



競争法における合併規制の目的と根拠[2] : EC競争法における混合合併規制の展開を中心として

池田, 千鶴

(Citation)

神戸法學雑誌, 54(3):267-360

(Issue Date)

2004-12

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004986>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004986>



神戸法学雑誌 第五四卷第三号 二〇〇四年十二月

競争法における合併規制の目的と根拠〔2〕

—EC 競争法における混合合併規制の展開を中心として—

池 田 千 鶴

《目次》

序 問題の所在

第1章 EC 競争法と混合合併

第1節 EC 競争法の基本枠組み

第2節 混合合併の定義

第3節 EC 競争法における混合合併の取扱い

第4節 欧州委員会の混合合併に対する考え方—OECDにおける欧州委員会の寄稿論文

第2章 混合合併規制の原型形成期—1990年～1996年

第1節 混合合併の規制根拠の原型となる4つの欧州委員会決定

第2節 他の事件も含めたこの時期の欧州委員会決定の傾向と特質

第3章 混合合併規制の確立—1997年

第1節 ポートフォリオ効果・範囲効果を確立した4つの欧州委員会決定

第2節 まとめ

第4章 混合合併規制の発展期—1998年～2001年—分析の精緻化に向けて

第1節 欧州委員会決定の展開

第2節 展開のまとめ (以上, 54巻2号)

第5章 ECと米国との対立の表面化—短期の効率性と長期の競争者排除

第1節 *GE/Honeywell* 事件（2001年）の検討

I 欧州委員会決定

II *GE/Honeywell* 事件に対する米国司法省の評価

III 米国における混合合併の取扱いの変遷とその理由

IV 米国競争当局からの欧州委員会決定に対する批判

(i) 米国司法省の見解—OECDにおける米国司法省の寄稿論文

(ii) ミュールリス米国連邦取引委員会委員長の見解

V 欧州委員会の反論

(i) モンティ競争政策担当委員による反論

(ii) ドラウツ競争総局合併審査局長による反論

VI 分析

1 *GE/Honeywell* 事件におけるECと米国との合併分析の相違2 *GE/Honeywell* 事件のECと米国との結論の相違をもたらした諸要因

3 合併規制全体に関する諸問題

4 「反トラスト法は競争を保護するのであって競争者を保護するものではない」VS「競争者なしでは有効な競争はありえない」

第2節 *GE/Honeywell* 事件以降の欧州委員会決定(i) *The Coca-Cola Company/Nestle/JV* 事件（2001年）(ii) *Masterfoods/Royal Canin* 事件（2002年）

第3節 まとめ（以上、本号）

第6章 EC内部の対立—欧州委員会と欧州第一審裁判所—立証への課題

第1節 欧州委員会の合併禁止決定を取消した2つの欧州第一審裁判所判決

第2節 *Tetra Laval BV v Commission* 欧州第一審裁判所判決以降の欧州委員会決定

第3節 まとめ

終章 おわりに

第5章 ECと米国との対立の表面化—短期の効率性と長期の競争者排除

混合合併に関する欧州と米国との態度の違いに、最も注目を集めた事件が、*GE/Honeywell* 事件である⁽⁵⁶³⁾。欧州委員会は、米国司法省と同一の製品市場と地理的市場を分析した⁽⁵⁶⁴⁾にもかかわらず、米国では問題にされなかった垂直

(563) *GE/Honeywell* 事件の欧州委員会決定を要約したものとして、Giotakos, Petit, Garnier and De Luyck, *General Electric/Honeywell-An insight into the Commission's investigation and decision*, Competition Policy Newsletter, Oct. 2003, at 5-13. がある。Matthias Pflanz and Cristina Caffara, *The Economics of G.E./Honeywell*, [2003] E.C.L.R. 115, 泉水文雄「寡占市場間の合併と競争政策—GE/ハネウェルの合併事件をめぐる—」公正取引612号18頁(2001年), 山根裕子『合併審査—欧米の事例と日本の課題』(2002年, NTT出版)190頁, 拙稿「GE/Honeywell 事件欧州委員会決定—GEによるHoneywellの支配権の取得を欧州委員会が禁止した事例—」公正取引627号77頁(2003年)も参照。Burnside, *GE, Honey, I Sunk the Marger*, [2002] E.C.M.R. 107, 108は, GECASによるGE-only政策のHoneywell製品への拡大を, 抱き合わせ市場(リースサービス)での支配的地位を欠いた抱き合わせの懸念であると欧州委員会の分析を批判する。とりわけ, ECと米国との結論の相違は, 競争者の排除の蓋然性に対する見方が異なったことによるものとする。Reynolds & Ordovery, *Archimedean Leveraging and the GE/Honeywell Transaction*, 70 Antitrust L.J. 171,174 (2002) は, 欧州委員会の分析に賛成する立場から, 「極めて重要なレバレッジ (leveraging) と一体となって, 企業は, 中間市場 (an intermediate market) での意思決定に影響を及ぼす結果として, 別の市場でパワーを獲得するために隣接していない下流市場での控えめな存在 (a modest presence) でさえ利用できる蓋然性がある。」とする。Lafaro & Ridyard, *Beyond Bork: New Economic Theories of Exclusion in Merger Cases*, [2002] E.C.L.R. 151. は, 合併事件における排除の理論について, 補完製品の供給者間の合併は, 合併企業による競争者を排除する合併後の行動により競争を害する場合があります, 競争者を排除することによって市場構造を変える場合がある。競争者のダメージの結果として, 競争と消費者の利益とが害される場合が, 少ないケースではあるが, あるとする。「競争の保護ではなく, 競争者の保護である」という批判は, レトリックに過ぎず, 事件の事実にも照らして分析すべきと述べる。

(564) Department of Justice, submission OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, *Range effects: The United States Perspective*, at 20. [hereinafter DOJ's OECD submission]

効果と混合効果とを検討し、合併を禁止した⁽⁵⁶⁵⁾。米国で承認された合併が、欧州委員会によって禁止された初めての合併であった⁽⁵⁶⁶⁾。

混合効果では、航空機エンジンで支配的地位にある GE と航空電子機器・非航空電子機器で主要な地位にある Honeywell とが結びつくことによる、補完製品間の抱き合わせ (bundle) が問題となった。

しかし、今までの欧州委員会の混合合併に関する決定例の展開を見て分かるように、欧州委員会が補完製品間の抱き合わせを問題にしたのも、決して唐突なものではなかった。また、長期的視点に立って合併規制を行うのも、合併規則施行後から一貫してみられる欧州委員会の立場であった。合併企業の行動を制約する要素として、競争者を重視し、競争者が排除・周辺化されるか否かを問題にするのも、初めてのことでなかった。そして、合併により、短期では、合併企業の製品を購入した顧客にとっては、価格の低下、取引費用の削減等の利益が生じるとしても、長期的に、合併企業の行動に追従できない競争者が排除・周辺化されることを問題にするのも、合併規則施行後に欧州委員会が初めて禁止した1991年の *Aerospatiale-Alenia/de Habilland* 事件以来一貫した立場であった。

GE/Honeywell 事件を欧州委員会における混合合併規制の展開の中で位置づけてみると、従前の決定例では、レバレッジやポートフォリオ効果・範囲効果により支配的地位を形成・強化するとして合併救済措置が取られた事件においてですら、レバレッジ行為を行う能力とインセンティブをもつか否かの検討はされてきたが、能力とインセンティブとの双方を持つとしても、そのような

(565) 合併事件の決定手続は、競争総局から独立した、競争政策担当委員直属の聴聞官 (the Hearing Officer) の報告書と、加盟国の競争当局の代表で構成される諮問委員会 (the Advisory Committee) の意見を参考に、競争政策担当委員が決定を提案して、委員の集合体である欧州委員会が、最終決定する。*GE/Honeywell* 事件は、諮問委員会も禁止決定を強く支持して、欧州委員会でも、全員一致で禁止決定が支持された。Mario Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, speech on July 9, 2001.

(566) William J. Kolasky, *Global Competition Convergence and Cooperation: Looking Back and Looking Ahead*, speech on Nov. 7, 2002, at 3.

行為により、競争者が排除・周辺化され、市場閉鎖効果をもつか否かまでは、十分には検討されてこなかった。しかし、*GE/Honeywell* 事件では、抱き合わせを行う能力とインセンティブの認定に加えて、さらに、市場閉鎖効果についても、「競争者に対するパッケージ取引 (packaged deals) の影響」⁽⁵⁶⁷⁾という項目を立てて言及されていることが、これが十分な証拠に基づくものかは別としても、これまでの欧州委員会決定では見られなかった進展である。

また、本件では、EC の混合合併規制の原形形成期 (1990年－1996年)・確立期 (1997年) の決定によくみられた、レバレッジする能力をもつ第1市場における既存の支配的地位が強化されるという法律構成ではなく、支配的地位にある市場における地位をテコとして利用して、別の市場で支配的地位を形成又は強化するという法律構成が問題になっている。

第1節 *GE/Honeywell* 事件 (2001年) の検討

I 欧州委員会決定

本件は、航空機エンジン他、多数の事業を営む複合企業である GE (米国) による、航空電子機器等の多数の事業を営む Honeywell (米国) の全株式の取得で、Honeywell は、GE の完全子会社となる⁽⁵⁶⁸⁾。欧州委員会は、2001年7月3日、本件合併を禁止する決定を行った⁽⁵⁶⁹⁾。なお、GE は、欧州第一審裁判所に本決定の取消を求めて訴えを提起し、Honeywell も訴訟参加している⁽⁵⁷⁰⁾。また、合併禁止の欧州委員会決定に先立つ5月2日に、米国司法省は、クレイトン法7条に基づき、水平的重複による反競争効果のみを問題として、本件合併を条件付で不問とした。

(567) *GE/Honeywell*, Case No COMP/M. 2220 (July 3, 2001), paras. 398–404. [hereinafter *GE/Honeywell*]

(568) 正確には、GE の完全子会社「General Electric 2000 Merger Sub, Inc.」と Honeywell との合併である。

(569) 本決定は、欧州委員会が、1990年9月に合併規則を施行して以来、15番目の合併禁止事件であり、米国企業同士の合併が禁止されたのは、2度目であった。Press Release of European Commission, July 3, 2001.

本件合併は2種類の産業分野に影響を与える。航空宇宙製品（航空機エンジン、航空電子機器、非航空電子機器、エンジンスターター）及び電力システム（小型海洋ガスタービン）である。分析の中心となった航空宇宙製品市場を見ていくことにする。

本件では、事業の水平的重複⁽⁵⁷¹⁾の他に、垂直的統合と混合的統合とが問題にされた。

(570) 2001年9月12日、GEは、本件合併禁止決定の取消を求めて、欧州第一審裁判所に提訴した。GEの提訴理由については、EC官報2001(C 331) 24に、Honeywellについては、EC官報2001(C 331) 23に掲載されている。GEは、水平・垂直・混合効果の全てを争い、Honeywellは、bundlingを中心に争っている。GEとHoneywellとは、本件合併は、合併企業にbundlingを行う能力・誘因をもたらし、競争者を排除・周辺化できるとする証拠はない等と主張して争っている。Cases T-209/01 and T-210/01 *General Electric and Honeywell International v Commission* (Judgment pending).

GEの提訴理由は次の通りである。①航空電子機器・非航空電子機器と航空機エンジンとをmixed bundlingするという行為について、十分な証拠を提示していない。競争に対するその行為の悪影響を示す経済モデルに裏付けられていない。②リース会社を通じた垂直的統合に関する共同体市場との非両立性と、Honeywellのエンジンメーカーに対するエンジンスターターの供給を通じた非両立性について証拠を提示していない。③大型リージョナル機用エンジン、法人用機用エンジンと海洋ガスタービン市場での水平的重複は十分な証拠に裏付けられていない。④提出した約束が適切な分析なしに欧州委員会により拒絶された。⑤同一市場で本件合併当事者のうちの1社が関わるAlliedSignal/Honeywell事件とは全く異なる市場の評価をした。⑥手続に関して防御権が尊重されていない。

Honeywellの提訴理由は次の通りである。①明白かつ重大な事実に関する誤りに依拠する(bundlingは航空宇宙産業で一般的な行為である、「Honeywellは過去に広範囲のbundlingを行った」・「GEとの合併は、合併企業がbundlingを行うことによりライバルを排除、周辺化することができる」は事実に基づいていない)、②事実の評価に関する明白な誤り(「航空電子機器についてbundlingを行う能力と誘因をもたらす」、「航空宇宙産業の顧客はbundlingを受け入れる」、「bundlingはHoneywellのライバルを周辺化させ、市場から退出させる」)、③Honeywellのライバルに対するbundling、内部相互補助、略奪行為の効果に関して証拠を提示していない。④経済分析に基づいていない。⑤Bundlingの存在と効果に関する結論を支える証拠を提示していない。⑥異議告知書では言及がなかった内部相互補助と略奪行為とに関する新しい理論に依拠しており、防御権を侵害された。⑦AlliedSignal/Honeywell事件では承認された。(571) 欧州委員会が水平的重複より反競争効果が生ずるとした市場は、大型リージョナル機用エンジン市場(100%)、法人用機用エンジン市場(80%-90%)と小型海洋ガスタービン市場(65%-80%)である。これらの市場では、水平的重複のみだけでも支配的地位を形成・強化すると考えているようである。しかし、垂直効果、混合効果も併せて言及されている。

欧州委員会は、「GE は、大型商用機用エンジン市場及び大型リージョナル機用エンジン市場で支配的地位にあり、本件合併により、これらの市場で支配的地位を強化することとなる。また、Honeywell は、既に法人用機用エンジン市場、航空電子機器・非航空電子機器市場、エンジンスターター市場で主要な地位 (leading position) にあり、本件合併後、これらの市場で支配的地位を形成することとなる」と結論付けて、本件合併を禁止した。

1 航空機エンジンでの GE の支配的地位

航空機エンジンの市場では、供給側がエンジンメーカーであり、需要側が航空機メーカーとエンドユーザー（航空会社、リース会社、法人又は個人）とである。航空機メーカーには、例えば、大型商用機を製造するエアバス（欧）とボーイング（米）があり、エンドユーザーには、例えば、大型商用機やリージョナル機を購入する航空会社とリース会社とが存在する。航空機エンジンの競争は、2つのレベルで行われ、①航空機メーカーから、開発中の機種に搭載するエンジンの認証を獲得する段階と、②航空会社（リース会社）が、航空機を購入する段階である。大型商用機には、航空機メーカーが複数のエンジンに認証を与え、航空会社（リース会社）に選択の機会を提供する機種と、航空機メーカーが1つのエンジンしか選ばず（排他的エンジン供給権）、航空会社（リース会社）には選択の余地がない機種がある。リージョナル機及び法人用機では、後者が常態である。

市場ごとの供給者とその市場シェア⁽⁵⁷²⁾については、以下の通りである。大型商用機用エンジン市場では、主なエンジンメーカーとしては、GE、United Technologies (UTC) の傘下にある Pratt&Whitney (P&W、米) と Rolls-Royce

(572) 欧州委員会は、市場シェアの算定に当たって、現在のみならず近い将来の既存の (incumbency) エンジンメーカーであることを示すため、エンジンのインストールベースに加えて、受注残も評価した。インストールベースは、将来の開発競争のための収入を生み出す観点から、もはや生産されていない航空機のエンジンも含めて、全エンジンのインストールベースを評価した。さらに、航空機メーカーから認証を獲得した機種の数をもとに市場シェアを計算した。

(RR, 英) の3社であり、主な合併会社としては、GE と SNECMA [仏] が50%ずつ出資する CFMI や、P&W と RR が出資する IAE がある⁽⁵⁷³⁾。

市場シェアは、インストールベース（既得基盤）と受注残とで評価された。インストールベースは、エンジンメーカーの現在の地位の指標となり、受注残は、近い将来の地位の指標となる。

市場シェアは、インストールベース（括弧内は受注残）でみると、GE/CFMI が52.5% (65%)、P&W/IAE が26.5% (16%)、RR/IAE が21% (19%) である。GE は、競争者の市場シェアを十分に上回る最も高い市場シェアを有し、ここ数年で着実に市場シェアを増やし、特に競争者よりも年間成長率が高く、支配的地位にあると認定された。また、大型リージョナル機用エンジン市場では、GE と Honeywell とが供給者であり、市場シェアは、GE が60%－70% (90%－100%)、Honeywell が30%－40% (0%－10%) であり、GE は支配的地位にあると認定された。そして、法人用機用エンジン市場では、GE、Honeywell、RR/Allison と P&W Canada とが供給者であり、市場シェアは、GE が10%－20%、Honeywell が40%－50%、P&W が30%－40%、RR が10%－20% であり、Honeywell は主導的なエンジンメーカーであると認定された。

GE の支配的地位の認定に大きく貢献した要素としては、GE が傘下に、金融会社の GE Capital (GE の完全子会社) と、航空機の購入、融資及びリース事業を営む GE Capital Aviation Services (GECAS, GE Capital の完全子会社) とを有していたことが挙げられる。

GE Capital は、世界最大の株式時価総額⁽⁵⁷⁴⁾を有する GE の金融部門であり、GE の連結収入の約半分に貢献し、GE の総資産の80%超にあたる3700億米ドルを運用している。

(573) 合併会社による売上げは、IAE については、P&W と RR に等分して加え、CFMI については、SNECMA が独立の供給者ではない等から、全てを GE の売上げに加えた。

(574) 2001年6月1日現在で、GE は、4800億米ドル。ボーイングは約560億米ドル、UTC は390億米ドル、RR は50億米ドルで、GE は商業用航空機市場で他のどの会社よりもはるかに株式時価総額が大きい。

GE Capital の資金力の効果と役割は、次の5つにまとめられる。

第一に、長期投資を要する産業で、製品開発において競争者より大きなリスクを負担し、将来の製品開発能力を危うくすることなく製品開発の失敗を吸収できる。競争者の RR は主な研究開発事業の1つに失敗して1970年代に市場から退出したことがある。

第二に、最初のエンジン販売時にリスト価格からの大幅な割引ができ、競争者に対し、エンジン事業の投資回収期間をさらに長くさせ、競争者が外部金融に頼る必要を生じさせ、資金供給コストを引き上げさせる。

第三に、航空機メーカーに対しては、機種開発の際に競争者が真似のできない直接の相当な金融支援を行い、その機種で排他的エンジン供給権を獲得して、競争者を排除する。GE は航空機メーカーにより与えられた最近の12の排他的地位のうちの10を確保した。

第四に、収益が上がるアフターマーケット市場に多額の投資を行う。

第五に、航空会社に対しては、経営上クリティカルな時に資金を注入することにより、その購入行動に影響を与える。経営破綻したコンチネンタル航空に、GE Capital は10億米ドルの資金を注入したと言われており、融資条件の1つが、コンチネンタル航空が購入する航空機の全てが GE 製エンジン搭載機でなければならないというものであった。

欧州委員会は、GE の割引戦略については、顧客に対する真の価格の引下げと混同してはならず、支配的地位にないことの表れと見ることはできないとした。欧州委員会の調査によれば、エンジンの製品寿命全期にわたる保守費用は購入価格の約2倍であり、平均総費用は10年間で10%から30%も上昇しており、最初のエンジンの割引販売は、顧客に対して最終的な低価格になっていないとしている⁽⁵⁷⁵⁾。

(575) 本体機器を安く販売して、その補修部品・保守サービスで利益を上げるビジネスモデルをどのように評価するのは難しい問題で、米国と欧州とでは、評価の仕方が異なっている。米国は、本体機器にあたる航空機エンジン市場では、顧客が「激しい」競争と評価するほどの値引き合戦が行われており、競争は活発に行われていると評価した。これに対して、EC では、本体機器を購入し、顧客が囲い込まれた後の補修部品・保守サービスの料金の含めた総費用で評価して、下がるどころか、むしろ上昇していることを重視し、本体機器の最初の割引は、真の価格引下げではないと評価した。もっとも、米国も、保守サービス市場での水平的重複が認められる限りでは、独立した第三者の保守サービス業者に保守サービスを行う権限を与えるという条件を付した。

航空機購入・リース業を営む GECAS は、全購入数の約10%を占める世界最大の未使用航空機の購入者で、他のリース会社やどの航空会社の購入よりも上回る。また、最大の航空機保有者（直接の競争者であるリース会社 ILFC の2倍）でもあり、注文済航空機数ではマーケットリーダーである⁽⁵⁷⁶⁾。また、GECAS は、主要な2リース会社のうちの1社である。GECAS は、新航空機購入の際には GE 製エンジンのみを選択するという購入政策（GE-only 政策）を採用していた。GECAS が注文した大型商用機の99%が GE 製エンジン搭載機であった。

GECAS が及ぼす効果と役割は、次の3つにまとめられる。

第一に、航空機メーカーに対しては、新機種の開発段階から一度に大量の注文を出す顧客（launch customer）として購入を保証することにより部品の購入選択に影響を及ぼすことができ、特に排他的エンジン供給権を獲得するのに効果的である。

第二に、航空会社に対しては、航空会社の航空機取得を容易にする多様な金融手段を提供して（例えば、航空機融資、リース及び保有航空機の管理サービス（航空コンサルティング、パイロット訓練等））、GE 製エンジン搭載機へと航空会社の保有機を標準化させる能力がある。

第三に、この標準化能力は、航空機の共通性（fleet commonality、保有航空機のエンジンを同一メーカーで揃えると、規模の経済性により保守費用を節約できるため、航空会社は保有航空機の搭載エンジンと同じエンジンメーカーからエンジンを購入する傾向）を前提とすれば、航空会社が当該エンジンを将来も購入し続けて、GE 製エンジンの販売を増加させる効果（a multiplying effect）を有する。

合併当事者は、GECAS の新航空機購入の市場シェアは10%よりも少なく航空機メーカーに対する影響力は限られていると主張したのに対して、欧州委員

(576) GECAS の2000年12月6日までの全注文は588機であるが、航空会社による購入は最大でも300機弱にすぎない。GECAS の保有機は1040機で、競争リース会社（ILFC）の2倍である。注文残は、2000年末で、GE が796機、ILFC が535機である。

会は、一般的に10%の市場シェアは伝統的な「市場支配力 (market power)」概念を連想させるには低いことを認めながらも、GECAS の影響力は、航空機購入の市場シェア自体からではなく、航空機エンジン等の購入選択過程で影響力を行使し、GE の競争者を排除する能力と誘因とからもたらされていると判断した⁽⁵⁷⁷⁾。

一方、他の競争者は、GECAS による航空機購入に対抗できるだけの、規模、資金力及び「垂直的統合」⁽⁵⁷⁸⁾を持ち合わせていない。合併当事者は、競争者が自前のリース会社を設立することで、GECAS の影響力に容易にかつ直ちに追従できると主張したが、欧州委員会は、競争者がそのような対抗手段をとっても、GE の航空機エンジン市場での地位を制約できない、として退けた。

また、欧州委員会は、顧客は対抗的購買力を欠き GE の市場での地位を制約しない、とした。第一に、どの航空会社も年に5%を超える購入注文をしない。第二に、航空機メーカーには大会社もあるが、GE Capital の新機種開発時の金融支援、GECAS による大量の購入注文、航空会社の購入行動に与える大きな影響力は、航空機メーカーの対抗的購買力の行使に深刻な影響を及ぼす。

結論として、欧州委員会は、航空機エンジン市場における GE の高い市場シェアに加えて、航空機エンジン市場の性質、つまり、①高い参入・成長障壁、②GE がすでに多数の航空会社の保有航空機に自社製エンジンを搭載させている事業者であること、③顧客に GE Capital の資金力を用いる誘因があること、④GECAS を通じた「垂直的統合」をレバレッジ (leverage) する能力があること、⑤顧客の対抗的購買力が制限されていること、⑥競争者の地位が弱いこと、から判断して、GE は、大型商用機用エンジン市場及び大型リージョナル機用エンジン市場での支配的事業者であると性格づけられる、とした。

(577) GE/Honeywell, *supra* note 567, at paras. 124–126.

(578) ここでは、GE が合併以前から傘下に航空機購入・リース業を営む GECAS や航空機エンジンのアフターサービス業を営む GE Engine Service (GEES, GE の完全子会社) を有していることを指し、合併により GE の傘下企業が営む事業と Honeywell の事業とが結びつくという意味での垂直的統合とは区別するために、「垂直的統合」を以後用いる。

特に、欧州委員会は、「GEの支配的地位」の認定にあたり、「相当な資金力を結びつける能力、大量の航空機を購入する能力、共通性の利益を享受する能力と、航空会社に包括的なパッケージを提供できる能力は、GEに、競争を排除する能力（the ability to foreclose competition）を与えている」ことを特に重視して、GEの高い市場シェアは、支配的地位の正しい代用物(proxy)となる、とした⁽⁵⁷⁹⁾。GEの地位を評価するにあたり、競争を排除する能力を重視したのは、米国とは異なっており、興味深い。

2 航空機システムでの Honeywell の主要な供給者としての地位

航空機システムでは、Buyer-Furnished-Equipment (BFE) 製品と Supplier-Furnished-Equipment (SFE) 製品との区別が重要である。BFE 製品は、航空会社（リース会社）が、航空機メーカーから認証された2、3の製品の中から選択・購入するのに対して、SFE 製品は、航空機メーカーが、新機種の開発段階で排他的に購入するもので、航空機の製品寿命全期にわたり搭載される。SFE-option 製品は、航空機メーカーが認証した1つ以上（大抵は2つ）の代替製品の中から航空会社（リース会社）が選択して、航空機メーカーが購入するものである。標準的な航空電子機器製品は BFE であり、非航空電子機器製品は SFE である。

Honeywell は、航空機エンジンを除いた航空宇宙機器で最大の世界的な供給者である。航空電子機器市場は、4社で90%から100%を占める高度寡占市場で、Honeywell は製品ごとに約50%から60%を占め、航空電子機器の主導的な供給者である。主な競争者は、Rockwell Collins(米、20%–30%)、Thales(仏、10%–20%)と Smith Industries (米、0%–10%)である。また、非航空電子機器市場では、Honeywell は製品ごとに40%から70%の間を占め、非航空電子機器の主要な供給者でもある。主な競争者は UTC 傘下の Hamilton Sundstrand (米) である。

(579) GE/Honeywell, *supra* note 567, at para. 163.

Honeywell は、競争者とは異なり、ほぼ全ての航空電子機器・非航空電子機器を提供でき、パッケージ販売 (packaged deals) を行い、又は、製品を技術的に統合できる地位にある。どの競争者も、Honeywell の広範囲な品揃えに単独では追従できない。

3 混合的統合

混合効果では、合併企業が、GE 製航空機エンジンと Honeywell 製航空電子機器・非航空電子機器という補完製品のパッケージ販売 (packaged offers, bundling) を行うことによる市場閉鎖 (foreclosure) が問題とされた。この反競争効果は、特に航空会社が選択する BFE (及び SFE-option) 航空電子機器・非航空電子機器市場で詳しく検討された⁽⁵⁸⁰⁾。しかし、パッケージ販売を通じた市場閉鎖効果は、航空機エンジンを含む全ての航空宇宙製品市場で支配的地位の形成・強化の根拠として言及されている。

欧州委員会は、①GE と Honeywell の製品・サービスの補完的性質 (complementary nature)、及び、②それぞれの市場での支配的地位や主要な地位を前提とすれば、合併企業は、航空会社と航空機メーカーとに向けて、エンジン、航空電子機器、非航空電子機器及び関連サービス (保守、リース、融資、パイロット訓練等) のパッケージ販売 (packaged offers, bundled offers, product packages) を行う能力と経済合理的な誘因 (the ability and the economically rational incentive) との両方をもち、また、抱き合わせによる割引販売を内部相互補助する能力と経済合理的な誘因とを有することになる、と指摘した⁽⁵⁸¹⁾。

パッケージ取引 (packaged deals) による補完製品の販売方法は、次の3つ

(580) *Id.* paras. 350-404.

(581) *Id.* paras. 349, 432. 大型リージョナル機用エンジン市場でも、欧州委員会決定は「パッケージ販売 (package offers) や内部相互補助の実行を通じて、影響を受ける。GE と Honeywell の製品・サービスの補完性 (complementarity) と、いずれか一方当事者が現在有している支配的地位や主要な地位とを前提にすれば、合併企業は、顧客に対して、エンジン、航空電子機器、非航空電子機器と関連サービスのパッケージ販売を行う経済合理的な誘因と能力との両方をもつことになる。」と述べる。

の形態をとる。pure bundling (抱き合わせ (bundle) でのみ販売し、単体では販売しない)、mixed bundling (単体でも販売するものの、抱き合わせでの販売価格を単体での販売より安くする)、technical bundling (pure bundling の一種で、他のメーカーの製品との互換性をなくし、抱き合わされたシステム (bundled system) でのみ有効に機能させる) である。

本件では、mixed bundling⁽⁵⁸²⁾と technical bundling とで行われる、とされた⁽⁵⁸³⁾。

BFE 製品では、航空会社に対して、合併企業は次の行動をとるおそれがある。

第一に、航空会社が保有航空機を取替え・補充する度ごとに、GE 製エンジン・付属サービス (保守、リース、融資、パイロット訓練等) を含むより幅広いパッケージ (a broader package) の一部として販売することにより、Honeywell 製品の購入選択を促進する。

第二に、本件合併の結果、合併企業は、パッケージを構成する製品全体の割引に内部相互補助できる資金力により、競争者製品に優先して、GE 製エンジンと Honeywell 製品とを購入するよう顧客を誘引する (induce) ような方法で、合併企業のパッケージ販売 (packaged deals) に割引価格を設定できるように、このようにして、両方の製品でさらに市場シェアを増やす。

第三に、抱き合わせ (bundle) の動機と形態を時と共に変える。中期では、新世代の機種・航空部品の開発において、technical bundling に乗り出して、競

(582) 本件では、関係当事者が一流の経済学者をかり出して、mixed bundling の経済モデルに関して理論上の論争が行われた。しかし、欧州委員会は、合併企業が提供できるようになるパッケージ販売が、航空機エンジンと航空電子機器・非航空電子機器とから競争者を排除することになるという結論に必要な限りで、それらのモデルの信頼性を判断しなかった (para.352)。なお、この点については、GE と Honeywell から経済分析に基づいていないとして、欧州第一審裁判所で争われている。ちなみに、GE は、Barry Nalebuff (イェール大学) と Carl Shapiro (カリフォルニア大学バークレー校) を、RR は、Jay Choi (ミシガン州立大学) を、United Technologies は、Janusz Ordover (ニューヨーク大学) を起用した。泉水文雄「寡占市場間の合併と競争政策—GE /ハネウェルの合併事件をめぐる—」公正取引612号18頁、19頁 (2001年) 参照。

(583) GE/Honeywell, *supra* note 567, at para. 353, 360, 432 n.101.

争する個々の部品と互換できない統合システムでのみ利用可能にし、mixed bundling の場合よりも競争者の収益を大幅に悪化させ、市場閉鎖の蓋然性を高める。短期では、mixed bundling を行い、単体の場合よりも安く抱き合わせ販売 (product bundle) を行い、航空会社に定期的に購入される BFE 製品について、対抗的な抱き合わせを行えない競争者を合併後直ちに利益の減少に直面させ、排除する。その結果、本件合併は、既存の機種で市場閉鎖をもたらし、続いて、これらの分野での競争の排除 (the elimination of competition) がもたらされる。

大型商用機用エンジン市場での抱き合わせの効果については、次の点が指摘された。

第一に、競争者が、合併企業の補完製品のパッケージ販売に対抗するためには、価格引下げや提携をしなければならず、ライバルのコストを引き上げる⁽⁵⁸⁴⁾。

第二に、一定の航空電子機器・非航空電子機器での主要な地位 (市場シェア 75% 超の製品市場が少なくとも 3 つある) を大型商用機用エンジン市場へとレバレッジする能力 (ability to leverage) により競争者 (RR, P&W) の顧客を奪う。例えば、合併企業は、Honeywell が 100% の市場シェアをもつ製品の販売に、GE 製エンジンの購入を条件とする力 (ability) をもつようになる。航空会社が、このような Honeywell 製品を購入するためには、合併企業が提供する GE 製エンジンを購入する以外に選択肢がなくなる⁽⁵⁸⁵⁾。

市場調査によれば、過去に、当該産業では、製品・サービスをパッケージで販売する慣行がいたるところで繰り返し行われており⁽⁵⁸⁶⁾、航空機メーカーと航空会社との両方が、価格に敏感な顧客 (price-sensitive customers) であることが示されている。

パッケージ販売 (packaged deals, bundling) が競争者に及ぼす悪影響につい

(584) *Id.* para. 412.

(585) *Id.* para. 415.

(586) *Id.* para. 352, 361-370.

ては、次のように指摘された⁽⁵⁸⁷⁾。合併企業がより安く包括的な抱き合わせを行うと、どの競争者も単独又は共同で対抗的な抱き合わせができないので、長期的な市場閉鎖の影響 (longer-term foreclosure impact) は徐々に (in a step-by-step fashion) 生じると予想されるけれども、直ちに大幅に競争者の市場シェアが低下して利益が減少し、競争者が競争してイノベーションする能力と誘因 (ability and incentive to compete and innovate) とが直ちに影響を受ける。エンジンと航空機部品の供給者は、研究開発費用を基礎に将来製品に向けたイノベーション (innovation for future products) で競争している。航空宇宙産業での研究開発費は、大きな埋没費用となり、投資を回収するまでのリードタイムが長く、リスクも高いことから、現在と将来のキャッシュフローから資金供給される必要がある。もし競争者が生産継続コストをカバーできなければ、短期で市場からの退出を迫られる。もし競争者が市場に残る程度に利益を上げられるとしても、利益の減少によって、中期で生き残るために新製品開発や技術革新を行う将来の投資能力が直ちに大幅に脅され、活発に競争する能力と誘因 (ability and incentive to compete vigorously) を次第に失い、真価に基づく競争ができない既存の競争者 ([competitors'] inability to compete on the merits) は、結局市場から退出することになって (market exit of existing competitors), 市場

(587) *Id.* paras. 398–404.

特に注目されることは、市場閉鎖後の価格の上昇については、この箇所では(決定全体を通して)言及がないことである。市場閉鎖が最終的には価格上昇等の反競争的結果に結びつくとしても、市場閉鎖までを立証できれば、支配的地位を形成・強化すると考えていることを示唆するように思われる。これは、「このような状況の下では、競争者は、合併企業の独立した行動を制約する要因 (a constraining factor) である蓋然性がない」と欧州委員会決定が述べるように、判例法上の支配的地位の定義と関連するのかもしれない。また、市場閉鎖後の新規参入・再参入の可能性については、高い参入障壁の指摘以外には、特に検討されていない。

(588) 垂直合併において問題にされる市場閉鎖効果では、例えば、重要な原材料を供給する上流企業との垂直統合により、他の下流企業にとっての原材料の入手可能性がなくなること自体を市場閉鎖効果といい、それにより他の下流企業が市場から撤退、排除される蓋然性は、特に問題にされないように思われる。これに対して、混合合併における市場閉鎖効果とは、短期では価格が下がるけれども、長期的には競争者が排除・周辺化されて、その後に価格が引き上げられうることの問題にするので(排除・周辺化後の価格引上げ等が直接の立証対象となるかは別にしても)、競争上の害悪は、競争者が市場から排除・周辺化された後に起こるので、競争者が排除・周辺化される蓋然性が特に問題にされる。垂直合併における市場閉鎖効果と、混合合併における市場閉鎖効果とは若干意味が異なるように思われる。

閉鎖 (market foreclosure)⁽⁵⁸⁸⁾が生ずる蓋然性があり、最終的には競争に悪影響を与える。将来の機種で、合併企業が technical bundling を行えば、競争者が獲得できる将来の市場をさらに減らし、競争者の競争意欲 (competitors' incentives to compete) に悪影響を及ぼし、競争者が研究開発投資を行う意欲を低下させ、いっそう市場閉鎖効果を悪化する。このような状況の下では、競争者は、合併企業の独立した行動に対する制約要因 (a constraining factor) である蓋然性がない。

補完製品の生産者同士の合併は合併後の価格が下がるという経済理論があり、これをクールノー効果 (1838年) という。すなわち、補完製品の生産者同士の合併は、少なくとも1つの補完製品の合併前の価格が完全競争水準を上回る場合には、一方の補完製品 (航空機エンジン) の価格を下げれば、完成品生産者 (航空機メーカー) は購入量を増やし、他方の補完製品 (航空電子機器) の販売も増えるので、合併後の企業は、一方の補完製品の価格が他方の需要に及ぼす影響を考慮して、生産者同士が合併していない場合よりも低い価格を設定する誘因を持つようになるという理論である。

bundling のクールノー効果について、合併当事者は、航空機エンジンと航空機部品の価格を引き下げても、利益が上がるほどには航空機の需要が伸びないと主張したのに対して、欧州委員会は、合併企業による抱き合わせシステム (bundled system) の価格引き下げは、顧客の需要を競争者から合併企業の抱き合わせ製品 (bundled product) へと顧客の需要を移動させる蓋然性がある。Bundling は、総需要に影響を与えないとしても、合併企業に有利な市場シェアの移行 (a shift of market shares in favour of the merged entity) をもたらす⁽⁵⁸⁹⁾、と述べた。

欧州委員会の結論には、GE と Honeywell の競争者は、単独でも、又は、提携をしても、合併企業に対抗可能な安価で広範囲の製品・サービスの抱き合わせを提供できないこと、そして、顧客も対抗的購買力を行使できないことが重

(589) *GE/Honeywell*, *supra* note 567, at paras. 374–376.

(590) *Id.* para. 404.

要であった⁽⁵⁹⁰⁾。

欧州委員会は、合併後の市場構造においては、合併企業は、合併前には当該市場で一緒に販売されたことがないほど広範囲の製品パッケージを提供できるようになり、他のどの競争者も、単独では対抗できない、と認定している⁽⁵⁹¹⁾。また、航空機エンジン事業と航空電子機器事業とを統合していない競争者(non-integrated competitors)は、technical bundlingを追随する地位にはない、と認定している⁽⁵⁹²⁾。

欧州委員会は、提携(teaming)を、次のような理由で、合併企業の幅広い製品・サービスの抱き合わせ販売(bundles)に対抗可能な現実的な代替手段とは認めなかった⁽⁵⁹³⁾。提携は、供給者間の経済統合を欠いて内部相互補助を行えないために、合併企業の抱き合わせ価格より低価格となることはないので顧客を誘引できない。異なる事業者間で技術の選択・収益の分配等の複雑な利害調整を伴う不安定な手段である。提携は、追加的管理コストが発生し、提携による利益を相殺してしまう。単一企業の方が、割引や、良い保証・支払条件、無料の補修部品、高水準の製品サポートの提供等、取引の価値を高めるために迅速な意思決定を行うことができ、競争入札過程で、顧客の要求によりよく対応できる。過去の提携の大部分は、行われなかったか、失敗した。

この点、本稿で先に紹介している *AlliedSignal/Honeywell* 事件(1999年)では、合併により、他のどの競争者よりも幅広い製品範囲を提供できる地位につくことは、technical bundling やパッケージ販売する能力を高め、競争者を排除するとの競争者の主張に対して、欧州委員会は、競争者は、他の競争者との提携によって、製品範囲を拡大する余地があると述べている⁽⁵⁹⁴⁾。したがって、欧州委員会は、競争者の対抗手段として提携自体を認めないというのではなく、製品範囲の狭い競争者が、GE/Honeywell の mixed bundling に対抗できる

(591) *Id.* para. 350.

(592) *Id.* para. 354.

(593) *Id.* paras. 377-383.

(594) *AlliedSignal/Honeywell*, Case No COMP/M. 1601 (Dec. 1, 1999), 2001 O.J. (L 152)1, paras. 118, 110.

価格で提携が行えるか否かという観点から、評価が異なったものと思われる。

また、競争者は新技術の導入により既存事業者をリープフロッグできるとの当事者の主張に対しては、欧州委員会は、本件合併により新機種への自社製品の搭載を困難にされた競争者は、リープフロッグに必要な研究開発投資をする将来の収入が奪われ、また、合併企業とは異なり、機種選定競争に敗れて損失を吸収しながらイノベーションに投資を続ける資金力が限られているとして、もし取って代わろうとする企業が、合併企業によって提供される製品の条件や範囲に対抗できないのならば、リープフロッグは失敗せざるを得ない、と判断した⁽⁵⁹⁵⁾。

顧客の対抗的購買力については、顧客（航空会社・航空機メーカー）は、GEに対して対抗的購買力を行使する経済的誘因をもたないとされた。否定された理由は、次のとおりである。

第一に、航空会社は、利幅が限られているため、長期的な競争減少の可能性（the possibility of longer-term reduction in competition）よりも短期のコスト節約（short-term cost reduction）となるパッケージ販売を重視する。第二に、航空機メーカー（エアバス、ボーイング）は、両社ともかなりの資金力のある大会社ではあるが、ア）弱い競争者から購入すれば調達コストが高くなり、他社より不利になる、イ）高まると予想される GE・Honeywell 製品の組合せに対する航空会社の需要を無視できない、ウ）GE-only 政策の Honeywell 製品への拡大により、航空機メーカーが仮に GE・Honeywell 製以外の製品を選択すれば、GECAS による大量の航空機購入が実質的に減少し、かなりの収入を失うことを知っており、航空機メーカーは、GECAS の大口航空機購入者としての重要性を無視できない。1、2 機の航空機の追加購入で、競争者からの金銭上の誘引は相殺されてしまう。また、Honeywell 製システムは、十分な品質があり、抱き合わせを受け入れるリスクは少ない。結局、航空会社と航空機メーカーとの両方が、本件合併から生じる市場閉鎖効果を妨げる可能性はない。

(595) *GE/Honeywell*, *supra* note 567, at paras. 384–385.

同じ航空宇宙産業における、最近の *AlliedSignal/Honeywell* 事件と *EngineAlliance* (GE と P&W との合併会社) 事件の欧州委員会決定では、顧客は対抗力をもつと認定していた。この結論の違いについて、欧州委員会は、本件では、航空電子機器・非航空電子機器事業と顧客との関係に加えて、GE の製品、サービス、資金力が追加されること、また、合併企業の補完製品は、航空機の価格の半分以上を超えるようになることから、顧客は、本件合併以前と同じ程度の交渉する地位(negotiation position)ではなく、先例に反しないと述べている⁽⁵⁹⁶⁾。

合併救済措置について、GE は、競争者が単独又は共同で類似の製品を抱き合わせるか、又は、顧客が書面で GE による抱き合わせ販売(bundled offer)を要望しない限り、いかなる GE 製品も、Honeywell 製品とは抱き合わせない(will not bundle)という、抱き合わせ行為を行わないという行為約束を提出した。しかし、欧州委員会は、合併企業による「垂直的統合」及び資金力の利用と、製品抱き合わせ(product bundling)を行う合併企業の能力とに関する懸念を解消するには、純粋に行為的であり(purely behavioural)、支配的地位を形成・強化するが、それを濫用しないと約束するだけであり、また、約束の実行とその監視とが複雑であるとして、問題を解消するとは認めなかった⁽⁵⁹⁷⁾。

合併救済措置について、欧州委員会は、次のように述べる。GE 製品と Honeywell 製品とを抱き合わせない(not to bundle)という約束は、行動を担保するものではなく、抱き合わせが行われた後で事後的に(ex post)取り締まることができるのみである。市場調査によれば、製品抱き合わせ(product bundling)は、どのような形式によっても特徴付けられておらず[抱き合わせは多様な態様を取りうる]、また、競争者が製品抱き合わせを発見でき、GE が提案する監視メカニズム(仲裁手続の設置)にそれを報告するときまでには、製品抱き合わせは、既に行われてしまっている。さらに、このような約束は、欧州委員会の著しい量の監視作業を必要とし、仲裁手続は、欧州委員会が参加する必要のあるエンドレスな訴訟を生み出す。

(596) *Id.* para. 457.

(597) *Id.* paras. 530, 532.

4 垂直的統合

垂直的統合による反競争効果として欧州委員会が問題にしたのは、①GE Capital の資金力と、②GECAS による金融サービス、航空機購入・リース及び GEES によるアフターマーケットサービスの「垂直的統合」と、に基づく GE 製品を優先購入させる能力が、Honeywell の事業に拡大することにより、Honeywell の競争者を排除する市場閉鎖効果であった⁽⁵⁹⁸⁾。主として航空電子機器・非航空電子機器市場で問題とされた反競争効果である。Honeywell が主要な地位にある市場で、支配的地位を形成する根拠として用いられた。

このうち、特に航空機メーカーが排他的に選択する SFE 製品においては、Honeywell は、合併後に次のような利益を得ることになるとされた。

第一に、新機種開発の際に、①GE Capital の資金力（金融支援）と、②GECAS による大量の航空機注文をてこ（leverage）として用いることで、航空機メーカーによる Honeywell 製 SFE 製品の排他的選択を確保して、航空機の製品寿命全期にわたり排他的に供給される SFE 製品から長期的な収入を得る。

第二に、GECAS は、重要な航空機購入者として、GE-only 政策を Honeywell 製品に拡大して、GE 製エンジンの搭載のみならず、Honeywell 製航空電子機器等の搭載も促進する。

第三に、複合企業である GE が複数市場で主要な地位（leading positions）を占めることから得られる大幅なキャッシュフローにより内部相互補助を受けることができる。

(598) この他に、垂直効果として、大型商用機用エンジン市場では、上流のエンジンスタート市場で主要な地位にある Honeywell と下流のエンジン市場で支配的な地位にある GE との間に垂直的關係が生ずることによる市場閉鎖が問題とされた。欧州委員会は、垂直的關係から、合併企業は、利益が上がるように Honeywell 製エンジンスタートの価格を引上げ、産出量を制限し、供給を遅延させる能力と誘因とを有し、これがライバルのエンジンメーカーの費用を引上げ、当該市場からさらに競争者を排除して、GE の支配的地位が強化される、とした。Id. paras. 419-427. GE の支配的地位を強化するのは、ライバルの費用を引上げて、「合併企業の価格引上げを容易にする」という説明ではなく、ライバルの費用を引上げて、「競争者を排除する」という説明になっている。

欧州委員会は、GEのGE CapitalとGECASとの戦略的利用により、既に主要な地位を享受しているHoneywellを航空電子機器・非航空電子機器の支配的事業者につかせることになる、と結論付けた。

また、Honeywellの競争者に対する影響は、次のとおり判断された⁽⁵⁹⁹⁾。GEの商慣行（GE-only政策）がHoneywellに拡大すれば、競争者がGEの資金力と「垂直的統合」とを相当程度まで追従できないことから、競争者は、将来の競争に勝つ機会が著しく減少し、本体機器と補修部品の販売による将来の収入が奪われる。その結果、競争者が将来の製品開発に投資し、イノベーションを促進し、リープフロッグ（leapfrog）する能力が排除され、徐々に競争者が周辺化されることにより市場閉鎖に導くこととなる。また、競争者は、次第に戦略を見直し、合併企業に支配されている市場で猛烈に競争しなくなる（not compete fiercely）⁽⁶⁰⁰⁾。さらに、顧客の対抗的購買力もない、とされた。

合併救済措置として、GEは、欧州委員会との第1回目の交渉のときに（法定期限の2001年6月14日）、GECASを独立法人として維持し、GECASはHoneywellとの取引を公正に行い（on an arm's length basis）、航空機購入にHoneywell製航空電子機器の組み込みを条件としない等の行為約束（behavioural undertakings）⁽⁶⁰¹⁾を提出した。しかし、欧州委員会は、GECASを別法人として維持することは、GECASの経営に影響を及ぼさず、GECASの支配はGEに残り、

(599) *Id.* para. 347.

(600) *Id.* para. 409.

(601) GECASに関する行為約束は次の通りである。①GECASを独立法人として維持する。②GECASは、Honeywellとの取引を公正に行う（on an arm's length basis）。③コンプライアンスは、独立の専門家により監視される。④GECASは、航空電子機器等を選択する航空機メーカーのワーキンググループに参加しない。⑤航空機の投機的購入者（a speculative buyer）として行動する場合には（launch customerとして新機種の開発段階で、将来のリース契約の締結を見越して大量の注文を出す場合を指すと思われる）、GECASは、Honeywell製航空電子機器・非航空電子機器の組み込みを購入の条件としない。⑥GE Capitalは、Honeywell製航空電子機器・非航空電子機器を搭載する航空機の購入者・運航者に対して融資しない。⑦GECASは、顧客による航空電子機器・非航空電子機器の選択に影響を及ぼさない。⑧GECASは、リース目的で航空機を購入するときは、競争者製の航空電子機器・非航空電子機器も選択する。

GECAS が GE の商業戦略を行うことを止めることは期待できない。その他の行為約束については、一定の態様で行動しないと単に約束するだけであり、このような行為約束は、欧州委員会の合併救済措置に関する明示の方針に反し、合併規則の目的それ自体にも反する (in contrast [...] with the purpose of the Merger Regulation itself)。独立の専門家の存在は、専門家による介入は事後的に (ex post) 行われるので、GECAS の行動を担保するものでもない、と評価しなかった。

さらに、GE は、禁止決定の5日前の2001年6月28日に再度約束を提出した。GECAS の議決権の19.9%を GE が選んだ第三者（銀行や投資ファンドのような金融機関）に売却する。社外取締役は、リース目的の新航空機の購入について事前通知を受け取る。GE は航空機を購入する際に GE 製エンジンを選好する権利は維持するが、Honeywell 製品を選好するいかなる能力も保持しない、というものであった。欧州委員会は、GECAS の GE 製品を優先する購入政策の緩和するために GECAS の支配構造を変更する問題は解決されてない、と述べた。GECAS に関して最低限要求されるのは、①株式の売却先は、GECAS の中立的な購入政策を維持する利害と知識をもった関連市場に関係する事業者であること、②市場の需要を反映した購入政策 (market-oriented market approach) を採ることを GECAS の定款に記すこと、③GECAS の商業政策に対する事前のコントロールが可能になるように社外取締役に拒否権を認めることである。GECAS が航空機を購入する際に GE 製エンジンを優先する GE の権利を維持することは、約束の新提案の不十分さをいっそう増加させる。GE の GECAS を支配する能力を変更せずに GECAS の19.9%の株式を売却しても、航空機メーカーに影響を及ぼす GE のインセンティブに変化はなく、GECAS の SFE 製品の選択を歪める効果 (bias effect) に影響を及ぼさない、として評価しなかった。

5 欧州委員会決定のまとめ

欧州委員会が、本件合併の問題を解消できると考えていた措置は、GECAS

の購入政策について非差別性を確保するために、GECAS の株式の19.9%を競合部品メーカーに売却し、かつ、売却先を GE が指定できないこととすることであったと言われている⁽⁶⁰²⁾。欧州委員会の担当者による解説では、GECAS の構造的措置は、Honeywell 資産の分離の必要性を著しく減らす、と述べる⁽⁶⁰³⁾。上記の GECAS をめぐる合併救済措置の設計についての欧州委員会の考え方から、本件合併に対する欧州委員会の問題意識を探るとすれば、本件合併が禁止される結果となったのは、欧州委員会は、混合効果の問題、すなわち、合併企業が競争者の追従を許さない幅広い製品・サービスのパッケージを競争者が対抗できない価格で顧客（特に航空会社）に提供できるようになることによる競争者に対する市場閉鎖効果の問題よりも、むしろ、GE-only 政策が Honeywell 製品へと拡大される問題、すなわち、GE 傘下の世界最大の航空機購入の顧客であるリース会社 GECAS が、GE-only 政策という、GE 製エンジンが搭載された航空機のみを購入する政策を、Honeywell 製品へと拡大して、航空機メーカーに排他的に選択される SFE 製品の機器選択を歪めることによる Honeywell の競争者の排除効果の方を問題視していたように思われる。そして、GECAS の航空機メーカーへの機器選択を歪める効果を取り除くには、Honeywell 製品の取引の公正性を確保するだけでは足りず、そもそも GE-only 政策から取り除く必要があると考えたようである⁽⁶⁰⁴⁾。

(602) *GE/Honeywell, supra* note 567, at para. 552. 泉水文雄「寡占市場間の合併と競争政策—GE/ハネウェルの合併事件をめぐって—」公正取引612号18頁、22頁及び23頁注19（2001年）。

(603) Giotakos, Petit, Garnier and De Luyck, *General Electric/Honewell-An insight into the Commission's investigation and decision*, Competition Policy Newsletter, Oct. 2003, at 5, 12.

(604) GE-only 政策は、GECAS が GE 製エンジンを搭載した航空機のみを購入するという単なる購入方針であって GECAS の一方的行為であり、GECAS が Boeing や Airbus などの航空機メーカーとの間で GE 製エンジンの供給を条件として航空機を購入するという事業者間の取決めではないため、競争制限的な事業者間の協定を禁止する EC 条約81条の違反行為とはできない。また、支配的地位の濫用を定める EC 条約82条は、前提条件として支配的地位が必要であり、GECAS が世界最大の顧客で航空機メーカーに対して機器選択について実質的に影響力を及ぼしているとしても、市場シェアが約10%しかなく、支配的地位を認定するのは、困難であろう。ゆえに、EC 条約82条の違反行為を構成するのも困難である。したがって、GE-only 政策自体は、GE/Honeywell の合併がなければ、止めさせることはできないだろう。

本件では、合併企業は、航空機メーカー(中間市場(the intermediate market))に対して、上流市場から航空機エンジンと航空電子機器という航空機部品を供給するだけでなく、下流市場での GE Capital と GECAS の事業を通じて、航空機メーカーから航空機を購入したり、航空機メーカーに資金援助したりすることになる。GECAS の影響力は、世界の航空機購入の約10%の市場シェアから通常推測されるよりもより実質的であるとされている。GECAS の市場へのアクセスと、GECapital の資金力の戦略的利用は、Honeywell 製航空電子機器の選択を促進することにより、Honeywell を航空電子機器の支配的供給者につかせる。競争者は、GE の「垂直的統合」を追従することができず、収入が奪われ、次世代製品の投資機会を奪われ、次第に周辺化する、と欧州委員会は懸念した。

垂直的統合の問題は、GECAS の購入政策が上流市場で排他的結果をもつ下流市場の市場閉鎖の1つと見ることもできるし、あるいは、GECAS の航空機購入によって、航空機メーカーによる GE・Honeywell 製上流製品(航空機エンジン、航空電子機器)の購入を抱き合わせているともみることができる⁽⁶⁰⁵⁾。しかし、欧州委員会が問題にしたのは、下流企業の GECAS が、統合された上流企業の Honeywell 製品のみを購入するインセンティブを持つようになることで、上流市場の Honeywell の競争者の販路が閉鎖されるという意味の垂直的市場閉鎖ではなく(GECAS の航空機購入の市場シェアは、約10%しかなく、残りの約90%の市場は開かれているから)、GECAS の購入政策が中間市場の航空機メーカーの機器選択に及ぼす影響力が、Honeywell 製品の搭載を促進し、Honeywell の競争者が排除されることが問題となっている。つまり、いわゆる垂直的市場閉鎖ではなく、競争過程(顧客の購入行動)に影響力を及ぼすことが問題となった。

Honeywell 製品に対する GE-only 政策の拡大の問題は、互惠取引(reciprocal dealing)の問題と似ているように思われる^{(606), (607)}。互惠取引とは、例えば、A

(605) ALISTAIR LINDSAY, THE EC MERGER REGULATION: SUBSTANTIVE ISSUES 386-387 (Sweet & Maxwell 2003) [hereinafter ALISTAIR LINDSAY]

産業は、製品 a を、B 産業に売り、B 産業は製品 b を C 産業に売っている場合において、C 産業の 1 企業が A 産業の 1 企業を取得したとすると、B 産業の企業が、自己の販売を確保するために A-C コングロマリットから製品 a を買い、A-C コングロマリットは逆に製品 a を買った企業から製品 b を買うことである⁽⁶⁰⁸⁾。

本件では、完成品購入者（リース業）でもあった GE が、部品メーカー（航空電子機器）である Honeywell を買収することにより、組立メーカーである Boeing や Airbus に、航空機の購入者である立場を利用して、Honeywell 製部品を搭載した航空機のみを購入する方針を採用することで、航空機メーカーの航空機電子機器の購入選択に実質的な影響力を及ぼし、Honeywell の競争者を排除することが問題にされた。現に、GECAS は、GE 製エンジンでは、同エンジンを搭載する航空機のみを購入する方針を採っていた。また、航空機メーカーが選択する航空電子機器（SFE 製品）は、航空機の製品寿命全期にわたり排他的に供給されるため、特にこの問題が重要視されたように思われる。

(606) OECD における米国司法省提出論文においても、GECAS を Honeywell 製品の市場シェアを拡大するために利用するという主張は、反競争的な互恵取引を助長するという理由で混合合併を問題にした1960年代の事件を思い出させるとする。*FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965)。同論文では、エントレンチメントと同様に、互恵取引の理論は批判され、今日では、著しい市場閉鎖効果となる場合にのみ問題にする、と述べる。DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 22 and n.53.

(607) 欧州委員会は、GE 傘下の航空機リース会社の GECAS が、Honeywell と結びつく問題を垂直的統合、あるいは垂直効果の問題とする。しかし、伝統的分類に従えば、これも混合型結合といえるのではないか。すなわち、本件のような、部品の供給市場と、完成品の購入市場との間に、中間市場に航空機メーカーという独立した組立メーカーが存在している場合において、売り手と買い手との直接の取引関係に立たない、部品の供給市場における 1 企業と完成品の購入市場における 1 企業とが結びつく場合（間接的な垂直関係に立つ場合）は、伝統的には、混合型結合として取り扱われてきた。例えば、米国の混合合併規制において、互恵取引が可能になるとして問題とされていた結合関係は、中間市場の企業に対して、需要と供給との両面からはさみうちにするこのようなタイプの結合関係であった。例えば、米国のコンソリデーターティッド・フーズ事件を参照。

(608) 金子見「多角的合併と反競争的影響」公正取引225号8頁以下、9頁（1969年）。互恵取引について、詳しくは、佐藤吾郎「反トラスト法における相互取引規制」上智法学論集第36巻第1、2号合併号101頁。

本件における欧州委員会の核心的な関心は、航空会社に対しては、他の競争者が追従できないほど安価で広範囲な抱き合わせ販売ができるようになること（technical bundling も）、航空機メーカーに対しては、①GE Capital の金融支援と GECAS の新機種開発段階での大量注文による排他的供給権の獲得と、②GECAS の大口顧客としての立場を利用して航空機メーカーによる機器選択に影響力を及ぼし、GE-only 政策を Honeywell 製品にも拡大して、Honeywell 製品の搭載を促進すること、により競争者が排除されることであったように思われる。

また、問題解消措置の設計にあたっては、GECAS の GE-only 政策が Honeywell に拡大されるのを防ぐのみならず、そもそも GECAS が GE-only 政策を行うことによる航空機メーカーの機器選択を歪める効果自体を取り除こうとしている。

このような競争上の懸念を根源から除去しようとする欧州委員会の問題解消措置に対する設計態度は、Boeing/McDonnell Douglas 事件において、航空会社との排他的契約を以後10年間締結しないことのみならず、合併以前に既に締結されていた排他的契約の独占供給権も行使しないという約束を Boeing から取り付けた手法と似ている。

II GE/Honeywell 事件に対する米国司法省の評価

米国では、水平的重複のみが問題にされた⁽⁶⁰⁹⁾。米国司法省は、競争を実質的に減殺するおそれ、又は、独占を形成することとなる、株式・資産の取得を禁止するクレイトン法7条に基づき、本件合併は、米国軍用ヘリコプターエンジンの製造と、Honeywell 製の一定の型の航空機エンジン・補助動力源(APU)向け MRO サービス（保守・補修・分解修理サービス）の供給において競争を実質的に減殺するとして、Honeywell のヘリコプターエンジン事業の売却と、

(609) Deborah Platt Majoras, *GE-Honeywell: The U.S. Decision*, Nov. 29, 2001, Remarks of Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice, at 3.

新たな第三者の MRO サービス事業者に Honeywell 製の一定の型の航空機エンジン・APU 向け MRO サービスを行う権限を与えることを条件に、本件合併を不問とした⁽⁶¹⁰⁾。

欧州委員会と米国司法省との判断にはどこに相違点があったのだろうか。両競争当局は、同一の製品市場と地理的市場を分析し、合併当事者と第三者とから同一の主張を聞き、同一の競争上の害悪の理論を考慮し、ほぼ同じ事実に接したけれども、結論が異なった。

米国司法省は、GE/Honeywell 事件を混合効果と垂直効果を問題にしなかった理由を次のように説明する⁽⁶¹¹⁾。

(i) GE の大型商用機用エンジン市場における支配的地位の主張について
大型商用機用エンジン市場における GE の競争上の地位の捉え方自体に既に相違がある。米国では、大型商用機用エンジン市場は、GE, RR, P&W の3つの強力な競争者がいる入札市場であり、入札市場では、歴史的な市場シェアは、将来の成功を保証しない (only weakly indicative of future success) と考えた。最近の契約締結は、3社間で等しく分けられており、SNECMA との合併会社 CFMI 製エンジンを GE の市場シェアに全て含めたとしても、GE が42%、P&W が32%、RR が27%である。GE の市場シェアが高いのは、Boeing737型機向けエンジンの独占供給者である合併会社 CFMI を通じたものが多い。独占供給契約 (a single sole-source contract) に基づく納入を除くと、GE が44%、P&W が23%、RR が27%である。これは、顧客が、競争は「激しい (fierce)」と表現し、エンジン価格の大幅な値引きという結果となっている大型商用機用エンジン市場の現実の競争のダイナミックスにより近い。

(610) Press Release from Department of Justice, May 2 2001, http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.htm.

(611) 次の文献を参照した。DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 20-23, Deborah Platt Majoras, *GE-Honeywell: The U.S. Decision*, Nov. 29, 2001, Remarks of Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice. いずれも米国司法省のウェブページから入手できる。

米国法では、市場支配力を認定するためには、企業は「価格を支配する力又は競争を排除する力（“the power to control prices or exclude competition”）」⁽⁶¹²⁾を有さなければならない。RR と P&W とはもはや GE の行動を制約する地位ではなく、GE が既に大型商用機用エンジン市場で支配的な地位にあるという主張は認定できなかった。

したがって、GE が、将来機種における P&G と RR とのエンジン選定競争で不利になることなしに、例えば、GE 製エンジンの販売に Honeywell 製航空電子機器を抱き合わせる（tying）ことにより、自己のエンジンの顧客に対して拘束を課すことができることになると考えることはできない。

しかも、CFMI 製エンジンの場合には、そのような拘束を課す GE の能力は、合併会社の相手方である SNECMA によってさらに制約される。なぜなら、SNECMA は、[Honeywell 製品の販売が増えたとしても] そのような拘束から利益を得ることはないからである。

（ii）レバレッジ理論について

GE は、航空電子機器・非航空電子機器システム市場での決定的な競争上の有利性(a decisive competitive advantage)を得るために、mixed bundling か technical tying かのいずれかを通じて、エンジンでの強力な地位をレバレッジすることができるようになるという主張には、米国司法省は、説得されなかった。競争上の害悪としての mixed bundling の理論は、いわゆるクールノー効果に依拠している。クールノー効果とは、補完製品生産者の合併は、合併企業が、補完製品の一方の価格を下げると他方の補完製品の販売を刺激することになる事実を反映するように価格設定を調整することになり、今回支配下に置かれることになる補完製品の価格決定の外部性を内部化することにより、合併企業は補完製品の価格を引き下げることになると予測するものである。

クールノー効果の理論は、少なくとも短期では、合併企業の価格は合併後に

(612) *United States v. E.I. duPont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

下がると予測していることを重視するのは重要である。競争上の害悪は、競争者が利益を失い、かつ、市場から撤退させられる場合にのみ生じる。したがって、利益は、確実で、即時であるけれども、予想された害悪は、はるかに遠く、かつ、憶測的である。

Mixed bundling については、GE 製エンジンと Honeywell 製航空電子機器・非航空電子機器システムとのパッケージを割引価格で提供することが、調査した経験的証拠によれば、これが航空宇宙市場で行われる限りでは、決定的な競争上の有利性となることはありそうにもない。航空宇宙メーカーが、過去に、bundling 戦術を通して、著しい市場シェアを獲得できた証拠はほとんどない。

Technical tying については、エンジンと航空電子機器／非航空電子機器システムとの物理的統合が市場閉鎖効果を持つか否か、ましてなおさら、潜在的な市場閉鎖効果がそのような統合により生み出される効率性を上回るか否かを、事前に (*ex ante*)、測定する方法がないと考えた。

また、仮に bundling が競争上の有利性を与えるとしても、他の企業が、提携 (teaming arrangements) を通じて、合併企業の提供するものに対抗できないという証拠を認定することはできない。

さらに、Boeing と Airbus のような大規模で洗練された買手が、エンジンと航空電子機器のような重要な航空機部品市場を GE/Honeywell が独占化するのを許すとは考えられない。

(iii) GECAS の反競争効果の主張について

GECAS について、米国でも、GE が、自社の航空機リース部門である GECAS を、エンジン競争で有利性を得るために用いており、合併後、GECAS は、Honeywell の航空電子機器・非航空電子機器の市場シェアを拡大するために、同様に GECAS を利用するという主張を検討した。この主張は、部分的には、垂直的市場閉鎖の特徴をもち、一方で、合併企業が GECAS のエンジンと航空電子機器・非航空電子機器システムの購入に GECAS の融資の利用可能性を抱き合わせる (tie) おそれ、また、反競争的な互惠取引 (reciprocal dealing) を助長

するものである。しかし、GECASの航空機購入の市場シェアが世界の全航空機の10%未満であるのは、著しい市場閉鎖効果を生じさせるには小さすぎると結論付けた。米国の裁判所が、潜在的市場閉鎖の認定を裏付けるのに少なくとも一般的に要求するのは、35-40%である⁽⁶¹³⁾。また、競争者よりも魅力的な金融取引を提供することにより GECAS が GE へと市場シェアを移している限り、GE は単に、エンジンの割引をしているだけで、なぜ GE の競争者がこのような割引に対抗できないのか明らかではない⁽⁶¹⁴⁾。ライバルのリース会社が、GE と差別化するために、GE 製エンジン以外をより多く購入することにより対抗する蓋然性があり、そのような事例もある。低いリース率は、割引の別形態であり、航空会社がリースを好むのであれば、ライバルの部品メーカーは、リース会社と提携できる。GE が新機種で独占供給契約を獲得するのに、GECAS の購買力を利用したと主張される 4 つの取引を調べたが、GECAS は、顧客の決定になんらの役割を演じておらず、GE は、顧客が望む最高のエンジンを最良の価格で提供することにより、真価に基づいて (on the merits) 競争に勝っただけである。

(iv) 競争者が退出することになる蓋然性 (likelihood) について

GE/Honeywell 合併の消費者に対する悪影響 (consumer injury) の理論全ては、本件合併が、最終的には、競争者を市場から退出させ、あるいは、競争者をも

(613) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2(1984); *United States v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30, 53(D.D.C. 2000), quoted in Deborah Platt Majoras, *GE-Honeywell: The U.S. Decision*, Nov. 29, 2001, Remarks of Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice, at 10 n.10.

(614) DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 22 n.54は、米国でも、商品の購入に融資を抱き合わせる (tying) ことは、反競争的となりうるという理論があったが、*United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610 (1977) 連邦最高裁判所判決で、明確に否定された、とする。PHILLIP E. AREEDA & DONALD F. TURNER, *ANTI-TRUST LAW* (1980) ¶1105 e, at 19における、「貸付を希望する購入者に貸付を利用できるようにすることは、より良い製品を提供していることである。より低コストで貸付を利用できるようにすることは、より良い製品をより安い価格で販売することであり、明らかに社会的利益である。」との記述を引用する。

はや GE の競争上の行動を有効に制約することができないところまで、競争者の市場シェアを減少させることになるという主張に基づく。この点は、競争者が退出を強いられ、あるいは、もはや有効に競争できないかのいずれかの後にのみ、価格が上昇しうるので、消費者に対する悪影響にとって決定的に重要である。しかし、競争者が退出することになる蓋然性について、合併の結果として、競争者が追従できず、あるいは、退出を強いられるという考えを裏付ける証拠は認定できなかった。GE と Honeywell の競争者は、ほとんどが大規模で、財務が健全な企業で、多くの関連市場で大きな市場シェアをもち、資金への迅速なアクセスを持っている。エンジンと航空電子機器・非航空電子機器システムは、既存の航空機機種の中で、既に選択されており、また、新機種競争が、近接した時期に (in the near term) 予想できないので、競争者は、多年間の確保された収入源をもち、退出するシナリオは、全く説得的には思えない。また、生産上の資産が市場に留まることになる合併の場合以外に、製品範囲が狭いだけで市場から退出、撤退した航空宇宙企業の歴史的証拠は認定できない。

Boeing や Airbus のような強力な買手は、航空電子機器・非航空電子機器システムの供給における競争を維持する強いインセンティブを持っている。

また、強力な競争者達は、独自に、あるいは、強力な買手の支援を受けて、合併や提携を含む幅広い対抗戦略を採ることができる。

(v) 結論

以上から、GE/Honeywell の合併に関する競争上の悪影響についての理論の鍵となる要素はいずれも事実に証拠 (factual support) を認定できない。逆に、合併企業が、顧客に、より安い価格でより良い製品を提供する能力とインセンティブをもつようになるという主張に基づくものであり、本件合併は、直接的には、合併企業により提供される低価格とより良い製品を通じて、間接的には、競争者に、より低価格と製品の改良で対抗するよう仕向けることにより、この両方で顧客の利益となる。米国の見解では、これは、合併を歓迎する理由であって、批難する理由ではない。

Ⅲ 米国における混合合併の取扱いの変遷とその理由

米国競争当局者からの批判を見る前に、米国における混合合併規制の取り扱いの変遷を概観することにする⁽⁶¹⁵⁾。米国においては、1960年代から1970年代の半ば頃まで、様々な理論を用いて混合合併を規制していた。しかし、現在では、米国競争当局が、潜在的競争の問題を除いて混合合併に介入することは稀である。ただ、本稿で既に紹介している、衛星製造者と衛星打ち上げロケットサービス業者との合併にFTCが介入した *Boeing/Hughes* 事件は、その稀な例であった。

1965年から1975年の10年間に、米国では、混合合併の波を経験した。その理由の1つは、水平合併及び垂直合併に対する過度に制限的な政策のためであった。

当初、反トラスト当局者と学者は、混合合併のありうる競争上の影響について測りかねていたが、混合合併による「集中度の上昇傾向 (rising tide of concentration)」に対する政治的懸念がかなり存在した。その結果、反トラスト当局と裁判所とは、多様な理論を用いて、多くの混合合併を問題にした。当時の米国における混合合併規制の根拠は、「潜在的競争の排除」、「互恵取引 (reciprocal dealing)」、「エントレンチメント (entrenchment)」、「ディープ・ポケット (deep pockets)」、「大きいことは悪いこと (Bigness is badness)」であった。

「エントレンチメント」という競争上の害悪の理論は、合併が、既に支配的

(615) 次の文献を参照した。DOJ's OECD submission, *supra* note 564; ABA SECTION OF ANTITRUST LAW; MERGERS AND ACQUISITIONS: UNDERSTANDING THE ANTITRUST ISSUES 307 (Robert S. Schlossberg et al. eds., 2000); HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 551 (2 ed. 1999); Joseph P. Bauer, *Government Enforcement Policy of Section 7 of the Clayton Act: Carte Blanche for Conglomerate Mergers?*, 71 CAL. L. REV. 348 (1983); ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (5th ed. 2002); 金子晃「多角的合併と反競争の影響」公正取引225号8頁以下(1969年); 糸田省吾「米国におけるコングロマリットの規制」公正取引225号15頁以下(1969年); 伊従寛「米国における合併規制」経済法学会『独占禁止法講座Ⅰ—総論—』289頁, 315頁以下(商事法務研究会, 1974年)

な企業をより効率的にすることにより強化したり、被買収企業に幅広い製品範囲や巨額の資金力へのアクセスを与えたりするのであれば、それにより小規模競争者の存続を困難にさせることを問題にするものである。

米国司法省が、欧州委員会が問題にする「範囲効果」と非常に似ているとする「エントレンチメント」理論を米国の連邦最高裁判所が採用した事件が、1967年の *FTC v. Procter & Gamble* 事件判決である。この事件は、大手の家庭用品メーカーである Procter & Gamble (P&G) が、完全子会社を通じて、液体漂白剤メーカーの Clorox の全資産を取得するものであった。P&G は、家庭用洗剤、石けん、クレンザー等の幅広い日用品を生産していたが、家庭用漂白剤は生産していなかった。つまり、製品拡大型混合合併であった。Clorox は、高度集中市場であった家庭用漂白剤市場で、市場シェア48.8%、全米第1位のメーカーであった。P&G は、全米最大の広告主で、広告業界から大幅な割引を受けていた。

最高裁判所は、次の2つの理由から、本件買収が実質的に競争を減殺することになるとの FTC の評価を支持した。①漂白剤市場への潜在的参入者としての P&G が排除されることと、②買収者よりも小規模であるが、しかし、既に支配的な企業が、強力な買収企業に置き換えられること (the substitution) は、(i) 参入障壁を高めることにより、また、(ii) より小規模な企業が積極的に競争するのを思い止まらせる (dissuading) ことにより、当該産業の競争的な構造を実質的に悪化させる蓋然性がある⁽⁶¹⁶⁾。裁判所は、漂白剤市場での「主要な競争手段 (“the major competitive weapon”）」としての広告の重要性に焦点をあて、P&G は Clorox よりも大きな予算を持ち、(1) それを「新規参入者の短期の脅威 (“the short term threat of a new entrant”）」を挫くのに用いることができる、(2) Clorox の広告で有利になるように P&G の数量割引 (volume discounts) を利用することもできる、とした⁽⁶¹⁷⁾。したがって、裁判所は、

(616) *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967), 578.

(617) *Id.* 579.

新規参入者や、地理的に拡大する小規模会社だが、より小規模な Clorox よりも巨大な P&G に直面するのを一層ためらう (much more reluctant) ようになることから⁽⁶¹⁸⁾、本件買収は、競争を実質的に減殺することになると懸念した。

また、裁判所は、①Clorox は小売業者により販売される他の製品も数多く生産する P&G により製造されるようになるので、小売業者は、Clorox に対して優先的な棚スペース (preferred shelf space) を与えることを仕向けられるおそれや、②P&G は競争を排除するために Clorox を安売りし、他の製品からの収入でその安売りを内部相互補助するおそれがあるので、Clorox はより手強い競争者となる、との FTC の認定も引用している⁽⁶¹⁹⁾。

「ディープ・ポケット」の理論では、巨大な資産をもった P&G は、競争を排除するためにクロックスをより安く売っておそれがあり、そして、他の製品からの収入で安売りを内部相互補助するおそれがある、とされた⁽⁶²⁰⁾。

互恵取引のおそれが生じる合併がクレイトン法7条違反を構成するとされた事件が、1965年の *FTC v. Consolidated Foods Corp.* 米国連邦最高裁判所判決である。本件は、有力な食料品の卸売・小売業者であるコンソリディテッド・フーズ社が、乾燥玉ねぎと乾燥にんにくの製造業者で、32%の生産市場シェアをもつジェントリー社の株式を取得したものであった。この株式取得によって、コンソリディテッド社に加工食品を納入している加工食品製造業者は、加工食品の製造に必要な乾燥玉ねぎと乾燥にんにくをジェントリー社から購入することを強制されるという形での互恵取引の機会が生じることが問題になった。

最高裁判所は、合併を通じて互恵取引の機会を形成することは、クレイトン法7条に違反しうる、と判示した。なぜなら、このような買収により可能になる互恵取引は、「同一価格での取引に対する優先権」を少なくとも生み出し、競争する製品間の選択に「関係のない異質な要素 (“an irrelevant and alien fac-

(618) *Ibid.*

(619) *Id.* 575.

(620) *Ibid.*

tor”）」を差し挟むから、とされた⁽⁶²¹⁾。

潜在的競争が排除される合併会社の設立がクレイトン法7条違反を構成するとされた事件が、1964年の *United States v. Penn-Olin Chemical Co.* 米国連邦最高裁判所判決⁽⁶²²⁾である。この事件は、塩素酸ナトリウムの全米第3位の製造業者で、米国西部においての57.8%の市場シェアをもつペンサルト社と、化学製品の製造は行っているが、塩素酸ナトリウムを製造しておらず、東部におけるペンサルト社の代理店として塩素酸ナトリウムの販売を行っているオリーン・マティソン社とが、50%ずつ出資して、南東部において塩素酸ナトリウムの製造・販売を行う共同出資会社ベン・オリーン社を設立して、南東部の塩素酸ナトリウム市場に新規参入した。南東部市場は、この合併会社による新規参入以前は、3社寡占状態で、上位2社の集中度は、90%であった。

最高裁判所は、原審が、親会社がそれぞれ単独で関連市場に参入する蓋然性が認められなかったことを理由にクレイトン法7条違反の訴えを退けたことに對して、参入するかも知れないという認識を排除することが競争に悪影響を及ぼしたか否かも考慮すべきであったと判示した⁽⁶²³⁾。

1967年の *Procter & Gamble* 事件の連邦最高裁判所判決の直後に出された、1968年の米国司法省合併ガイドライン⁽⁶²⁴⁾では、水平合併（第I章）、垂直合併（第II章）、混合合併（第III章）の3つの類型に分類し、類型ごとに、クレイトン法7条違反となる訴追基準が設けられた。同ガイドラインでは、混合合併に関する司法省の規制活動の目的は、他のタイプの合併と同様に、時の経過を伴って、さもなければ独占の傾向を生み出すことになる競争の実質的な減殺の原

(621) *Id.* 594. 下級審裁判所は、通常、次の3つの要件を要求する。①当該合併が、互惠取引の機会の実質的な増大を生み出すこと。②互惠取引を行う合理的な蓋然性があること、③互惠取引の結果が競争を実質的に減殺することとなること。ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 369 n.319 (5th ed. 2002)

(622) *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*, 378 U.S. 158 (1964)

(623) *Id.* 172-77.

(624) 1968年司法省合併ガイドラインの邦語訳は、公取委国際課訳「『資料』アメリカ司法省の合併規制に関するガイドライン」公正取引215号15頁（1968年）。

因となる蓋然性があるような市場構造 (market structure) の変化を防止することである、とされている。そして、混合合併については、「潜在的参入者を含む合併 (mergers involving potential entrants)」, 「互惠的購入のおそれの生じる合併 (mergers creating a danger of reciprocal buying)」, 「一つ以上の理由により被買収企業の市場支配力が固定化するか (entrench) 又は高める (enhance) おそれのある合併」が、明示的に取り上げられた。特に、前者2つの類型は、構造的基準に照らして反競争の影響が十分に認められるとされた。

互惠的購入のおそれが生じる合併について、同ガイドラインでは、互惠的購入 (顧客により販売されている製品を購入するにあたって自己の [販売する製品を購入する] 顧客を優遇すること) は、製品の優秀性 (the merits) に関係のない競争上の有利性 (competitive advantage) を優遇された企業に与える経済的に正当化されない商慣行であるので、司法省は、互惠的購入のおそれが顕著に生ずる合併 (creates a significant danger of reciprocal buying) を通常は訴追することになる、としていた。

また、エントレンチメントについては、司法省は、相対的に集中した、又は、急速に集中化しつつある市場における有力な企業の買収が、①その企業 [被買収企業] の市場支配力を固定化し (entrench) 若しくは増大する (increase) のに資するおそれがあるか、又は、②当該市場の参入障壁を高めるのに資するおそれがある場合には、通常は反競争の影響の可能性を調査し、一定の状況の下で提訴するおそれがある、としていた。このタイプの合併の例として、次の3つを挙げる。

第一に、合併企業と関連市場に残った最大企業との間に絶対的な規模 (absolute size) のうえで、非常に大きな格差が生じる合併。

第二に、関連する製品を製造する企業間の合併であって、購入者が合併企業のレバレッジの利用の可能性 (the merged firm's possible use of leverage) を懸念するため、競争者の製品よりもむしろ合併企業の製品を購入するように購入者を誘引する (induce) おそれのある合併。

第三に、関連市場において製品差別化を拡大する合併企業の能力を高める合

併。

このように、1968年の合併ガイドラインでは、合併企業のレバレッジの利用の可能性を問題となりうる類型として取り上げていた。もっとも、同ガイドラインでは、一般的に言って、混合合併の分野は、水平合併と垂直合併では行われているような広範で継続的な分析が行われていない新しい問題が含まれており、混合合併の分野全てについて、著しい反競争の影響をもたらすおそれのある合併について、継続的な分析・研究を行う必要があると述べて、混合合併の分野は、市場構造と企業行動との関連についての知識が当時は不完全であることを認めていた。

Procter & Gamble 事件の連邦最高裁判所判決後の最初の数年は、いくつかの控訴裁判所で、混合合併は、支配的企業をいっそうエントレンチする蓋然性があるとして、クレイトン法7条の下で違法と認定された⁽⁶²⁵⁾。しかし、1970

(625) *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966), *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967), *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968), *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596 (1972), *Kennecott Copper Corp. v. FTC*, 467 F.2d 67(10th Cir. 1972) (集中傾向のあるゆるやかな寡占市場において操業している Kennecott のディーブ・ポケットは、競争を減少させる蓋然性を生じさせた), *Allis-Chalmers Mfg. Co. v. White Consol. Ind.*, 414 F.2d 506(3d Cir. 1969) (①当該製品拡大合併は、合併企業の生産・流通やマーケティング活動を著しく統合することができることと、②完全な製品範囲 (a complete product line) を提供する企業の形成は、圧延機市場の多様な市場区分への既に著しく高い参入障壁をさらに高く引き上げることを根拠に暫定的差止命令 (preliminary injunction) の申立ての却下を覆した), *General Foods v. FTC*, 386 F.2d 936 (3d Cir. 1967) (General Foods による、洗剤付スチールウールたわしのリーディングメーカー 2 社のうちの 1 社である S.O.S. の買収は違法であるとの FTC の認定を支持した。その根拠は、次の通り。①既に高い参入障壁をほとんど克服できない高さまで引き上げた。②スチールウールたわし市場を、同規模の企業 2 社といくつかの小規模企業から構成される市場 [構造] から S.O.S. が今や支配的な地位 (dominant) にある市場 [構造] へと変更した。③S.O.S. から General Foods への置き換え (substitution) は、そうでなければ存在したかもしれない (might) 競争するインセンティブを奪うことになる。) このうち、*United States v. Arnold Schwinn & Co* (1967) 事件は、*Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania, inc.*, 433 U.S. 36 (1977) 判決により、*Albrecht v. Herald Co.* (1968) 事件は、*State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) 判決により、明示的に覆されている。DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 6 n.11.

年代半ばまでに、裁判所とFTCは、判決に対する学者からの批判⁽⁶²⁶⁾の高まり

(626) 米国司法省のOECD論文によれば、P&G事件判決とその後の下級審判決のエン
トレンチメント理論に対する学者による批判のうち最も影響力があったもののうちの
2つの例として、Phillip AreedaとDonald Turnerとの共著『ANTITRUST LAW』(1980年)
とRobert Borkの『THE ANTITRUST PARADOX』(1978年)を挙げる。

AREEDA & TURNER (1980年)は、Procter & Gamble 判決においてみられた懸念、すなわち、混合合併は、合併企業が、特に、製品マーケティングや販売促進に関係するコストの節約その他の効率性を獲得するのを可能にし、これによりライバル企業に対する競争上の有利性を合併企業に与え、その結果、ライバル企業が衰退する、あるいは、生き残るために同様な合併を追求することを強いるおそれがあることにより、支配的な地位を形成又は強化するおそれがあるという懸念について、資源の節約 (resource savings) は、社会的に望ましく、この理由で合併を非難することは、健全な反トラスト政策に反する、とした。その根拠は、次のようなものである。①このような経済性が、競争を終わらせることになるのは、それが実質的で、かつ、大部分の競争者が十分に利用できない場合のみである。このような結果は、混合合併では見られない。②競争者が機能しなくなるのは、効率的な企業の低価格や高品質に対抗できない、又は、対抗しようとしなからである。公衆は、効率性の恩恵を受ける。効率的な企業が、新規参入を惹き付けることなしに合併前の水準以上に価格を引き上げることはほとんどない。たとえ、効率的な企業が最終的に搾取的な独占企業となったとしても、公衆は、資源の節約の利益を享受する。③独占が生じるおそれという憶測的な懸念のために、より効率性な生産様式の具体化を妨げようとするのは公共政策として合理的ではない。④さらなる集中が確実に生じるとしても、非効率の継続に固執するのは、競争に相反する。反トラスト法は、競争を促進する。なぜなら、競争が効率性であるからである。

また、Procter & Gamble 判決以外のいくつかの初期の判例に見られた、混合合併に由来する製品範囲の拡大という競争上の有利性に関する懸念について、AREEDA & TURNER (1980年)は、次のように述べる。

「レバレッジ (leverage)」の可能性を除いて、少しも競争者への損害となることはありそうにない。というのは、通常は、競争者も、買手が望む場合には、パッケージやワン・ストップ・サービスを手配できるからである。それに、もし競争者ができないのであれば、顧客に評価される新サービスを合併企業が提供できるようになることは、社会的な悪ではなく、社会的厚生に貢献する。そのような節約は、買手にとって真に利益であり、反トラスト法上の非難の根拠ではない。レバレッジの可能性については、つまり、幅広い製品範囲を持つことは、tying の機会を増大させるおそれがあるという懸念については、tying を通じてしばしば生じる非常に実質的な市場閉鎖の重大な疑い (serious doubt) は、関心を引き、証明するには漠然とし過ぎている (too vague)。具体的に tying を積極的に禁止することで、法が危惧する tying の大部分を防止するのに十分な影響力がある。未だ行われていない tying の潜在性が生じる混合合併を防止する必要はない。したがって、tying と全量購入強制 (full-line forcing) とは、反トラスト法により直接的に規制されうるので、憶測的なレバレッジの懸念は無視すべきである。

BORK (1978年)は、次のように述べる。Procter & Gamble 事件判決は、反トラスト法は小規模事業を促進するもの (pro-small business) であると考えられる場合にのみ理解できる。そうだとすると、小規模会社は、費用上の有利性が合併によりたまたま達成できた場合にのみ、Clorox の費用上の有利性から保護されるので、あまり意味はない。裁判所とFTCが合併のせいにする影響は、効率性の発現であり、これは合併を歓迎する理由であって、批難する理由ではない。小規模会社を畏怖させるどころか、効率性を生み出す混合合併は、小規模会社が競争能力を向上するように強いて、消費者はもっとより良い状態になる。

に影響を受けて、原告は、エントレンチメントの蓋然性 (likely) があると立証していないと認定して、エントレンチメントの主張を退けるようになった⁽⁶²⁷⁾。

1982年の米国司法省合併ガイドライン⁽⁶²⁸⁾の全面改訂において、水平合併、垂直合併、混合合併という分類はなくなり、水平合併 (第三章) と非水平合併 (non-horizontal mergers) (第四章) という2つに分類された。非水平合併の水平的影響 (horizontal effect from non-horizontal mergers) のみを問題する立場が採られ、混合合併を規制する根拠として、「エントレンチメント」と「互恵取引」とが削除された。混合合併の規制根拠となりうるものは、ガイドライン上は、「具体的な潜在的参入者の排除 (elimination of specific potential entrants)」のみが残った。同ガイドラインは、「非水平合併とは、同一市場において営業していない企業間の合併であり、したがって、必然的に、非水平合併

(627) 1975年の *Emhart Corp. v. USM Corp.* 第1巡回区控訴審裁判所判決 (527 F.2d 177(1st Cir. 1975)) では、多角化した製造企業である Emhart による靴機械事業を行う USM の買収は、クレイトン法7条違反はないと認定した。裁判所は、当然にエントレンチメントと認める (recognize per se entrenchment) のを特に拒否した (*Id.* at 181)。裁判所は、エントレンチメント理論は、一定の販売促進・マーケティング技術に由来する競争上の有利性のような人為的な競争上の有利性 (artificial competitive advantage) をおそらく阻止するものであるけれども、単純な効率性の向上 (simple improvements in efficiency) には適用されない (*Id.* at 182)、と判示した。1974年の *Missouri Portland Cement Co. v. Cargill, Inc.* 第2巡回区控訴審裁判所判決 (498 F.2d 851(2d Cir. 1974)) でも、「ディープ・ポケット」や「エントレンチメント」理論を合併の規制根拠として受け入れるのを拒否した。裁判所は、「『ディープ・ポケット』の主張は、現実的というよりも理論的である (more theoretical than real)。産業界の多くの企業は、経済的巨人 (economic giants) によって既に支配されている。しかし、小規模な競争者はそのような巨大な複合企業の間で実際に生き残ってきた。そして、資金力あるよそ者 (a wealthy stranger) に買収されるというだけの理由で、被買収企業が克服できない新たな障害となることはありそうもないように思われる」と判示した (*Id.* at 865)。また、1970年代中頃に FTC によって審判開始決定がなされた最後の2つのエントレンチメント事件 (*Heublein, Inc.*, 96 F.T.C. 385 (1980), *Beatrice Foods*, 111 F.T.C. 733 (1983)) は、FTC により、当該合併は、合併企業の市場における地位をエントレンチすると立証されていないとする FTC の決定により終了した。

(628) 1982年司法省合併ガイドラインの邦語訳及び解説は、中川政直監訳「1982年6月14日発表米司法省『合併ガイドライン』[全訳]」国際商事法務10巻8号456頁 (1982年)、野木村忠邦「新『合併ガイドライン』(米司法省)の解説」国際商事法務10巻7号353頁 (1982年)。

は関連市場における集中の水準には直接的な変化をもたらさない。非水平合併は、水平合併ほど競争上の問題を生じさせないけれども、必ずしも無害ではない。」と一般論を述べる。

また、合併規制一般についても、クレイトン法7条の運用の主眼点が、1968年ガイドラインから変化している。1968年合併ガイドラインでは、競争を促進するための市場構造を確保し推進することであるとされていたのに対して、1982年合併ガイドラインでは、「市場支配力（“market power”）」を形成若しくは強化する合併、又は、市場支配力の行使を容易化する合併が許容されてはならないことであるとし、「市場支配力」とは、一以上の企業が相当期間、競争水準を越えて価格を維持できる力とされた。また、市場支配力をもつ売手は、価格以外の戦略変数（variables）に基づく競い合いを排除するおそれ（may eliminate rivalry）もあり、いずれの場合でも、結果においては、買手から売手への富の移転と資源配分の誤りとをもたらす、と述べている。

また、1982年ガイドラインでは、合併は、ときどき競争を害するけれども、通常は、自由な企業経済において重要な役割を果たす。合併は、非効率な経営に制裁を課し、投資資本の効率的な流れや、既存の生産資産の配置転換を促進することができる⁶²⁹と述べ、司法省は、競争に有害な合併を提訴する一方で、競争に利益をもたらす合併や、競争に中立的な合併に不必要な介入を避けるように努めるとしている。

1982年の米国司法省合併ガイドラインの改訂において、混合合併を規制する根拠として「エントレンチメント」を外した理由について、米国司法省のOECD論文による説明では、裁判例の傾向と、法学者・経済学者からの批判に影響を受けたこと、また、混合合併に関する多くの実証研究は、エントレンチメント理論の根底にある懸念を裏付ける証拠を見い出せなかったことを挙げる⁽⁶²⁹⁾。実際にも、1960年代に行われた混合合併は、一般的に利益が上がっていなかった。

(629) DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 8.

また、米国法曹協会の反トラスト法部会も次のような合併ガイドラインの改訂の提言を行った。

「エントレンチメント理論は、本質的に次の3つの懸念に基づいている。①合併に由来する『ディープ・ポケット（‘deep pocket’）』は参入意欲を削ぐことになる（will discourage entry）。②ディープ・ポケットは、被買収企業が、限界費用を下回る価格設定のような略奪的行為（predatory conduct）を行うのを可能にする。③当該合併は、被買収企業が、他の企業が利用できない一定の経済性（certain economies not available to other firms）を獲得できるようになる。第一の理由は、良くて短命に終わり、また、経験的証拠に裏付けられていない。第二の理由は、いずれにしても反トラスト法の他の条項により禁止された違法行為を企業が行うとの想定を必要とする。第三の理由は、一定の経済性が本質的に反競争的であると結論付ける場合にのみ維持可能であるが、そのような結論は、ほとんど支持はない」と⁽⁶³⁰⁾。

米国の競争当局者は、混合合併について次のように述べる。

潜在的競争者の合併は別として⁽⁶³¹⁾、米国反トラスト当局は、反トラスト法が、混合合併に介入するのはほとんどないと結論付けた⁽⁶³²⁾。水平合併や、垂直合併と異なり、混合合併が、価格を引き上げ、産出量を制限する能力とインセンティブとを合併企業に与える条件を特定できない。逆に、混合合併は、著しい効率性を生み出す潜在性をもつ。このような潜在的な利益の例として、資本の注入、経営効率の改善、技術的・マーケティング上のノウハウの移転、研

(630) Robert D. Joffe, Kolasky, McGowan, Mendez-Penate, Edwards, Ordovery, Proger, Solomon, & Toepke, *Proposed Revisions of the Justice Department's Merger Guidelines*, 81 Colum. L. Rev. 1543, 1569-70 (1981).

(631) Kolasky 氏のスピーチでは、米国では、今日では、潜在的競争者の合併を水平合併と分類し、水平合併ガイドラインの下で分析する、という。*United States v. SBC Communications*, No. 1:99 CV 00715 (D.D.C. filed Mar. 23, 1999 and settled by consent decree), quoted in William J. Kolasky, *Conglomerate mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Nov. 9, 2001.

(632) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, speech on Nov. 9, 2001, at 1.

究開発や流通の協力、多角化による経済変動を乗り切る能力の増大などがある。

1982年に、米国司法省が新合併ガイドラインを、FTCが水平合併に関する声明をそれぞれ公表したときに、米国反トラスト当局が、非水平合併を問題にする根拠として、「エントレンチメント」を削除した理由を、司法省が提出したOECD論文では次のように述べる⁽⁶³³⁾。

なぜなら、たとえ同等の「良い取引」(an equally “good deal”)を提供できないライバルが、売上げや市場シェアを失ったとしても、効率性と積極的な競争は消費者の利益となると認識したからである⁽⁶³⁴⁾。合併は、企業が競争する能力を向上できる手段の1つである。合併を、効率性やイノベーションを促進することを理由に禁止するのは不合理であると、我々は結論付けた。合併が、クレイトン法7条の下で禁止される、市場支配力を形成若しくは強化し又はその行使を容易化する場合でない限り、消費者を害さず、消費者の利益となる蓋然性が高い。

Procter & Gamble 事件連邦最高裁判所判決で採用したエントレンチメント理論を、その後、連邦最高裁判所が再び取り上げる機会はなく、明示的にエントレンチメント理論が連邦最高裁判所により覆されたわけではない。しかし、その後のクレイトン法7条とシャーマン法の事件の判例法の展開により、エントレンチメント理論を根拠に合併を提訴して勝訴できる見込みはほとんどなくなった。

米国司法省のOECD論文によれば、エントレンチメント理論の今日における法的地位について、次のように述べる。

米国における反トラスト法の展開は、*Procter & Gamble* 事件判決の「大きいことは悪いこと (“big is bad”）」という理論を十分に乗り越えた。経済理論

(633) DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 2.

(634) *Ibid.* See also, Deborah Platt Majoras, *GE-Honeywell: The U.S. Decision*, Nov. 29, 2001, Remarks of Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice, at 6.

と経験的証拠から知識を得て、我々は、今や、合併に特有の効率性が消費者に利益をもたらす蓋然性があることや、どのように競争者が反応する蓋然性があるかについてより良い理解を持っている。したがって、*Procter & Gamble* 事件判決におけるエントレンチメント理論は、現在では、消費者厚生 (consumer welfare) を減少させる蓋然性のある行為のみを禁止する米国反トラスト法の基本原則に逆行すると理解されている。効率性は、消費者の利益となる蓋然性があるので、たとえ効率性が競争者を犠牲にして特定の企業を強化することになるとしても、効率性は奨励されるべきである。補完製品の生産者を買収することから得る効率面での有利性 (efficiency advantages) が、予見可能な将来に、消費者厚生を害する市場支配力をもたらすことになると推測する根拠はなく、また、非常に限定された条件の下でのみ、仮想的な可能性 (a hypothetical possibility) があるだけである。クレイトン法7条に基づいて違法とするには、仮想的な可能性では足りず、当該合併が競争を減殺する実質的な蓋然性 (a substantial probability) を立証する必要がある。予測された短期の効率性の利益と、より憶測的な長期の市場支配力の可能性を比較衡量しようとする試みは、執行上の誤りを犯す危険が高く、経済的に望ましい取引を抑止する危険がある。

IV 米国競争当局からの欧州委員会決定に対する批判

(i) 米国司法省の見解 — OECD における米国司法省の寄稿論文

以上では、*GE/Honeywell* 事件に対する米国司法省の評価と、米国における混合合併の取扱いの変遷とその理由について簡単にみてきた。以下では、*GE/Honeywell* 事件の欧州委員会決定に対する様々な批判のうち、米国と EC との競争政策の相違を探るため、米国競争当局からの欧州委員会決定に対する批判を取り上げる。

GE/Honeywell 事件後に開かれた OECD の「混合合併におけるポートフォリオ効果」に関するラウンドテーブルに米国司法省が提出した寄稿論文(以下、「米国司法省の OECD 論文」という)では、冒頭で、米国反トラスト法の目的について、次のように述べる⁽⁶³⁵⁾。

反トラスト法は、競争それ自体のために、競争を保護するのではなく、資源配分上及び生産上の効率性 (allocative and productive efficiency) を促進し、それにより消費者厚生 (consumer welfare) を高める手段として競争を保護するのである。反トラスト法は、合併企業が産出量を制限し、価格を引き上げることを可能にする合併を違法とする。そのような合併は、合併企業とそのライバルとが生き延び易くして、効率性を減少させるからである。したがって、健全な反トラスト政策は、合併が合併企業をより効率的にするがゆえに、その合併を違法としてはならない。そのような合併は、競争者自身がより効率的になるか、若しくは、自滅しなければならない競争者にとって、少なからず生き残りが困難になることよって、ほぼ確実に消費者厚生を高めることになる。

そして、米国司法省の OECD 論文では、Guinness/Grand Metropolitan 事件や GE/Honeywell 事件などの欧州委員会決定において、欧州委員会が混合合併において問題にしてきた「範囲効果 (range effects)」について、次のように批判する。

欧州委員会の「範囲効果」は、①当該合併が、他の企業が対抗できない規模の経済性と範囲の経済性とを生み出すことになる、②合併企業は、より大きな規模と資金力のおかげで競争者に対して決定的な有利性を得ることになる、③当該合併は、補完製品の抱き合わせ (tying or bundling of complementary products) を促進することになるという、3つの競争上の害悪の理論に依拠している。

最初の2つの競争上の害悪の理論は、Procter & Gamble 事件で認定された競争上の害悪の理論と何ら変わらないように見える。米国では、これらの理由は、1世代まえに否定した。合併が、規模の経済性と範囲の経済性を通してより効率的な企業を生み出すがゆえに、合併を違法とすることは、反トラスト法の基本的な目的に逆行するからである。また、効率性と関連せずに、規模だけで、著しい競争上の有利性をもたらすという考えは、経験的な裏付けがない

(635) DOJ's OECD submission, *supra* note 564, at 2.

からである。

第3の、補完製品間の抱き合わせを促進することにより合併は競争を害するおそれがあるという理論は、表面的には関心を惹く。明らかに、抱き合わせ製品 (the tying product) の市場で市場支配力を有している企業による抱き合わせの強制 (a forced tie) は、一定の状況の下で、反競争的な排除行為 (an anti-competitive exclusionary practice) として扱われうる⁽⁶³⁶⁾。しかし、この理論の問題は、①合併が反トラスト法の下で違法なタイプの抱き合わせ (すなわち、正当なビジネス上の目的を進めることなしに当該市場から競争者を排除するために市場支配力をもった企業が課す抱き合わせの強制 (a forced tie)) を促進するおそれがあることを根拠とするのではなく、むしろ、②顧客が望む、改良された製品、より低価格、より低い取引費用を顧客に提供することにより、割引やその他の顧客の利益となるやり方を通じた任意の抱き合わせ (voluntary bundling) を促進するおそれを根拠にして合併を禁止している。また、この理論は、高度な因果関係の連鎖に依拠した競争上の害悪の理論であり、将来もたらされる蓋然性ある事柄について予測することを競争当局に求める。合併特有の効率性と共同価格設定の効果は、通常は経済的厚生 (economic welfare) を増大させる。任意の抱き合わせ (bundling) を促進する合併の結果として、買手が正味の害悪を被るのは、少なくとも次の7つの条件を満たす必要がある⁽⁶³⁷⁾。

- ①合併企業が、少なくとも1つの市場で合併前の価格水準から価格を引き下げることが利益となると認められる合併から、それぞれの補完製品の価格設定を内部化する効果や著しい効率性を享受すること。
- ②競争者や新規参入者のいずれも、合併企業の新しいコストや価格に対抗で

(636) この例として、米国におけるマイクロソフト事件を挙げている。United States v. Microsoft, 253 F.3d 34, 87 (D.C. Cir. 2001).

(637) 以下の条件は、OECD事務局が「混合合併におけるポートフォリオ効果」のラウンドテーブル用にまとめた資料にもある。Background Note by The Secretariat of the OECD Committee on Competition Law and Policy for Discussion at Roundtable of Portfolio Effects in Conglomerate Mergers DAF/COMP (2002) 5, at 20.

きないこと。

③競争者が退出することとなること。

④買い手は、合併前の価格水準やそれ以下を維持するための対抗力 (counter-vailing power) を用いることができないこと。

⑤企業は、合併前の価格水準を越えた価格引上げに反応して、当該市場に新規参入又は再参入しないこととなること。

⑥合併企業は、合併前の価格水準を越えて価格を引き上げることが利益となると考えること。

⑦買手にとって、合併前の価格水準を下回って設定された価格を通じて最初に得た利益が、後に合併前の価格よりも高く支払うことを通じて受ける損害よりも、少ないこと⁽⁶³⁸⁾。

これらの条件を全て満たすことの立証は、合併企業、顧客、競争者の将来の行動について予測することを要する。これは、最も予知能力のある競争当局でさえ能力を超えるものである。

我々は、「範囲効果」の理論が、非常に憶測的で立証できない競争上の害悪の理論を根拠に、消費者の利益より競争者の利益を重視して、競争促進的で効率性を高める合併を競争当局が阻止するようになることを懸念する。

米国の反トラスト法学で、おそらく最も引用される唯一の格言は、「反トラスト法は、競争を保護するのであって、競争者を保護しない (“protect competition not competitors”)⁽⁶³⁹⁾」である。これは、*Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan* (506 U.S. 447, 458 (1993)) 米国連邦最高裁判所判決で、述べられているように、「シャーマン法の目的は、市場の作用から取引を保護することではない。

(638) ここまでの立証を要求する立場は、競争者の排除により、価格支配力が発生しても、価格の点で消費者が実質的に害されるか否かを重視している。合併企業がパッケージ価格を操作して、被抱き合わせ市場の競争者を排除した後に、価格を引上げたとしても、その価格の引上げが、合併前の価格よりも下に設定されている場合には、消費者は損害を被ってはいないとする。しかし、競争者が排除された被抱き合わせ市場における多様性の喪失による消費者の選択肢の減少、競い合いの減少によるイノベーションの減少の可能性を考慮に入れていない。

(639) *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962)

市場の失敗から公衆を保護することである。法は、激しく競争する行為であっても、競争的な行為を違法とせずに、不正に競争それ自体を破壊する傾向がある行為 (conduct which unfairly tends to destroy competition itself) を違法とするよう命じている。長期の反競争的影響をもつ行為 (conduct with long-term anticompetitive effects) から活発な競争 (robust competition) を区別することは時々困難であることを認識しているけれども、合衆国最高裁判所及びその他の裁判所は、競争を促進するよりもむしろ競争を削ぐおそれのある (might chill competition rather than foster it) シャーマン法2条の解釈を避けるように意を用いてきた。」ということである。したがって、競争者は、たとえ自己が市場から退出する結果となるとおそれたとしても、合併が合併企業をより効率的にすることを根拠に合併に反対する反トラスト法に基づく訴訟はできない⁽⁶⁴⁰⁾。

(640) *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat* (429 U.S. 477 (1977)) 事件は、買収されなければ閉鎖することになる複数のボーリングセンターを *Brunswick* が買収したことを、競争者が、買収されずにボーリングセンターが閉鎖されれば増加したであろう利益が侵害されたとして損害賠償を求めた事件で、連邦最高裁判所は、*Brown Shoe* 事件判決 (370 U.S. 294, 320) を引用して、反トラスト法は、競争を保護するために制定されたのであって、競争者を保護するためではなく、競争が増大することに由来する損害 (injury) に損害賠償を与えることは反トラスト法の目的にとって有害である、と述べ、これは、反トラスト法上の損害 (antitrust injury) ではなく原告適格を欠くと判示した。

また、*Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc.* (479 U.S. 104 (1986)) 事件判決では、連邦最高裁判所は、合併により合併企業が効率性を実現できるようになり、合併企業の費用水準か又はそれをわずかに上回る水準にまで価格を下げるようになることを根拠にして、競争者が合併を提訴する原告適格はないことを一般的に判示した。連邦最高裁判所は、*Brunswick* 事件判決に依拠して、「反トラスト法は、競争の継続による利益の喪失から小規模事業 (small business) を保護することを裁判所に求めているのではなく、反トラスト法により禁止された慣行からの利益の喪失のみを反対するように求めている。・・・増加した市場シェアを目指す競争は、反トラスト法により禁じられた活動ではない。これは、単に活発な競争である。反トラスト法は、このような価格競争による利益の損失から競争者を保護するものと考え、要するに、市場シェアを増やすために価格を下げる企業のいかなる意思決定も違法にすることになる。反トラスト法は、そのような道理に反する結果にならないことを求める。というのも、支配的企業に価格競争を含めた活発な競争を行うことを認めることが、競争の利益のためであるからである。」と述べている。この事件では、*Monfort* は、価格設定が費用と一致する圧迫 (a cost-price squeeze) によっては市場から退出しないと自認していたので、裁判所は、議会が、効率性を犠牲にして小規模競争者が活動できるように維持するために、裁判所にクレイトン法7条を適用させる意図であったか否かの問題には至らなかった。しかし、裁判所は、この命題について相当な意見の不一致 (considerable disagreement) があることを指摘した。

クレイトン法7条では、「消費者を害する蓋然性 (likely to hurt consumers)」⁽⁶⁴¹⁾がある合併のみを禁止する。したがって、競争者を害するがその他の点では消費者の利益となる合併はクレイトン法7条違反とはならない。

また、効率性が高まり、略奪的ではない低価格を通じて市場から競争者を退出させるように合併企業ができるようになることを根拠にして合併を違法とするのは、略奪行為 (predation) に関する米国反トラスト法の展開と矛盾する。合衆国最高裁判所は、より効率の劣る競争者が損害を受けるというだけで、低価格ではあるけれども、費用を上回る価格設定を、略奪的 (predatory) と非難することは、反トラスト法の目的に反することになる、と述べる。

Tying/bundling について、我々も、合併が、一定の限られた状況の下で、競争者を排除するおそれのある方法で補完製品を抱き合わせる (tie) 能力とインセンティブを合併企業に与え、そして、競争を減少させるという経済理論上の可能性は認める。しかし、支配的企業又はそれに近い企業が bundling により、いっそう競争上の有利性 (further competitive advantage) を得ることができるという単なる主張以上にもっと微妙な分析を必要とする。

Bundling は、効率性、価格差別、製品差別化、排除戦略としての抱き合わせ (tying) など、様々な動機で行われる。消費者厚生を害するものもあれば、消費者の利益となるものもある。

多くの場合、tying/bundling は、低価格と改良された製品を通じて消費者の利益となる。

補完製品の抱き合わせ (bundle) で生産・販売する費用が個別に生産・販売するよりも低くなる範囲の経済性がある場合に、著しく低い抱き合わせ (bundle) 価格は、単に効率性の反映である。範囲の経済性がなくとも、補完製品の生産者間の合併は、「二重限界化 (“double-marginalization”)」問題の解消により (いわゆるクールノー効果)、補完製品の抱き合わせ (bundle) を低価格で提供でき、資源配分上の効率性を高める。この価格設定の効率性 (pricing ef-

(641) *United States v. Rockford Mem l Corp.*, 898 F. 2d 1278, 1282 (7th Cir. 1991).

iciency) は、合併企業が合併以前に市場支配力を行使してきた場合にはいっそう蓋然性がある。また、bundling は、いわゆる「ワン・ストップ・ショッピング (“one-stop shopping”）」を通じて顧客は取引費用を削減できるため、顧客からも望まれる。

製品範囲の狭い企業 (narrow-line firms) が、提携や内部成長、対抗合併を通じて、これらの効率性を追従できない異例の場合において、効率性が、製品範囲の狭い企業の排除に寄与しうる。競争者が効率性のために市場から排除される限りで、これらの効率性を生み出す合併が、結局は消費者を害することになりうる。しかし、競争のプロセスは、おしなべて、効率の劣る者を犠牲にして、より効率的な者が成長するのを促進するものであることに留意することは重要である。このプロセスは、通常、大いに一般消費者の利益となる。効率の劣る競争者に取って代わることが生じるかもしれないという恐れのために介入することについては、競争当局は慎重であるべきである。

Tying/bundling は、価格差別の手段ともなる。価格差別は、厚生の結果が曖昧である。価格差別がなければ市場から排除されていた消費者に供給することにより産出量は増大する一方で、相対的に非弾力的な需要をもつ消費者は、より高い価格に直面する蓋然性がある。

また、競争者の製品との製品差別化により競争を緩和するために、補完製品の抱き合わせ (bundle) が行われることがある。この場合には、部品ごとの競争 (a component-by-component competition) に関係する市場の市場参加者全員の利潤が増大する。しかし、競争者が合併企業による抱き合わせ (bundle) の可能性に異議を申し立てているのであれば、競争は緩和されていない。bundle が競争を緩和する動機に基づいたものかは容易に検知することができる。

Tying が、競争者の退出を強いたり、新規参入を阻止したり、競争者に研究開発支出を手控えさせたりすることにより、被抱き合わせ市場の市場構造を変更するならば、反競争的目的に資するおそれがある。しかし、tying の厚生への示唆は、曖昧である。消費者は、競争者の排除後の価格の上昇と、被抱き合わせ市場における多様性の喪失 (the loss of variety) の両面で害されるが、競

争者の排除後であっても、排除前の低価格で受けた利益と排除後の高価格による損害との正味の価格に対する影響は、依然として低価格による利益の方が大きいのであれば、消費者にとっては都合がよい可能性がありうる。また、この経済理論では、参入が起こるならば、又は、競争者が市場に留まるならば、抱き合わせ企業 (tying firm) が、抱き合わせないことはないと思慮性をもってコミットできる必要がある (credibly to commit not to “untie” or “unbundle”)。

Bundling が多様な動機と競争上の結果を持つ以上、これらの行為を行う能力とインセンティブが合併により高まるおそれがあるという理由だけで合併を禁止する政策は非常に危険である。仮に合併による bundling を行う能力とインセンティブの高まりを問題にするとしても、最低限、①合併後に、合併企業が bundling を行うこととなるか、②bundling 戦略が消費者厚生 (consumer welfare) を害することになるか、という2つの質問が肯定される必要がある。各質問に回答するためには、効率性が、消費者の利益となり、あるいは、他の企業がより効率的になろうとする動機付けとなることも含めて、関連する経済理論の慎重な特定と、事件特有の証拠の検討とが要求される。

この2つの質問に対して、抱き合わせが起こる前に、事前に (*ex ante*) 答えるのは困難であるので、この種の行為を問題にするのを抱き合わせ (the tie) が起こった後にまで待つことに強く賛成する。待つことにより、①の質問はその時点までには既に解決済みであり、また、②の質問については、決定的ではないにしろ、より多くの証拠を利用できるからである。

潜在的な範囲効果を理由として合併を禁止するか否かの決断は、違法な行為を取り締まるのを合併後まで待つ費用便益 (the cost and benefits) を上回らなければならない。

Tying/bundling 行動を萌芽の段階で (at the point incipency) 止めさせるために決定を行うのであれば、効率性を高めることのない抱き合わせ行為 (tying or bundling that is not efficiency-enhancing) による競争者の排除の実質的な蓋然性 (a real likelihood of foreclosure of rivals) を、事実が明確に示している場合にのみ理解できる。

範囲効果を根拠として、合併が合併企業を競争者よりも効率的にする、あるいは、より効率的な競争者を生み出すことを理由に合併を禁止する経済学的に信頼できる根拠はない。合併当事者に効率性の実現を認めることにより、消費者厚生 (consumer welfare) は通常、改善する。企業の費用の低下は、価格の低下となり、産出量は増大する。また、費用の節約は、社会的に希少な資源の利用を節約し、節約した社会的資源を追加的な商品・サービスの生産で利用できる状態にする。効率性を高める合併は、多くの場合、消費者の利益をもたらすのであって、合併に関係する効率性だけの理由で合併が競争者を排除し、競争のバランスを失って最終的に多くの消費者を害する可能性はわずかであり、歴史的な例を考えるのも困難である。したがって、「効率性ゆえの攻撃 (“efficiencies offense”）」に基づく反トラスト政策は想定しがたい。

ある産業で、規模の経済性と範囲の経済性 (economies of scale and scope) がある限り、大きいほど費用は低下する。合併企業が大きいことが競争に影響を与える場合は、多くの場合、効率性のためであって、反競争的な理由のためではない。

また、事業範囲の拡大により具体化される経済性が本当にあるのであれば、競争者も提携や対抗合併のいずれかにより費用の削減を追従しようとするのが期待できる。

「範囲効果 (“range effects”）」を根拠に合併を問題にすることは、いくら良く見ても、根拠が弱い。仮に問題にするとしても、経済学に支えられた tying/bundling 理論を注意深く考慮し、効率に基づく市場閉鎖と、効率に基づかない市場閉鎖 (efficiencies-based and any non-efficiencies-based foreclosure) とを区別しなければならない。

(ii) ミューリス米国連邦取引委員会委員長の見解

上記の米国司法省からの *GE/Honeywell* 事件の欧州委員会決定に対する批判に加えて、FTC 委員長の Muris 氏もまた、米国司法省と欧州委員会のスタッフほど、*GE/Honeywell* 事件に精通しているわけではなく、個人的見解として断

った上で、司法省と欧州委員会との間で、分析が異なった mixed bundling と垂直的市場閉鎖の問題とについて、次のようにコメントしている⁽⁶⁴²⁾。

Mixed bundling については、EC では、明らかに、補完製品（GE 製エンジンと Honeywell 製航空電子機器）を抱き合わせて（bundle）、これら〔補完製品の抱き合わせ〕を競争者が対抗するのを困難にする価格で販売する合併企業の能力を懸念し、最終的に競争者を当該市場から退出させることを懸念しているが、抱き合わせ価格が略奪的であるとは認定していない。

航空宇宙産業で mixed bundling が行われる蓋然性を裏付ける証拠を欧州委員会決定は欠くという批判を別にしても、mixed bundling を問題にすることは、重要な政策上の問題が生じる。

1 つは、価格を下げる見込みのある効率的な行為のために、企業を処罰しうる。この欧州委員会決定が、競争者を不利にするおそれがあるという理由で、著しい規模の経済性や範囲の経済性を生み出す合併を阻むのであれば、最も残念なことである。

2 つ目は、mixed bundling 理論に基づいて合併を禁止することは、当該行為が起こったならば、ライバルが有効に対抗することができず、最終的に市場から退出することになると、高度な確かさをもって予測する能力があることを前提とする。このような予測は、望ましくは経験的証拠に基づく、高い証明度（on a high standard of proof）に基づくべきである。合併分析は、内在的に将来を予測することを伴うけれども、①予想された行為の有効性（effectiveness）、②ライバルが対抗できないこと、③最終的なライバルの退出、を予測するのに必要な推測の程度は、mixed bundling が生み出す見込みのある、即時で、かつ、相対的により確実な利益を犠牲にして、誤りを犯す著しい危険を必然的に伴うように思える。

対照的に、米国の合併政策は、蓋然性のある短期の利益（likely near-term benefits）をより重視する。この評価は、一連の出来事の後で生じるかもしれない

(642) Timothy J. Muris, *Merger Enforcement in a World of Multiple Arbiters*, speech on Dec. 21, 2001.

長期の害悪の可能性 (possible long-term harm) の評価に伴う推測よりもより少ない推測で済む。また、米国では、産出量を削減し、又は、品質を低下させる企てを妨げる、競争者、顧客、供給者の能力により信頼を置いている。

また、垂直的統合による市場閉鎖については、GE の GECAS を通じた航空機リースでの力と、GE の資金力が、Honeywell の航空電子機器事業と結びついて、合併企業が当該市場から Honeywell のライバルを市場閉鎖することができるという EC の懸念は、GECAS が GE 製エンジンを搭載した航空機のみを購入する政策を採っており、合併後に、GECAS は、Honeywell 製航空電子機器についても同様の政策を実行するようになるというおそれに基づく。特に、EC は、航空機メーカーが GECAS への航空機販売の増加からより利益を得るために、航空機メーカーが Honeywell 製品へと航空電子機器の購入を移すことを懸念した。GECAS は、商用航空機の購入のせいぜい10%を占めるにすぎないが、EC では、GECAS の市場シェアは、市場での重要性を過小評価していると考えた。この懸念は、Boeing/McDonnell Douglas 事件において、市場の11%を占める一部の航空会社との排他的契約が、市場シェアが示す以上に市場閉鎖のおそれ大きいとした EC の懸念を想起させる。少なくとも、米国において垂直的市場閉鎖の危険が生じると通常考える市場シェアをはるかに下回る。

合併企業の購入市場における市場シェアが小さいにもかかわらず垂直的市場閉鎖を予測して合併を禁止するには、高い証明度を必要とすべきである。また、他の市場参加者のありうる対抗反応を考慮することは重要である。

米国と EC とのアプローチは、潜在的な反競争的行為について、事前規制又は事後規制のいずれが適切かという問題を提起している。

たとえ合併企業が、EC が懸念する行為を行ったとしても、米国のような事後的な企業分割命令や合併取消の権限を EC は持っていないことを考慮しても、なぜ、これらの行為が、EC の競争制限的協定の禁止 (EC 条約81条) と支配的地位の濫用 (EC 条約82条) とで事後的に問題できないのか明らかではない。

米国では、当該合併が生み出す、少なくとも短期の利益の蓋然性を前提とすれば、違法な行為が起こった時に後で問題にすることができることを考慮して、合併を承認すべきであると結論付けた。

つまり、米国司法省は、より長期でより憶測的な害悪のために、蓋然性のある、実質的な利益を犠牲にしたくはなかった。

EC は、米国の競争当局よりも、潜在的な長期の害悪に対する懸念を信じる傾向がある。

V 欧州委員会の反論

(i) モンティ競争政策担当委員による反論

以上では、*GE/Honeywell* 事件の欧州委員会決定に対する様々な批判を代表して、米国競争当局・関係者（米国司法省、FTC 委員長）の見解をとり上げた。これに対して、欧州委員会のモンティ競争担当委員は、*GE/Honeywell* 事件後の「米国と欧州の反トラスト法：収斂の歴史」と題した米国法曹協会で行われたスピーチで、混合合併に対する欧州委員会の執行方針について、次のように述べて明らかにするとともに、様々な批判に反論している⁽⁶⁴³⁾。

混合合併は、直接の水平的重複や垂直的關係が生じないため、競争に対してプラスの効果、少なくとも中立的であると見るべきであると時々主張される。我々の見解は、混合合併は通常は反競争的ではないけれども、一定の状況の下で、排除効果 (exclusionary effects) と競争条件の悪化 (a worsening of competition conditions) とをもたらさう。合併の混合的側面も、水平効果や垂直効果に追加的な構成要素となる。

混合合併は、有効な競争から1つ以上の市場を市場閉鎖する効果や目的 (the effect or object) をもって、合併企業が自己の市場支配力をレバレッジするのを可能にする場合に懸念が生じる。正常なビジネス上の行為 (normal business performance) や『真価に基づく競争 (“competition on the merits”)』によらな

(643) Mario Monti, *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence*, speech to ABA, Nov 14, 2001.

いこれらの排除行為は、実質的に消費者の選択肢を減少させ (reduce consumers' choice), 最終的には、高価格と厚生損失をもたらす。

少なくとも1つの製品で、合併前の市場支配力や支配的地位をもつことが、レバレッジ行為の蓋然性 (the likelihood) と収益性 (the profitability) とに必要な条件である。これらの行為は、両方の合併当事者が、各自の市場で強力な市場での地位を有している場合には、レバレッジ行為は、よりいっそう蓋然性が高まる。

混合合併は、他のタイプの合併と同様に、個別の事件で効率性を生み出す可能性があるけれども、混合合併が効率性を一般的にかつ自動的に生み出すと推定することはできない。

欧州委員会は、混合合併を取り上げる際に、[効率性の抗弁 (efficiency diffence) ではなく]『効率性ゆえの攻撃 (efficiency offence)』を適用していると言われていることに反論したい。我々は、一方で、中期で消費者を搾取する意図で競争者を排除又は周辺化する (to eliminate or marginalize competitors) 目的をもった支配的企業の戦略的行為 (strategic behaviour) の結果としての価格引下げをもたらす合併と、他方で、消費者に利益をもたらす蓋然性のある、有意 (significant) かつ持続的な (durable) 効率性を客観的にもたらす合併とを明確に区別する。

『効率性の獲得 (efficiency gain)』について、合併に由来するどのような費用の削減も参照するのではなく、競争当局にとって関心のある効率性のタイプは、①当該合併の直接かつ即時の結果として生じ、②より制限的ではない手段では達成することができない、③価格の低下や品質の向上の点で、合理的に永続的ベースで消費者に利益がもたらされる (be passed on), ④生産上及び流通上の限界費用の長期で (a long-term) かつ構造的な (structural) 削減である。

合併当事者が、効率性に関して、明確に表現して数値化した抗弁を提出しない場合には、競争当局が、市場閉鎖効果をもたらす蓋然性がある合併を承認するのはより困難となる。というのは、もし市場閉鎖が生じて、競争者が周辺化されると、価格が、合併企業が競争を排除するために戦略的に設定した低いレ

ベルのまま、少なくとも中期やより長い期間にわたり、維持される保証はないからである。*GE/Honeywell* 事件では、合併当事者は、明確に表現して数値化した抗弁を提出しなかった。

また、モンティ委員は、*GE/Honeywell* 事件の禁止決定直後の、2001年7月10日のスピーチで、ECの合併規制は、消費者（顧客）よりも競争者を保護しているという批判に対して、次のように述べている⁽⁶⁴⁴⁾。

競争政策の目的は、全ての側面において、共同体市場における競争を高度に維持することにより、消費者厚生を保護すること（to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market）である。競争は、消費者の利益のために、価格の低下、商品の選択肢の拡大（a wider choice of goods）、技術的イノベーションをもたらす。

我々の合併政策は、合併・買収を通じた支配的地位の形成又は強化を防止することを目的とする。このような市場支配力は、競争上の害悪を引き起こす。それ〔競争上の害悪〕は、直接的に（directly）、合併後の高価格やイノベーションの減少を通じて、または、間接的に（indirectly）、競争者の排除を通じて（through the elimination of competitors）、最終的に価格やイノベーションに関して同じ悪影響がもたらされる。

我々は、より効率的な企業を生み出す合併に反対しているのではない。そのような合併は、たとえ、競争者が競争の増大に直面したとしても、消費者の利益となる。しかしながら、我々は、効率性を生み出すことなしに、競争者にとっての障壁を高め、結局、消費者厚生を減少をもたらす合併に反対する。

GE/Honeywell 事件では、競争者だけではなく、顧客も異議を申し立てた。欧州と米国との両方の航空会社が、明確に懸念を表明した。航空会社の一部は、エンジンと補修部品、保守サービスの提供でGEに非常に依存しており、とりわけ、Honeywellの買収によるGEの地位の強化を恐れた。

(644) Mario Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, speech on July 9, 2001.

(ii) ドラウツ競争総局合併審査局長による反論

また、欧州委員会競争総局合併審査局長の Götz Drauz 氏も、様々な批判に対して、次のように反論している⁽⁶⁴⁵⁾。

「反トラスト法は、競争を保護するのであって、競争者を保護するものではない」という批判に対して、競争者は競争法上の懸念の焦点に決してすべきではなく、たとえ非効率な競争者が市場から退出したとしても、全体としては、消費者に好都合であるという過度に単純化した立場を無条件に受け入れるのは、誤解を招くおそれがある。

合併規制の目的は、1企業や少数の企業による過度の市場支配力の集積を予防することであり、また、合併規制は、競争の結果として消費者が利益を受ける競争的な市場構造の維持 (the preservation of competitive market structures, which may then benefit the consumer as a result of competition) に気を配る必要がある。競争者が締め出され (squeezed out)、周辺化し、又は、市場から退出すれば、競争者は、支配的企業に対してクレディブルな競争上の制約を行使できない。言い換えれば、競争者なしでは有効な競争はありえない (there can be no effective competition without competitors)⁽⁶⁴⁶⁾。混合合併を通じて形成される新しい競争環境に適応する能力がない、あるいは、適応する意思がない競争者を、当該市場に残す必要があるかもしれない。非効率な競争者が退出し、その後に効率的な競争者によって取って代わるという主張が一般的であり、全体的に見れば、非効率な競争者と効率的な競争者との交代は、合併企業が価格を利益が上がるように引き上げ、その利潤を維持する余地ない。しかしながら、この主張は、[競争者の] 市場からの退出が新規参入を伴わないおそれがある、特定の市場の現実を無視している。このような場合には、ある産業の競争的な構造を保護することと、非効率な競争者の保護とは混同されるべきではない。このことは、GE/Honeywell 事件にも当てはまり、高い参入障壁と非常に長い

(645) Götz Drauz, *Unbundling GE/Honeywell: the Assessment of Conglomerate Mergers under EC Competition Law*, 25 Fordham Int'l L.J. 885.

(646) *Id.* 904.

産業サイクルは、参入に有利ではない。いったん、ライバルが周辺化し、又は、市場から追い出されれば、永久にそのままとなる。

効率性を考慮していないという主張に対しては、真に合併に特有な効率性 (real, merger-specific efficiencies) と、当該市場に対する中・長期の損害 (medium to long-term damage to the market) との間で衡量することは、行われる必要があり、競争当局の判断が求められている。混合合併は、製品抱き合わせ (product bundling) を含むレバレッジ行為を引き起こすので、混合合併における効率性の主張の評価の際には、正しいトレードオフを行うことが不可欠である。この種のレバレッジ行為は、一定の状況と市場条件の下で、当該市場からライバルを退出させる目的をもった略奪戦略を行うために用いられるおそれがある一時的な価格引下げを伴う。任意の価格引下げがあるけれども、これらは、実際には、内部相互補助と価格差別とを通じて可能になる戦略的価格設定行動に過ぎず、消費者の利益になる効率性として必要な条件である、構造的な要素と相容れない。

レバレッジ行為が、競争法上 (例えば、EC 条約82条) 禁止される支配的地位の濫用として、明確にかつ容易に発見できるのであれば、なぜ合併事件で心配する必要があるのか、あるいは、そのような行為が実際に起こってから、事後的に問題にすればよいという批判は、事前の合併規制政策の全体の法システムに疑いを入れる誤った議論である。製品抱き合わせ (product tying) のようなレバレッジ行為は、EC 条約82条の射程に入り、当然に (per se) 濫用となる。しかし、濫用的な価格引上げや、支配的地位に由来する他の濫用は、そうではない。どのような場合でも、その後の濫用は、事後の是正・制裁メカニズムによって捕捉できるので、事前の合併規制は、わざわざ支配的地位の形成・強化を予防する必要はないのだろうか。答えは、否である。

レバレッジ行為は、結果として、ライバルの市場閉鎖、すなわち、ライバルの漸進的な周辺化や、当該市場やその市場区分 (segments) の一部からの退出となるおそれがある。この点で、事後の制裁メカニズムは、このような [ライバルの] 市場閉鎖を阻止することはできない。[EC 条約82条違反に基づく]

支配的企業に課す制裁金が、どれほど重くても、すでに弱められた、あるいは、退出したライバルの競争上の制約を回復するのに多くのことはできない。競争に対するダメージは既に生じており、有効な合併規制政策を通じた、市場支配力の形成を防止する法システムは失敗することになる。

事前の合併規制の目的は、競争的な市場構造を維持することであり、これ[競争的な市場構造の維持]は、害悪を伴う市場行動のより立ち入った規制の必要を減らすことを目的として行われる必要がある。

Ⅵ 分析

1 GE/Honeywell 事件における EC と米国との合併分析の相違

GE/Honeywell 事件では、EC と米国との間で分析が異なったのは、混合効果と垂直効果とであった⁽⁶⁴⁷⁾。

混合効果では、補完製品間の抱き合わせ(mixed bundling, technical bundling)が、垂直効果では、GE 傘下にある金融会社 GE Capital とリース会社 GECAS とが Honeywell の事業に結びつくことが問題となった。

GE/Honeywell 事件における、欧州委員会の懸念の核心は、(i) 航空会社に対しては、航空機価格の半分以上を超える幅広い航空機部品のそれぞれで高い市場シェアをもつ合併企業が、他の競争者が追従できないほど安価で幅広い航空機エンジン・航空電子機器・非航空電子機器・関連サービスの補完製品のパッケージ販売(mixed bundling)ができるようになること(technical bundling も)により製品範囲の狭い競争者が排除される市場閉鎖効果が、また、(ii) 航空機メーカーに対しては、①新機種開発段階において、競争者が真似の出来ない、GE Capital の資金力を利用した金融支援と、GECAS の大量の航空機注文とを梃子として用いることで、航空機メーカーに Honeywell 製 SFE 製品を排他的に供給する地位を獲得するようになることと、②GECAS が世界最大の大口顧客としての立場を利用して航空機メーカーによる機器選択に実質的な影響力を

(647) この他にどのように入札市場を評価するのかといった問題もある。

及ぼし、GE 製エンジンを搭載する航空機のみを購入する GE-only 政策を Honeywell 製品にも拡大して、Honeywell 製品の搭載を促進することによる Honeywell の競争者を排除する市場閉鎖効果であったように思われる。

特に、GECAS が、全購入数に占める新航空機購入の市場シェアが約10%であるけれども、世界最大の大口顧客として、航空機メーカーの機器選択に影響を及ぼすことが問題視されたのは、航空機メーカーが選択する航空電子機器（SFE 製品）は、新機種開発段階で排他的に選択・供給されて、航空機の製品寿命の全期にわたり搭載されることとなるからであったように思われる。欧州委員会が、長期排他的供給契約による市場閉鎖効果に、特に厳しい態度を採っているのは、Boeing/McDonnell Douglas 事件でもみられた。

また、欧州委員会は、航空機エンジンと航空機部品の競争者は、研究開発費用を基礎にして、将来製品に向けたイノベーション（innovation for future products）で競争していることから、将来の研究開発投資をできるキャッシュフローを本体機器と補修部品の販売により生み出す必要があるとの認識に基づいて、競争者が単独又は共同しても対抗的な抱き合わせを行えず、かつ、GE の資金力と GECAS の大口顧客としての地位とを相当程度まで追従できないために、市場シェアが低下し、将来の研究開発投資を行うための収入が減少することを重視した。その結果、競争者は、将来の製品開発に投資し、イノベーションを促進し、合併企業に取って代わる能力がなくなり、徐々に合併企業に支配されている市場で積極的に競争する能力とインセンティブを失い、市場から退出する市場閉鎖が生じて、競争に悪影響を与えること、長期的な観点から問題にした。このような状況では、競争者は、合併企業の独立した行動を制約する要因（a constraining factor）である蓋然性がない、とされた。

また、顧客による対抗的購買力の行使の可能性についても、利幅が限られている航空会社は、長期的な競争の減少の可能性よりも短期のコスト節約となるパッケージ販売を重視し、航空機メーカーは、Boeing や Airbus はかなりの資金力のある大規模会社であるけれども、GECAS の大口航空機購入者としての重要性を無視できないため、航空会社・航空機メーカーの両方が対抗的購買力を行使する経済的インセンティブを持たないと認定された。

これに対して、GE/Honeywell 事件に対する米国司法省の分析は、次の4つの点で欧州委員会と異なった⁽⁶⁴⁸⁾。①大型商用機用エンジン市場における GE

の地位、②補完製品の抱き合わせ (mixed bundling, technical bundling)、③GE-CAS の反競争効果、④競争者が退出することとなる蓋然性、である。

米国司法省の合併審査では、大型商用機用エンジン市場は、入札市場であり、過去の市場シェアは、将来の成功を保証しないとされた。そして、GE、P&W、RR の強力な競争者3社がおり、最近の獲得した契約は3社間で等しく分けられ (GE は42-44%、P&W は23-32%、RR は27%)、また、エンジン価格の大幅な値引きにより、激しく競争が行われていると評価した。

したがって、GE が、P&W と RR とのエンジン選定競争で不利になることなしに GE 製エンジンの販売に Honeywell 製航空電子機器を抱き合わせることができる地位にはないとされた。

また、Boeing や Airbus のような大規模で洗練された買い手がおり、競争的な供給基盤を維持する強いインセンティブをもっていること、競争者も、提携により、合併企業のパッケージに対抗できるとされた。

GECAS については、航空機購入の市場シェアが世界の航空機の10%未満であり、米国の裁判所が潜在的市場閉鎖の認定を裏付けるのに一般的に要求する市場シェアが35-40%であることから、著しい市場閉鎖効果を生じさせるのには市場シェアが小さすぎることを、また、GE が新機種で独占供給契約を獲得したのは、GECAS の購買力を利用したのではなく、顧客が望む最高のエンジンを最良の価格で提供することにより、真価に基づいて競争に勝っただけである

(648) William J. Kolasky, *U.S. and EU Competition Policy: Cartels, Mergers, and Beyond*, speech on Jan. 25, 2002 では、GE/Honeywell 事件では、少なくとも5つの問題について、EC・米国間で結論が異なるとする。①GEが航空機エンジン市場で支配的地位にあるか否か、②航空電子機器・非航空電子機器を航空機エンジンと bundling することが、排除戦略として成功する蓋然性、③GEの航空機リースへの垂直的統合が、世界の航空機購入の市場シェアが少なくとも現実的な市場閉鎖の懸念 (realistic foreclosure concerns) があるか否か、④GEの資金力により、Honeywellが、より研究開発投資を行えるようになり、また、自己の競争者が設定可能な価格よりも低い価格で顧客に提供できるようになることにより、競争を害することになるか否か、⑤価格引き下げ (price cuts) が、ライバルを市場から退出させることにより競争を害することになるか否かである。欧州委員会は、5つ全ての問題を肯定し、米国では否定した、と述べる。

と評価された。

また競争者が退出する蓋然性は、競争者が退出を強いられ、あるいは、もはや有効に競争できないいずれかの後にのみ、価格が上昇しうるので、消費者に対する悪影響にとって決定的に重要であるけれども、GE と Honeywell の競争者は、大規模で、資金力もあり、市場シェアも高く、航空機部品は、既存の機種では既に選択されており、また、新機種競争が近接した時期に予想できないので、競争者は、長期に確保された収入源を既にもっており、退出するシナリオは説得的には思えないとされた。また、Boeing や Airbus のような大規模で洗練された買い手があり、競争的な供給基盤を維持する強いインセンティブをもっていること、競争者も合併や提携を含む幅広い対抗戦略を採ることできるとされた。

米国司法省は、補完製品の生産者間の合併は、いわゆるクルーノー効果により、価格設定に関する二重限界化問題を解消し、少なくとも短期では、合併企業の補完製品の価格は、合併後に下がると予測されることを重視した。競争上の害悪は、競争者が利益を失い、かつ、市場から撤退させられる場合にのみ生じるので、利益は、確実で、即時である (certain and immediate) けれども、予想された害悪は、はるかに遠く、かつ、憶測的である (much more distant and speculative) と評価した。逆に、本件合併は、直接的には、合併企業により提供される低価格とより良い製品を通じて、間接的には、競争者に、より低価格と製品の改良で対抗するよう仕向けることにより、この両方で顧客の利益となり、米国の見解では、これは、合併を歓迎する理由であって、批難する理由ではない、とされた。

GE/Honeywell 事件の分析では、EC と米国との間には、上記の4つの点の他にも、以下のような点について相違があった。特に、①支配的地位の認定の仕方、市場シェアの算定の仕方、エンジン価格の値引き競争の評価の仕方、②合併規制により競争を維持しようとするタイムスパンが長期的か短期的か、③各

製品市場で高い市場シェアをもつ合併企業が、航空機エンジン・航空電子機器・非航空電子機器・関連サービスの安価で幅広いパッケージ販売ができるようになることが、競争者が追従できないものとみるか、④GECASのGE-only政策が、航空機メーカーの機器選択の競争のプロセスに影響力を及ぼしていると評価したか、⑤競争制限効果を認めるにあたり、現在・近い将来の競争状況を重視したか、将来の開発競争を重視したか、⑥合併後の競争者、顧客の対抗戦略をどのように評価したか、⑦短期の価格の低下を重視するか、長期的な競争者の市場閉鎖効果を重視するか等に相違がある。

GEの大型商用機航空機エンジン市場における競争者に対する地位見方の違いが、全体の合併分析に影響を与えた⁽⁶⁴⁹⁾。

欧州委員会は、GEの支配的地位の認定にあたり、GEの高い市場シェアに加えて、傘下に金融会社のGE Capitalとリース会社GECASを持ち、排他的供給権を獲得する力、顧客の購入行動に影響を及ぼす力を持つことも加味して考慮し、競争を排除する能力を持っていることを重視した。欧州委員会決定では、「相当な資金力を結びつける能力、大量の航空機を購入する能力、共通性の利益を享受する能力と、航空会社に包括的なパッケージを提供できる能力は、GEに、競争を排除する能力(the ability to foreclose competition)を与えており、GEの高い市場シェアは、支配的地位の正しい代用物(proxy)となる⁽⁶⁵⁰⁾、と述べている。

また、市場シェアの算定の仕方も異なり、欧州委員会は、将来の開発競争のための収入を生み出す観点からインストールベース(既得基盤)を中心に、近い将来の地位の指標として、受注残も加味して評価し、GEの市場シェアは、インストールベース(受注残)で、52.5%(65%)とされた⁽⁶⁵¹⁾。

航空機エンジンの値引き競争については、米国司法省は、競争が活発に行われていると評価したのに対して、欧州委員会は、エンジンの購入費用に保守費

(649) Deborah Platt Majoras, *GE-Honeywell: The U.S. Decision*, Remarks on Nov. 29, 2001.

(650) *GE/Honeywell*, *supra* note 567, at para. 163.

用を含めた平均総費用でみると、10年間で10%~30%も上昇していることから、最初のエンジンの割引販売は、顧客に対する真の価格引き下げではないと評価した（詳しくは、脚注575を参照）。

2 GE/Honeywell 事件の EC と米国との結論の相違をもたらした諸要因

GE/Honeywell 事件において欧州委員会と米国司法省との間で結論が異なるに至った理由について、実体面、制度・手続面における相違から、市場と政府との機能の有効性に対する認識の相違に至るまで、様々な観点から指摘された⁽⁶⁵²⁾。

例えば、①合併の適法性を判断する法的実体基準が異なること（ECのドミナンス基準（事件当時）と米国の実質的競争減殺基準（SLC 基準））、②EC 競争法における事後救済措置（*ex post remedies*）の利用可能性の少なさ、③短期的視点に立つか、あるいは、長期的視点に立って合併規制を行うのかの違い、④米国の方が50を超す博士号を取得したエコノミストが在籍し、専門スタッフが多いこと、⑤米国は、当事者と第三者との両方から書類・証言を強制的に提出させる権限を持ち、より多くの調査手段を持っていること、⑥合併審査手続と手続期限の相違（*preprocess and timing differences*）⁽⁶⁵³⁾、⑦司法審査を受けるか

(651) 市場シェアは、通常、合併企業の市場における地位を見る上で最も重要な指標のうちの1つである。市場画定を行う理由の1つは、市場シェアを算定するためであるといわれるが、本件は、たとえ同一市場が画定されたとしても、市場シェアの評価要素を何にするかによって異なる市場シェアの値がもたらされることを示している。特に、本件のような将来製品に向けたイノベーション（*innovation for future products*）で競争しているような市場において、適切な競争力の指標となるものは何かが検討されなければならないように思われる。特に、合併事件においては、将来の市場構造を競争的に保つ必要があり、どのような競争（例えば、将来の開発競争）を維持したいのかによって、市場シェアの評価要素が異なってくる。

(652) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 23-27.

(653) 合併審査手続面における相違が結論の相違をもたらすことがないように、米国とECとのワーキンググループで話し合われ、2002年12月19日の「ベストプラクティス（*best practices*）」の公表に結びついた。DG Competition, *Draft Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*, Dec.19, 2002.

否かの相違、⑦市場と政府規制者とのいずれが正しい方向へ持っていく相対的能力を持つかについての根本的な見方の違い（米国は、政府規制者よりも市場にはるかに信頼を置いているのに対して、ECは、市場への政府介入の有効性に大きな信頼を置いている国家主義の伝統がある⁽⁶⁵⁴⁾）などである。

FTCの経済局長のDavid Scheffman氏は、米国とECとの間の相違は、合併審査で利用される証拠の範囲と性質が異なることが大きな違いとする⁽⁶⁵⁵⁾。

①デイスカバリーの利用、②より時間と資源を費やすこと、③合併審査におけるエコノミストの役割の違い、④意思決定プロセスの違い、⑤米国では、計量経済分析を重視すること、を挙げる。

まず、ECと米国とが採用している法実体基準の相違がアプローチの相違をもたらしているとは一般には考えられていない⁽⁶⁵⁶⁾。

米国クレイトン法7条は、実質的に競争を減殺する(substantially lessen competition) 合併を禁止する実質的競争減殺基準(SLC基準)採用しているのに対して、GE/Honeywell事件に適用されたEC旧合併規則は、支配的地位を形成又は強化する(create or strengthen a dominant position) 合併を禁止するドミナンス基準という異なる基準を採用していた。しかし、EC旧合併規則は、①支配的地位を形成又は強化して、②その結果として、有効な競争が共同体市場又はその実質的部分において著しく阻害されることとなる結合を禁止すると定めており、合併規則の文言上すでに後半部分において実質的競争減殺の基準がドミナンス基準にも組み込まれている。米国法においても、競争の実質的減殺は、合併ガイドライン上は、市場支配力の形成又は強化(creating or enhancing market power)と定義しているので、支配的地位の形成又は強化(creating

(654) Laura Tyson, *The New Laws of Nations*, N.Y. Times, July 14, 2001, at A 29.

(655) David Scheffman, Director, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, Mary Coleman, Deputy Director, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, *Dialogue and Consultation Facilitates Convergence in the Analyses of Mergers in the US and EU*.

(656) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 23

or strengthening a dominant position) と似ている。また、合併規則が定める欧州委員会の考慮要因として、「消費者の利益となり、かつ、競争への障害とならない限りでの、技術の発展及び経済の進歩」が掲げられているため、効率性を考慮することは可能であることから、基準の相違は大きくないとされている。

しかし、支配的地位の EC 判例法上の定義が、EC の混合合併規制において、支配的企業に対する競争上の制約としての競争者が注目されることに影響を与えていることは否定できないように思われる⁽⁶⁵⁷⁾。

EC の合併規則における「支配的地位」の定義は、明文の規定はなく⁽⁶⁵⁸⁾、判例法上、「一以上の事業者が、競争者、顧客、そして、最終的には消費者とは相当程度に (to a considerable extent) 独立して行動する機会を与えられることによって、有効な競争 (effective competition) が当該関連市場において維持されるのを妨げることを可能にする経済力 (economic power) を行使する状態」とされている⁽⁶⁵⁹⁾。

また、これまでの欧州委員会決定の先例の検討を通じて、「支配的地位」は、競争者や顧客、潜在的競争から競争上の制約を受けない地位のように認定

(657) 2004年1月20日に新合併規則が制定され、同年5月1日から施行されている。本稿第1章第1節を参照。新合併規則の制定により、さらに米国の実体基準との差が縮小されたとモンティ競争政策担当委員は述べる。

(658) 新合併規則は、最終的には支配的地位の定義規定を導入することは見送られたが、提案されていた支配的地位の定義は、次のようなものであった。

「本規則において (for the purpose of this Regulation)、一ないし複数の事業者が、協調するかどうかを問わず、競争の変数、特に、価格、生産、品質、流通又は技術革新について、認識可能な程度にかつ持続して影響を及ぼすような経済力 (the economic power to influence appreciably and sustainably the parameters of competition, in particular, prices, production, quality of output, distribution or innovation) を有する場合、又は、認識可能な程度に競争を妨げるような経済力 (the economic power to influence appreciably to foreclose competition) を有する場合には、当該事業者は、市場支配的地位にあるとみなされるものとする。」

この支配的地位の定義案をみても、価格等を支配する力のみならず、競争を排除する力にも関心を持っていることが分かる。

(659) Case T-102/96, *Gencor v Commission*, [1996] ECR-II-753, para. 200.

されてきており、必ずしも、価格支配力という意味での「市場支配力」に限定されてはいない。少なくとも、合併規制においては、米国のいう「市場支配力」とECの「支配的地位」とは意味が異なり、認定手法も異なっている。

次に、EC競争法における事後的救済措置 (*ex post remedies*) の利用可能性の少なさ (例えば、米国法における三倍額損害賠償請求 (*treble damage exposure*) がないこと) のため合併規制が唯一の手段となるとする説明に対しては、米国競争当局者は批判的である⁽⁶⁶⁰⁾。

というのは、ECの混合合併規制で問題にしている懸念は、米国反トラスト法の下では必ずしも違法ではないタイプの *bundling* や割引についての懸念に依拠しているため、反競争的行為に対する事後的救済措置の利用可能性は無関係であるというものである。また、ECの混合合併に関する決定が、合併企業が略奪的価格設定や違法な *tying* を行うかもしれないという漠然としたおそれに依拠している限りでは、そのような行為が反競争的であるか否かを判断するのに必要な事実がない合併の時点で事前に規制するよりも、実際に起こったときに扱うのが最適である、と米国の競争当局者は批判する。

しかし、支配的地位の濫用を禁止するEC条約82条は、濫用行為の開始時点において、支配的地位にあることが必要で、濫用行為により支配的地位を形成する場合には適用されない。また、シャーマン法2条のような独占化の企図にも適用することができない。EC条約82条では足りない部分を補うために合併規制で行っているとも考えられる。

短期的視点に立つか、あるいは、長期的視点に立って合併規制を行うかの違い、すなわち、ECは、米国よりも相対的に長期的視点に立って合併規制を行っていることは、*GE/Honeywell* 事件における米国とECとの対立を見ても、また、本稿のECの混合合併規制の展開をみても明らかである⁽⁶⁶¹⁾。

これに対して、米国競争当局者は、米国の競争当局も、合併の長期的影響(*the*

(660) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 24-25.

long-term effects of merger)にはとても関心を持っており、これが、米国では、合併の反競争的影響が少なくとも2年間持続する蓋然性があると考えない限り合併に異議を申し立てないことの理由の1つであり、米国が、近視眼的である(short-sighted)のではなくて、将来の予測能力により謙虚なだけである、と反論している⁽⁶⁶²⁾。

ここで、合併の長期的影響という場合には、次の2つは、区別する必要があるだろう。1つは、反競争効果が相対的に長く持続するものを問題にするという意味で用いる場合と、もう1つには、短期的には顧客に価格の低下、取引費用の削減等の利益をもたらすが、長期的には競争者が排除・周辺化されることによって、結果的に顧客や消費者の不利益となる、反競争効果が一定期間経過後に生じる場合である。

前者については、米国でも問題にするけれども、後者については、米国は、短期で確実な利益を犠牲にするとして将来予測の観点から批判的である。

また、司法審査の仕組みの相違が指摘されている⁽⁶⁶³⁾。米国では、司法省が、合併に異議を申し立てる場合には、合併が実質的に競争を減殺するおそれがあることについて、裁判所において、証拠審理を経た証拠を提出して、連邦判事を説得する必要がある。FTCの場合は、最終決定は、行政機関であるFTCが行うことになるけれども、審判手続の主宰者と仮決定の作成は、FTCとは別個の機関に所属する行政法判事が行い、FTC職員である立会審査官は、この行政法判事に対して立証しなければならない。したがって、独立した事実認定者に対して立証する必要があることが競争当局の意思決定を規律している。こ

(661) 欧州委員会は、*GE/Honeywell* 合併事件を違法としたことを伝える2001年7月3日付のプレスリリースでも、「欧州の合併規制は、競争者を保護しようとするのではなく、消費者が十分な選択(sufficient choice)、イノベーション、競争的価格から利益を受けるために、市場が長期にわたり(in the long run)引き続き十分に競争的であることを確保しようとしている」と述べる。

(662) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 25.

(663) *Id.* 26.

れに対して、EC では、合併審査とその決定は、まず欧州委員会が行い、委員会決定に不服があれば、欧州第一審裁判所に取消しの訴えを提起することになる。欧州委員会は、調査官、検察官、裁判官、陪審員として行動するとしばしと言われるように、合併審査手続における欧州委員会の役割は、事実関係を調査する調査官（審査官）と判断を行う審判官との2つの役割を同時に担っており、審査官の結論を批判的に検討する新鮮な視点が欠けると批判される⁽⁶⁶⁴⁾。司法審査は、時間がかかり、欧州委員会の事実判断に敬意を払うと批判されている⁽⁶⁶⁵⁾。しかし、司法審査については、欧州第一審裁判所における「迅速手続」の導入により、判決に至るまでの期間が大幅に短縮され、また、後述する2002年の *Schneider Electric SA v Commission* の欧州第一審裁判所判決、*Tetra Laval BV v Commission* の欧州第一審裁判所判決では、欧州第一審裁判所は、詳細な事実を分析して、欧州委員会が必要な法的基準まで立証しているか否かを厳密に検討している。

また、合併分析の手法の違いも、結論の相違をもたらした原因として挙げられるだろう。本件では、GE の大型商用機用エンジン市場での競争者に対する地位の評価で、米国と EC との評価が異なった。この異なった理由の1つには、EC では、市場シェアなどの量的な指標に加えて、質的な総合的な競争力を加味して支配的地位を評価する手法にあるだろう。米国では、関連市場における競争状況を中心として評価し、GE が傘下に金融会社の GE Capital や航空機リース会社の GECAS を有していることは、大型商用機用エンジン市場における GE の地位を評価する上では考慮に入れていない。これに対して、EC では、市場シェアに加えて、これら傘下企業が大型商用機用エンジン市場における「競争プロセスに及ぼす影響力」も考慮に入れて、GE の地位を評価し、支配的地位を認定している。EC の合併分析において、質的な要素も加味されるのは、

(664) Filip Ragolle, *Schneider Electric v Commission: The CFI's Response to the Green Paper on Merger Review*, [2003] E.C.M.R. 176, 179.

(665) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 26.

合併規則自体が、合併規則2条1項b号において、欧州委員会が考慮すべき要素として、「関連事業者の経済力と資金力 (economic and financial power)」を明記していることに由来するであろう。

また、支配的地位の濫用を定める EC 条約82条の存在が EC 合併規則に及ぼす影響もあるように思われる。

米国における独占の梃子 (Monopoly Leveraging) の理論は、ある市場における支配的地位を別の市場における競争上の有利性 (competitive advantage) を獲得するために利用することを指すが、米国の裁判所の多くは、ある市場において独占力をもつ企業が、その市場での独占力 (monopoly power) を隣接市場において競争上の有利性を獲得するために利用することは、そうすることにより、①既存の独占を維持するか、又は、②隣接市場でも独占を獲得する高度の蓋然性 (a dangerous probability) を生み出すか、のいずれかに資するのでない限り、シャーマン法2条に違反しないと判示している。これに対して、EC 条約82条下では、ある市場で支配的地位にある企業が、その地位を、支配的地位にない隣接市場で競争上の有利性を得るために支配的地位を利用することは、支配的企業がその行為の正当なビジネス上の理由を示さない限り、第2市場で支配的地位が形成される蓋然性が立証されなくても、支配的地位の濫用となる。したがって、EC 条約82条の方が、独占化、独占化の企図を禁止するシャーマン法2条に比べて、支配的地位にある事業者が濫用行為を行えば足り、梃入れされた第2市場での支配的地位の形成又は強化の蓋然性まで立証する必要がない点でレバレッジ行為を捉えるのが容易である⁽⁶⁶⁶⁾。

確かに、合併規則は、EC 条約82条とは異なり、支配的地位を形成又は強化することとなる結合を禁止するので、支配的企業がその地位を濫用するおそれがあるだけでは足りず、第2市場における支配的地位の形成又は強化する蓋然性を立証する必要がある。しかし、支配的地位の濫用を規制する EC 条約82条の存在により、米国よりレバレッジ行為に関心が持たれやすいのかもしれない。

(666) ただし、欧州委員会は、知的財産権が関係する EC 条約82条の事件では「濫用」の認定の中で、競争が排除されることを認定し、より慎重なアプローチをとっている。

また、抱き合わせ契約は、競争制限的協定の禁止を定める EC 条81条1項 e 号と支配的地位の濫用の禁止を定める EC 条約82条2文 d 号との両方で、違法行為となりうる行為として法文上例示されている。したがって、EC においては、抱き合わせ契約に対する関心が、もともと高いとも言うことができる。

加えて、本件では、GE が GE-only 政策を採ることにより、新機種で航空機メーカーから排他的エンジン供給権を獲得したことが、米国では、顧客の望む最高のエンジンを最良の価格で提供して真価に基づいて競争に勝っただけであると評価されているが、EC では購買力を利用したと評価されている。支配的地位の濫用を定める EC 条約82条が存在することで、購買力の濫用により競争者の市場・供給源へのアクセスを妨げられることにも関心が持たれやすいのかもしれない。また、Boeing/McDonnell Douglas 事件においても、同様の関心がみられた。商業航空機と軍事航空機とのそれぞれのリーディング企業が結びつくことにより、商用・軍用両方の部品を供給している供給者の Boeing に対する依存が著しく高まり、Boeing が供給者に圧力・誘引等の手段を使って不当に影響力を及ぼし、Airbus の供給者へのアクセスが妨げられることも支配的地位の強化の1つの要因として考慮されていた。

さらに、EC と米国との結論の違いには、EC 条約82条の支配的地位の濫用規制と、米国のシャーマン法2条の独占化規制の分野における競争政策の違いが反映されているという指摘もある⁽⁶⁶⁷⁾。

EC 競争法と米国反トラスト法との間で、取り扱いが異なるといわれている商行為に、①略奪的価格設定⁽⁶⁶⁸⁾、②忠誠リベート (fidelity rebates)、③抱き合わせ (tying and bundling)、④不可欠施設へのアクセス (access to an essential

(667) William J. Kolasky, *North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?*, speech May 17, 2002 は、GE/Honeywell 事件で異なる結論に至った理由を探るための米国と EC との間の議論を通じて、EC 条約82条の支配的地位の濫用規制と、米国のシャーマン法2条の独占化規制との分野における EC と米国との競争政策の大きな違いが反映されていたと指摘する。米国と EC との競争政策で異なる5つの分野として、合併審査における効率性、忠誠リベート、略奪的価格設定、エッセンシャル・ファシリティーの理論、独占の梃子 (Monopoly Leveraging) を挙げる。

(668) 略奪的価格設定の米国法と EC 法の詳細については、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』(有斐閣、2001年)。

facility) がある⁽⁶⁶⁹⁾。

特に違いが大きいのが、忠誠リベートの分野である。

EC 競争法における忠誠リベートとは、支配的企業から所定の製品に対する全部又は指定の割り当てを購入する顧客に対して与えられる報奨金や割引のことを指し、EC 競争法では、これらのリベートが真価に基づく競争 (competition on the merits) を構成するか否か、あるいは、リベートが人為的に競争者を排除しないかが分析される。これに対して、米国では、引き下げられた価格が、略奪的ではなく、つまり、費用を下回らないのであれば、価格の引き下げは競争促進的であるとみなされており、忠誠リベートに対する執行は差し控えられている。

EC の競争当局者は、次のように述べる。EC でも、リベートは、望ましい価格競争の手段であることを認識しており、通常は EC 条約82条の対象外であるけれども、リベートが高める顧客の忠誠度を調べる。リベートに付随する条件は、顧客のスイッチングコスト (乗換費用) を人為的に引き上げ、その結果として、競争者を排除するおそれがあり、この場合には、リベート・スキームは、通常は、もはや競争と消費者の利益とはならない、と述べている⁽⁶⁷⁰⁾。これらの相違は、何を排除行為とみるか、何を真価に基づかない競争と見るのかが異なることに由来するようと思われる⁽⁶⁷¹⁾。

(669) この他に、並行輸入 (parallel trade) もある。Philip Lowe, Director General DG Competition, *How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors An Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices*, Speech on Oct. 16, 2003.

(670) *Id.* 6-7.

(671) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Nov. 9, 2001, at 5 では、「米国法の下では、反トラスト法は、たとえ競争者が市場から退出する結果になるとおそれたとしても、合併企業をより効率的にする合併から競争者を保護しないということが確立している。」として、Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 114-117 (1986) 連邦最高裁判決を引用する。同判決は、「増加した市場シェアを目指す競争は、反トラスト法により禁じられた活動ではない。これは、単に活発な競争である。反トラスト法が、このような価格競争による利益の損失から競争者を保護するものと考えすることは、要するに、市場シェアを増やすために価格を下げる企業のいかなる意思決定も違法にすることになる。反トラスト法は、そのような道理に反する結果にならないことを求める。というのも、支配的企業に価格競争を含めた活発な競争を行うことを認めることが、競争の利益のためであるからである。」と述べる。EC と米国との結論の違いには、支配的企業に対する見方の違い、あるいは、支配的企業に許される行為の違いがあるのかも知れない。EC では、支配的地位にある競争的でない市場で得た利益を競争的な市場で投入して安い価格で販売する行為を、競争者を駆逐するものとして反対している。

また、EC 条約82条に関する判例法上⁽⁶⁷²⁾、EC 条約82条の直接の結果として、支配的地位にある事業者は、欧州委員会決定の有無に関係なく、当該市場での有効な競争を害さないようにその行動を適切に修正する特別の責任 (a special responsibility) を負うとされることも、EC と米国との間で支配的企業に許される行為に相違が生じる1つの理由である。

また、EC と米国との違いには、競争者がとる行動の見方にも違いがある。

米国は、合併により合併企業が効率的になるのであれば、競争者もより効率的になろうとすると考える。これに対して、EC では、通常は、内部成長、提携、合併などの手段を通じて、通常は、競争者は対抗戦略をとることができるが、これらによっても合併企業の行為に追随できない場合には、競争者は、販路を失い、市場での収益を上げることができず、撤退するか否かを検討し、競争する意欲・投資するインセンティブを失う場合もあると考えている。米国は、相対的に長期の将来予測に対しては慎重であり、市場参加者の対抗能力に対しては、信頼を置き、楽観的である。これに対して、EC では、長期的な競争的市場構造を維持する立場から、相対的に長期の将来予測に対しても積極的であり、一定の場合には、市場参加者の対抗能力について楽観できない状況があると考えている。本件では、競争者が容易には追随できない安価で広範囲のパッケージ販売を行えるようになることによる市場閉鎖効果が問題となった。しかし、競争者が容易に追随できるか否かを評価するにあたり、市場参加者の対抗戦略をとる能力、市場の自己修正機能（参入）への信頼、将来予測に対する態度の違いにより、EC と米国との間で結論が異なった。

3 合併規制全体に関する諸問題

EC と米国との混合合併に対する合併規制の執行態度の違いは、混合合併規制だけの問題にとどまらず、合併規制は何を目的として行うのか、合併規制の

(672) Case 332/81, *Michelin v Commission*, [1993] ECR 3461, para. 57, Case T-51/89, *Tetra Pak v Commission*, [1990] ECR II-309, para. 23, Joined Cases T-125/97 and T-127/97, *Coca-Cola v Commission*, [2000] ECR II-1733, para. 80.

役割をどのように考えるのか、という合併規制全体に対する一般的な問題も提起している。

米国では、クレイトン法7条は、競争を実質的に減殺することとなり、又は、独占を形成するおそれがある株式又は資産の取得を禁止しているが、そのクレイトン法7条の運用の主眼点は、1992年水平合併ガイドラインによれば、合併が、市場支配力（market power）を形成若しくは強化し、又は、その行使を容易化するか否かにおかれており、市場支配力とは、一以上の企業が相当期間、競争水準を越えて価格を維持できる力であると定義されている。

これに対して、ECでは、GE/Honeywell 事件で適用された旧合併規則2条3項では、支配的地位を形成又は強化し、その結果として、共同体市場又はその実質的部分において、有効な競争が著しく阻害されることとなる結合を禁止し、新規則では、特に支配的地位を形成又は強化する結果として、共同体市場又はその実質的部分において、有効な競争が著しく阻害されることとなる結合を禁止する。EC競争当局者は、合併規制の目的は、競争の結果として消費者が利益を受ける競争的な市場構造を維持することであると述べ、市場支配力（market power）は、直接的に、合併後の高価格やイノベーションの減少を通じて、又は、間接的に、競争者の排除を通じて、最終的に価格やイノベーションに関して同じ悪影響がもたらすと述べる。

したがって、同じ market power という用語を米国でも EC でも用いているけれども、米国では、価格支配力に関心があるのに対して、ECでは、競争的な市場構造を維持する立場から、価格支配力に加えて、競争者を排除する力にも関心がある。

また、価格支配力と競争者を排除する力との関係はどのようなものかも問題となる。この点、GE/Honeywell 事件の欧州委員会決定では、市場閉鎖効果が生じることのみを指摘する。航空機エンジン市場の参入・成長障壁が高いことの指摘の他には、市場閉鎖後の価格引上げの可能性については言及されていない。支配的地位の意義についての判例法上の言い回しにならって「競争者は、合併企業の独立した行動を制約する要因となりそうにもない」とだけ述べる。

したがって、欧州委員会は、競争者を排除する力は価格支配力とは結び付けて考えていないように思われる。

また、事前規制と事後規制とのいずれが適切かという問題、すなわち、ある市場における支配的地位を利用して、別の市場の競争者を排除・周辺化して支配的地位を形成又は強化するようなレバレッジ行為を、事前の合併規制において問題にすべきか、あるいは、事後的に問題となる行為が起こってから規制すべきかという問題も、そもそも合併規制の目的や役割は何か、また、他の事後的な行為規制との関係について問題を提起している。

米国のように、合併を容認することで短期の確実な利益を享受して、違法行為が行われたら事後的に措置を採るので足りるという考え方もある。

確かに、事後的な行為規制でも容易に違法といえる行為は、事前に合併規制で問題にする必要はないのかも知れない。しかし、すべての反競争的な行為が事後規制で対応できるわけではないように思える。本件では、GE-only 政策が Honeywell に拡大されて、Honeywell の競争者を排除する結果となっても、EC 条約81条、82条による事後規制は困難であろう。なぜなら、GE-only 政策は、単なる購入方針で一方的行為であり、事業者間の取決めがなく EC 条約81条違反を構成することはできない。また、支配的地位の濫用を定める EC 条約82条は、適用の前提条件として、濫用行為開始時において支配的地位にあることが必要であるため、世界最大の顧客として機器選択の競争プロセスに影響力を及ぼしていたとしても、購入市場における市場シェア10%で支配的地位を認定するのは困難を伴うからである。また、事後規制では、参入・成長障壁が高い場合には、競争者による競争上の制約を十分には回復できない場合もあるように思われる。米国は、違法行為の取締りを合併後まで待つよりも事前に合併規制で問題にする費用便益が上回ることが必要と主張する。事後規制で違法と捉えることができないけれども、他の市場の市場閉鎖効果が生じて、競争の減少という結果が生じる場合があり、常に行為が起こるまで待つ必要はないと思われる⁽⁶⁷³⁾。

また、短期的な視点に立つか、長期的な視点に立つかについての、GE/Hon-

eywell 事件の米国と EC との対立は、合併規制が競争的な市場構造を維持するために担うべきタイムスパンの問題があることを明確にした。それと同時に、いつまでに反競争効果⁽⁶⁷⁴⁾が生じる必要があるのかという問題もある。本件のような、研究開発費用を基礎にして、将来製品に向けたイノベーション (innovation for future products) で競争しているハイテク産業において、将来の研究開発投資をできるキャッシュフローを本体機器と補修部品の販売により生み出す必要性に関して、短期的な視点のみでいいのかという問題も提起している⁽⁶⁷⁵⁾。

合併審査にあたりいかなる効率性を考慮すべきかも、混合合併に限られる問題ではなく、合併規制全体に関わる問題である⁽⁶⁷⁶⁾。また、短期では価格が低下するが、長期的には競争者を排除する市場閉鎖効果が生じるおそれのある合併をどのように評価すべきなのかも問題となる。合併規制において評価すべき効率性について、合併後の価格の低下といえども、どういうものを効率性と考えるかで、EC と米国とでは考え方が異なる。補完製品の生産者間の合併は、二重限界化問題の解消により、合併企業は、補完製品の価格を引き下げるインセンティブもち、価格設定上の効率性を得ることになる。これを、EC は、内

(673) 逆に、競争者を排除する力を問題にするとときは、事後規制においても明らかに違法とできる行為のみを問題にすべきであるという立場もあるかもしれない。しかし、必ずしも合併規制において問題にされる行為は、違法行為とは限らない。例えば、合併規制を寡占的協調行動の防止のために行うことは比較的争いがないことであるが、価格カルテルは違法行為であるが、事業者が独自の判断に基づいて行うプライスリーダーシップや、協調的価格設定行為は、価格が引き上げられ望ましくない行為ではあるが、違法ではない。これらとパラレルに考えられるのではないだろうか。違法とはできないが、排他的結果を生じうる行為はありうるように思われる。

(674) 反競争効果とは一体何かという問題もある。競争者が排除され、競争が減少するだけでいいのか、それとも、合併企業が価格支配力をもつことと結びつける必要があるのか。また、これをどのように考えるのかによって、どこまで立証する必要があると考えるのかという問題にもつながる。

(675) ハイテク産業における合併規制の競争法上の問題については、武田邦宣「ハイテク産業における企業結合規制」阪大法学第54巻第2号〔2004年〕419頁以下を参照。

(676) 合併規制における効率性の考慮の問題については、武田邦宣『合併規制と効率性の抗弁』（多賀出版、2001年）参照。

部相互補助と価格差別とから可能になる戦略的価格設定とし、構造的な費用の削減ではなく、競争者が排除された後も戦略的に引き下げられた低価格が維持される保証はない、と肯定的な評価は与えていない。これに対して、米国は、二重限界化の排除を通じて資源配分上の効率性を高め、消費者に価格の低下と産出量の増大とで利益をもたらし、費用削減に基づく価格引下げと同じくらい利益をもたらすと考えている。

合併により競争者が利用できない競争上の有利性を獲得する場合、あるいは、競争者が追従できない競争上の有利性を獲得する場合にどのように評価するか、合併における効率性の考慮の問題と絡んで難しい問題を提起している。合併規則2条1項b号は、「消費者の利益となり、かつ、競争への障害とならない限りでの、技術の発展及び経済の進歩」を欧州委員会の考慮要因として明記しており、消費者の利益となる技術の発展及び経済の進歩の全てを考慮することが必要とされるわけではなく、「競争への障害とならない限りでの」という条件も付されているために、ECでは、競争者が競争上の制約を行使できなくなるほどの効率性を合併により獲得してしまう場合にまで、効率性を考慮すべきとは考えていないように思われる。これに対して、米国は、合併企業が効率的になるのであれば、競争者も効率的になろうとする、と考える。米国司法省は、次のように考える。製品範囲の狭い企業（*narrow-line firms*）が、提携や内部成長、対抗合併を通じて、これらの効率性を追従できない異例の場合において、効率性が、製品範囲の狭い企業の排除に寄与し、競争者が効率性のために市場から排除される限りで、これらの効率性を生み出す合併が、結局は消費者を害することになりうる。しかし、競争プロセスは、おしなべて、効率の劣者を犠牲にして、より効率的な者が成長するのを促進するものであり、このプロセスは、通常、大いに一般消費者の利益となる。効率の劣る競争者にとって代わることが生じるかもしれないという恐れのために介入することについては、競争当局は慎重であるべきである、とする。

また、競争法の目的は、消費者厚生の上で、死重損失と富の移転とを防ぐだけなのか⁽⁶⁷⁷⁾。消費者厚生 の指標は、価格、産出量、イノベーションだけな

のだろうか。ECの競争当局者は、競争が消費者にもたらす利益として、さらに、選択肢の拡大も挙げている。競争者が排除されることにより、消費者の選択肢が実質的に減少し、その結果、価格やイノベーションに悪影響が生じると述べている。ECでは、競争法の目的に消費者の選択肢の多様性も含まれることによって、ECと米国との間の結論に違いが出ているのかもしれない⁽⁶⁷⁸⁾。

また、競争法の究極の目的は、消費者厚生の上昇であるとしても、消費者厚生の実現のさせ方については、異なる考え方があるように思われる。欧州委員会の競争当局者は、合併規制の目的は、競争の結果として消費者が利益を得る競争的な市場構造の維持であると述べており、競争的な市場構造の維持を通じて、結果的に、消費者厚生が促進されたと考えているように思われる。したがって、事業者間の競い合いによる有効な競争があつて、初めて、合併に由来する効率性が1企業に止まらず消費者の利益としてもたらされる (pass on) ことが可能となると考えているように思われる。ゆえに、たとえ短期で価格の低下をもたらす合併であっても、合併企業に対して競争者が競争上の制約を行使できないほどに排除・周辺化され、残余の競争が失われ、有効な競争が阻害される場合には、短期の価格の低下といっても最終的には消費者の利益とはならないと考えているように思われる。これに対して、競争法の目的は、消費者厚生の上昇であるから、たとえ競争者が排除されたとしても、消費者が排除されるまでに得た価格の低下による利益と、排除後の合併前の価格以上の価格の上昇による損失とを比較衡量すべきという立場もある。

(677) この点に関して、排除行為の反競争効果は何かという問題意識から、競争法の目的は、消費者厚生の上昇で、死重損失と富の移転を防ぐだけなのか、という点について米国の有力な法学者も、同じ問題意識を共有している。See, Eleanor M. Fox, *What is harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 70 ANTI-TRUST L.J. 371 (2002).

(678) 2004年1月20日に新たに採択された合併規則の変更点に関するプレスリリースにおいても、新実体基準に関して、核心的な問題は、消費者に十分な選択を与える十分な競争が合併後も維持されるか否かである (The central question is whether sufficient competition remains after the merger to provide consumers with sufficient choice.) と述べる。

合併規制の目的・役割に何を求めるのか。ECの競争当局者は、行為の事後的な監視を少なくするために行うと言っている。これは、競争上の懸念を解消するに足る合併救済措置として、構造的措置をとる方向に作用する。

また、欧州委員会のように、レバレッジ行為による市場閉鎖の問題を合併規制において取り上げる場合にも、立証に関して課題が残る。

すなわち、ある市場における支配的地位を梃子として別の市場で支配的地位を形成又は強化するというためには、①何を立証する必要があるのかという立証対象となる違法要件の問題や⁽⁶⁷⁹⁾、②どのような事実をもって立証すればよいのかという証拠の問題、③どの程度に立証すればいいのかという証明度の問題、④いつまでに競争者が排除・周辺化する市場閉鎖効果が生じる必要があるのかという合併規制が担うべきタイムスパンの問題、⑤合併規制において、事前に、EC条約82条違反を構成しうるような違法行為も考慮してもよいのかという合併規制とEC条約82条との関係、⑥合併により可能となるレバレッジ行為による支配的地位の形成又は強化の問題を解消するための合併救済措置には、構造措置が必要なのか、それとも、レバレッジ行為を行わないという行為措置で足りるのか、という問題である。

これらの点については、GE/Honeywell 事件後も、欧州委員会が支配的地位のレバレッジを根拠に混合合併が禁止した Tetra Laval/Sidel 事件についての欧州第一審裁判所判決で、裁判所の考えが示され、議論が大きく進展することになった。

(679) どこまで競争当局が立証する必要がある立証対象となるのかについて、見解が分かれている。競争当局が立証する必要がある立証対象を最も広く捉える見解として William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Nov. 9, 2001, at 6 は、①効率性の測定、②効率の劣るライバルが市場から退出を強いられる前までの競争期間、③ライバルが、対抗戦略を展開できず、当該市場から退出させられること、④合併企業が、市場支配力を獲得したときにおこる価格上昇と、効率性も考慮に入れた上で、いくつか効率の劣った企業が占める市場における消費者に対する将来の価格よりも高いか低いか、⑤独占が続くありうる長さ（独占が最終的に達成されたときの参入条件に依存）を検討すべきと主張する。この見解は、競争・プロセスを通じた消費者厚生の上向というよりも、競争の結果である消費者厚生そのものを直接評価しようとする。

4 「反トラスト法は競争を保護するのであって競争者を保護しない」VS「競争者なしでは有効な競争はありえない」

米国の競争当局者は、GE/Honeywell 事件で経験した、世界の2大競争当局間の相違は、少なくとも次の3つの点で非常に問題である、と指摘した⁽⁶⁸⁰⁾。

1つは、世界規模の合併事件で、一方の競争当局が、憶測的な競争に対する将来の害悪を予防するために重要な効率性を犠牲にする危険があると考えた理論で、他方の競争当局が禁止し、それによって、合併がもたらすかもしれない利益を世界中の消費者に否定することになること。

2つ目は、米国と欧州との間の実体基準の相違は、合併承認手続きに関連する企業の取引費用をほぼ確実に増大させ、その結果、競争促進的で効率性を高める合併を抑止することになること。

3つ目は、米国と欧州との鋭い対立は、競争政策の積極的な執行を支えている強力な政治的コンセンサスを蝕むこと。

このため、GE/Honeywell 事件を受けて、EC と米国との混合合併に対する実体分析の収斂を目指すため、欧州委員会競争総局と米国反トラスト当局（米国司法省、FTC）とは、1999年秋から合併の手續と実体分析の収斂を目指すために設立していたワーキンググループの活動を、GE/Honeywell 事件の後の2001年9月から活発化させて、混合合併における抱き合わせ問題（tying and bundling issues in conglomerate mergers）の分析と合併審査手續の相違を検討するタスクフォースを設置した⁽⁶⁸¹⁾。

FTC 委員長の Muris 氏の言葉を借りれば、「各陣営とも、これらの問題について『正しい』見解（“correct” view）を持っていると確信しているようであ

(680) William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address at the George Mason University Symposium, Nov. 9 2001, at 22, 23.

(681) Joseph J. Simons, Director, Bureau of Competition FTC, *Merger Enforcement at the FTC*, speech on Oct. 24, 2002. この他にワーキンググループでは、①合併審査手續と審査期限（process and timing）の問題、②合併審査の実体基準（ドミナンス基準とSLC基準）について検討された。William J. Kolasky, *U.S. and EU Competition Policy: Cartels, Mergers, and Beyond*, speech on Jan. 25, 2002, at 9.

り⁽⁶⁸²⁾、結局、ECと米国とは、混合合併に対する共通の手法について合意には至らなかった⁽⁶⁸³⁾。

しかし、ワーキンググループの活動の成果として、米国司法省反トラスト局長代理の Kolasky 氏は、混合合併の評価において考慮すべき問題をより明確に特定することができ、また、両者の異同の相互理解を深め、米国のアプローチの背景にある理由をより正確に理解できた、と述べる⁽⁶⁸⁴⁾。

また、Kolasky 氏は、GE/Honeywell 事件をきっかけに生じたプラスの出来事として、2点を指摘する⁽⁶⁸⁵⁾。

1つは、競争政策の最終的な目的 (the ultimate goal) は、価格の低下、産出量の増大、イノベーションの向上を通じた、競争が促進する消費者厚生 (consumer welfare) でなければならないという米国の見解を欧州委員会とも共有していることを確認したこと。

2つ目は、効率性に対する欧州委員会の態度が明らかになったこと。欧州委員会が、合併が生み出す効率性を積極的に評価し、より効率的な企業を生み出すがゆえに合併を違法とせず、これにより、たとえ競争者が増大する競争に直面したとしても、消費者の利益になることを明確にしたこと、である。

したがって、もしECと米国との間に違いがあるとしたら、これらの基本原則 (fundamental principles) の相違ではなく、むしろ、運用上の問題としてこれらをどのように適用するかについての相違である、と Kolasky 氏は述べる⁽⁶⁸⁶⁾。

しかし、競争政策の目的、考慮されるべき効率性について、完全に一致しているわけではないようにみえる。

(682) Timothy J. Muris, *Merger Enforcement in a World of Multiple Arbiters*, Speech Dec. 21, 2001.

(683) William J. Kolasky, *Global Competition Convergence and Cooperation: Looking Back and Looking Ahead*, speech on Nov. 7, 2002, at 5.

(684) *Id.* 5, 6.

(685) *Id.* 4.

(686) William J. Kolasky, *U.S. and EU Competition Policy: Cartels, Mergers, and Beyond*, speech on Jan. 25, 2002, at 6.

ECでは、消費者の選択肢の多様性の確保も競争政策の目的に含まれている。また、全ての効率性が考慮されるわけではないと考えている。特に、補完製品間の生産者同士が結びつくことによる二重限界化問題の排除により可能となる価格設定上の効率性に関しては、構造的な限界費用の削減ではないとして、肯定的な評価を与えていない。

GE/Honeywell 事件においてなぜ EC と米国とが異なる結論に至ったのかについて、Kolasky 氏は、手続の相違もその理由の1つではあるが、他方の理由は、おそらく、競争法を、競争を維持するために、競争から競争者を保護するのに用いられるべき程度についての見解の相違 (a difference of view over the extent to which the antitrust laws should be used to protect competitors from competition in order to preserve competition [強調は原文による]) であろう、と指摘している⁽⁶⁸⁷⁾。

ECの競争当局者と、*GE/Honeywell* 事件に異議を述べた弁護士の一部は、*GE/Honeywell* 事件では、競争者を保護することそれ自体のためではなく、競争を維持するために、競争者を保護する必要があった (to protect competitors, not for their own sake, but in order to preserve competition)、している⁽⁶⁸⁸⁾。この点を念頭に、費用の節約に由来する価格引き下げをもたらし合併と、ライバルを排除又は周辺化することを意図した「戦略的」価格引き下げ (“strategic” price cuts designed to eliminate or marginalize rivals) をもたらし合併とを区別しようとする⁽⁶⁸⁹⁾。

一方、米国では、反トラスト法は、排除行為や略奪行為から競争者を守るべきであることは認めているものの、効率の劣る競争者の生き残りを確保するため、効率の劣る競争者に競争から保護するために用いられるべきであるとは

(687) *Id.* 7.

(688) Comments of Francisco-Enrique, Gonzalez-Diaz & John DeQ. Briggs, *Transatlantic Antitrust: Convergence or Divergence*, Antitrust, Fall 2001, at 7-10, quoted in William J. Kolasky, *U.S. and EU Competition Policy: Cartels, Mergers, and Beyond*, speech on Jan. 25, 2002.

(689) *Id.* 8.

考えていない、と Kolasky 氏は述べる⁽⁶⁹⁰⁾。

また、米国では、競争当局が介入しなければ市場から退出することになるという競争者の主張を割引いて考える傾向がある、という⁽⁶⁹¹⁾。

「反トラスト法は、競争を保護するのであって、競争者を保護するものではない」と「競争者なしでは有効な競争はありえない」といういずれも真実である命題の狭間で、市場の状況を考慮しつつ、しかし、究極的な場合には、依然として結論に差異が生じうるように思われる。

第2節 GE/Honeywell 事件以降の欧州委員会決定

(i) *The Coca-Cola Company/Nestle/JV* 事件 (2001年)

Guinness/Grand Metropolitan 事件で、様々な競争上の有利性が指摘されたポートフォリオ効果が、一方の市場での地位を梃子として他方の市場での地位を引き上げることに利用できるかというレバレッジの側面がより重視されるようになり、また、競争者に対する著しい市場閉鎖効果をもつか否かをより意識するようになってきたことを示す事件として、*The Coca-Cola Company/Nestle/JV* 事件⁽⁶⁹²⁾がある。

本件は、*The Coca-Cola Company* (米国) とスイスの食品会社 *Nestle* との間で、「Nestea」(*Nestle* のアイステイーブランド) とアイスコーヒーの生産・流通を行う既存の合併会社 CCNR (スイス、TCCC と *Nestle* の出資比率は、50% ずつで変更なし) の事業再構築 (restructuring) の事案である。

特に、デンマークとスペインでは、「Nestea」の市場シェアが高かったことから、ポートフォリオ効果が検討された。製品市場は、コーラ味炭酸清涼飲料市場、コーラ味でない炭酸清涼飲料市場、アイステイー市場、アイスコーヒ

(690) William J. Kolasky, *U.S. and EU Competition Policy: Cartels, Mergers, and Beyond*, speech on Jan. 25, 2002, at 7.

(691) *Id.* 8.

(692) *The Coca-Cola Company/Nestle/JV*, Case No COMP/M. 2276 (Sep. 27, 2001).

ー市場とされ、地理的市場は、加盟国別とされた。

スペイン市場では、「Nestea」は85-95%の市場シェアをもっていたが⁽⁶⁹³⁾、「Nestea」が合併会社と親会社の唯一のアイステイー事業であるため、水平的重複はなかった⁽⁶⁹⁴⁾。TCCC は、コーラ味炭酸清涼飲料で、小売業者向けで80-90%、ホテル・レストラン等向けで85-95%の市場シェアをもち、コーラ味でない炭酸清涼飲料で、小売業者向けで30-40%、ホテル・レストラン等向けで25-35%の市場シェアをもっていた⁽⁶⁹⁵⁾。

欧州委員会は、まず、「TCCC の炭酸清涼飲料／コーラ味飲料の利益となるようなポートフォリオ効果 (portfolio effects) は本件結合から生じない。・・したがって、TCCC のポートフォリオに [別の市場のブランドである] 「Nestea」が含まれることが、TCCC の炭酸清涼飲料／コーラの競争者に対する著しい市場閉鎖効果 (significant foreclosure effects on competitors) を生み出すことはできない」⁽⁶⁹⁶⁾とされた。その理由は、スペインでは、アイステイーは、他の清涼飲料の消費量や他の加盟国の消費量と比較して非常に消費量が少なく、依然として新しい飲料 (a novel product) であるので、少しも「仕入れることが不可欠な」飲料 (“must stock” product) ではないからであった⁽⁶⁹⁷⁾。

また、同様に、欧州委員会は、「『Nestea』ブランドの利益となるようなポートフォリオ効果は本件結合から生じない」とした。その理由は、①スペインでの「Nestea」の相対的に高い市場シェアは、「Nestea」がスペインで最初に出場に出されたアイステイーブランドであり、2000年までに相当なマーケティング投資を行っている唯一のブランドであることから説明される。②スペインにおける他のブランドの存在は、「Nestea」の TCCC のボトラーによる流通は他のブランドがスペイン市場に参入するのを妨げていないことを示す。③翌年に

(693) *Id.* para. 34.

(694) *Id.* para. 36.

(695) *Id.* para. 35.

(696) *Id.* para. 37.

(697) *Ibid.*

は、多くの新ブランドと飲料が市場に出されると予想され、参入予定の新ブランドには他の EU 加盟国で既に入手可能なリーディングブランドも含まれ、スペインの競争枠組みは実質的に変化する。④翌年には全分野で成長し、入手可能なブランドの選択肢が増加すると予想される⁽⁶⁹⁸⁾。

以上から、欧州委員会は、水平的重複がなく、さらに、本件結合が TCCC に「Nestea」に対する事前のコントロール (*ex novo* control [強調は原文による]) を与えることを考慮しても、本件結合はどの市場においても支配的地位を形成・強化しない、とした⁽⁶⁹⁹⁾。

また、「Nestea」の市場シェアが高かったデンマーク市場でも、ポートフォリオ効果が検討され、「TCCC の炭酸清涼飲料／コーラの利益になるようなポートフォリオ効果 (portfolio effects) の可能性は、スペインのように、
・
・
・、これは排除される。・・・結果として、TCCC のポートフォリオに「Nestea」が含まれることは、TCCC の清涼飲料／コーラの競争者に対する著しい市場閉鎖効果を生み出す可能性はない⁽⁷⁰⁰⁾。」「同様に、「Nestea」ブランドの利益になるようなポートフォリオ効果は本件結合から生じない⁽⁷⁰¹⁾。・・・
・上記に照らして、本件結合は、デンマークにおける小売業者向けアイステイー、または、ホテル・レストラン等向けアイステイーのいずれにおいても、支配的地位を形成・強化しない⁽⁷⁰²⁾」とされた。

デンマークにおけるアイステイー市場での支配的地位の形成・強化を否定する理由として、①小売業者向け市場では、強力な競争者と他のプライベートラベルの存在は、TCCC ボトラーによる「Nestea」の流通は他のブランドがデンマーク市場に参入するのを妨げないことを示すこと、②アイステイーの販売量の増加と共に、デンマーク市場の競争は増大している、③ホテル・レストラン

(698) *Id.* para. 38.

(699) *Id.* para. 36, 39. *See also*, para. 42.

(700) *Id.* para. 43.

(701) *Id.* para. 44.

(702) *Id.* para. 45.

等向け市場では、この分野での需要は依然として無視しうる⁽⁷⁰³⁾ことが挙げられた。

ALISTAIR LINDSAY は、「この決定が示唆するところは、2次ブランド (a secondary brand, 当該市場におけるブランドリーダーでも、リーディングブランドでもないブランド) のポートフォリオの追加によって、支配的地位が形成又は強化されることはないということであると思われる⁽⁷⁰⁴⁾」とする。また、ALISTAIR LINDSAY は、「しかし、合併以前には、購入者が2次ブランドを持っておらず、あるいは、リーディングブランドと2次ブランドを結びつける排除行為を行うことができなかったけれども、合併の結果、合併企業が、1つ以上のリーディングブランドでの地位を、新たに取得した2次ブランドへとレバレッジする蓋然性があるような場合に、そのような取引が禁止されうるのか否かという問題に関しては、未解決の問題である⁽⁷⁰⁵⁾」と述べる。

他の EEA 諸国のアイスティー市場では、①水平的重複がない、②「Nestea」が全く販売されていないか、販売量の市場シェアは、15%を十分に下回る、③ユニリーバの「Lipton」アイスティー⁽⁷⁰⁶⁾のようなリーディングブランドと数多くの他の競争者の強力な存在を指摘して、問題が生じないとした。

(ii) *Masterfoods/Royal Canin* 事件 (2002年)

ペットフードの分野で、同一製品市場内でのブランドの大きなポートフォリオの力が問題にされ、更に隣接する製品市場での力も考慮された事件として、*Masterfoods/Royal Canin* 事件がある。さらに、合併救済措置として、ブランドに関連する事業の売却にあたり、譲渡先企業について事前に欧州委員会の承認を必要とする、いわゆる「up-front buyer」の措置が採られた事件でもある。また、売却措置をとるブランドの選定にあたり、廉価品ブランドで上げた

(703) *Id.* para. 44.

(704) ALISTAIR LINDSAY, *supra* note 605, at 414 n.13.

(705) *Ibid.*

(706) 「Lipton」の市場シェアは、フランスで約60%、ベルギーで約70%、オランダで45%、ポルトガルで約75%であった。

利益を高級品ブランドにつぎ込めるように、価格帯の異なるブランドを組み合わせる手法がとられた。

本件は、米国の食品メーカー Masterfoods によるフランスのペットフード専業メーカー Royal Canin の全株式取得で、Royal Canin は、乾燥ペットフード (dry petfood) の開発・販売を専業としており、特に専門店ルート (ペットショップ、獣医、ブリーダー、ホームセンター (Do-It-Yourself shop) 等) での販売に強かった。Masterfoods は、乾燥ペットフードだけでなく、別個の市場であるウエットペットフードでも事業を行っていた。競争上の影響の分析は、水平的重複のある乾燥ペットフード市場を中心に行われ、隣接市場であるウエットペットフード市場での強力な地位 (strong position) は、乾燥ペットフード市場に対する競争上の影響の分析に加味する形で評価された。

フランスとドイツの加盟国市場で共同体市場との両立性に重大な疑い (serious doubt) が生じるとされた。同様の分析が行われているので、フランスの乾燥ドッグフード市場を中心に見ていくことにする。

関連製品市場は、乾燥ドッグフードとウエットドッグフード (wet dog food) とは、別個の製品市場とされた。また、乾燥ドッグフード市場には、独立した製品市場を構成しないものの、ブランド商品とプライベート商品、3つの品質のカテゴリー (廉価品 (economy)、普及品 (mainstream)、高級品 (premium)) と2つの流通経路 (食料品店ルートと専門店ルート) との市場区分 (segment) がある。

本件では、市場シェアの評価に加えて、ベストセラーブランドのトップ第10位 (the top ten best selling brands) までのうち、幾つのブランドを所有しているかというリーディングブランドの分析 (the analysis of the leading brand) も行われた⁽⁷⁰⁷⁾。

フランスの乾燥ドッグフード市場では、買収される Royal Canin が首位事業者で、市場シェア25-35%、Masterfoods は、第3位で市場シェア5-15%を

(707) *Masterfoods/Royal Canin*, Case No COMP/M. 2544 (Feb. 15, 2002), para. 47-48. See also, paras. 67, 70. [hereinafter *Masterfoods/Royal Canin*]

もち、合併後の市場シェアは、35-45%となる（専門店ルートで、45-55%と特に強くなる）。第2位競争者である Nestle-Ralston Purina は、15-25%で（専門店ルートで10-20%）、合併企業の約半分（専門店ルートで約3分の1弱）である。その他の競争者3社は、それぞれ1-10%ずつ、プライベートブランドは、15-25%であった。

そして、Royal Canin は、合併後、売上げ第1位ブランド（the number one brand）を含むベストセラーブランド上位10位のうちの4つから6つにブランド所有を拡大することになった（専門店ルートでは7つ、食料品店ルート（大手スーパーマーケットチェーン）では6つを持つようになる）。競争者の Nestle-Ralston Purina は、食料品店ルートで4つ、専門店ルートで1つだけ持っている。

欧州委員会は、「トップセラーブランド（top selling brands）に関する合併企業の力は、市場シェアに由来する市場支配力を高める蓋然性がある」として、「この効果は、どの競争者もトップ10ブランドを1つ以上は持っていない専門店ルートで、特に重要であるように思われる」と述べた⁽⁷⁰⁸⁾。

そして、欧州委員会は、「Masterfoods の力は、ブランドの大きなポートフォリオ（a large portfolio of brands）が結びつくことにより高められうる。」
「Masterfoods は、一般的に、品揃え、販売促進、価格設定、物流戦略に関して小売業者に一定の指示と誘導を与えるようになり、小売業者に対する他の追随を許さない影響力（unrivalled influence on retailers）を持つようになるのに対して⁽⁷⁰⁹⁾、「市場シェアの分析から現れる静的な状況を越えて、合併企業の地位は、十分な競争上の制約に直面しないと云いうる」⁽⁷¹⁰⁾と認定した。その理由は、次のとおりである。

ペット飼育主の著しいブランドロイヤリティーの存在と、上述の両当事者のブランド上の強い地位のため、両社の主力ブランドは、食料品店ルートと専門

(708) *Id.* para. 49.

(709) *Id.* para. 52.

(710) *Id.* para. 53.

店ルートの両方で、小売業者にとって「must-stock」ブランドであると考えられる⁽⁷¹¹⁾。また、両当事者の商業政策は、多くの他の消費財と同様に、範囲の売上げを伸ばすため、売上高全体に関してリベートや割引の提供が小売業者に對して行われている⁽⁷¹²⁾。専門店ルートでも同様である。したがって、「must-stock」な性質と両当事者の幅広いブランドポートフォリオを考慮すれば、本件取引は、小売業者の依存を高める可能性を追加的に生み出し、また、合併企業のブランドを取引リストから外すことをますます困難にさせることにより、小売業者の購買力は低下する（というのは、取引リストから外すと、リベートやボーナスの供与に連結した売上目標に影響を及ぼすから）⁽⁷¹³⁾。結局、本件取引は、(主に専門店ルートでの)小売業者に、他のメーカーを犠牲にして、合併企業のブランドを取引リストに載せるインセンティブをさらに与え、他のメーカーの商品が取引リストに載る余地がいっそう減少するおそれがある⁽⁷¹⁴⁾。ブランド商品を育てるには時間と費用がかかるため、参入障壁は相当に高く、新規参入を期待できない⁽⁷¹⁵⁾。プライベート商品も、その参入はブランド商品よりも著しく容易であるが、ブランド商品に対する著しい競争上の制約とは見る事ができない⁽⁷¹⁶⁾。特に、プライベート商品は、両当事者が流通チャンネル全体にわたって持つことになる幅広いブランドのポートフォリオを十分に制約することはできない⁽⁷¹⁷⁾。また、Masterfoods は、隣接するウエットドッグフード市場でも、45-55%の市場シェアをもつリーディング事業者であるため (Royal Canin は生産していない)、合併後は、全ての流通経路 (食料品店と専門店) で、かつ、最下位品から高級品までの全ての品質で、ドッグフードの乾燥とウエットとの完全な範囲にわたり主要な地位 (leading posi-

(711) *Ibid.*

(712) *Ibid.*

(713) *Id.* para. 54.

(714) *Ibid.*

(715) *Id.* para. 55.

(716) *Id.* para. 56.

(717) *Ibid.*

tion)にある製品やブランドを提供できるようになる⁽⁷¹⁸⁾。したがって、本件合併は、合併企業のポートフォリオを強化することになる。結びついたポートフォリオは、個々の市場区分(segment)での市場圧力から合併企業を守る方法で、かなりの価格設定の柔軟性(considerable price flexibility)と、合併企業の販売の機会(marketing opportunities)を与える⁽⁷¹⁹⁾。

以上から、欧州委員会は、本件取引は、フランスの乾燥ドッグフード市場での影響に関して、共同体市場との両立性に関して重大な疑い(serious doubts)が生じる、と結論づけた⁽⁷²⁰⁾。

合併救済措置としては、フランスとドイツでの問題を解消するために5つのペットフードブランドに関連する欧州全体の事業(ブランド・生産設備・関連資産)の売却が求められた。フランスに関して言えば、このうち4つのブランドが関連し、そのうちの3つがトップ10ブランドであった⁽⁷²¹⁾。これら5つのブランドは、量的にみれば(from a quantitative viewpoint)、水平的重複を除去して、市場シェアをかなり減らし、質的にみれば(from a qualitative viewpoint)、食料品店と専門店の両方の流通ルートのカバーし、3つの品質区分(廉価品、普及品、高級品)全てのブランドを含むものであった⁽⁷²²⁾。

欧州委員会は、このような救済措置のパッケージは、「廉価品ブランドは、研究開発やマーケティングに大きな投資を必要としないので、このようなブランドから生み出された収入は、高級品ブランドの販売促進と成長を支えるのに利用でき」⁽⁷²³⁾「多様なブランド間の多くの相乗効果(synergies)を確保する」と述べ、本件では、「普及品ブランドと廉価品ブランドとは、専門店ルート向け高級品ブランドが、乾燥ドッグフード・乾燥キャットフードの両方の市場に

(718) *Id.* para. 57.

(719) *Ibid.*

(720) *Id.* para. 58.

(721) Press Release of European Commission, Feb. 15, 2002, IP/02/263.

(722) *Masterfoods/Royal Canin, supra* note 707, at para. 92, 93.

(723) 高級ブランドを、より低価格のブランドで支えるのは、多くのペットフードメーカーが行うビジネスモデルであるとする。*Id.* para. 99.

における専門店ルートで競争するためのクリティカルマス (critical mass) に達するのを助ける」と評価した⁽⁷²⁴⁾。

また、売却措置の対象となったブランドの購入者について、欧州委員会は、売却したブランドが、全体として、独立した存続可能な事業 (a stand-alone viable business) になるか否かは、潜在的購入者の資金力とペットフード産業への事業の係わり合い (business commitment, マーケティング戦略と市場との確立した関係) に大きく依存すると競争者から指摘を受けたこと、また、売却資産が複数の加盟国に所在するため、事業の存続可能性と効率性は追加的なリスクに直面することから、「購入者が誰であるか (the identity of the purchaser)」も、競争上の懸念を解消するための鍵となる要素である、と述べた⁽⁷²⁵⁾。

以上から、欧州委員会は、売却措置のパッケージの譲渡可能性と存続可能性とは、その購入者が誰であるかに大きく依存することを理由に、①売却事業の購入者は、十分な資金力・研究開発能力とブランド品のペットフード市場での折り紙つきの専門知識をもった者であること、また、②欧州委員会によって承認された購入者 (いわゆる「up-front buyer」) との売買契約に署名するまでは、本件合併を実行しないことを約束させた⁽⁷²⁶⁾。

第3節 まとめ

EC と米国との混合合併規制に対する執行上の対立を表面化させたのが、GE/Honeywell 事件であった。欧州委員会の GE/Honeywell 事件に対する考え方の特徴として、米国司法省の考え方と比較すると、①補完製品の抱き合わせを問題にしたこと、②長期的視点に立って合併規制を行うこと、③合併企業の行動を制約する要素として競争者を重視し、競争者が排除・周辺化されるかを問題にすること、④短期的な価格の低下より、長期的な競争者の排除を重視するこ

(724) Ibid.

(725) Id. paras. 100, 101.

(726) Id. para. 102.

と等が挙げられる。しかし、これらの考え方は、*GE/Honeywell* 事件のために唐突に作り出されたものではなく、これまでの検討から明らかのように、1990年のEC合併規則施行当初から一貫する考え方であった。

また、*GE/Honeywell* 事件の欧州委員会決定は、欧州委員会の混合合併規制の展開の中で位置づけてみると、従来の決定例でも言及のあった「①合併により、レバレッジ行為を行う能力とインセンティブをもつか否か」に加えて、「②レバレッジ行為を行う能力とインセンティブとの双方をもつとしても、レバレッジ行為により、競争者が排除、周辺化して、市場閉鎖が生じるか否か」について詳細に言及した、最も完成された欧州委員会決定であった。

さらに、*GE/Honeywell* 事件は、合併規制が担うべきタイムスパンに関連して、多額の研究開発費用を基礎にして、将来製品に向けたイノベーション (innovation for future products) で競争しているハイテク産業において、どのような競争を保護すべきかという現代的な問題を提起した事件でもあった。

(次号につづく)

【追記】

「競争法における合併規制の目的と根拠 [1]

— EC 競争法における混合合併規制の展開を中心として —

(神戸法学雑誌第54巻第2号 (2004年)) の正誤表

[301頁10行目]

(誤) 市場中心の分析 → (正) 関連市場中心の分析

[301頁12及び13行目]

(誤) 欧州委員会の合併分析は、[…], 市場の影響に止まらず、合併により取得することになる競争力の相対的格差の広がりも考慮に入れている。

- (正) 欧州委員会の合併分析では, [...] , 関連市場における競争に対する影響に止まらず, 関連市場ではない別の市場における経済力も関連市場における競争のプロセスに影響を及ぼすものについては合併分析に加味して考慮し, 合併により生じる関連市場における総合的な事業能力の相対的格差の広がりも考慮に入れている。

[239頁12行目]

(誤) 競争者を排除する能力や機会を行うこと

- (正) 競争者を排除する可能性のある行為を行う能力や機会をもつこと