の決定を行うことができるとされている。「国際的集団」とは、3条において、複数の加盟国に存する二以上の鉄道事業者からなるすべての組織体を指すとされている。
- (15) 委員会判断1994年12月13日・1994年 OJ L 354号66頁
- (16) ヨーロッパ裁判所1996年10月22日判決・ヨーロッパ裁判所判例集1996年2巻1491頁。本判決は、BR社、SNCF社、ユーロトンネル運営会社が鉄道によるユーロトンネルの使用について、その使用割合を近距離便50%、貨物輸送25%、国際旅客サービス25%とし、その全体の75%までをBR社、SNCF社が利用することができるとした協定につき、委員会がEC条約85条1項に違反するものの12年間の適用免除を認めるとした上記判断につき、事実認定に誤りがあるとして、これを取り消したものである。
- (17) ヨーロッパ裁判所1966年6月30日判決・ヨーロッパ裁判所判例集1996年235頁。
- (18) ヨーロッパ第1審裁判所2006年5月2日判決・ヨーロッパ裁判所判例集2006年2巻1231頁。
- (19) 2004年4月27日委員会通知 “Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty” OJ C 2004年101号8頁。該当部分は第16段、24段。
- (20) Beverley Robertson “What is a restriction of competition? The implication of the CFI’s judgement in O2 Germany and the rule of reason” European Competition Law Review 2007年252頁。引用部分は、同256、257、

261、262頁。筆者は、EC 条約81条3項のもとで適用免除が付される可能性がある協定について明言していない。筆者の論調からは、当該協定が競争制限効果を有するものの、非競争的な利益をもたらす場合に、EC 条約81条3項に基づく適用免除が付される可能性があるとするものとみられる。

- (21) Vittorio Cerulli Irelli “Atricle 81 (1) EC: Some Remark on the Notion of Restriction of Competition” *European Business Law Review* 20巻2号287頁 (2009年)。
- (22) *GlaxoSmithKline Services v. Commission*・ヨーロッパ裁判所判例集2006年2巻2969頁171段。
- (23) 上記注20。
- (24) Mel Marquis “O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81 (1) EC” *European Law Review*32巻1号29頁 (2007年)。
- (25) Renato Nazzini “Article 81 EC between time present and time past: A normative critique of “restriction of competiton” in EU Law” *Common Market Law Review* 43巻2号497頁 (2007年)。
- (26) 上記同504頁。同500、501頁注20によると、なお、ここでいう経済的厚生とは、消費者余剰と企業の利益を合わせたものをいうが、EU 競争法は消費者余剰の減少が企業の利益により補われることを証明されることにより、その適用がなされないということはないため、EC 条約81条1項において保護される経済的厚生とは消費者厚生を意味するとしている。ただし、ここでいうところの生産的効率性がどのようなものを意味するのか、また、消費者厚生とどのように区別するのかということについては言及されていない。MarquisがNazziniの論文のもととなる考え方を提示したものとしている Okeoghene Odudu “A new economic approach to Article 81 (1)?” *European Law Review* 27巻1号100頁 (2002年) (該当部分は104頁) によると、生産的効率性とは、EC 条約81条3項が言うところの生産、流通、技術的ないし経済的進展のことを意味し、これらが満たされるのは、生産の合理化、規模の経済性の実現、新技術の以前よりも効率的な進展といった資源の効率的な利用、新市場の進展、消費者への供給の安定性、より良いサービスの提供といったものであるとされ、81条1項の枠内で考慮されるべきものとされる配分的効率性が害されている状態とは、商品の数量の減少や価格の上昇が発生することであるとしている (該当部分は103頁)。
- (27) 上記注22。

- (28) ヨーロッパ裁判所2014年12月11日判決・C.M.L.R. 2014年 5 卷23頁。
- (29) 委員会判断2007年12月19日・non-confidential version http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1889_2.pdf
- (30) ヨーロッパ第1 審裁判所2012年 5 月24日判決・C.M.L.R. 2012年 5 卷 5 頁。
- (31) Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (1)・2003年 OJ L 1 号 1 頁。同 9 条は、委員会が予備審査において指摘した問題を解消する措置を当事者が申し出た場合に、その措置により EC 条約81条ないし82条に違反する行為が終結したものとし、また、その措置の内容が当事者に拘束力を持つとする判断を下すことを規定している。
- (32) 委員会判断2014年 2 月26日・http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9728_3.pdf。