

# 排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開

——EU競争法における効果重視の分析アプローチをめぐる法理論——

伊 永 大 輔

- 一 はじめに —— 問題の所在
- 二 リベート制度に関する先例による判断基準
  - 1 類型化された三つのカテゴリー
  - 2 誘引効果による「濫用」判断
  - 3 競争制限効果の蓋然性と重大性
- 三 効果重視の分析アプローチの必要性
  - 1 カテゴリー別分析の是非
  - 2 競争制限効果の考慮要素
  - 3 同等効率競争者テスト
- 四 おわりに —— 日本法への示唆

一 はじめに —— 問題の所在

リベート（割戻金）は、販売促進を目的とするもの、仕切価格の修正としての性格を有するものなど、現代の経済社会に広く見ることができるとされる取引慣行の一つである。排除型私的独占ガイドライン<sup>(1)</sup>でも、実際に需要を刺激したり、価格の一要素として市場の実態に即した価格形成を促進させたりするという競争促進的な効果も有することを認めており、リベートの供与自体が直ちに排除行為となるものではないとする<sup>(2)</sup>。一方で、一定の場合には重大な競争上の弊害が生じることも、また古くから指摘されてきたことである。問題は、どのような場合にその競争制限効果を違法と評価すべきかについて、確たる手法が定着しているわけではなく、未だ十分な議論の収斂を見ていないことにある<sup>(3)</sup>。

多くの先行事例を持つEUにおいても、その状況は変わらない。EU競争法上、リベート制度の競争制限効果をどのように評価するかは長年の課題となっており、四〇年以上前から訴訟で争われてきた<sup>(4)</sup>。近年におけるIntel事件一般裁判所判決<sup>(5)</sup>では、競争法上の悪質な行為を類型化した上で、定性的な違法性判断を行おうとする伝統的な類型重視のアプローチ（Form-based Approach）を採る裁判所と、市場を取り巻く様々な事情を踏まえた客観的な競争制限効果に着目しつつ、定量的な違法性判断基準をも取り込もうとする効果重視のアプローチ（Effects-based Approach）を採る欧州委員会とで、寄って立つ分析手法の力点が分かれている。その後、Post Danmark II事件<sup>(6)</sup>欧州司法裁判所判決でも定性的な分析手法によって違法性判断が行われ、欧州委員会が提示した価格費用分析といった新たな分析手法は、司法審査の場では重要視されないかのような様相であった。

確かに競争制限効果が見込める行為を的確に類型化することができれば、比較的簡易な法執行の分析手法を提示するこ

とができるとともに、違法適法の予見可能性を高めて法的安定性を確保するという効用が一定程度見込める。しかし、類型に依存した違法性判断は、競争的な効果をもたらす事業活動まで違法の範疇に捉える可能性があり、その結果、正常な事業活動を萎縮させて消費者厚生を毀損させるといった負の側面も指摘できる。このような規制の現状に対し、一般裁判所判決を不服として上告された *Intel* 事件欧州司法裁判所における法務官意見<sup>(8)</sup>では、伝統的な類型重視の分析アプローチと先進的な効果重視の分析アプローチとを巧みに融合させ、分析手法の精緻化を論じており、ここに来て大きく議論が展開してきている。近年活発化しているTFEU一〇二条の規制において、先例との相違やその位置付けを含め、経済アプローチを活用する新たな道筋が理論上整理され、活用の道筋が示されることで議論が飛躍的な進化を遂げる可能性がある<sup>(9)</sup>。

本稿は、このようなEU競争法における近時の排他的リベートをめぐる違法性判断の新展開について、先例から導き出されるリベート制度をめぐる評価枠組みの全体像とその合理性を分析・検討するとともに、そこに内在する法的課題に言及することにより、新たな分析手法の位相を明らかにするものである。最後に、これらの分析を踏まえ、我が国独占禁止法における私的独占規制の分析手法との異同とそこから得られる示唆についても述べることにしたい。

## 二 リベート制度に関する先例による判断基準

### 1 類型化された三つのカテゴリー

EU競争法においてリベート制度をどのように扱うかについて、先例上、顧客の購入量に応じた単なるボリューム・ディスカウントとして画一的に提供される「数量リベート (Quantity Rebates)」<sup>(10)</sup>は、供給者によるコスト削減 (効率性や規模の経済) を反映したものであるため、TFEU (EU機能条約) 一〇二条違反となることはないとの扱いが確立していた<sup>(11)</sup>。

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開 (伊永)

七五六 (三九〇)

欧州委員会による一〇二条ガイドンスも<sup>(12)</sup>、顧客にコスト削減の利益を還元することで経済的に正当化でき、競争制限的な閉鎖効果も認められないリベート制度かどうかを違法性判断において考慮するとしている<sup>(13)</sup>。この「数量リベート」は、顧客が購入量に応じた割引後価格を自ら選択するという側面があるため、条件付のリベートとはいえないし、全ての顧客に適用されるとい性格を持つため、差別的なりべとともいえない。欧州司法裁判所も、古くから単純な数量リべとを他の排他的リべとと競争法上区別してきている<sup>(14)</sup>。

これに対し、顧客の購入量の多寡とは関係なく、その必要とする購入量のほとんどを占有することがリべと提供の条件となっている場合、これを市場支配的事業者が用いれば、「忠誠リべと (Loyalty Rebates)」として違法となる<sup>(15)</sup>。顧客が異なれば、同じ商品を同じ数量だけ購入しても異なる価格が提示されることもあり、それ自体は非難に値しないが、それが自らの商品だけを取り扱っているか、競合品をも取り扱っているかによって決まるとする点に問題がある<sup>(16)</sup>。このようなりべと制度は、顧客の取引先選択の自由を制限し、競争者の市場アクセスを妨げる仕組みとなっており、特段の事情がない限り、取引固有の負担と利益が考慮された結果として正当化できず、市場における競争の維持・促進という競争法の目的とは相容れないものだからである<sup>(17)</sup>。そのため、客観的な正当化事由(効率性の向上といった競争促進効果)が認められない限り、違法との推認を覆せないと取り扱われている<sup>(18)</sup>。このような類型化は、「顧客に経済的利益を提供することにより、競争者による顧客獲得を困難にする」というりべとの排他性が「行為に本質的に備わっている」として導かれ<sup>(20)</sup>たものといえる。

以上の二つの類型に該当しないリべとは、「第三のカテゴリー」に分類される。そこでは、リべと供与に関する基準及びルールをはじめとする、あらゆる事情 (all the circumstances) を考慮して、反競争的な市場閉鎖効果(排除効果)

が生じる違法な行為かどうかが判断されることとなる。例えば、*Post Danmark II* 事件で用いられたリベート制度は、一定期間にわたる取引の総計（総量または総額）を基に提供される遡及リベート（Retroactive Rebates）であったが、個別の注文に応じて提供されるものではなかったことから、「数量リベート」とは認められず、また、全量購入を義務付けるものでなく、一定の占有率を確約させるものでもない標準化リベート（Standardised Rebates）であったため、「忠誠リベート」とも認められなかった。<sup>(21)</sup> このようなリベートは、直ちに違法なリベートと断定することはできないが、行為態様及び市場の状況によって「忠誠リベート」と同様の効果（Loyalty-inducing Effect あるいは Fidelity-pulling Effect）<sup>(22)</sup> を有する場合があり、このような場合には競争法上規制する必要がある。

## 2 誘引効果による「濫用」判断

EU 競争法においてリベート制度を用いた市場支配的地位の濫用があったかどうかを判断するには、リベート供与に関する基準及びルールをはじめとする、あらゆる事情を考慮する必要がある。<sup>(23)</sup> これは、三つのカテゴリーのいずれに該当するかを判断するためでもあるが、そのことによつて、問題となるリベートが、経済合理性に基づかない利益を提供することにより、顧客の持つ取引先選択の自由を制限するかどうか、競争者が市場にアクセスするのを妨げるかどうか、競争を歪めることでその市場支配的地位が強化されるかどうか等を検討し、競争制限効果を持つ違法なリベートといえるか検証が必要だからである。<sup>(24)</sup> 先例を踏まえれば、その際に特に重要となるのが次の五つの事情であると考えられる。

### (1) 遡及リベート（Retroactive Rebates）

リベート制度の違法性を問題にするに当たり、まず言及すべきは、リベートの遡及性（retroactivity）であろう。リベ

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開（伊永）

七五四（三八八）

トの供与基準を上回った取引部分のみが割引対象となるのが通常であるところ、遡及リベートの場合、供与基準を上回った時点で総取引量がすべて割引対象となり、比較的少量の取引を増やしただけで大きな割引効果を得ることができる点で、自己との取引を増やす圧力が特に強く働く。<sup>(25)</sup> このような供与ルールとなつていて、この説明を排除効果以外の経済合理性の観点から行うのは困難であり、市場支配的事業者が用いた場合には、その誘引効果 (Suction Effect)<sup>(26)</sup> によつて高い市場閉鎖効果が生じるため、同等効率競争者がリベートに対抗し得るかどうかを評価する必要はもはや認められないとされてきた。<sup>(27)</sup> 特に、これまでTFEU一〇二条違反となつたリベートをみる限り、かなりの事例において遡及リベートであつたと認定していることを踏まえると、リベートの遡及性が認められるかがリベートの違法性を判断する上での一つの分かれ目を形成しているように思われる。<sup>(28)</sup>

(2) 標的型リベート (Target Rebates)

リベートを供与する基準が取引先の達成可能な範囲内で高い水準に設定されている場合は、誘引効果が強く働き、取引先ごとによりリベートを供与する基準が設定されている場合は、取引先全体に対して一律の基準が設定されている場合と比較して、誘引効果が最も強く働くように、リベートを供与する基準を取引先の個別事情に応じて設定することができる。欧州司法裁判所が標的型リベートと評価した事例として、例えば、顧客ごとに前年度より高い水準の達成をリベート供与の条件とした *Michelin I* 事件や、顧客が必要とする量の八〇%〜一〇〇%を自己の商品が占有することをリベート供与の条件とした *Intel* 事件があり、先例においても重要視されている。ただし、画一的に適用されており差別的な性格を持たない点で標的型リベートといえなかつたとしても、市場における閉鎖効果を認定する上での障害となるわけではない。<sup>(29)</sup>

(3) リベートの算定対象期間

比較的長期にわたる期間全体について割引を行うという仕組みには、需要者に対し、割引を得るために必要な取引量に達することで不測の損害が発生するのを避けようとする誘引効果が本来的に備わっている<sup>(30)</sup>。対象期間が長期に及ぶほど、誘引効果は高まるといえるが、一年間という期間でも違法性を認定するのに十分である<sup>(31)</sup>。このような点は、排他条件付取引 (Exclusive Dealing) において市場閉鎖効果を評価するのに対象期間が重視されるのと同じである。

(4) 市場における地位・状況

問題となる市場支配的地位の程度や市場における競争の状況についても考慮する必要がある。非常に大きな市場シェアを持つ市場支配的事業者は、それだけで需要者にとって避けがたい取引先 (Unavoidable Trading Partner)<sup>(32)</sup> となるし、取引量全体に適用される割引を前にして、競争者がそれより良い取引条件 (価格) を提示するのは特に困難となるからである。例えば、市場の七〇%の独占領域を持つシェア九五%の市場支配的事業者が、規模の経済性が強く働くためネットワークを持たない事業者の参入・拡大が難しいという市場の状況において排他的リベートを用いれば、強い市場閉鎖効果が生じるのは自明といえる<sup>(33)</sup>。また、消費者から指名買いがあるなど強いブランド力を有する場合には、品揃えに加えておくことが必須の商品 (Must-stock Product) として需要者にとって避けがたい取引先となることもある<sup>(34)</sup>。これらの状況下で実施されたリベート制度は、契約上の義務というかたちで顧客を困い込まなくても、顧客が競争者から供給を受けることを困難にするおそれがあり、反競争的な市場閉鎖効果を生じさせることになる。

(5) 客観的な正当化事由 (Objective Justification)

市場閉鎖効果が認められる場合であっても、市場支配的事業者は、その競争制限効果が効率性の向上を通じた需要者還元によって打ち消されることを立証すれば、問題となる行為を正当化することができる<sup>(35)</sup>。ただし、そこでの効率性は、行

為に固有の結果としてもたらされるものであること、問題となる行為が潜在的な競争の種を摘み取ることで効果的な競争を消滅させないものであることを示す必要があるのは、TFEU一〇一条三項が規定する要件とほぼ同じである。そのため、市場閉鎖効果を持つことが明らかな行為を正当化するのは容易でない。<sup>(36)</sup>

### 3 競争制限効果の蓋然性と重大性

「濫用」を認定する上で必要となる競争制限効果は、現実に生じることまでは必要でなく、競争を制限する傾向があるか、競争制限効果を持つおそれが示されれば十分である。<sup>(37)</sup> すなわち、問題となるリベートが競争を毀損し、需要者に不利益をもたらす排除効果を生じさせるかどうかを検討した上で、市場における競争制限効果が実現した行為だけでなく、その蓋然性 (likely) があつる行為であれば、TFEU一〇二条違反を構成する。<sup>(38)</sup> ただし、競争制限効果の発生が仮定的な可能性や単なる理論上の可能性に留まる場合には、この限りでない。<sup>(39)</sup> その意味で、蓋然性の要件は、行為 (リベートの条件設定) と結果 (市場閉鎖効果) との間の因果関係を具体的に問題にしているものと理解することができる。<sup>(41)</sup>

競争制限効果の重大性については、市場支配的事業者の存在それ自体によって市場における競争がすでに弱まっていることを踏まえないならぬ。<sup>(42)</sup> そのため、市場支配的事業者の用いるリベートが市場構造に悪影響を及ぼしたり、市場に残存する競争を減殺したりするおそれがあれば、TFEU一〇二条に違反するといえ、競争制限効果の重大性は示される必要はない。<sup>(43)</sup> 市場支配的事業者は、市場における競争をこれ以上歪めないように振る舞うという特別な責任 (Special Responsibility) を負っているのであり、競争の構造をさらに弱める行為はそれだけで問題となるからである。<sup>(44)</sup> ただし、重大性が不要である根拠として市場支配的事業者の存在によって競争が弱められた市場での行為であることを挙げているこ



とから、論理必然的に、市場支配的事業者がいない市場を対象とした排除行為については、この判旨の射程は及ばないと考えられる。<sup>(45)</sup>

### 三 効果重視の分析アプローチの必要性

#### 1 カテゴリー別分析の是非

EU競争法の評価枠組みを端的に整理すれば、問題となるリベート制度について、原則適法となる第一のカテゴリーの「数量リベート」、原則違法となる第二のカテゴリーの「忠誠リベート」、そして具体的な審査が必要となる第三のカテゴリーの「条件付リベート」の三つのカテゴリーに分類した上で、第三のカテゴリーに該当する場合には、リベート供与に関する基準及びルールが市場閉鎖効果を有し、需要者に不利益をもたらす蓋然性があるかどうかについて、あらゆる事情を考慮して定性的に判断するというものであった。

三つのカテゴリーに分類して判断する枠組みそれ自体は、規制の全体像を理解するのに有益であると評価する見解<sup>(46)</sup>がある一方、リベート供与に関する基準及びルールの悪質性に着目するだけで、市場における競争制限効果を検討してこなかった裁判所の違法性判断の手法については、過剰規制 (False Positive) との関係で批判が強い。<sup>(47)</sup>確かに、原則違法類型についても反論の余地は残されているが、行為の外形から競争制限効果の推認が及んでおり、これを覆すのは事実上困難である。<sup>(48)</sup>この評価枠組みに安易に依存すると、本来規制すべきでない行為にもかかわらず、行為類型から競争制限効果を推し量ることで違反とされるものが出てくるおそれを否定することはできない。

実際、リベートには単なる値引きや需要に応じた弾力的な価格補正といった競争促進効果的な側面もあり、市場全体の

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開 (伊永)

七五〇 (三八四)

状況から見れば、一概に競争制限効果を持つていとはいえないことも多い。また、低価格での供給それ自身が市場閉鎖効果を生じさせるということもあるが、そうだとすると、その行為自体は守るべき競争の一過程であつて規制されるべきものではない。<sup>(49)</sup> 理論的な見地からいえば、リベートが提供されることによって第二種価格差別 (Second-Degree Price Discrimination) が行われ、そのことによつてカルテル破りが見つけにくくなつたり、競争者間の価格協調が難しくなつたりするといふ副次的競争促進効果も指摘されている。<sup>(50)</sup> たとえ忠誠リベートであつても、競争制限効果と競争促進効果のいずれが勝るリベートなのかを行為類型から一律に想定することは難しく、市場を取り巻くあらゆる事情を評価して初めてわかるといつた側面もある。<sup>(51)</sup>

このことは、当然ながら、三つのリベート分類の意義にも波及する。

まず、数量リベートであつても、リベート提供の基準を段階的に設けた時点で、高いリベートを得られる基準の前後に位置する顧客には競合品よりも優先的に取り扱おうとする誘引効果が発生する。<sup>(52)</sup> しかし、取引効率化の観点から技術的にリベート提供の基準に段階を設けているのであつて、その効果は排他性を帯びるように人為的に設計されたものとは言い難い。そのため、他の二つのカテゴリーに該当するリベートとの区別を強調するのも、行為規制という趣旨に照らして理由があると考えられる。ただし、どの程度純粹な「数量リベート」であればこのカテゴリーに該当するのか、最終的にはその判断基準は相対的にならざるを得ないという側面を含め、完全な適法行為とするのではなく「原則適法」として例外的に違法となる余地を残している点に留意する必要がある。<sup>(53)</sup>

一方、忠誠リベートと第三カテゴリーの排他的リベートとの区別は、リベートの提供条件が取引全体のほとんどを占有しているかどうかによって依拠している。このように占有率という梃子を利用して排他性を高めるといふ点で、忠誠リベートも

排他的リベートの一分類に過ぎず、その差は相対的なものに留まる。<sup>(54)</sup> また、リベートによって競争関係が高まったりするといった競争促進効果が考えられるため、市場支配的事業者が行う忠誠リベートであっても、競争が制限されることによって弊害が生じると言い切るには疑問がある。<sup>(55)</sup> つまり、原則適法として正常な事業活動の萎縮を抑制しようとする「数量リベート」を別類型として分けるのは可能だとしても、残り二つのカテゴリ分類を絶対視するには根拠が足りず、これに過度に依拠してその競争制限効果を推し量るのは適切とはいえないと考えられる。<sup>(56)</sup> 少なくとも、忠誠リベートに該当するかどうかは厳格な適用をすべきであり、広く第三のカテゴリ・リベートと分類することによって、行為が有する競争制限効果を重視し、より客観的な違法性判断を行うべきであり、そうしたとしても先例との牴触が生じるとも考えられない。<sup>(57)</sup>

このことは、EU競争法は競争過程を保護することが目的なのであって、競争者を保護するためのものではないことと無関係でない。市場支配的地位の濫用として違法となるのも、市場支配力を用いた行為が競争を毀損し、その結果、顧客に損害を与えるからであって、違法性判断において決定的に重要となるのは、個々の競争者に対する排除効果それ自体ではなく、市場を通じて弊害をもたらす競争制限効果であるといえる。<sup>(58)</sup>

## 2 競争制限効果の考慮要素

リベートの持つ競争制限効果を評価するに当たっては、リベート供与に関する基準及びルールが、①顧客の取引先選択の自由を制限するか、②競争者の市場アクセスを妨げるか、③その結果として市場支配的地位の強化がもたらされるか、という競争制限効果が市場に及ぶ因果の流れに着目して検討を行っているのだと理解することができる。すなわち、顧客がリベートの持つ強い誘引効果によって事実上の選択肢を失い、市場支配的事業者の商品を購入せざるを得なくなれば、

それだけ市場を閉鎖化する効果が発生し、競争者にとって競争可能な範囲が人為的に制限されてしまう結果となる。そうなれば、競争者が取引機会を失い、市場シェアを下げるなど効果的な競争を行う能力が減退することに繋がるため、市場支配的地位は維持・強化されることとなると考えられる。

EU競争法におけるこのような評価枠組みそれ自体については、異論を挟む余地はあまりない。これまで判例が「濫用」を判断する上でリベートの誘引効果を重視してきたのは、占有率リベートといった行為の外形のみを根拠として誘引効果の強弱を判断するわけではなく、リベート供与の諸条件とともに市場の状況やリベートが対象とする市場の範囲 (Market Coverage) 等の諸事情を踏まえ、その市場閉鎖効果を違法性の認定において評価しているからに他ならない。先例を理解する上では、市場における関連事情を加味せずに競争制限効果を推し量っているわけではないことに留意する必要がある<sup>(60)</sup>。

実際、*Post Danmark II* 事件では、一年間に達した合計取引数量又は合計取引金額に依じて所定の割引率が適用されるという事実だけでなく、競争可能な領域 (三〇%) と独占領域 (七〇%) とを区別することなく、取引全体に最終的に到達した割引率が適用される点で、誘引効果が一層高まる点を問題視している<sup>(61)</sup>。つまり、競争可能な三〇%の領域について取引を競争者に切り替えようとすれば、切り替えた部分について一切のリベートを受けられなくなるばかりか、年間総取引量で判定されるリベートの割引率が年当初よりも引き下がってしまい、切り替えなかった部分や独占領域におけるリベートまで減るリスクを負うことになるため、競争者に切り替えるインセンティブのほとんどを奪うリベート制度となつていと評価しているのである。また、前記二二(4)で触れた需要者にとって避けがたい取引先 (Unavoidable Trading Partner)<sup>(62)</sup> を重視しているのも競争可能な範囲を特定する上で有益な判断指標となる。そこでは、市場の過半をカバーするリベートであることは、市場に対する影響の程度を示す有益な指標となるし、競争制限的な排除効果が生じる蓋然性を裏付けるこ

ともできるともしている。<sup>(63)</sup>

以上のような定性的な考慮要素の総合評価で市場閉鎖効果が生ずると十分判断できる場合には、欧州委員会が一〇二条ガイドランスにおいて取り入れた「同等効率競争者テスト (As Efficient Competitor Test)」<sup>(64)</sup>を用いて違法かどうか判断する必要性も高いとはいえないだろう。<sup>(65)</sup>しかし、市場のごく一部しか対象としないリベートの場合には、リベートによる値引きに対抗することなく競争者が市場の大半にアクセスできるというのだから、たとえ忠誠リベートのような排他性の高いリベートであったとしても、市場における競争制限効果が生ずる蓋然性が高いと断定するのは困難である。<sup>(66)</sup>このような場合には、リベート制度に関して市場支配的地位の濫用があるかどうかを評価するための数あるツールの一つとして同等効率競争者テストが有益な判断指標となり得るといえる。<sup>(67)</sup>市場支配的事業者によるリベートは、理論上、状況次第で常に競争制限効果をも生じさせるが、それが同等効率競争者であっても対抗できないものであることが立証できれば、潜在的競争者に対する閉鎖効果を含めて競争制限効果が生ずる蓋然性が高いことを示すことができるからである。<sup>(68)</sup>

### 3 同等効率競争者テスト

多くの競争当局で経済学の知見を活かした規制アプローチを導入しようとする動きが見られるのは、違法性判断基準を価格とコストの比較分析に落とし込んで一定のセーフハーバーを示すことにより、競争的な価格設定に対する萎縮を抑制する効果が期待できると考えるからである。<sup>(69)</sup>しかし、同等効率競争者テストは、差別対価、不当廉売、マージンスクイズのように不当な価格設定そのものを取り扱う類型で用いられてきたのであって、支配的事業者による遡及リベートがT F E U一〇二条に違反するかを検討する上では、コスト割れ価格となることが必要なわけではないと欧州司法裁判所は判

断している。<sup>(70)</sup> この判断の背景には、次の二つの理由があると考えられる。

一つは、たとえば、法規制に基づき市場の七〇%に及ぶ独占領域を有することで構造的な優位に立つとともに、非常に高い市場シェアを有する支配的事業者がいる場合においては、市場構造から見て同等に効率的な競争者が現れるというのは事実上不可能であるため、これを想定して競争制限効果を評価する意味がないとするものである。<sup>(71)</sup> 同等効率競争者を想定し得ないほど既に構造上競争が弱まっている市場においては、効率性で劣る競争者であっても一定の競争圧力をもたらすという点を過小評価すべきでないことからすれば、そのような競争圧力を維持することも規制趣旨の一つとして捉えて法適用を行うということも一理ある。<sup>(72)</sup> 競争秩序という保護法益を維持・促進するという目的に照らせば、同等効率競争者が想定し得ない市場だからといって、市場支配的事業者の行為によってさらに市場構造が非競争的に変化するのを規制しなくて良いということにはならないからである。

もう一つは、リベートが競争制限的かどうかを価格とコストの分析によって判断するには、顧客が市場支配的事業者から切り替える際に失うリベート分を補うことができるよう競争者が設定しなければならない対抗価格 (Effective Price) を算定する必要があるが、そのためには、市場支配的事業者に対して市場において競争することが可能な範囲 (Contestable Share) を特定しなければならないという点に起因する。競争可能な範囲というのは、需要者の観点から見るとともに、市場支配的事業者が避けがたい取引先であるかどうか、競争者が行う事業活動の範囲は市場の全体に及ぶかどうかを中心に、市場全体の状況等を総合的に勘案して判断することとなるため、画一的に決まるといえるものではない。市場閉鎖効果は競争可能な範囲がどの程度であるかに強く依存するため、これを特定することは、同等効率競争者テストのみならずリベートの違法性判断において重要な意味を持つといえるが、<sup>(73)</sup> 特に多段階の提供基準を持つ適及リベートの場合には、競争

可能な範囲が取引先ごとに異なり、これを十分特定することが現実的でないことも多い。このことに鑑みると、少なくとも同等効率競争者テストによって違法性を判断するというセーフハーバー機能を一般的に期待するのは難しいように思われる。<sup>(74)</sup>

したがって、市場支配的事業者による濫及リベートについてコスト割れ価格を「濫用」の必要条件としなかった点は、  
妥当な判断だと評価できよう。その意味で、同等効率競争者テストは、リベートの違法性を判断するための唯一絶対のツールとは考えるべきでないし、たとえ同等効率競争者テストでは違法ラインを超えないリベートだったとしてもそれだけで適法が確定するわけでもない。<sup>(75)</sup>しかし、リベート類型に従った違法性判断のように、市場閉鎖効果が発生する可能性があるという程度の漠然とした抽象的可能性をもって最終的な結論まで導くというのでは、正常な事業活動に対する萎縮効果が避けられない。たとえ忠誠リベートのような違法類型であっても、リベートがカバーする市場範囲や対象期間といった考慮要素を重視して市場閉鎖効果が生じる蓋然性を確認すべきであるが、これらを検討しても市場閉鎖効果の発生を結論付けることができない場合においては、潜在的な排除効果をも取り込む同等効率競争者テストを活用して検証すべきである。<sup>(76)</sup>これは、従来どおりの定性的な評価によってあらゆる事情を踏まえて判断するという手法を中心に据えつつ、リベートが持つ市場閉鎖効果は現実に発生したものである必要はなく、あくまでも蓋然性で足りるとした上で、同等効率競争者テストにその蓋然性を補完する独自の意義を見出している点で、類型重視の分析アプローチによる過剰規制の懸念を払拭して、立証負担とのバランスを取った合理的な評価枠組みであると評価できる。

#### 四 おわりに —— 日本法への示唆

EU競争法におけるリベート制度の評価枠組みは、効果重視の分析アプローチの採用を通じて、古典的な判断様式から現代的なものに徐々に脱却しつつあると思われる。過剰規制への懸念を重視し過ぎるあまりに同等効率競争者テストといった経済アプローチを絶対視することなく、その用途をセーフハーバーといった汎用性の低い効用しか見込めないものに出すわけでもない。具体的事例における市場閉鎖効果の判定に積極的に活用しつつも、あくまでも法的には市場閉鎖効果が発生する蓋然性の確認といった補完的・補助的役割に徹した位置付けとしている点で、バランスの取れた評価枠組みに寄与していると高く評価できるものであった。

翻って、このようなEU競争法上の判断枠組みに照らし、わが国独占禁止法上の排除型私的独占規制の判断枠組みと比較することによって、どのような点を指摘することができるだろうか。

リベート供与に関する基準及びルールが、①顧客の取引先選択の自由を制限するか、②競争者の市場アクセスを妨げるか、③その結果として市場支配的地位の強化がもたらされるかという考慮要素は、排除型私的独占ガイドラインの検討事項に照らすと、それぞれ、①排他的リベートといえるか(第2の3(3))、②排除効果を持つか(第2の3(2))、③競争の実質的制限があるか(第3)に相当する検討を行っているといえる。そして、前記2で掲げた(1)遡及リベート及び(2)標的型リベートという競争制限効果を判断するための考慮要素は、リベートの排他性を判断するための考慮要素として取り込まれており、また、(3)リベートの算定対象期間及び(4)市場における地位・状況については、排除効果を判断するための考慮要素として取り込まれている。さらに、(5)客観的な正当化事由は、競争の実質的制限の判断において考慮されることと



なろう。これを敷衍すれば、排除型私的独占ガイドラインでは、リベートを外形上カテゴリー分類せずに関連するあらゆる事情からその違法性を判断するものとなっており、その意味で効果重視の分析アプローチを徹底しているということもできよう。<sup>(80)</sup>

もつとも、排除型私的独占ガイドラインでも、排他的リベートかどうかを判断するための各考慮要素において「行為者の商品を競争品よりも優先的に取り扱わせる機能が強く働き、取引先が行為者からより多くの商品を購入する可能性が高くなる。したがって、競争品の取扱いを制限する効果が高くなる」として競争者の取引機会の減少に言及しているように、これらの考慮要素は、そのまま「他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない競争者の事業活動を困難にさせる」<sup>(82)</sup>という市場閉鎖効果（排除効果）に結び付くことを認めており、この判断においても重要な評価軸を占めることになると考えられる。当然ながら、すでに市場支配力を持つ事業者が排他的リベートを行う場合には、上記検討においても、代替的な取引先を見出せない競争者の事業活動を困難にさせることになりやすいし、市場支配力の維持・強化の認定も比較的容易である。この意味でも、EU競争法の到達点と軌を一にしていると思われる。

ただし、排除型私的独占ガイドラインは、上記市場閉鎖効果（排除効果）の検討を行うに際して、リベートの対象となる契約数といった相手方の数・シェアといった要素も重視する。<sup>(83)</sup>しかし、前記32及び3で見たように、EUにおいても市場閉鎖効果が発生する蓋然性の文脈でリベートが対象とする市場の範囲が重視されることとなるのだとすれば、その評価手法において大きな差がないばかりか、この点を重視して市場閉鎖効果を判断するという評価軸の置き方についても今後は一致する可能性がある。

その上で、一〇二条ガイドランスで言及されている同等効率競争者テストについて、排除型私的独占ガイドラインは、「費

用基準を当てはめる際の実質的販売価格の算定には大きな困難が伴うこと等事件の審査を行う上で十分に問題が解決していない状況にあると考え、現段階においては、排他的リベートの供与の排除行為が該当性については、市場全体の状況、行為者・競争者の市場における地位、行為の期間および相手方の数・シェア、行為の態様等の事項を総合的に考慮した上で判断することが適切としている<sup>(84)</sup>として、同等効率競争者テストを主要な違法性判断基準としては取り込まなかった。しかし、それは常に同等効率競争者テストを用いて違法性判断するという義務付けに懐疑的であったに留まり、その違法性判断基準としての有用性を否定するものとははいえないし、事件審査上の問題がクリアできる事例であれば、その活用が検討されても何ら不思議はないだろう。その意味で、EUにおけるIntel事件は、まさに経済アプローチが活用し得る事案であったと考えることができる。ただし、同等効率競争者テストは、すべての事案において適用を試みるほどの汎用性は現実には期待できず、また一般的に十分な萎縮抑制効果も発揮していないのだとすれば、現時点においては評価ツールの一つに留めておくのが適当と考える点においても、EUでの取扱いは我が国における法運用の重要な実例素材となっているといえよう。

- (1) 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(平成二十二年一〇月二八日公取委)。
- (2) 排除型私的独占ガイドライン第3の3(3)。リベートによって需要が喚起されること自体、消費者の利益に繋がる(See Damien Neven, 'A Structured Assessment of Rebates Contingent on Exclusivity' (2015) 1 Competition Law & Policy Debate 86)。
- (3) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates* (4 Feb. 2003), DAF/COMP (2002) 21; OECD, *Bundled and Loyalty Discounts and Rebates* (2 Dec. 2008), DAF/COMP (2008) 29; OECD, *Roundtable on Fidelity Rebates* (8 June 2016), DAF/COMP/WD (2016) 51.

- (4) See e.g. Joined Cases 40/73 etc, *Suiker Unie and Others v Commission* [1975] ECR 1663; Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461; Case 322/81, *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission* —*Michelin I* [1983] ECR 3461.
- (5) Case T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, EU:T:2014:547.
- (6) Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* —*Post Danmark II*, EU:C:2015:651.
- (7) Case C-413/14 P, *Intel Corp. v Commission*, not yet decided.
- (8) Case C-413/14 P, Opinion of Advocate General WAHL delivered on 20 October 2016.
- (9) 直訳上の Amazon 事件 (Case AT 40153—*E-Book MFN's and Related Matters*, Commission press release IP/15/5166) / *Gazprom* 事件 (Case AT 39816—*Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe*, Commission MEMO/15/4829) / *Google* 事件 (Case AT 39740—*Google Search*, Commission MEMO/15/4781) 及び *Qualcomm* 事件 (Case AT 40220—*Qualcomm: Exclusivity Payments*, and Case AT 39711—*Qualcomm: Predatory Pricing*, Commission press release IP/15/6271) など二条違反や問われるべき競争法実務における市場支配的地位濫用規制は特に重要な位置を占めるようになってきている。
- (10) See Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, para 75; Case T-203/01, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission* —*Michelin II* [2003] ECR II-4071, para 58. ただし、リベートを適用した結果、コストを下回る価格での供給となる場合には、略奪的価格設定 (Predatory Pricing) として二条違反となることはあり得る。See Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.
- (11) Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, paras 89–90; Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 71; Case C-163/99, *Portugal v Commission* [2001] ECR I-2613, para 50; Case C-95/04 P, *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331, para 84; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 27.
- (12) European Commission's Communication entitled “Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, OJ C 45, 24.2.2009 [hereinafter *Guidance on Article 102 Enforcement Priorities*].

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開 (伊永)

七四〇 (三十四)

- (13) *Id.*, para 46.
- (14) See e.g. Case 40/73—*Suiker Unie*, *supra* note 4, para 518.
- (15) See Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, paras 89–90; Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 71; Case C-549/10 P, *Tomra and Others v Commission*, EU:C:2012:221, para 70. このカネトリーに該当するリベートは“Fidelity Rebates”と“Exclusivity Rebates”とを併せられ。
- (16) *Id.*, para 90.
- (17) Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, para 77.
- (18) *Id.*, paras 81, 173.
- (19) See e.g. Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, para 197. 以来、先例として Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 27 で「言及されたこと」。
- (20) Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, paras 85–87.
- (21) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 28.
- (22) この概念が用いられたのは、Case T-203/01—*Michelin II*, *supra* note 10, para 66 が初めてとされる。ただし、直近の欧州司法裁判所判決では、同様の概念を説明するに際して「誘引効果 (Suction Effect)」と言ひ換えられたこと。See Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 34.
- (23) Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 71. See Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 73.
- (24) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 32–33. 同等効率競争システムについては、後掲注 (24) を参照。
- (25) Case C-95/04 P—*British Airways*, *supra* note 11, paras 67–69, 73; Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15, paras 71, 78–79. Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 29–33. See also Case C-95/04 P, Opinion of Advocate General KOKOTT delivered on 23 February 2006, para 50. Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, *supra* note 12, paras 37, 40–41. このことを明確に述べて市場閉鎖効果に繋がることを強調する。

- (26) 誘引効果とは *loyalty-building effect* を意味するもの (Opinion of AG KOKOTT, *supra* note 25, para 37) とされており、排除型の独占ガイドラインにいう「行為者の商品を競争品よりも優先的に取り扱わせる機能」と同様の意味と思われる。前掲注(22)も参照。
- (27) *See e.g.* Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15, paras 73, 80.
- (28) 代表的な事例として Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4; Case C-95/04 P—*British Airways*, *supra* note 11; Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15 がある。
- (29) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 38.
- (30) *See* Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 81; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 34.
- (31) *See* Case T-203/01—*Michelin II*, *supra* note 10, para 88. *Michelin II* 事件の *Post Danmark II* 事件も一年間の総取引を対象とした適及リベートが「濫用」となった事例である。
- (32) *See* Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 41.
- (33) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 39–40.
- (34) Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, para 77.
- (35) *See* Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 85; Case C-95/04 P—*British Airways*, *supra* note 11, para 86; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 47–50.
- (36) *British Airways* 事件では<sup>4</sup>、リベート制度が固定費用を回収するために貢献しているとして正当化を試みたが、一般裁判所はこの主張を認めなかった (Case T-219/99—*British Airways* [2003] ECR II-5917, paras 279–291)。また<sup>5</sup>、*Intel* 事件では、<sup>6</sup> 排他的リベートが正当化されるのは「特段の事情」がある場合に限られる旨を明示することにより、<sup>7</sup> 効果的な販売促進のために行ったとする *Intel* の主張を退けている (Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, paras 71, 77)。
- (37) *See* Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15, para 68; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 68–69.
- (38) Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 44; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 69.

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開 (伊永)

七三八 (三七一)

- (39) See Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 65. ㉡点 Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, paras 116–121. ㉢競争制限効果が生じる蓋然性が低く、過剰規制のおそれが危惧されるとして、理論上の可能性に留まる場合等を問題にしており、あらゆる事情を考慮した上で蓋然性の高低を判断する必要性を説く。
- (40) 東日本電信電話事件（最二小判平成二二年二月一七日民集六四卷八号二〇六七頁）でも、問題となった行為と競争制限効果との間の因果関係を私的独占の成立要件として検討している。
- (41) *Post Danmark II* 事件の法務官意見では、TFEU一〇二条が規制対象とするのは潜在的な競争者に対する排除効果も含むのだから、問題となる蓋然性の程度について「very likely」や「particularly likely」といった高いハードルを課すべきでないとした（Opinion of AG KOKOTT, *supra* note 25, paras 80–83）。これは、厳密な因果関係の立証を要求すべきでないとの趣旨から出たものと考えられるが、同時に一定の因果関係が必要となることを前提としていると理解することもできる。
- (42) See Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 123; Case C-202/07 P, *France Télécom v Commission* [2009] ECR I-2369, para 107.
- (43) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 74. 競争制限行為は、その本来的性格上、競争を少なからず毀損するものであるため、競争制限効果について閾値（De Minimis Threshold）を設定するところのは妥当なところ（*Id.*, para 73）。ただし、TFEU一〇二条が適用されるには、複数のEU加盟国に影響が及んでいなければならないという前提条件があることからすれば、そこでは一定の重大性が前提とされているようにも思われる。
- (44) See e.g. Case C-209/10, *Post Danmark v Konkurrenceådet*—*Post Danmark I*, EU:C:2012:172, para 23. 市場支配的事業者が負う「特別な責任」㉣ Case 322/81—*Michelin I*, *supra* note 4, para 57; C-202/07 P—*France Télécom*, *supra* note 42, para 105; C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission* [2010] ECR I-9555, para 176; Case C-52/09, *Konkurrenserverket v TeliaSonera Sverige AB*, [2011] ECR I-527, para 24 等。言及されたところの言及である。
- (45) 英国 G *Streetmap v Google* [2016] EWHC (England Wales High Court (Chancery Division)) 253, paras 95–97. ㉤ Case C-23/14—*Post Danmark II* を踏まえての言及がなされたところ。

- (46) RICHARD WHISH AND DAVID BAILEY, *COMPETITION LAW* 773 (7<sup>th</sup> 2015), Oxford University Press.
- (47) See e.g. John Kallaugher and Brian Sher 'Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82 (2004) 21 *European Competition Law Review* 263.
- (48) WHISH AND BAILEY, *supra* note 46, p 770.
- (49) Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, para 126.
- (50) GUNNAR NIELS, HELEN JENKINS AND JAMES KAVANAGH, *ECONOMICS FOR COMPETITION LAWYERS* 183–184 (2<sup>nd</sup> 2016), Oxford University Press.
- (51) See Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 92 et seq.
- (52) この点を詳述するものとして、NIELS, JENKINS AND KAVANAGH, *supra* note 50, p 196.
- (53) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 27 で「これほどの先例では言及されなかった in principle」との文言が加わった。これは、例外的に違法となる余地を示唆するものと評価できるが、その趣旨は上記のようなものでもあり、純粹な「数量リベート」を適法とするとの扱いは先例と変わるものではないと考えられる。
- (54) See Nicolas Petit 'Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU' (2015) 11 *European Competition Journal* 1, 26–28. また、この中で「ほとんどの (most)」とは必要量全体の八〇%超を意味する (See European Commission, Guidelines on Vertical Restraints, 2010/C 130/01, paras 66–67) と考えられており、Intel 事件では取引先において八〇%—一〇〇%の占有率をリベート供与の条件としていたことから、「ほとんど」という条件を満たすと判断された (Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, para 135)。ここで閾値として採用された八〇%という数値は、基準確定のための相対的な政策判断に留まり、絶対視されるような経済合理性や経験則に基づくものではないと思われる。Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, paras 98–100 も、第三のカテゴリと分類された *Toma* 事件のリベートと原則違法と分類された *Hoffmann-La Roche* 事件のリベートとは、個別的 (標的型) 濫及リベートという特徴では共通していたのであって、そこには程度の差しか存在しないとする。
- (55) See OECD Fidelity Rebates 2008, *supra* note 3, pp 9, 21; Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, *supra* note 12, para 37.

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開 (伊永)

七三六 (三三〇)

- (56) See Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, paras 80–105.
- (57) この点に関し、WAHL 法務官は競争促進的な行為まで違反にしてしまうリスクを重視し、「忠誠リベート」のカテゴリと「第三のカテゴリ・リベート」を合わせて一つのカテゴリにまとめ、あらゆる事情を加味して違法性を判断すべきだと意見を述べた (Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, paras 73–84)。
- (58) See Case C-209/10—*Post Danmark I*, *supra* note 44, paras 21–22.
- (59) See Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, paras 41–43.
- (60) See Case 85/76—*Hoffmann-La Roche*, *supra* note 4, para 92 et seq. 略奪的価格設定のような明らかな排除行為であっても、関連するあらゆる事情を考慮して違法性判断を下しつづけることは見過ごされるべきではない (See Case C-209/10—*Post Danmark I*, *supra* note 44, paras 26, 44)。
- (61) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 35. 本件の事実概要及び判旨等については、伊永大輔「判批」NBL10七八号九四頁以下 (二〇一六年) を参照されたい。
- (62) *Id.*, para 40.
- (63) *Id.*, para 46.
- (64) 同等効率競争者テストを *Intel* 事件 (Case COMP/C3/37.990—*Intel*, Commission Decision of 13 May 2009) に準えて解説すれば、次のようなものとなる。Dell が必要とするCPUの総量を100個とし、Intel と AMD のみがCPUを供給している。Intel はCPUを一個当たり五ユーロで供給しており、Intel 製CPUの占有率が100%となれば20%のリベートが提供される。そのため、Dell が Intel 製CPUを100個購入するのであれば、一個当たり四ユーロで購入できる。このとき、Intel は一個当たり三ユーロのコストで供給しているとすれば、コストより価格が高い以上、不当な廉売 (略奪的価格設定) としてTFEU10二条に違反することはない。このとき、Intel 製CPUを指名買入する顧客が多いことから品揃えに不可欠であるとして六〇個購入する必要があるが、残り四〇個については Intel と AMD のいずれから購入しても良いとすると、AMD によって Dell との取引をめぐって競争することが可能な範囲 (Contestable Share) は四〇個ということになる。しかし、残り四〇個も全て Intel



から購入すれば、これまで購入した分（六〇個）も含めて全体に二〇%の値引き（リベート）が適用されることとなる。そのため、この四〇個分をめぐる競争において AMD が Intel のリベートに対抗するために提示しなければならない価格は、一個当たり四ユーロではなく、既に購入してある六〇個に適用されるリベート分（四〇個分に割り当てると一個当たり一・五ユーロの値引き）をも適用した一個当たり二・五ユーロとなる。この価格は、Intel の一個当たりの供給コストである三ユーロを下回っており、Intel と同等に効率的な競争者であってもコストを価格で補うことができないという意味で経済合理性のない価格設定だということができる。このような思考方法により、違法性判断を明確な基準で行おうとするのが同等効率競争者テストである。一〇二条ガイドランスにおけるリベートの競争制限効果を図る価格と費用の分析方法については、伊永大輔「EUにおける市場支配的地位の濫用に係る指針（下）」公正取引七一一年四八頁以下（二〇一〇年）参照。

(65) もとより一〇二条ガイドランスは、欧州委員会が優先する事件選択に関するアプローチを示したものに過ぎず、各国競争当局や裁判所を拘束するものではない（Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, *supra* note 12, paras 3, 23. See Case C-360/09 *Pfleiderer v Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161, para 21; Case C-226/11 *Expedia v Autorité de la Concurrence*, EU:C:2012:795, paras 29, 31）。先例（Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15, para 80）に照らしても、市場支配的事業者によるリベート制度を濫用とするために、同等効率競争者テストによって判断しなければならないという法的義務はないといえる。

(66) Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, para 137. また「市場の一四%しかカバーしない Intel 事件の場合には、それだけで結論付けることはできなことを（*Id.*, para 134）。

(67) See Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, paras 55-58, 61.

(68) Case T-286/09—*Intel*, *supra* note 5, paras 93, 150 では「競争者による市場アクセスをより困難にするものであれば足りるとして、市場アクセスを完全に不可能にするかどうかを判定する同等効率競争者テストはここでは無関係としたが、市場閉鎖効果が生じる蓋然性は単なる理論上の可能性では足りないのだから、市場閉鎖効果を持つ行為であると認定する上で、なお有益な指標となると考えられる。See e.g. Elisabeth de Ghellinck, “The As-Efficient Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?” (2016) 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 544, 547-48.

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開（伊永）

七三四（三六八）

- (69) See OECD Fidelity Rebates 2008, *supra* note 3, p 26; see also Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, *supra* note 12, para 43.
- (70) Case C-549/10 P—*Tomra*, *supra* note 15, para 73; Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 56.
- (71) Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 59.
- (72) *Id.*, para 60.
- (73) See D. Neven, *supra* note 2, p 39.
- (74) 実務的には、価格と費用に関する信頼できるデータかどうかも問題となる (Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, *supra* note 12, para 25)。
- (75) この点 *Post Danmark II* 事件の法務官意見 (Opinion of AG KOKOTT, *supra* note 25, para 68) では、市場の特性といった多種多様な事情がある中で、コストと価格の比較だけで結論付けてしまうことには疑問があるとの一般論が述べている (ただし、Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6 べはの点への言及はなし)。Richard Whish, *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!* (2015) 6 *Journal of European Law & Practice* 1, 2 も、リベート制度をめぐる競争法上の問題の本質は、価格にあるのではなく、排他性にあることを強調する。
- (76) See Opinion of AG WAHL, *supra* note 8, para 172.
- (77) 排除型私的独占ガイドライン第2の3(3)。同イ(リベートを供与する基準)・エ(リベートの週及性)において考慮される。
- (78) 排除型私的独占ガイドライン第2の3(2)。同ア(商品に係る市場全体の状況)・イ(行為者の市場における地位)・エ(行為の期間及び相手方の数・シェア)において考慮される。
- (79) 排除型私的独占ガイドライン第3の2(2)。同エ(効率性)・オ(消費者利益の確保に関する特段の事情)において考慮される。
- (80) 原則適法となる「数量リベート」についても、排除型私的独占ガイドライン第2の3(3)ア(リベートの水準)・ウ(リベートの累進度)では純粹に数量に比例したリベートであるかどうかを見ることに徹しており、一見「数量リベート」に見えるが、リベートの水準が極端に高く設定されていたり、累進的にリベートの水準が設定されたりすることによって強い排除効果を持つ

ベートについても、これを取り漏らさないように広く網をかけている。そのため、EU競争法と比較すると、その分だけ過剰規制 (False Positive) の懸念が及んでいるとの評価もあり得るところであるが、前掲注(53)で見たように Case C-23/14—*Post Danmark II*, *supra* note 6, para 27 でも「数量リベート」が例外的に違法となる余地を示唆している。また、原則適法類型であつても欧州司法裁判所は一貫して法的・経済的見地から行為の違法性を検討している *commissaire* (See *Opinion of AG WAHL, supra* note 8, para 73)。排除型私的独占ガイドラインでは、「排他的リベート」の判断においてリベートの適及性や標的性に加えて水準や累進度といった考慮要素を掲げることにより、純粋な「数量リベート」が排他的リベートに該当しないよう適切に配慮されていると評価できるし、その上で競争制限効果を立証できるものに限つて違法とする効果重視の分析アプローチが徹底されることを踏まえれば、実際には「数量リベート」を違法とする余地はほとんどなく、少なくとも過剰規制の懸念は杞憂であるように思われる。

- (81) 排除型私的独占ガイドライン第3の3(3)ア・エにおいて、このような規範から、単なる「数量リベート」とは異なる「排他的リベート」に該当するかどうかとともに、その排他性の程度を考慮するよう設計されていると考えられる。
- (82) 排除型私的独占ガイドライン第3の3(2)柱書。
- (83) 排除型私的独占ガイドライン第2の3(2)ウ(競争者の市場における地位)・エ(行為の期間及び相手方の数・シェア)。菅久修一編著『独占禁止法』九一頁(商事法務、第二版、二〇一五年)「伊永大輔」では、考慮要素のうち特に市場閉鎖効果に結び付くものとして「行為の期間及び相手方の数・シェア」を挙げている。
- (84) 伊永大輔「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」について」NBL九二六号(二〇一〇年)四九一五〇頁。

※ 本研究は、JSPS科研費(JP26780037)の助成を受けたものである。

排他的リベートによる「市場支配的地位の濫用」の新展開(伊永)

七三二(三六六)