慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 欧州競争法における取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の規制 |
| Sub Title | The regulation of collusion facilitated by an undertaking at a different level in a relevant market or an undertaking in a different market under European competition law |
| Author | 渕川, 和彦(Fuchikawa, Kazuhiko) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2019 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.319- 336 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0319 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 欧州競争法における取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の規制

渕　川　和　彦

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の誘引
　1．取引段階及び市場の異なる事業者との合意と共同行為規制
　　（1）取引段階及び市場の異なる事業者と当事会社との合意
　　（2）ファシリテーター型共同行為
　　（3）AC-Treuhand 事件司法裁判所判決以前の事例
　　（4）AC-Treuhand 事件欧州司法裁判所判決
　2．取引段階及び市場の異なる事業者を含む協調行為の規制
　　（1）取引段階及び市場の異なる事業者と当事会社との協調行為
　　（2）ハブ・アンド・スポーク型共同行為
　　（3）直接の情報交換の事例：Eturas 事件欧州司法裁判所判決
　　（4）間接の情報交換の事例：電子書籍事件確約決定
　　（5）取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の目的及び効果
Ⅲ．取引段階及び市場の異なる事業者に対するエンフォースメント
　1．行政制裁金
　2．リニエンシー
Ⅳ．終わりに

## Ⅰ．はじめに

従来、競争法は、カルテル・入札談合において、競争関係にある当事者同士が直接会合等で接触する、あるいは電話、FAX、そしてメールなどの情報伝達手段を用いて価格・数量について話し合い、何らかの「意思の連絡」または

「合意」がある場合に共同行為について規制をしてきた。近年、デジタル社会の到来に伴い、競争法はコンピュータ・システムを介した協調行動という新たな課題に直面している。

我が国では、独占禁止法における不当な取引制限として、「意思の連絡」あるいは「合意」があり、その態様としての「相互拘束」または「共同遂行」がある場合に不当な取引制限として違法となる。「相互拘束」については、新聞販路協定事件判決（東京高判昭 28・3・9 高民集 6 巻 9 号 435 頁）では、「相互拘束」要件は同一関連市場において事業活動を行う事業者のものに限るとされた。その後、目隠しシール談合事件判決（東京高判平 5・12・14 高刑集 46 巻 3 号 322 頁）で「実質的な競争関係」にある事業者も独禁法上違法であるとされ、「流通・取引慣行ガイドライン」において「共通の目的」に向けられたものであれば取引段階が異なるとしても相互拘束要件を充たすとしている（同ガイドライン第 II 部第 2、3（1）注 2）。さらに多摩談合最高裁判決は、基本合意により「共同して……相互に」の要件を充足し、事業活動の拘束は、事実上のもので足りるとしている。最高裁は、相互拘束要件の解釈を緩和し、取引段階の異なる事業者を含む、いわゆる「縦のカルテル」についても相互拘束で読み込む余地を認めたとする理解も可能である[1)]。しかし、新聞販路協定事件判決の「相互拘束」の解釈について明確な判例変更がなされた訳ではなく、「縦のカルテル」は依然として要件解釈・エンフォースメント上の課題を抱えている。

そこで、本稿では、取引段階及び市場の異なる事業者により誘引された共同行為規制に関する判例・学説の蓄積のある EU 競争法について検討する[2)]。EU 競争法では、取引段階及び市場の異なる事業者により誘引された共同行為規制として、ファシリテーター型共同行為（II. 1.（2）で詳述する。）、ハブ・ア

1）土田和博「不当な取引制限の基本的論点と現代的論点」公正取引 810 号（2018）10 頁参照。

2）なお、米国のハブ・アンド・スポーク型共同行為規制については、拙稿「米国反トラスト法におけるハブ・アンド・スポーク型協調行動規制―共謀と累積的反競争効果の評価の関係性を中心として―」金井貴嗣、土田和博、東條吉純編『経済法の現代的課題―舟田正之先生古稀祝賀』（有斐閣、2017）155 頁以下を参照されたい。

ンド・スポーク型共同行為（II. 2.（2）で詳述する。）の規制が行われている。

本稿は、EU 競争法におけるファシリテーター型共同行為、ハブ・アンド・スポーク型共同行為規制の判例・学説を中心に検討し（II. 並びに III.）、我が国独禁法の「縦のカルテル」に関する実体法・エンフォースメントへの示唆について言及する（IV.）。

## Ⅱ．取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の誘引

### 1．取引段階及び市場の異なる事業者との合意と共同行為規制

#### （1）取引段階及び市場の異なる事業者と当事会社との合意

欧州機能条約（以下、「TFEU」）101 条 1 項は、2 以上の事業者が締結する価格・数量等の合意（agreement）に対して適用される。そして、この合意については、水平的な合意だけでなく、取引段階の異なる事業者間の垂直的な合意に対しても適用され得る。例えば、Consten and Grundig 事件欧州司法裁判所判決（1966 年）[3] では、ドイツ家電メーカー Grundig と、フランスにおける Grundig の排他的な代理店である Consten との間の排他的取引に関する垂直的な合意[4] について、欧州司法裁判所は、旧欧州共同体設立条約（以下、「EEC 条約」）85 条 1 項（現 TFEU101 条 1 項）が、共通市場における競争を歪める全ての合意と一般的に規定しており、同一の市場で事業活動を行っている競争者間でなされた合意か、異なる段階の市場当事者間で事業活動を行う非競争者間でなされた合意かの区別をしておらず、当事者間で競争を制限する合意のみならず、当事者の一方と第三者の間で行われる競争を回避または制限する合意によっても競争は歪められ得るとしている[5]。

3）Cases 56 and 58/64 Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission（Consten and Grundig）［1966］ECR 299.

4）Consten は、最低数量を確保し、部品やアフターサービスを提供するために、競合品を取り扱わないことを合意した。また Grundig は、フランスで当該製品を販売しないこと、輸出品にも制限を課すことを合意した。Consten and Grundig（n 3 above）303.

5）Consten and Grundig（n 3 above）339.

### (2) ファシリテーター型共同行為

カルテルを手助けする一方で、カルテル当事者とは競争関係にない事業者のことを「ファシリテーター」と呼ぶ[6]。そして、違反行為者として、関連市場において事業活動を行う当事者だけでなく、ファシリテーターを含めて規制を行うのがファシリテーター型共同行為の規制である。価格協定を助長するのに、直接であろうと間接であろうと TFEU101 条 1 項の適用には影響がない。また、カルテルが行われている市場で事業活動を行っていなかったとしてもカルテルに参加していたことに変わりはない[7]。

### (3) AC-Treuhand 事件司法裁判所判決以前の事例

Italian Cast Glass 事件欧州委員会決定（1980 年）[8] では、Italian Cast Glass の製造業者 3 社による数量制限に関する合意が行われた。3 社は合意の実効性確保のため、各種サービスを提供する事業者 Fides を通じて、製造とマーケティングに関する統計的なデータや他の情報を間接的に交換した。Fides は、競争の制限を手助けしたとして、3 社と Fides との間で締結された合意はイタリアにおけるキャストグラスの競争を目的と効果として制限しており、旧 EEC 条約 85 条 1 項（b）（現 TFEU101 条 1 項（b））に反するとされた。

また、円金利デリバティブ事件欧州委員会決定（2013 年）[9] では、銀行 5 社とそのグループ会社[10] が日本円の対銀行貸出のレートを決定するパネルを構成する銀行間で秘密情報を交換し、日本円・ロンドン銀行間取引金利（JPY LIBOR）のレートに影響を与えたことが TFEU101 条に違反するかが問題となった。仲介業者の RP Martin は違反行為に参加していないパネルを構成する銀行と接触し、銀行のトレーダーが望むように JPY LIBOR に影響を与えることで、

6）See Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law*（6th edn, 2016）142-144; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*（9th edn, 2018）86.

7）See Whish and Bailey（n 6 above）at 532-533.

8）Case IV/29.869 Italian Cast Glass［1980］OJ 1980 L 383/19.

9）Case AT.39861 Yen Interest Rate Derivatives, Commission Decision of 4.12.2013.

10）UBS, The Royal Bank of Scotland, Deutsche Bank, Citigroup, JPMorgan とそのグループ会社。

銀行から報酬を得ていた。欧州委員会は、共有した目的の実現に寄与する行為によって共通の不当な企てに参加した事業者は、EU 競争法上の法的責任が同様にあるとした。そして、その場合、問題となっている事業者は、共通の計画に従った全体の期間、同一の違反に従った他の参加者の行為について、他の参加者の不当な行為に気付いており、あるいは、その不当な行為について合理的に予見することが可能であり、リスクを冒す用意があったことが認められるものとした（para. 73）。

欧州委員会は、各違反行為に参加する当事者は、TFEU101 条において、円金利デリバティブ分野の競争を制限し、歪めることを目的とする行為を行い、ブローカーの RP Martin の行為は、関連する違反行為を助長（ファシリテート）して市場の競争を制限することに寄与したと判断した。

このように、AC-Treuhand 事件欧州司法裁判所判決以前の欧州委員会決定では、カルテルが行われている市場では事業活動を行っていない事業者に対しても、カルテル合意の形成に係わった場合には、TFEU101 条 1 項が適用されることが明らかにされている。そして、AC-Treuhand 事件欧州司法裁判所判決では、この点についてさらに詳しく論じられることになる。

### （4）AC-Treuhand 事件欧州司法裁判所判決

欧州司法裁判所は、AC-Treuhand 事件において、当事者の一方が関連市場において事業活動を行っていなかったとしても、当事者間の合意が関連市場における競争を制限する場合には当該合意に TFEU101 条 1 項が適用されることを明らかにしている[11)]。

AC-Treuhand（以下、「A 社」）は、スイスに所在するコンサルティング会社であり、国内外の団体・利益団体に市場データの収集・加工・分析等のサービスを提供していた。A 社は、有機過酸化物事件第一審裁判所判決（2008 年）（以下、「AC-Treuhand I 判決」）[12)] でもファシリテーターとしてカルテルに参加していた。

11）See Jones and Sufrin（n 6 above）at 143.

12）Case T-99/04 AC-Treuhand v Commission［2008］ECR II-1501.

AC-Treuhand 事件欧州司法裁判所判決（2015 年）（以下、「AC-Treuhand II 判決」）[13] は、関連市場で事業活動をしていないコンサルティング会社に対して旧 EC 条約 81 条 1 項（現 TFEU101 条 1 項）の違反を欧州司法裁判所が初めて認めた事例である。

AC-Treuhand II 判決において裁判所は、A 社が「裁判所の判例法によって確立された『合意』及び『協調行為』という文言の広い射程に照らして、必要であれば適切な法的アドバイスを受けた後、その行為が EU 競争法と両立しないと言明されると予見すべきだった。」（para.43）と述べている。この点については、A 社は、Italian Cast Glass 事件欧州委員会決定のように、同様の立場が取られた過去の欧州委員会の運用からその行為が TFEU101 条違反となることを予期すべきだったと指摘されている [14]。

裁判所は、判例法から、事業者が違反行為に参加し、違反行為を構成する全ての様々な要素について責任があることを認定するためには、「欧州委員会は、関係事業者が、全ての参加者が追及する共通の目的に、自らの行為によって寄与することを意図したものであること、同じ目的を追求するために他の事業者により計画または実施された実際の行為を認識していたこと、合理的にそれを予見することができたこと、リスクを取る用意があったことを証明しなければならない。」（para.30）「反競争的な合意が締結された会合に参加するといった、違反行為に受動的に参加することは、明確に反競争的な合意に反対しなければ TFEU101 条に基づき法的責任が与えられる共同行為の指標となる。」（para.31）と述べている。

本件裁判所はこの部分で、ファシリテーターの行為の TFEU101 条 1 項の違反該当性の判断の中で、単一かつ継続的違反行為の判例法理を用いたと解されている [15]。EU 競争法では、「単一かつ継続的違反行為」の概念を用いて、一

13）Case C-194/14 P AC-Treuhand AG v Commission（AC-Treuhand II）［2015］5 CMLR 26.

14）See John Ratliff, ‘Major events and policy issues in EC competition law, 2007-2008: Part 1’［2009］20（3）I.C.C.L.R. 61, 76; Anne Vallery and Caroline Schell, ‘AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels’［2016］7（4）J.E.C.L. & P. 254, 256.

連の期間、地理的範囲、異なる製品にわたるカルテル行為、そして別個のカルテル行為を捉えることができる[16)]。単一かつ継続的違反行為が成立するためには3つの要件が必要とされ、(1) 共通の目的を追求する全体の計画、(2) その計画に対する事業者の意図的な寄与、(3) 他の参加者の違反行為を知っていること、または合理的に当該行為が行われることを予見し、リスクを取る用意があることが必要である[17)]。また、TFEU101条では、合意の参加者に共通の意思の形成に同程度に参加したということは求められない。しかし、本件ではファシリテーターの合意への参加に関して、より高い基準を設定している可能性が指摘されている[18)]。

このように司法裁判所は、関連市場において合意を締結した当事者だけではなく、TFEU101条1項がカルテルを機能するよう手助けした仲介業者にも適用されることを明らかにした。AC-Treuhand II判決に従えば、反競争的な目的を達成するために他の事業者を手助けするあらゆる仲介業者にTFEU101条違反の可能性がある[19)]。他方で、AC-Treuhand II判決基準の射程が広範囲に及ぶことへの懸念もある[20)]。

---

15) AC-Treuhand II (n 13 above) para. 30, 37. See David Howe, Jon Lawrence, Elaine Whiteford, 'The AC Treuhand Case- the CFI Expands the Scope of Both Public and Private Enforcement of Article 81' [2009] 2 (2) G.C.L.R. 83, 85; Laura Melusine Baudenbacher and Andreas Weitbrecht, 'Facilitation of Infringements of EU Competition Law and General Principles Common to the Laws of Member States' [2018] 39 (1) E.C.L.R. 1, 2.

16) See Whish and Bailey (n 6 above) 105-106.

17) Case T-204/08 Team Relocations and Others v Commission [2011] ECR II-3569, para 37; Case AT.39861 Yen Interest Rate Derivatives, Commission Decision of 4.12.2013, para 69. Whish and Bailey (n 6 above) 107-108; Bellamy and Child, European Union *Law of Competition* (7th edn, 2013) 125-126.

18) A社は、カルテル当事者と「本質的かつ同様の役割」を果たし、A社が提供するサービスの「真の目的」は反競争目的であると述べられている。AC-Treuhand II (n 13 above) para. 37, 38. See also Lukas Solek, 'Passive Participation in Anticompetitive Agreements' [2017] 8 (1) J.E.C.L. & P. 15, 20-21.

19) See Gianni De Stefano, 'AC-Treuhand Judgement: A Broader Scope for EU Competition Law Infringements?' [2015] 6 (10) J.E.C.L. & P. 689; Jones and Sufrin (n 6 above) 144.

欧州司法裁判所がファシリテーターであるA社をTFEU 101条違反とした結論それ自体に関しては、学説・判例でも概ね好意的に受け入れられているようである[21)]。他方、ファシリテーターの合意への参加に関して、より高い基準を設定している可能性があることから、違反行為に参加したファシリテーターに対するTFEU 101条上の法的責任の射程がどこまで及ぶのかが十分に明らかでない点が課題として残っている[22)]。

## 2. 取引段階及び市場の異なる事業者を含む協調行為の規制

### （1）取引段階及び市場の異なる事業者と当事会社との協調行為

協調行為（concerted practice）とは、事業者が合意に満たない方法で共同することでTFEU 101条の適用を事業者が回避することを阻止することを目的としたものである[23)]。協調行為においては、実際の計画や意思の合致は求められておらず、市場における実際のまたは潜在的な競争者の行為に影響を与える、あるいは、そのような競争者に、市場において採用すると決定した、あるいは採用しようと考えている一連の行為を開示する、目的と効果のある直接または間接の事業者間の接触を排除する[24)]。

EU競争法の判例法に基づき、各事業者は、独立した事業上の判断を行わなければならない[25)]。そして、この独立性の要件は、現実のまたは潜在的な競争者の市場の行為に影響を与える、あるいは、そのような競争者に行おうとす

20）See Opinion of AG Wahl in Case C-194/14 P, AC-Treuhand v Commission, EU:C:2015:350; Stefano（n 19 above）690; Solek（n 18 above）18.

21）See Solek（n 18 above）18, Baudenbacher and Weitbrecht,（n 15 above）5. 円金利デリバティブ事件においてICAPが控訴した事件であるICAP事件一般裁判所判決（2017年）でもAC-Treuhand II判決が踏襲されている。Case T-180/15 Icap plc, v. European Commission［2017］ECLI:EU:T:2017:795.

22）See Stefano（n 19 above）690; Baudenbacher and Weitbrecht（n 15 above）5.

23）Cases 48, 49, and 51-57/69 ICI v Commission［1972］ECR 619, paras 64 and 65.

24）Cases 40-48, 50, 54-56, 111, and 113-114/73 Suiker Unie［1975］ECR 1663, para. 174.

25）See Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit［2009］ECR I-4529, paras. 32 and 33.

る行為を示すような事業者間の直接または間接の接触を厳格に排除する。

協調行為には、①事業者間の協調、②市場における事後の行為、そして、③両者の間の因果関係が求められる[26)]。協調行為は、定期的な会合により生じるのではなく、一度の会合であっても問題となり得る[27)]。そして、競争者間の情報の交換は、市場での事業活動に関して不確実性を低下させる、あるいは不確実性を除去し、結果として事業者間の競争が制限される場合には競争法違反の責任に問われることとなる[28)]。

水平協調ガイドラインによれば、ある事業者が価格設定について競争者に開示した会合に単に出席していただけでも TFEU 101 条により規制される可能性が高いとされ、ある事業者が競争者から戦略的な情報を会議または電子的に受け取った場合、そのようなデータを受け取ることを望まないということを明確に述べなければ、情報を受け取り、その情報に従い市場での行為を行ったものと推定される[29)]。

### (2) ハブ・アンド・スポーク型共同行為

垂直的制限に関するガイドラインでは、同一の供給業者が他の全ての者または市場で競争関係にある流通業者の大部分をまとめる役割を果たし、流通業者に経営判断に関して共通の基準を提供する場合、流通業者間の共同行為を促進する可能性があるとしている[30)]。また、水平的協調に関するガイドラインでは、共通の仲介者（例えば、事業者団体）、市場調査機関などの第三者、あるい

26）Case C-199/ 92 P Hüls AG v Commisssion［1999］ECR I-4287, para. 161. ECJ-Eturas, para. 42.

27）Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit［2009］ECR I-4529, para. 59.

28）Case C-286/13 P Dole EU:C:2015:184, para. 121.

29）Commission Communication, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011 C 11/1, para. 62. See also Case C-199/92 P Hüls［1999］ECR I-4287, para. 162; Case C-49/92 P Anic Partezipazioni［1999］ECR I-4125, para. 121.

30）European Commission, Guidelines on Vertical Restraints OJ 2010 C 130/1, para. 211.

は当該事業者の供給者や小売業者を通じて間接的に情報を交換することは、競争法に反することが十分にあり得るとする[31]。

事業者は、競争者間で直接的に価格や数量等の情報を交換するだけでなく、共通の顧客や供給者を通じて、間接的に情報交換を行い、協調行為を行う場合がある。このように、車輪のごとく、ある事業者を軸として（「ハブ」に相当）、複数の取引先とそれぞれ合意を締結し（「スポーク」に相当）、取引先間で協調行動や合意が結ばれる（「リム」すなわち、外輪に相当）場合を「ハブ・アンド・スポーク型共同行為」と呼ぶ。この場合、違反は水平的な要素を持つことからより重大な競争法違反となり得る[32]。

### （3）直接の情報交換の事例：Eturas 事件欧州司法裁判所判決

Eturas 事件欧州司法裁判所判決（2016 年）[33] は、オンライン旅行予約システムを運営する Eturas と複数の旅行代理店との間において、Eturas が割引率についてオンライン旅行予約システムを通じて制限した事例である。Eturas だけでなく旅行代理店らに対しても TFEU 101 条違反に問えるかが問題となった。

Eturas は E-TURAS と呼ばれる旅行サービスを管理するオンライン予約システムを管理しており、多くのリトアニアの旅行代理店は E-TRUAS を利用していた。2009 年 8 月 25 日、Eturas の取締役は、いくつかの旅行代理店に対して、オンライン予約の割引率を 4％から 1-3％に減らすことについての妥当性について質問する「決議」という表題の Email を送付した。

2009 年 8 月 27 日、Eturas のシステム管理者は、内部的なメッセージシステ

---

31）Commission Communication, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011 C 11/1, para. 55.

32）Jones and Sufrin（n 6 above）152. 英国競争当局は、「ハブ・アンド・スポーク型共同行為」を「A-B-C 型情報交換」として捉えている。Okeoghene Odudu, ‘Indirect Information Exchange: the Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion’［2011］7（2）European Competition Journal, 205, 206-207.

33）Case C 74/14 Eturas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba（ECJ-Eturas）［2016］ECLI:EU:C:2016:42.

ムを通じて、少なくとも2つの旅行代理店に対して「オンライン旅行予約の割引率の0-3%への削減に関するメッセージ」という表題のメッセージを送付した。そのメッセージには、オンライン旅行予約の割引率の適用に関する旅行代理店の提案と要望に従い、Eturasがオンライン旅行予約の割引率を0-3%にすること、この割引率の制限は手数料を確保し競争条件を正常化することを手助けすること、旅行代理店が3%を超える割引を行った場合には、自動的に3%に割引率が削減されることとなる旨が記されていた。

裁判所は、問題となっているメッセージの内容を認識していた旅行代理店間の協調の事実認定は正当化され、もし、市場における事後の行為と、協調と事後の行為の因果関係が認められるのであれば、反競争行為に黙示的に同意したと捉えられるものとした[34)]。但し、旅行代理店がそのメッセージを認識していたことを証明できなければ、協調への参加は、問題となっているシステムに実施されている単なる技術的制限の存在からは推定することはできないとしている[35)]。しかし、この欧州司法裁判所の見解によれば、事業者側は、この認識の推定を反証するためにメッセージを知らなかったことを証明しなければならず、このような証明は困難が伴うことが考えられる[36)]。

Anic判決推定により、協調行為に参加している事業者は市場における意思決定を行う際に競争者と交換した情報を考慮すると推定される[37)]。事業者は、協調から公に距離を置く、あるいは競争当局に報告することによりAnic判決推定を覆すことができる可能性がある[38)]。本件では、システムを通じて通知を受けた旅行代理店は、システムの管理者であるEturasに反対の意を示すこ

34）ECJ-Eturas（n 33 above）para.44.

35）ECJ-Eturas（n 33 above）para.45.

36）Andreas Heinemann and Aleksandra Gebicka, 'Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age'［2016］7(7) J.E.C.L. & Pract. 431, 433.

37）C-49/92 P Commission/Anic Partecipazioni［1999］ECR I-04125, para. 121. ECJ-Eturas（n 33 above）para. 33.

38）ECJ-Eturas（n 33 above）para. 46.

とで十分であり、システム上許容された割引率以上の割引を行ったことでも反証可能であるとされる[39]。

### （4）間接の情報交換の事例：電子書籍事件確約決定

これまでハブ・アンド・スポーク型共同行為について明示的に言及した欧州競争法レベルでの正式事例はこれまでのところ存在しない[40]。しかし、5つの主要な出版社がAppleと電子書籍の小売価格を引き上げる協調行為を行った電子書籍事件確約決定（2012年）[41]は、ハブ・アンド・スポーク型共同行為の事例と捉えることができる。

電子書籍事件では、出版社のPenguin、Hachette、Harper Collins、Holtzbrinck/Macmillan、そしてSimon & Schuster（以下、「出版業者5社」）が電子書籍をiBookstoreにて販売するAppleを通じて、間接または直接的に秘密情報を交換して、共同して電子書籍の小売価格を引き上げたか否かが問題となった。

Appleは、2010年1月に少なくとも出版業者5社に対して、エージェンシー・モデル（代理店モデル）に基づき電子書籍を販売する同内容の提案を同時に行い、その提案された条項には、小売価格の最恵国待遇条項（以下、「MFN条項」）が含まれていた。小売価格のMFN条項は、別の小売業者が特定の電子書籍をより安く販売した場合に、出版業者がiBookstoreにおけるその電子書籍の小売価格をその低価格と値段が合う様に小売価格を下げなければならないことを規定していた。

欧州委員会は、共に電子書籍の販売をホールセール・モデルから全世界にわ

---

39）ECJ-Eturas（n 33 above）para. 47-49. 但し、システム上許容された割引率以上の割引を行った場合については、事後の行為の要件自体に合致していないものと解される。See Heinemann and Gebicka（n 36 above）438. また、公に距離を置くことに関する評価が公正な手続きに資すると見解として、Arianna Andreangeli, ‘Competition Law and Fundamental Rights’［2017］8（8）J.E.C.L. & Pract. 524-538.

40）なお、2018年10月現在においてEU加盟国である英国では、A-B-C型情報交換（ハブ・アンド・スポーク型共同行為）に関する判例が蓄積している。

41）Case COMP/AT.39847 E-Books, Commission Decision of 12 December 2012.

たって同様の価格条項のあるエージェンシー・モデルに移行したことにより、出版業者5社とAppleはEEAにおける電子書籍の小売価格を引き上げ、あるいはEEAにおいてより低価格の電子書籍が現れるのを阻止するために協調行為を行ったと判断した。（para. 81）

### （5）取引段階及び市場の異なる事業者が誘引した共同行為の目的及び効果

EU競争法では正式事例がないこともあり、ハブ・アンド・スポーク型共同行為の定義に曖昧さが残っている。狭義のハブ・アンド・スポーク型共同行為は、電子書籍事件のように取引関係のある事業者において成立すると捉えることが一般的であるが、広義では、取引関係にない場合においても、ハブ・アンド・スポーク型共同行為として整理する場合もある。

例えば、Eturas事件においてSzpunar法務官は、ハブ・アンド・スポーク型共同行為を垂直的な取引関係にある共通の取引相手を介して競争者間で情報を交換するものであると捉えている。そして、流通業者と供給業者間の秘密情報の開示は合法な商慣習として考えられるため、そのような間接的な情報交換には当事者の心境について追加的な考慮が求められるとした。Eturas事件では、共通の取引相手により全ての関係事業者に同時に送付されたメッセージに関するものであり、その内容を考慮に入れれば、合法な商的な対話の一部を形成すると考えられるような状況には無かった、と述べられている[42)]。他方、単なるメッセージの送付だけでは違反行為について知っていたと推定はできないが、システムを介して送られてきたメッセージの内容を知っている事業者は、違反行為に参加していたと推定されることとなるとして、Eturas事件をハブ・アンド・スポーク型共同行為の事例として整理する見解もある[43)]。

この点、AC-Treuhand事件では、A社はコンサルタント業務を行っており、

42）Opinion of AG Szpunar in Case C 74/14 Eturas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba［2015］ECLI:EU:C:2015:493, para. 65.

43）See Ariez Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*（6th eds, 2018）185-186.

A 社と ESBO/ エステル分野の生産者とは別の市場で事業活動を行っていた。A 社と ESBO/ エステル分野の生産者とは直接の取引関係はないが、広義のハブ・アンド・スポーク型共同行為で捉えた場合、A 社を軸（ハブ）として、スズ安定剤分野と、ESBO/ エステル分野の生産者を輻（スポーク）として、ハブ・アンド・スポーク型共同行為を行っていると評価することもできる[44]。

## Ⅲ．取引段階及び市場の異なる事業者に対するエンフォースメント

### 1．行政制裁金

違反行為がなされた場合には、その違反行為が行われた市場での売上が算定根拠となるのが通常である。しかしながら、関連市場において事業活動を行っていない事業者については、違反行為が行われた市場で売り上げがないことから、行政制裁金の算定に際して問題が生じる。「法律無ければ犯罪なし、法律無ければ刑罰なし」という罪刑法定主義[45] が EU 競争法上の制裁金についても妥当することから、欧州委員会決定が合理的に予見可能かどうかを判断する必要がある[46]。

欧州委員会の量刑ガイドラインによれば、通常は、EEA 内の関連地理的範囲において違反行為が直接または間接的に関連する、事業者の商品または役務の販売の価値を考慮に入れて制裁金を算定することになる[47]。他方、量刑ガイドラインは、関連市場において売上がない取引段階及び市場の異なる事業者

44）See Jonathan Faull and Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*,（3rd edn, 2014）224; Stefano（n 19 above）689; Solek（n 18 above）23; Baudenbacher and Weitbrecht（n 15 above）9-10; Aoife McCabe, 'The English Court of Appeal's Legal Test for "Hub and Spoke" Cartels – Is It Compatible with EU Jurisprudence?'［2012］33（10）E.C.L.R. 452, 454-455.

45）See Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms（the European Human Rights Convention）（Rome, 4 November 1950; TS 71（1953）; Cmd 8969）.

46）AC-Treuhand II（n 13 above）para. 43. See Howe, Lawrence and Whiteford（n 15 above）86; Vallery and Schell（n 14 above）256.

47）Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23（2）（a）of Regulation No 1/2003（Fining Guideline）, OJ C210, 1 September 2006, p2-5, para. 13.

に対して課すことのできる制裁金の算定に関して限られた指針しか示していない。

AC-Treuhand I 判決では、AC-Treuhand に対して制裁金が課されているが、これまでカルテルが行われた市場で売上げの無いコンサルタントに制裁金を課した判例が乏しかったことから、象徴的な制裁金 1,000 €のみが課された。これに対して、AC-Treuhand II 判決では、ファシリテーターとしてカルテルに参加した A 社に対して TFEU101 条の違反が認定され、欧州委員会は、A 社に二つの違反行為に対して実質的な制裁金 174,000 € をそれぞれ課し、合計で 348,000 €の行政制裁金を課した。

AC-Treuhand II 判決では、A 社はカルテルにより影響を受ける市場での売上が無いため、量刑ガイドラインの計算方法から離れることができ、生産者に提供されたサービスについて A 社から請求された料金に基づき制裁金を決定することになると考えられる[48]。その場合、取引段階及び市場の異なる事業者に対する制裁金の額については、対象事業者の前事業年度 10％の上限を超えないということについては 2003 年審査手続規則[49] 23 条 2 項から明らかであるが、取引段階及び市場の異なる事業者に対する制裁金の算定については不明確さが残っている[50]。

## 2. リニエンシー

AC-Treuhand II 判決では、コンサルティング会社のようなファシリテーターに対する TFEU101 条上の違法性を認めたことから、ファシリテーターがカルテル違反行為について欧州委員会にリニエンシー（課徴金減免）を申請できる立場にあるものと考えられる[51]。実際、円金利デリバティブ事件において

48）Fining Guideline（n 47 above）para. 37.

49）Council Regulation（EC）No 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty［2003］OJ L1/1.

50）See Solek（n 18 above）23; Baudenbacher and Weitbrecht（n 15 above）10-11; Howe, Lawrence, Whiteford（n 15 above）89-90.

51）Vallery and Schell（n 14 above）256.

ファシリテーターの RP Martin は、制裁金の減免申請を行い、制裁金の 25％の減免が認められている[52)]。

## Ⅳ．終わりに

本稿では、関連市場で事業活動を行っていない事業者により誘引された共同行為について、ファシリテーター型共同行為とハブ・アンド・スポーク型共同行為に焦点を当てて検討してきた。AC-Treuhand II 判決では、カルテルに参加するファシリテーターに対して、カルテルが行われている関連市場で事業活動をしていなかったとしても（1）共通の目的を追求する全体の計画、（2）その計画に対する事業者の意図的な寄与、（3）他の参加者の違反行為を知っていること、または合理的に当該行為が行われることを予見し、リスクを取る用意があれば TFEU 101 条 1 項が適用されるとした。

また、Eturas 判決によれば、旅行代理店だけでなく、関連市場では事業活動を行っていない予約システムのサービスの提供業者である Eturas についても TFEU 101 条 1 項上の協調行為の法的責任を問うことが可能となっている。Eturas 判決は、問題となっているメッセージの内容を認識していた旅行代理店間の協調が認められ、もし、市場における事後の行為と、協調と事後の行為の因果関係が認められるのであれば、反競争行為に黙示的に同意したと捉えられるものとした。但し、旅行代理店がそのメッセージを認識していたことを証明できなければ、協調への参加は、問題となっているシステムに実施されている単なる技術的制限の存在からは推認することはできないとしている。広く協調行為を認める一方で、反証可能な場合を具体的に言及することで均衡を保っている。但し、事業者側の反証に際し、メッセージの内容を知らなかったことの証明には困難が伴う場合があるものと考えられる。

AC-Treuhand 判決は、取引関係はなくファシリテーター型共同行為と捉える

52）RP Martin は、UBS/DB に関する 2008 年 9 月の違反行為に関して 2 番目にリニエンシーを申請した。

ことができる。他方、Eturas 事件は、旅行代理店の市場とオンライン予約システムのライセンスの市場とは関連した、上流と下流の関係があることから、ハブ・アンド・スポーク型共同行為として捉えることができる。

我が国独禁法では、このような共同行為を誘発する一方で関連市場において事業活動を行っていない事業者（ハブ・アンド・スポーク型共同行為の「ハブ」、あるいは「ファシリテーター」に相当する者。以下、「共同行為誘引者」とする）に対する独禁法上の「縦のカルテル」の規制については不当な取引制限（独禁法2条6項）の「相互拘束」、「共同遂行」の解釈について課題が残っている[53)]。また、共同行為誘引者とカルテル当事者とを通謀による私的独占として独禁法2条5項の該当性を検討する場合、前提として行為要件である「排除」または「支配」に該当する必要があるが、例えば、共同行為誘引者が排除行為や支配行為を行っておらず、カルテルを手助けのみした場合には私的独占の該当性を問うことは困難となり得る[54)]。我が国でも、共同行為誘引者と同様の機能を果たす事業者が現れた場合のことを検討すべきであろう。

また、エンフォースメントに関しては、共同行為誘引者には当該違反行為による売上が無いため、現行独禁法では共同行為誘引者に対して排除措置命令を出すことはできても、課徴金を課すことは困難である。今後、裁量型課徴金制度が導入された場合には、違反行為による当該商品の売上額の無い共同行為誘引者に対しても課徴金を課すことも検討されるべきである。共同行為誘引者と同様の機能を果たす事業者に対する課徴金の賦課という観点からも、裁量型制裁金の制度を有する EU 競争法における共同行為誘引者の規制は我が国独禁法に示唆を与えるものと思われる。

---

53）共同行為誘引者に対する我が国独禁法上の課題を検討したものとして、拙稿「施主代行業務を受託した者が工事業者間の共同行為を誘発した事例―低温空調設備工事事件―」ジュリスト 1507 号（2017）123-126 頁。

54）例えば、低温空調設備事件（公取委排除措置命令平 27・1・20 審決集 61 巻 148 頁）では、共同行為誘引者であるホクレン農業協同組合連合会は排除行為や支配行為を行っていない。

（追記）　本研究は JSPS 科研費 JP16K13322 の助成を受けたものである。