
翻 訳

2017年11月29日

神奈川大学法学部スタッフセミナー

ドイツ競争法における最近の動向

ドイツ連邦カルテル庁・Dr. Fabian Pape
翻訳および編集・清水耕一

2017年11月29日に神奈川大学法学部スタッフセミナーにおいて、ドイツ競争法に関する最新の動向について講演会が開催された。本稿では、その講演内容、そこでの議論および資料による補足を合わせて紹介するものである。

講演者である Fabian Pape 氏は、ドイツ連邦カルテル庁に 20 年以上勤務しており、現在ドイツと欧州の合併規制を管轄する課長である。代表的な業績として、市場の独占的地位を利用したドイツ郵便の違反行為を摘発した事案がある。

目次

1. 第9次競争制限法改正の概要
2. 合併に際しての問題解消措置に関する新たなガイドライン
3. 競争法におけるイノベーションの課題

1. 第9次競争制限法改正の概要

(1) EU カルテル損害指令の国内法化

EU カルテル損害指令の国内法化法である第9次改正競争制限禁止法(GWB)は、2017年7月に施行された。

従来、カルテルによって生じた損害額は裁判所により算定されていた。今回導入された損害の推定とは、カルテル違反が損害につながった反論可能な法定の推定損害を意味する。認められれば、カルテル参加者である被告側は原告に対して共同して損害賠償責任を負う。

被告の訴訟上の防禦手段として、価格転嫁防禦が導入される。例として、砂糖の販売業者がカルテルにより砂糖の価格を上げ、その砂糖を使ったチョコレート製造業者がチョコレート価格に砂糖の価格上昇分を転嫁する場合、砂糖の販売業者は、チョコレート製造業者には損害は発生していないことから「価格転嫁防禦」を主張することができる。被告（砂糖の販売業者）は、価格転嫁防禦を利用できるが、証明責任を負担する。

これに対して、原告（カルテルからの間接的な消費者）は、カルテル違反が損害につながったという反論可能な推定損害の規定を援用できる。その際、原告は証拠へアクセスする必要がある。原告には情報開示請求権、すなわち、文書の開示請求権が認められ、カルテル参加者である被告側は、関連する資料を提供しなければならない。また、被告の責任消滅時効が3年から5年に延長された。これらの規定により、原告は訴訟リスクが減少する。

なお、直接・間接の消費者が補償される場合における潜在的な過剰補償の問題は、明確には取り組まれていない。

(2) 企業に対する制裁（過料）についての新たな規律

背景として、カルテルの過料が、ソーセージ会社に課せられたというソーセージ・ギャップ事件がある。従来、過料の責任は、競争法違反を犯した法的主体にのみ課せられてきた。しかし、2億3800万ユーロ（約310億円）という莫大な額に上った過料は、当該会社が組織再編した後には、集めることができなかった。そこで、カルテルの過料の責任の対象を親会社、法的な後継者等に広げる新たな規律が導入された。

なお、これにより親会社等の取締役の損害賠償責任のリスクが高まったことから、D&O保険の活用が考えられるところではあるが、違法行為に

対する損害賠償を保険でカバーすることについて問題がある。

(3) デジタル企業の課題

市場支配力認定のための新しい基準が導入された。従来の市場支配力認定の基準は、市場シェア、売り上げ、川上市場と川下市場へのアクセスなどであった。

しかし、金銭が支払われていないところにおいても、市場が存在することは明らかである。例えば、サーチエンジン、比較サイト、エンターテインメント・ウェブサイトでは、利用者は利用の際に利用料などの金銭を支払わない。従って、金銭が支払われることは、市場を定義するうえでもはや要求されない。

この点について、Facebook のケースでは、ソーシャルネットワーク市場、ソーシャルネットワークの広告市場および Facebook の市場の地位において、支配的地位における濫用があった。競争法は、個人情報保護法の基準を援用して、その基準を超えてより多くの個人情報が提供されていることから、市場支配力の濫用を認定した。今後、「支払い」概念は、個人情報、広告利用といったものへ広がる。

(4) 新しい合併の届け出基準

Facebook が WhatsApp を 2 兆円で買収したことは、2 つのとても重要なデジタル企業の合併である。しかし、WhatsApp はとても低い売上高しかないため、合併の届け出をするための売上高基準を満たしていない。したがって、この場合、届け出のための根拠規定がない。ところが、WhatsApp は、直接・間接のネットワーク効果、マルチホーミング、スウィッチング・コスト、ネットワーク効果との組み合わせでの規模の経済、データへのアクセス、イノベーションといったものに高い取引価値を有している。そこで、合併届け出基準として、従来の売上高ではなく、買収額で判断することとなった。

(5) 消費者保護のための連邦カルテル庁の新たな権限

伝統的にドイツ・カルテル庁はカルテル違反の摘発といった法律の執行が主たる業務であり、不正競争防止法（UWG）の適用権限を有していない。同法は民事裁判によってのみ適用されてきた。改正により、カルテル庁は一定の場合に個別事業分野の調査権限を有し、従来の性格とは異なる業務権限を得ることとなった。この調査権限により、個別の事業分野を調査して、問題点を指摘することができるようになり、わが国の公正取引委員会の業務に類似してきた。

適用事例として、比較サイトについて、2つの問題がある。消費者はいくつかのサイトの異なるデータベースを検索しているつもりでも、各サイトは実際には一つの会社のデータベースに対して対価を支払って運営していること、そして、商品の提供企業からサイトに支払われる手数料が高い商品がサイトにより推奨されていた。

もう一つの新たな権限は、カルテル庁が *amicus curiae*（法定助言人）としての権限を有することとなった。

2. 合併に際しての問題解消措置に関する新たなガイドライン¹⁾

合併には、承認されるか、承認されないかという選択肢があるが、一部に生じている問題点を解消することによって、承認されるという「問題解消措置」(Remedy)といわれる措置がある。

これに関する議論は長い間、かつ開かれた形でなされ、「合併規制における承認に関するガイドライン」としてドイツ語と英語で2017年5月に公表されている。そこには、経済理論と並んで実際の事案、連邦カルテル庁の経験、デュッセルドルフ高等裁判所・連邦裁判所の判例も含まれている。問題解消措置の評価に際して、欧州裁判所の判例と欧州委員会のガイドラインなどといった他のカルテル法上の裁判管轄の経験が分析され、ガイドラインに利用されている。

1) Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017.

問題解消措置は、当事者企業により提案されたものに基づいて、競争に対する合併の悪影響を完全にかつ即時に解消するのに適切かつ必要でなければならない。そして、それは合併によって予想される市場構造の悪化を完全に防ぐか、少なくとも合併法上問題のない程度に制限しなければならない。

合併の承認は、それぞれの合併による長期的な市場構造の変化に焦点を合わせるべきである。当事者企業に対してカルテル庁などにより継続的に行為を監督・監視しなければならないという条件では認められない（競争制限禁止法 40 条 3 項 2 文）。合併の承認後では、企業は自由に活動してよいので、企業の行為義務違反は事後的に確認できるに過ぎない。それでは、合併規制による競争保護という事前規制の性質に反することになる。

ガイドラインには、問題解消措置として買収対象である企業の持分、ライセンスなどの売却を要求するといった強い内容が定められている。

合併が、例えば企業の持分を売却することによって承認される場合、適切な持分の購入者が存在する必要がある、その者について、引き受けた事業について競争の中で成果を挙げるため、当該事業分野に必要な知識、十分な経験および十分な資金を有することが前提である。売却先が見つからないといった意見もあるが、実際には経験上見つかるものである。そして、購入者については、競争の中で事業を営むため、譲渡者から人的にも資本参加的にも独立性が確保されていなければならない。

工場自体を売却することしか問題解消することができないという事例では、カルテル庁は、一つの工場を分割する代わりに、一つの工場から生産されるセメントの販売先を契約によって分割するといったような解消措置を提示したが、市場テストによって合併の弊害を解消するような効果が認められないとされた。カルテル庁による問題解消措置の試みは、事案の性質上不可能であったので、合併を禁止し、企業側は申請を取り下げた。

3. 競争法におけるイノベーションの課題²⁾

競争法におけるイノベーションは、広く議論されているトピックになっ

ている。

カルテル庁は、競争法実務の課題である「イノベーション」に関する「競争法ワーキンググループ」といわれる報告書を出版した。毎年開催されるワーキンググループには、100人も多くの学者、経済学者、裁判官、州の競争法当局者、経済産業省など各官庁の役人も参加する。ただし、企業の弁護士は入れない。

報告書の内容は、イノベーションについて経済的観点、競争法適用といった法的観点からのプレゼンテーションと議論の要約が掲載されている。項目としては、現在の製品市場でのイノベーションの活躍、将来の市場という観点でのイノベーションの活躍、イノベーションと効率的な利得、製品市場とは重要な関係のないイノベーションの活躍が挙げられる。

イノベーションは、経済の発展にとっての重要な動力であり、国民経済の成長、雇用及び繁栄の推進器である。今日では、デジタル経済における破壊的イノベーションが話題となっている。自動運転の導入は、例の一つとしてあげられる。また、既存の商品や製造過程の改善もほんのわずかな発展ではあるが重要である。

イノベーションは経済全体の推進器であるだけでなく、個々の企業の発展にとっても重要な役割を果たす。それは、競争にとっても重要な要因である。競争圧力は、企業を新たなあるいはより良い商品と技術の発展に駆り立てるのに必要である一方、革新的な企業にもイノベーションに条件づけられた少なくとも一時的に高い市場力及びそれに応じた努力と投資の報酬として高い利益を得られるという見通しがなければならない。しかし、かつて独占状態であった競争市場の解放は、競争とイノベーションとの明確で積極的な関連を示す例がある。

製品・技術の（更なる）開発の刺激と競争との時々容易でない協働が、カルテル法の実務においても反映される。価格競争と比較して、イノベー

2) Bundeskartellamt, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, November 2017.

ションの競争は、確かに過去には重要な役割を果たしていなかった。しかし、無意味であるわけではない。まさに、医薬品などのまさにイノベーションのなされている分野では、企業の研究・開発行為が、カルテル法上の審査の中で考慮される。

イノベーションは、カルテル法上の審査の中でまったく異なる立場で役割を果たす。合併の場合、イノベーションは、例えば異なる効果につながる。一方では、合併は、競争を商品レベルだけではなく、研究と開発のレベルでの制限になりうる。しかし他方では、個別の場合にはイノベーションの可能性・促進を高めることにもなりうる。協力 (Kooperation) も同じである。とりわけ、協力が補足的な研究の付加や新種の商品の開発に重要な要素を集める場合には、かなりの有用性をもたらすことができる。しかし、範囲と形成により、協力は、研究分野を超えて川下での販売について取決められたり、競争者に対してネガティブな効果を与えるなど、競争上の問題にもつながる。濫用の手続きにおいても、イノベーションは、例えば競争者が新製品の開発や商品化を妨害されるといった役割を果たす可能性がある。

例えば、ある目の病気に対する薬の独占的地位を有する企業が、同じく目の薬を開発中で研究段階の企業を買収する事例がある。この企業はまだ製品化にこぎつけていないので売り上げはない。しかし、この企業を買収されてしまえば、独占的地位を打ち破る可能性がなくなってしまう。イノベーションが市場支配力をえるイニシアティブとなる。

また、出版社が強い市場の地位を有しているが、紙から電子媒体といったイノベーションによって市場での力を弱める場合がある。例えば、不動産情報は、地方紙の独占市場であったが、現在では電子情報としてwebなどで情報提供されることにより、独占的地位は失われた。

カルテル庁は、具体的事案ごとに市場の状況の変化をしっかりと調査し、合併や協力の評価についてもイノベーションの短期的なネガティブな効果と中・長期的な望ましい効果との交錯から、必要か市場の支配的地位の排除かを慎重に審査する。

有名な事案として、2017年EU委員会に化学薬品・農薬で有名なDowとDuPontとの合併が承認された。また、EU委員会さらにはそのほかの手続きに置いてBayer・Monsantoの事案では、「イノベーション」が重要な役割を果たした。

イノベーションの分類の基準は、その発展に結び付く不確実の程度である。例えば、医薬品の場合、長い研究・開発プロセスに特徴づけられるが、長い開発サイクルや将来的に製品としての成功する可能性が、かなり不確実である。他の分野では、商品の細部のモデルチェンジのような規則的、確実的な計画による漸進的發展は見通しのできる結果を伴うことが一般的である。