HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 英衛星放送事業者BSkyBによるマージン・スクイーズ事例 ： EU競争法と英国競争法、競争法と事業法の狭間で |
| Author(s) | 市川, 芳治 |
| Citation | 新世代法政策学研究, 11, 43-75 |
| Issue Date | 2011-03 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/45691 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | HJNGLP011_003.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

# 英衛星放送事業者BSkyBによるマージン・スクイーズ事例 －EU競争法と英国競争法、競争法と事業法の狭間で－

市　川　芳　治[1]

## はじめに

近時、EU競争法における支配的地位の濫用（TFEU102条（旧EC条約82条））については、欧州委員会の主導により、経済分析に基づき、市場レベルの効果に着目する一貫性を持った判断基準の確立をめざす“現代化”（Modernisation）と呼ばれる政策が進められている。このなか、構成要素のひとつである排除型濫用を中心とする解釈の見直し作業が行われ、最終的にガイダンスが発出された[2]。とりまとめの途上においては、「市場レベルの効果重視」対「経済的自由の確保」という対立軸で、競争法学のみならず、経済学も巻き込んで、一貫した説明根拠を探る多彩な議論が繰り広

[1] 慶應義塾大学法科大学院・立正大学経済学部非常勤講師。本稿は、2010年９月10・11日に北海道大学にて開催された経済法シンポジウム『支配的地位の濫用行為に関する包括的検討』における報告を元に執筆したものである。参加者からの多数の有益なコメントに謝意を表する。なお、本稿において意見にわたる部分は、筆者のみその責を負う。

[2] *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, COM(2008) 0832。

げられ[3]、その余波は今なお続いている[4]。

この議論の影響は、EU、欧州委員会の執行レベルだけに留まるものではない。EU競争法全体の体系は、分権化しつつ整合的な運用を各加盟国にも求めており、また支配的地位の濫用に関してはその射程から、事業法との規制の棲み分けも論点となることが多く、EU競争法/加盟国競争法・競争法/事業法という多層的な緊張関係を生み出すことになっている。

英国では、競争法の執行について、各分野の規制機関が競争当局である公正取引庁OFT（Office of Fair Trading）と共管している[5]。この環境は、上記のEUの枠組みのなかで、興味深い状況を作り出している。

本稿では、卸売/小売の垂直統合型企業である有料衛星放送事業者BSkyB（サービス名はSky）による、他の小売事業者に対するスポーツチャンネルの取引に関する、いわゆるマージン・スクイーズの類型に整理される事例について取り上げ、検討を行う。

同事案は、コミュニケーション分野を所管するコミュニケーション庁Ofcom（Office of Communications）が、競争法の思考方法に則りつつ、事業法である2003年コミュニケーション法（Communications Act 2003）を適用、Skyによる小売事業者に対する取引拒絶・小売業者の利益が十分に確保されない価格設定を違法とし、問題解消措置（remedy）として、供給義務を課すとともに自ら価格設定をも実施したものである。マージン・スクイーズに関する論点に幅広く触れつつ、EU競争法/加盟国競争法・競争法/事業法の緊張関係が露出される好例となっている。

なお、マージン・スクイーズについては、テレコム産業の自由化に伴って認識されるようになった類型とされるのが一般的だが、英国ではSkyに関する事例が先行しており[6]、本稿の検討により、マージン・スクイーズそのものに関する議論の深化とともに、テレコム外分野における適用事例の蓄積にも貢献する。

本稿の構成は以下のようになる。第Ⅰ章では、Ofcomの決定について、事案の背景・法的枠組みも踏まえつつ、競争法の思考方法に準拠した内容を概観・検討する。第Ⅱ章では、EUレベルでの支配的地位の濫用を扱う102条全体・EU競争法全体の体系を射程に入れつつ[7]、本事案に関わる法的論点を整理・検討する。最後に、今後の課題についてとりまとめ、論を締めくくる。

## Ⅰ．Skyをめぐる事例について[8]

### １．事案の背景・法的枠組み

英国における有料放送分野は、1990年代初頭より、主に衛星放送・ケーブルテレビにおいて成長を遂げた。これらのサービスは技術革新に基づくだけでなく、質の高いスポーツ中継・ハリウッド映画を中心としたコンテ

[3] *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008、BkartA, 'A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: A "Dialectic" on Competing Approaches' (2006) 2 *European Competition Journal* (Special issue), at 212（独連邦カルテル庁BkartAと競争法フォーラムによる討論のまとめ）等。

[4] Gormsen, Liza Lovdahl, 'Why the European Commission's enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn' (2010) (2) *ECLR*, at 45（過去の判例と異なる解釈の指針であり、法的安定性確保の観点から撤回すべきと論ずる）等。

[5] このような体系を採る英国方式の特徴については、友岡史仁「公益事業と競争法の相関関係（1）」『公正取引』No.719、2010年９月、75頁（以下、続刊）。現在、OFTについては、一定要件を満たす事案の検討を付託される機関である競争委員会（Competition Commission）との合併が提案されている（Department for Business, Innovation and Skills, Reform of competition and consumer bodies, 14 October 2010）。

[6] The Director General's Review of BSkyB's Position in the Wholesale Pay TV Market, December 1996（Skyはケーブル事業者に対するチャンネル卸売に関してコミットメント締結）、BSkyB Investigation, CA/98/20/2002, 17 December 2002（ChapterⅡ違反（マージン・スクイーズ）の疑いでOFTがSkyを調査（以降、Skyは略奪的価格設定を回避できる水準の卸売価格を設定）。

[7] 行為要件毎に蛸壺化しやすい102条については、大括りに捉え直す議論も活発に行われている。Rousseva, Ekaterina, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010 等。

[8] Ofcom, *Pay TV statement*, 31 March 2010。

ンツを提供することで発展してきた。

その後、さらなる技術革新に伴い、地上波デジタル放送、IPTV 等のプラットフォームが生まれたが、多くの視聴者を引き付けるのは、あくまでコンテンツとなっている。有料放送サービスにおいては、トップスポーツのライブ中継とハリウッド映画の初回放送が需要のキードライバー（key driver）となっており、新興プラットフォームにおいてもこれらのコンテンツへのアクセス（access to ‘must-have’ content）は重要であり、有効な競争（effective competition）の確保にとっても要となっている。

こうした状況から、主要な有料放送事業者には垂直統合型の企業も多い。この形態は、効率的な提供が行えるという側面はあるが、競争を制限するおそれも内在されている[9]。

また、視聴者にとっては、単一の事業者から複数の魅力あるパッケージが提供されることは望ましいが、コンテンツの集積は事業者の市場支配力に貢献し得るものであり、負の側面も指摘されている。

この状況下、英国の有料衛星放送事業者 Sky は、スポーツ・映画等の有力コンテンツを保有し、自らの衛星放送の顧客に提供するとともに、卸売事業者としてチャンネルをケーブルテレビ事業者に提供する立場にあった。

[9] 垂直統合については「二重の限界化」と呼ばれる効率性のロスを抑止する機能も存在する（これは本稿の扱う事案において、Sky からも主張がなされたが、流通制限に動くインセンティブを確認され、却下されている（*Pay TV statement*, at 68）。）。





**Figure 9　Comparison of pay TV offers from key providers**

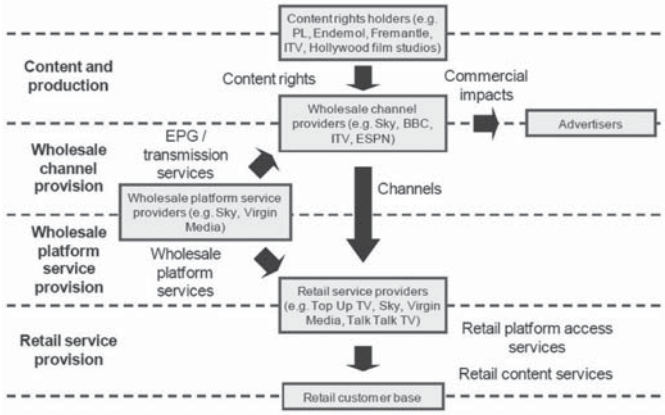
| | Sky Digital | Virgin Media | Talk Talk TV | BT Vision | Top Up TV | Sky Player (online) |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Entry level basic TV | £18 p/m | £11.50 p/m (M+) | £26.47 p/m (includes broadband, phone and line rental) | £30.98 p/m after offer period (includes BT broadband) | £11.99 p/m for TV Favourites. Picture Box from £7. | £15 p/m |
| Entry level premium and basic TV | £26 p/m | £35.50 p/m | £48.47 p/m | Sky premiums not available | Sky premiums not available | £24 p/m |
| Big premium and big basic TV | £48.50 p/m | £55 p/m | £59.47 p/m | Sky premiums not available. | Sky premiums not available. | £41 p/m. |
| ESPN | From £9 p/m | Free in XL pack or from £8 p/m | From £7.99 p/m | Free with value pack (one-off fee applies) | From £9.99 p/m | From £9 p/m |
| Multiroom TV | £10 p/m | £10 p/m | N/A | N/A | N/A | N/A |
| DVR | £49 for Sky+ HD box. Free set-up* | From £5 p/m. £75 set-up fee | Included | Included (box is usually £90) | Included – from £39.99 | N/A |
| HDTV | Free box & £10 p/m | Max £5 p/m. £49 for box | Some on-demand HD | Some on-demand HD | N/A | N/A |
| VoD | Free via Sky Anytime TV (push VoD) | PPV VoD, SVoD and catch-up | PPV VoD, SVoD and catch-up | PPV VoD, SVoD and catch-up | Content is on demand (push VoD) | PPV and SVoD |
| Installation | Free online | From £15 | £30 | £15 | N/A | N/A |

*Source: Operators. Data correct as of March 2010.*

**主要な有料放送事業者が提供するサービスの比較**

（出所：*Pay TV statement*, at 55）

**Figure 19　Pay TV value chain**




*Source: Ofcom*

**有料放送のバリューチェーン**

（出所：*Pay TV statement*, at 65）

Figure 20 Table showing operators' participation at different levels of the value chain

| | Content generation | Wholesale channel | Wholesale platform services | Retail services |
|---|---|---|---|---|
| BT Vision | | | ✓ | ✓ |
| Discovery | ✓ | ✓ | | |
| Disney | ✓ | ✓ | | |
| MUTV | ✓ | ✓ | | |
| Sky | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Top Up TV | | | ✓ | ✓ |
| Virgin | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |

Source: Ofcom

**バリューチェーン各層の事業者**

（出所：*Pay TV statement*, at 68）

2010年３月31日、Ofcomは、Skyが自らのスポーツチャンネルの卸売についてその市場支配力を行使して取引拒絶を行い、また小売業者の利益が十分に確保できない価格設定を行うことで、小売レベルにおける他の「効率的競争者」（efficient competitor）からの競争を制限し、2003年コミュニケーション法・316条に定める「公正で有効な競争を確保する」（to ensure fair and effective competition）に違反しているとの判断をくだし、一定の問題解消措置を課す決定を行った[10]。

具体的な措置は、最も重要なスポーツチャンネルとされるSky Sports 1/Sky Sports 2を、他のプラットフォーム上の小売業者に提供させるとともに、「効率的競争者」がSky自社の小売価格に対抗できるよう、「小売マイナス」（'retail-minus'）と呼ばれる方式にてOfcomが卸売価格の設定も行う、というものであった。

本事案は、2007年初頭よりSkyの競争事業者であるテレコム事業者BT、

[10] 同時に、映画チャンネル群に関する措置についての決定（競争委員会への「市場調査」（Market Investigation）付託提案）、地上波デジタルでの有料テレビサービス開始に関する決定を行っているが、本稿では検討の対象外としている。これに併せ、決定を説明する際等には、他の決定にわたる部分であっても、スポーツチャンネルに限定した記述を行っている。





ケーブルテレビ事業者Virgin Mediaらの申告で調査を開始し、途中、三度のPay TV Consultation（見解提示と意見聴取）を経て決定に至ったものである。

決定の根拠となった2003年コミュニケーション法は、Ofcomの一般的義務を規定するPart Ⅰ・3条において、目的として、コミュニケーション分野における「市民」（citizen）の利益の増大、及び適切ならば競争の促進による「市場」（relevant markets）における「消費者」（consumer）の利益の増大を定めている。さらに執行に当たっての考慮事項として、市場における投資とイノベーションの促進を掲げたほか、とくに消費者にとっての選択肢（choice）、価格（price）、サービスの品質（quality of service）、支払いに見合う価値（value for money）を尊重しなければならないとし、免許条件等を通じて具現化を図っている[11]。

加えて具体規定においては、317条で、放送法に基づく権限行使よりも、TFEU 101条・102条（旧EC条約81条・82条）に倣って策定された英国競争法である1998年競争法（Competition Act 1998）での措置の優先を明記し、371条にてOfcomが1998年競争法をOFTと共管することを規定している。

1998年競争法は、60条においてEU競争法と整合をとることを謳い、司法裁判所（Court of Justice）の判決に従う義務・欧州委員会の決定を尊重する義務を定め、これをOfcomにも適用している。

こうした状況下、Ofcomは本事案について、2003年コミュニケーション法に照らし、消費者に便益を提供できる、競争が有効な状況であるかどうかは、消費者にプラットフォーム・コンテンツの「選択肢」（choice）があるか、「イノベーション」（innovation）があるか、「競争的な価格設定」

[11] Skyは、TLCS（Television Licensable Content Services）と呼ばれる免許の対象事業者である。2003年コミュニケーション法・232条以下により、衛星等電気通信ネットワークで配信され、公衆によって受信されるテレビ番組等の放送サービスに必要とされる免許であり、具体内容は、技術要件、放送コードの遵守、公正かつ有効な競争の維持義務、所有規制の遵守等となっている。なお、BBC、ITV（チャンネル３）、チャンネル４、チャンネル５等主要チャンネルは別途直接規定がある。

（competitive pricing）が行われているかという観点で評価できるとし、具体的な手法としては、Skyの小売レベル・卸売レベルにおける市場支配力（market power）の存否、そしてそれがもたらす影響を検討した。

## ２．決定の内容

有料放送サービスにおいて需要のキードライバーとなるものは、幅広い視聴者を引き付け、かつ地上波無料放送において入手が限定的なコンテンツであり、スポーツと映画が二大柱となっている。ただし、映画については、VOD（video-on-demand）等の入手の代替性があること等もあり、位置づけは異なるものとされ、本事案でもスポーツチャンネルに関して単独の措置決定となっている。

### ２－１　市場画定と市場支配力

英国において、市場支配力は、「有効な競争圧力に直面しない企業において生じるもの」であり、「競争水準以上に価格を引き上げる、ないしは競争水準以下に産出あるいは質を制限して利益を上げる能力」と定義され、EU競争法・英国競争法いずれの枠組みにおいても、反競争性を検討するにあたって有用な概念とされる[12]。そしてその検討に際しては、検討対象市場の画定が前提とされている[13]。

Ofcomは、いわば「純」競争当局であるOFTのガイドライン群に則って検討を行い、「コア有料スポーツチャンネル」[14]を提供する卸売・小売市場を検討対象市場とし、Skyがそれらの市場において高いシェアを持ち、提供価格が妥当なコストを相当程度上回っていること等を根拠として、市場支配力を保持していると認定した。

検討にあたっては、事前にいわゆるセロファンファラシーが推認されており、仮想独占者テスト（hypothetical monopolist test）の実施にあたっては、価格上昇によるマージナルな視聴者の動きの判断にのみ重きを置くのではなく、競争水準から価格が高いかどうかの証拠も重視することとされた。

[12] OFT, *Assessment of Market Power*, OFT 415, 2004, para 1.2 以下。

[13] OFT, *Market Definition*, OFT 403, 2004。

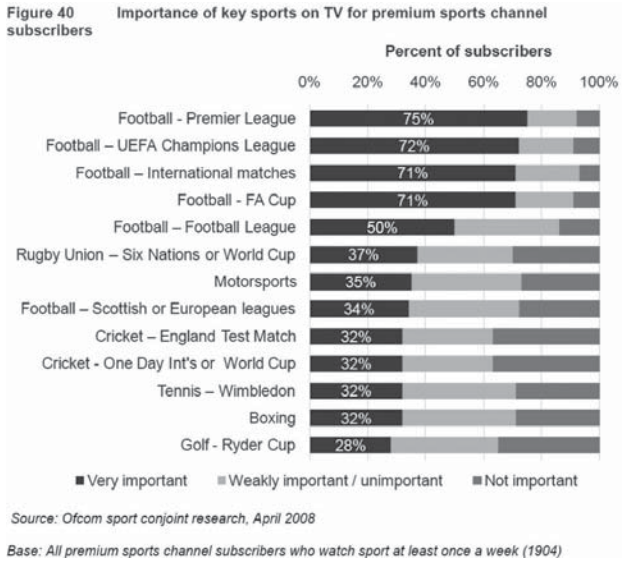
[14] 単体売り・セット販売のいずれかを問わず、Sky Sports 1/2/ESPNが含まれるパッケージを指す（詳細は後述）。





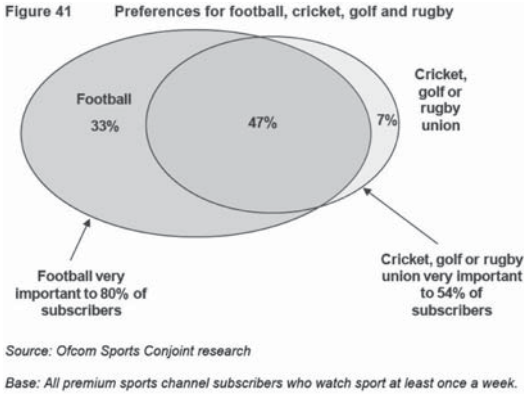
### 市場画定

小売レベルの市場画定に当たっては、Ofcomはコンジョイント分析等を用い、需要者の嗜好別グルーピングを行った（下図参照）。需要者から見て選択肢となる範囲を認定する大前提となるからである。




**有料スポーツチャンネル視聴者にとっての各競技の重要度**

（出所：*Pay TV statement*, at 137）




**有料スポーツチャンネル視聴者の主要競技に対する選好**

（出所：*Pay TV statement*, at 138）

結果、有料スポーツチャンネルの視聴者を、「スポーツをあまり見ないグループ（Group 1）」「フットボールファン（Group 2）」「クリケットファンで非フットボールファン（Group 3）」「非フットボールファンかつ非クリケットファン（Group 4）」という形で区分することとなった。

そのうえで、OFTのガイドラインに倣い、もっとも重要なチャンネルであるSky Sports 1を含むチャンネルパッケージを「焦点となるサービス」（focal product）と定め、「仮想独占者テスト」を実施することで、需要者から見ての選択肢を判断した。

Group 2においては、Sky Sports 1同様、人気の非常に高いプレミアリーグ中継を行うSky Sports 2・ESPNが代替性の高いサービスであること、Group 3においては、Sky Sports 2が代替性の高いサービスであること、Group 1は少数であること、Group 4は、他の有料スポーツチャンネルに移行し得るが、実質的な競争圧力とはならないことを確認した。また、地上波無料放送（free-to-air）上のスポーツについては、魅力で拮抗できるものはなく、代替性が低いと判断して、単体売り・セット販売のいずれであれ、Sky Sports 1/2/ESPN（＝「コア有料スポーツチャンネル」と定義）を含むパッケージの提供市場を検討対象市場とした。

端的に言えば、確固たるフットボールファンの存在が、有料スポーツチャンネルの需要を左右し、そのうち最も重要なコンテンツ（‘must-have’ contents）として、プレミアリーグ中継が認定されたことになる。





卸売レベルの市場画定については、既に画定された小売市場をもとに、まず需要者側からの競争圧力が働くかどうかが確認された。小売市場へのインプット要素となることから、スポーツチャンネル間の代替性、他のサービスとの代替性を検討することで、小売市場よりも狭い画定となるかどうかが判断された。

検討に際しては、チャンネルの単体売りだけでなく、セット販売が多いことも留意された。現状、Skyは需要者であるVirgin Mediaに対し、rate-card[15]を通じてチャンネル卸売を行っているが、Sky Movies等も含めたセット販売も混在しているためである。

結果、需要者であるVirgin Mediaは、たとえ値段が引き上げられても、「コア有料スポーツチャンネル」を手放すことはできず、小売市場同様、当該チャンネルを含むパッケージ卸売提供市場を一つの検討対象市場とすることとなった。

なお、供給側においても参入障壁の高さから「コア有料スポーツチャンネル」に対して代替性の高いチャンネルの提供は困難であると認定されている。

## 市場支配力

続いて、市場支配力について、卸売市場・小売市場の順で評価が行われた。Ofcomが適用した2003年コミュニケーション法・316条では、競争法で要求される「支配的地位」（dominant position）の認定がなくても違法性が問えるものであるが、市場支配力の程度次第で該当するものであるとして、1998年競争法・Chapter Ⅱ（支配的地位の濫用）の運用に則って検討が行われている。

[15] 1996年、Skyが市場レビューを受けて、OFTと結んだチャンネル卸売に関するコミットメントにより設定されることとなった価格表。その後2002年に再度審査を受け、以降、Skyは略奪的価格設定を回避する水準で卸売価格を設定している（前掲注6も参照）。

市場支配力の判断のメルクマールは、既存事業者からの競争圧力、潜在競争者からの競争圧力、需要者による競争圧力とされている[16]。

卸売市場においては、まず、市場シェアが市場支配力の証拠となるかどうかが検討された。

Sky の保持する Sky Sports1/2 は、「コア有料スポーツチャンネル」の範囲外の Eurosport 等の有料スポーツチャンネル、そして地上波無料放送上のスポーツを含む緩やかな代替性まで勘案しても、「支配的地位」を推定する閾値として50％超の市場シェアを定めた AKZO テスト[17]を満たすとの判断がなされている。

また、Sky はプレミアリーグ放送権を当面保持する見込みであることから、参入障壁は高く、他事業者による奪回も困難であるとされた。なお、需要者からの競争圧力は、市場画定で見た通りである。

次に、セロファンファラシーの指摘もあることから、価格が競争水準を超えている証拠が市場支配力の存在を支持し、矛盾していないかが確認された。Ofcom は経済コンサルティング会社の Oxera に委託し、IRR（Internal Rate of Return: 内部収益率）に基づくモデルから、サービス総体（aggregate）として Sky の収益性を算出した。この結果、IRR モデルで測定した収益は、資本コスト（加重平均資本コスト: WACC（Weighted Average Cost of Capital））より相当程度高く、参入障壁から便益を得ていることの証左とされた。参入・退出が自由な競争的な市場であれば、長期的にはあるプロジェクトの IRR は資本コストを大幅に上回ることはできないからである[18]。

Ofcom はさらに、各チャンネルがセットで提供されている状況を踏まえ、個別チャンネルにコストを配賦・再集計し、マージンを見ることによって、「コア有料スポーツチャンネル」の卸売市場において、Sky は市場支配力を持つと判断した。

[16] *Article 82 Guidance*, para.12、*Assessment of Market Power*, para.3.2 等。

[17] Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] I-3359, para.60。

[18] 企業価値評価等で用いられるこれら基本的な概念については、グロービス経営大学院『[新版]MBA ファイナンス』ダイヤモンド社、2009年等。Sky は株主配当を元にしたモデルで対抗し、リスクテイクの結果であると反論したが、容れられなかった。





小売市場においては、Sky の保持する Sky Sports 1/2 の提供ができないことは大きな参入障壁であり、視聴者の選択による競争圧力も無いと判断され、Sky の高い市場シェアと参入障壁の存在は、支配的地位の存在を証明するとされた。

なおこの際、Sky には、小売価格を高めて Virgin Media に高いマージンを与えるようなインセンティブはなく、収奪機会は対小売事業者の方があることから、小売市場ではなく、卸売市場で市場支配力を行使すると考えられるとの判断が行われている。

### ２－２　競争上の問題（Competition Issues）と消費者への害（consumer harm[19]）

前節での認定を踏まえ、Ofcom は「競争上の問題」と「消費者への害」という二つの柱から、最終的な違法性判断を行った。

#### 競争上の問題

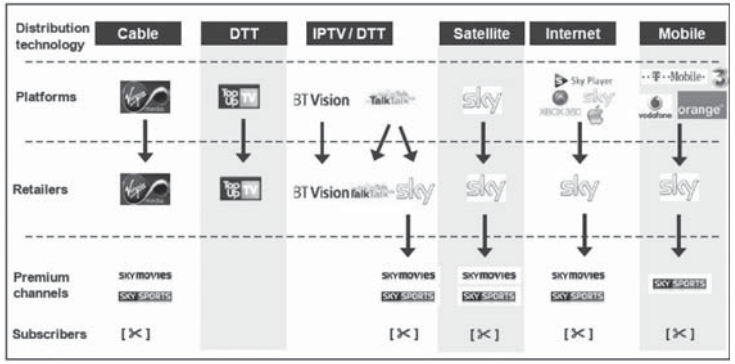
Ofcom は、Sky の Sky Sports1/2 が卸売レベルで幅広く入手できないこと、そして Sky が卸売価格交渉になかなか入らず、rate-card を通じた Virgin Media への提供に留まっていること、他方、ESPN チャンネルは幅広く卸売されていることから、公正で有効な競争が妨げられ、結果、「選択肢」「イノベーション」「競争的な価格設定」が制限されていると判断した。

なお、この判断軸は、それぞれ競争法を所管する欧州委員会・OFT と軌を一にしており、実体としては、他のプラットフォームに対する取引拒絶と、取引があっても、十分な利益を確保できない価格設定であることが問

[19] ここでいう「消費者への害」はいわゆる消費者厚生の観点のみならず、消費者政策も入っている。なお、EU では司法裁判所において、EU 競争法は「消費者への害」だけを直接の目的とはしないことが明らかにされている（*British Airways* 事件（Case C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331）、*T-Mobile* 事件（Case C-8/08 *T-Mobile and others* [2009] ECR I-*nyr*）等を参照）。

題とされた[20]。

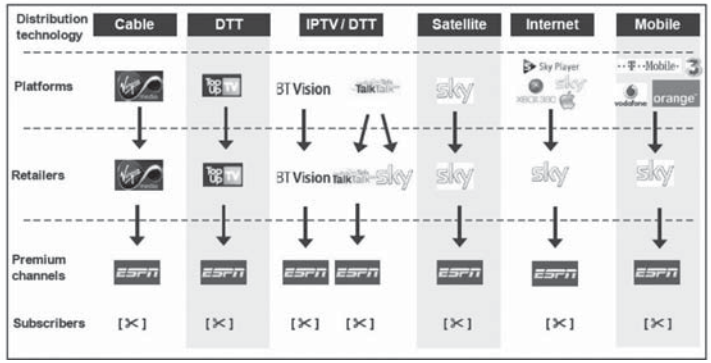
Figure 106　Distribution of Sky premium channels




Sky Sports の各プラットフォームへの提供状況

（出所：*Pay TV statement*, at 325）

Figure 107　Distribution of ESPN premium channels




ESPN の各プラットフォームへの提供状況

（出所：*Pay TV statement*, at 326）

[20] *Article 82 Guidance*, para.6（「価格」（price）、「選択肢」（choice）、「質とイノベーション」（quality and innovation）が掲げられている）。Nazzini, Renato, 'A Welfare-Based Competition Policy under Structuralist Constraints: Abuse of Dominance and OFT Practice' *Ten Years of UK Competition Law Reform*, Dundee University Press, 2010, at 118（OFT が扱った取引拒絶の事案において、同様の観点が指摘されている）。





「コア有料スポーツチャンネル」は、有料放送サービスの需要の牽引役として重要であり、卸売申込みに消極的とされた Sky の行為を取引拒絶と認定するかどうかがひとつのポイントとなる。EU/英国競争法の「取引拒絶」の類型においては、例外的な状況（in exceptional circumstances）においてのみ、供給強制が行われることとなっており[21]、Sky 自身は商習慣に則った正当な判断であり、妥当であると主張した。

これに対し Ofcom は、ケーブルテレビ事業者への提供は、既にロックインされているケーブルテレビ視聴者のスイッチングコストの高さゆえであり、かつて別の事業者がプレミアリーグ放送権を持っていた際は、積極卸売をしていたことも踏まえ、Sky の行動は 2 つの戦略的インセンティブ、即ち、自らの衛星プラットフォームにおける小売ビジネスを守ること、コンテンツ権利の競争が強まるリスクを減らすこと、に基づくものであると判断した。

同時に、Virgin Media へのSky Sports 1/2 提供の価格設定について、Sky の収益が資本コストを大幅に上回っていることに着目し、通常の状況ではないと判断した[22]。

### 消費者への害

Ofcom は、消費者利益を考慮する目的規定をも持つことから、競争上の問題点の検討とは別に柱を立て、しかし同じく「選択肢」「イノベーション」「競争的な価格設定」の三点から、結果としてどのような消費者への害が生じるか、検討を行った。

具体的には、「選択肢」については、「コア有料スポーツチャンネル」の入手可能性が制限されていること、「イノベーション」については、Sky のイノベーターとしての役割は認識するものの、コンテンツによる参入障壁が革新的なサービス提供を阻害していること、「競争的な価格設定」につ

[21] 例えば、*Magill* 事件（Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P *RTE and ITP v Commission* [1995] ECR 743）、*IMS* 事件（Case C-418/01 *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039）等を参照。

[22] Sky はイノベーションとリスクテイクの結果と主張したが、容れられなかった。

いては、提供パッケージが狭まり、小売レベル競争が不活発になることが指摘され、それぞれ競争上の問題を裏打ちする形となっている。

### ２－３　問題解消措置

以上の検討の後、Ofcomは、自らの提示額による、Sky Sports 1/2に関する「卸売マスト・オファー」（‘must-offer’）義務を決定した[23]。

法的根拠としては、2003年コミュニケーション法・317条に基づき、1998年競争法での優先対処が検討されたが、関連する市場全体の問題について、包括的な解決をもたらす事前規制の必要があるとの理由で、316条の適用が決定された。

価格規制を行うことの当否については議論があったが、価格規制なしでは、過去の経験則により手詰まりとなる可能性が高いこと、現行のrate-cardレベルに収斂されてしまうこと等から、公正で有効な競争は確保されないと判断した[24]。即ち、現行レベルのマージンでは、妥当な水準ではないとの前提になっている。

申告者等からは、構造・機能分離、コンテンツ権利取引レベルでの規制も主張されたが、プレミアリーグ放送権販売に関する欧州委員会とのコミットメント[25]等の存在も踏まえ、価格設定付きの供給義務という措置となった。

この措置の妥当性の検証としては、米国のプログラム・アクセス・ルール（Program Access Rules）が参照されている。これは米連邦通信委員会FCC（Federal Communications Commission）のリポートに基づき、1992年

[23] なお、これは標準画質のチャンネルのみであり、イノベーションを伴うと認定されたハイビジョン版については、価格設定の強制はなく、FRND（on a fair, reasonable and non-discriminatory basis）条件での供給義務となっている。

[24] OFTのSenior Adviserも、反トラスト法当局に価格監視機能を持たせることを嫌う米国のスタンスを整理したうえで、価格規制がない場合の限界について同様に述べている。Preece, Steven, ‘The US Supreme Court Judgment in linkLine: Implications for the Price Squeeze Doctrine in US Antitrust Law’ (17)(3) *ULR*, at 102。

[25] 2004年、欧州委員会とFAPL（プレミアリーグ運営団体）との間で、全権利を一括で単一事業者に販売しないコミットメント決定が行われている（C(2006) 868）。





ケーブル法（Cable Act 1992）が創設したもので、ケーブルテレビ・衛星放送について排他的番組供給を禁止しているものである[26]。

以下、卸売価格設定の方針をやや詳しく見ていく。

設定方針は、以下の4点であった。第一に、線形かつ加入者単位の設定を行った。非線形の方がより効率性が高いが、小規模事業者に対して参入障壁を高めてしまうことになるためである。第二に、プラットフォームに依存せず、各卸売サービスに対して単一の料金を提示することである。「公正かつ有効な競争」のためには、全ての伝送技術を跨ぐ設定が必要であるとの考えに基づくものである。第三に、Skyと同等に効率的な小売事業者を念頭に置いた価格設定を行うものとし、Skyのコストを利用して算出する、いわゆる自社費用テストを採用した。最後に、参入促進を意識した長期に渡って持続可能な価格設定が必要であるとし、2002年にOFTが行った、略奪的価格設定を判断基準とする「事後判断」（‘ex post’）マージン・スクイーズテストとは射程が異なる、「事前判断」（‘ex ante’）による設定を行った。

本稿の視点からは、第三、第四の視点が重要である。

Ofcomは、具体的には、「小売マイナス（‘retail-minus’）価格方式」を提唱し、効率的な競争者がコストと合理的な投資回収を考慮に入れた場合、いくらを卸売チャンネルに払うことができるか、という観点から算出を行った（「同等効率的競争者テスト」（EEO: equally efficient operator test））。

具体的な手順としては、まずSky Sports 1, 2単体及び1・2セットという小売レベルの商品について、非テレビサービス、複数室サービス（multiroom service）といった付加サービスを除いた後、加重平均で算出し、「参照用の小売価格」を確定した。

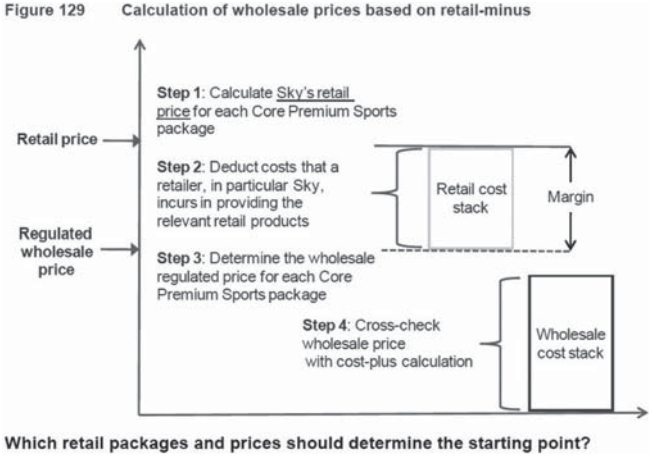
[26] 並行的競争の環境が出来れば不要になるということでサンセット条項（Sunset clause）付で設定されていたが、2002年、2007年にそれぞれ延長され、現在、2012年までとなっている。最近では2010年3月、その当否が争われたが、是認されている（*Cablevision Sys. Corp. v. FCC, No. 07-1425 (DC Circuit)*）。このほか、フランス・イタリア等でも同種の措置がある。

次に、追加費用と一定割合の共通費用を配賦する「全部配賦費用方式」（FAC: Fully Allocated Cost）を用い、Sky 小売部門に発生するコストを算出する。

その後、Sky と比較しつつ、DCF（ディスカウント・キャッシュフロー）法を用い、一定期間における収益を想定し、キャッシュフローを NPV（現在価値）で判断（資本コストには Sky の加重平均資本コスト（WACC）を使用）し、新規小売参入事業者のマージンを確定し、卸売価格を定める。

これにより、他社が同じ卸売サービスを使って自由にサービスを提供できるように設定することとなる。

Ofcom は、本来は「費用プラス（‘cost-plus’）価格方式」で見るのが一般的だが、コンテンツの価値の評価を不当に下げる可能性があるため「小売マイナス価格方式」とし、クロスチェックで使用するものとした[27]。




**「小売マイナス価格方式」に基づく卸売価格の算出**

（出所：*Pay TV statement*, at 529）

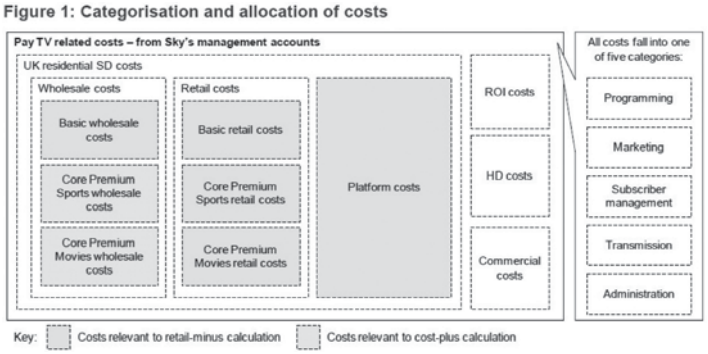
[27] 前掲注25参照。本事案において FAPL は、投資抑制につながるものとして「小売マイナス価格方式」には反対している。





このチェックでは、卸売販売時のマージン、コンテンツ権利の購入にかかる費用等から算出し、「天井（‘floor’）価格」を設定した。

さらに、単に再販売をするだけの事業者の参入は抑止するものとし、伝送路は衛星放送、契約は150万をベースとしたコスト想定を行い（Sky と同等に効率的だが、規模が小さい事業者の収益性を確保）、結果、純粋な「事後判断」テストではなく、競争促進を企図する「事前判断」テストを実施している。




**費用のカテゴリーと配賦**

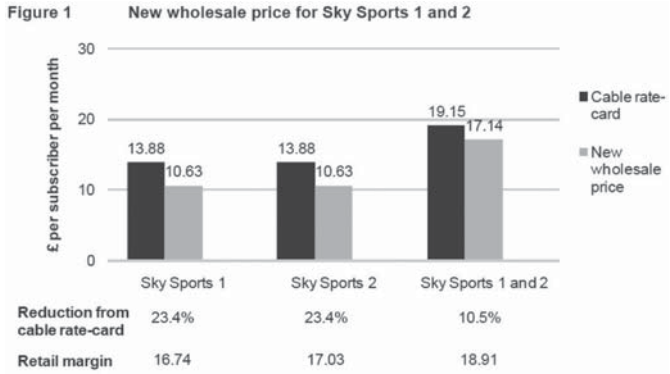
（出所：*Annex 7 to Pay TV statement*, at 9）

これに加え、一定期間内に透明性ある交渉を義務付ける「参照要件」（Reference offer）、非価格要素の妥当性確保のための「最低保障要件」（Minimum Security Requirements）についてもそれぞれ設定し、併せて問題解消措置とした。

この「卸売マスト・オファー」の決定に当たっては、事前に規制影響判断[28]が行われ、Sky や権利者に大きな害をもたらすことがないか、規制のリスク、消費者便益のバランスはどうかという比例（性）原則の確認が行われた。

[28] 2003年コミュニケーション法 Section 7 に定める規制影響評価。詳細は *Annex 8 to Pay TV statement* に記されている。

その後、免許条件の変更が行われ、「要件を満たしたプラットフォーム（Qualifying Platform）に対し、非排他的で公正・合理的な条件等のもと、差別無く『卸売マスト・オファー』をしなくてはならない」「その提供価格は、『最高価格』（Sky Sports 1, 2 及び 1・2 セットで加入者当たり月額をそれぞれ明記）[29]を上回ってはならない」「セット販売において、非テレビサービスを含めた増分費用が増分価格を上回っている場合には、『最高価格』をその差分だけ下げなくてはならない」との条件が追加された。最後の項目に見られるように、スクイーズ抑止の要素も入れられているのが確認できる。




**最終的に定められた卸売価格**

（出所：Pay TV statement, at 18）

### ２－４　決定後の訴訟

決定後、Sky からは差止請求及び決定そのものの取消訴訟が提起された。差止請求においては、今回の決定額と rate-card との差額について、本訴の決定まで預託する形で免許条件を変更することで合意している[30]。

[29] ハイビジョンチャンネルである Sky Sports HD については、最高価格の設定はない。

[30] *BSkyB v Ofcom (Interim relief)*, Case number: 1152/8/3/10 (IR)。





本訴においては、Sky は、Ofcom が2003年コミュニケーション法・316条の範囲外の権限を行使していること、316条が遵守しなくてはならない競争法ベース（competition law based approach）のアプローチに即していないこと、取引拒絶のインセンティブを誤認していること、卸売マスト・オファーの比例（性）原則ぼ判断を誤認していること等、本稿での検討に重なる論点を争点としている[31]。

以上検討してきたように、本事案は、いわゆるマージン・スクイーズに関する論点に幅広く触れつつ、EU 競争法/加盟国競争法・競争法/事業法の緊張関係が観察できるものとなっていた。

次章では、本事案に関する主要な法的論点について抜き出し、検討を加える。

## Ⅱ．法的論点について

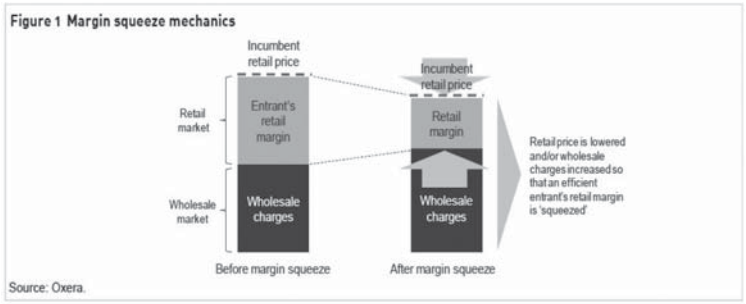
### １．「マージン・スクイーズ」をめぐる議論

本事案は、いわゆるマージン・スクイーズ（ないしプライス・スクイーズ）と呼ばれる類型に該当するものである。

定義としては、「上流市場と下流市場にまたがる統合企業が、上流市場の独占（市場支配力）を利用して上流市場と下流市場の価格差を圧縮することにより、下流市場における競争者を排除する戦略的行為」等が与えられている[32]。

[31] *BSkyB v Ofcom*, Case number: 1158/8/3/10。

[32] 武田邦宣「競争法によるプライススクイーズの規制」『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』有斐閣、2007年、54頁。同論文は、EU 競争法を題材としつつ、マージン・スクイーズについて詳細かつ的確に検討している。




**マージン・スクイーズのメカニズム**

（出所：Oxera, *Agenda: No margin for error: the challenges of assessing margin squeeze in practice*, November 2009）

この事象をどのように競争法のなかで位置づけるかについては、（大西）洋の東西を問わず、様々な議論が行われているが、独自の類型としての認識の必要はなく、原則として、取引拒絶・略奪的価格設定の問題に還元できるとする考え方が有力である[33]。

米国最高裁判所では、*Trinko* 事件[34]・*linkLine* 事件[35]においてこの原則が確認され、加えて価格を監視する機能は競争当局が担うものではないとの考え方から[36]、反トラスト法では扱わない類型であるとの立場が明らかになっている[37]。

[33] Hovenkamp, Erik and Hovenkamp, Herbert, 'The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims' (2009)(51) *Arizona Law Review*, at 275、Whish, Richard, *Competition Law (6th ed.)*, Oxford University Press, 2009, at 744 等。日本に関する議論としては、泉水文雄「FTTH サービス市場における競争者の排除」『経済法判例・審決百選』有斐閣、2010年、280頁、白石忠志『独禁法事例の勘所〔第 2 版〕』（〔NTT 東日本 FTTH サービス〕）有斐閣、2010年、337頁等を参照。

[34] *Verison Communications v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)。

[35] *Pacific Bell v. linkLine*, 555 U.S. ___ (2009)。

[36] Preece, *supra*, note 24。

[37] Meriwether, Ellen, 'Putting the "Squeeze" on Refusal to Deal Cases: Lessons from Trinko and LinkLine' (2010) 24(2) *Antitrust*, at 65、若林亜理砂「米国反トラスト法によるプライススクイーズ規制について〜LinkLine 事件連邦最高裁判所判決を中心に〜」『駒澤法曹』6 号、2010年、117頁。





この立場の理由づけの一つともなるが、消費者厚生（consumer welfare）を重視する立場からは、経済学的には、シカゴ学派によるいわゆるレバレッジ否定論に通じるものがあり、下流市場において競争者が排除される理由は、当該事業者が非効率であるに過ぎず、競争ではなく競争者の保護になってしまう、という主張もなされている[38]。

EU 競争法においては、"現代化"と称される変革が進行しており、経済思想的には、ドイツ・オルドー自由主義に基づく経済的行為の自由（economic freedom of action）の確保という価値観[39]が採られ、ともすれば競争の保護ではなく、競争者の保護に走る形式主義ではないかと批判されていたところ[40]、実体法の側面では、消費者厚生（consumer welfare）の拡大、経済的効率性（economic efficiency）の向上を重視するアプローチへの転換が生じているとされる[41]。

先導する欧州委員会では、81条 3 項（現101条 3 項）ガイドラインにおいて[42]、「消費者厚生の拡大と資源の効率配分」[43]として EU 競争法の目的を明確化する等の政策が推し進められた。この"現代化"の最後の砦とされたのが、マージン・スクイーズを対象とし得る TFEU 102条（旧82条）であり、長い検討を経て、最終的に発出されたガイダンスでは、「濫用の具体類型」として、「排他的取引」「抱き合わせ」「略奪的価格設定」「供給拒絶及びマージン・スクイーズ」の 4 つが整理された（下線筆者）。マージ

[38] O'Donoghue, R. and Padilla, J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006、武田・前掲注32、58頁。

[39] Gerber, David J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998。

[40] Whish, *supra*, note 33, at 20 等。

[41] 手続法とともに、実体法の変化が"現代化"の核であることを確認したものとして、Gerber, David J., 'Two Forms of Modernization in European Competition Law' (2008)(31) *Fordham Int'l L.J.*, at 1235。

[42] Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [2004] OJ C 101/97。担当官解説として、Kjolvye, Lars, 'The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81' (2004) (9) *ECLR*, at 566。

[43] *Ibid.*, para.33。

ン・スクイーズは供給拒絶と併置され、違反要件として長期増分平均費用（LRAIC: Long-Run Average Incremental Cost）をベンチマークする形になっており、米国流に焦点を絞って捉えようとしているのが観察できる。これについては評価が混在しており、「市場レベルの効果重視」の方向性を評価する声もあるが[44]、一方で、支配的地位を市場シェア50％で推定するAKZOテストは維持したままである[45]ことから、自らの過去の決定からも判例からも方向転換を図るガイダンスであると批判されている[46]。

しかし、司法裁判所において、卸売価格と小売価格の「差」（spread）が負（negative）ないし不十分（insufficient）である場合は、「不公正」（unfair）であるとして、マージン・スクイーズが独立した類型として支配的地位の濫用に問われ得るとの判決が出されており[47]、米国同様に消費者厚生を重視する欧州委員会の“現代化”の動きとの齟齬が生じていると捉えられることから、様々な論争が行われる状況となっている。

なお、米国でも連邦取引委員会FTC（Federal Trade Commission）は、*linkLine*事件にて、十分なマージンがないとして競争者を保護しているのではなく、上流独占者がレバレッジとして下流参入コストを高めることを指摘している[48]。

## ２．EUにおける論点

本事案については、EU競争法全体を貫く規範的な議論に帰着する問題が含まれている。

「マージン・スクイーズ」という類型をめぐって行われてきた論争につ

[44] Motta, Massimo, ‘The European Commission’s Guidance Communication on article 82’ (2009)(12) *ECLR*, at 593

[45] *Article 82 Guidance*, para.13。

[46] Witt, Anne C., ‘The Commission’s Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct – More radical than it appears?’ (2010) (35) *ELR*, at 223。

[47] Case C-280/08 *Deutsche Telekom v Commission*, 14th October 2010, para.197。

[48] Creighton, Susan A. and Rucker, Valentina V., ‘Price Squeezes: What we can learn from the FTC/DOJ Debate’ , ABA Antitrust Section Spring Meeting 2009, March 25, 2009。





いては、*Deutsche Telekom*事件判決において、一定の考え方が提示された。同判決では、マージン・スクイーズを独自の違反類型として認め、卸売価格・小売価格に「濫用」（超過価格設定[49]・略奪的価格設定）がなくても、差が負であるか、あるいは正であっても不十分な場合は、「マージン・スクイーズ」それ自体が違反であることを確認した[50]。

他方、そのような価格設定それ自体を違反とした（当時の）欧州委員会の判断を覆し、「効果」（effect）を見て判断すべきとした第一審裁判所の判断が適切であったことを確認し、「効果」要件を確立させている。

これについては、102条に関して、経済分析を活用し、「市場レベルの効果重視」に一歩踏み込んだ、との評価がある[51]。ただし、第一審裁判所判決でも「効果」の定義は、「傾向」（‘tends to’）「可能性のある」（‘is capable of’）という強い推定[52]で記述されていて[53]、今回の判決についてもこれに即した判示となっている[54]。また、82条ガイダンスが記述するような直接的な消費者への害（consumer harm）[55]を言及せず、「競争者の競争状況への影響」（effect on the competitive situation of competitors）[56]等の記

[49] この論点ひとつをとっても、違法性の根拠の議論は奥深いものがある。さしあたり、渡辺昭成「超過価格設定における優越的地位の濫用規制の適用」『日本経済法学会年報』第31号、2010年、123頁、Wahl, Nils, ‘Exploitative high prices and European Competition Law – a personal reflection’ *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), 2007, at 47 等を参照。的確な議論のためには、102条及びEU競争法全体の理解の必要性がある。

[50] Faull, Jonathan and Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition* (Second Edition),Oxford University Press, 2007, at 380、Lianos, Ioannis, ‘Categorical Thinking in Competition Law and the ‘Effects-based’ Approach in Article 82 EC’, *Article 82 EC: Reflection on its Recent Evolution*, Hart Publishing, 2009, at 42、Graham, Cosmo, *EU and UK Competition Law*, Pearson, 2010, at 148 等で既に指摘されているところである。

[51] 例えば、Skadden, *Margin Squeeze in Regulated Markets*, October 15, 2010。

[52] EU競争法の文脈での「推定」を詳細に論じたものとして、Baily, David, ‘Presumptions in EU competition law’ (2010) (9) *ECLR*, at 362。

[53] Gormsen, *supra*, note4, at 45。

[54] *Deutsche Telekom*, para. 250以下。

[55] *Article 82 Guidance*, para. 81。

[56] *Deutsche Telekom*, para. 254。

述となっている[57]。

結局のところ、直接的に消費者に害をもたらすことに対応するだけが目的ではなく[58]、制度（‘institution’）としての競争そのものに影響が与えられること、選択の自由等が制限されること（remove or restrict the buyer’s freedom to choice）を抑止する先例は踏襲されている[59]。

即ち、「差」に着目することの妥当性の根源は“現代化”で非難の対象となった、「特別の責任」（special responsibility）論に象徴される規範的・権利論的アプローチであり[60]、最終的には帰結主義的な「市場レベルの効果重視」と規範的参照点（ベースライン）としての「経済的自由の確保」のいずれを EU 競争法の目的とするか、という根本問題に行き着くこととなるのである[61]。

### ３．EU 競争法と英国競争法の狭間で

加盟国の立場に視点を移して考えると、本事案については、EU 競争法における、もうひとつの“現代化”に係る論点が含まれている。

[57] Akman, Pinar, ‘The European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?’ (2010) 73(4) *MLR*, at 605。

[58] *Deutsche Telekom*, para.176。

[59] *British Airways* 事件等（前掲注19）。なお、現在 pending となっているマージン・スクイーズに関する先決裁定事件の法務官意見は、解説として名著である。AG Mazak Opinion, Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera AB*。

[60] *Deutsche Telekom*, para.202。

[61] Witt, *supra*, note 46, at 241、Gormsen, *supra*, note 4、川濵昇「市場秩序法としての独禁法」『民商法雑誌』2008、2009年、市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論」『公正取引』No.714-716、2010年、Geradin, Damien and Nicolas, Petit, Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessmnet ((October 26, 2010). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1698342)。なお、米国のアプローチに触れた最新論考のひとつとして、Drexl, Josef, ‘Real Knowledge is to know the Extent of One’s Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation-Related Competition Cases’ (2010) 76(3) *Antitrust Law Journal*, at 677。





現在、規則 1/2003号[62]の制定による分権化が推進されており、欧州委員会による81条 3 項（現 TFEU 101条 3 項）適用免除判断の専権が解消され、加盟国裁判所・競争当局が101条・102条を全面適用できるようになっている。また、101条・102条に該当する事案に対して加盟国競争法を適用する際には、双方を同時に適用する義務が付与される一方、加盟国法の適用によって、101条 1 項非該当ないし101条 3 項適用事案を認めないような措置を禁止するとともに、単独行為（unilateral conduct）については、より厳しい国内法措置を取ることが認められている。

この環境下、司法裁判所・欧州委員会で見解の相違がうかがえる概念をめぐって加盟国で事案が生じた場合、いずれが加盟国裁判所・競争当局を拘束していくのかという問題が生じることになる[63]。

他方、*Deutsche Telekom* 事件判決によりある程度の法的安定性は確保されると考えられるが、重層適用される EU 法/加盟国法の枠組みでは、加盟国裁判所がどのように EU 競争法/自国競争法を解釈しているかについても、事案の判断に大きな影響が及ぼされる。

例えば英国では、略奪的価格設定を推定する際、EU の判断基準である *AKZO* 事件の費用基準[64]等も「機械的に適用されるものではない」（not act as a straitjacket）とされ、米国流の「埋め合わせ可能性」（recoupment）基準を認容するなどの動きが見られている[65]。

マージン・スクイーズについては、冒頭に触れたように、英国では Sky に関する事案を嚆矢に[66]、様々な独自の事案が積みあがっている[67]。マージ

[62] Regulation 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1。

[63] EU における多層的なエンフォースメントについては、市川芳治「EU 競争法Ⅲ（エンフォースメント）」『EU 法 実務篇』岩波書店、2008年、321頁。Monti, Giorgio, ‘Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?’ (2010) 1(1) *Journal of European Competition Law & Practice*, at 2。

[64] *AKZO*, para.63 以下。

[65] *Aberdeen Journals v OFT* [2003] CAT 11。Rayment, Ben, ‘The Consistency Principle: Section 60 of the Competition Act 1998’ *Ten Years of UK Competition Law Reform*, Dundee University Press, 2010, at 84。

[66] Geradin, Damien and O'Donoghue, Robert, The Concurrent Application of Competition

ン・スクイーズの判断においては、原則、市場支配力は上流市場にのみ存在すればよいとしつつ、一般には上下両市場に存する時に問題となるとされる。英国競争当局は、米国流の「市場レベルの効果重視」を推し進めているとされており、競争当局が価格監視機能に踏み出すことへ懸念も示している[68]。加えて、英国国内裁判所においては、消費者厚生に直接触れる突っ込んだ判決も出ている[69]。

他方、EU 競争法との整合を求める条項を持つ1998年競争法は、OFT だけでなく Ofcom にも適用されるものであり、解釈の異同はそのまま課題として残ることになる。

こうした齟齬を包括的に扱った裁判が、英国の競争控訴審判所（CAT: Competition Appeal Tribunal）で生じており、理解の助けとなる。同審判所は、先例の整合性をとることの困難さを率直に認めたうえで、柔軟な判断が求められているとし、「競争法とは、絶対概念や鋭角的な解釈が用意された領域ではない」との見解を示した[70]。

達観とも言えようが、法的安定性・法的予見性から見れば、整合的な適用には程遠い状況とも言える。この観点から、82条ガイダンスについては、先例である *Automec* 事件[71]が認める裁量の範囲を超えているのではないかという指摘があり、その際には、加盟国裁判所・競争当局で一貫しない対応が迫られるとして、批判がなされている[72]。

Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, February 2005, GCLC Working Paper No. 04/05。

[67] *Genzyme* 事件（OFT Decision, 27 March 2003 [2003] UKCLR 950）、*Albion Water* 事件（*Albion Water v Director General of Water Services* [2006] CAT 36）等。

[68] Nazzini, *supra*, note 20, at 97（「支配的地位」の推定についても、形式的な市場シェア基準を嫌う傾向を確認している）。OFT の Senior Adviser も、米国の判例の流れを評して同様に述べている。Preece, *supra*, note 24。

[69] Monti, Giorgio, 'Utilities Regulators and the Competition Act 1998' *Ten Years of UK Competition Law Reform*, Dundee University Press, 2010, at 139。

[70] *Racecourse Association / British Horseracing Board v OFT* [2005] CAT 29, para.167。

[71] Case T-24/90 *Automec II v Commission* [1992] ECR II-2223。

[72] Witt, *supra*, note 46。

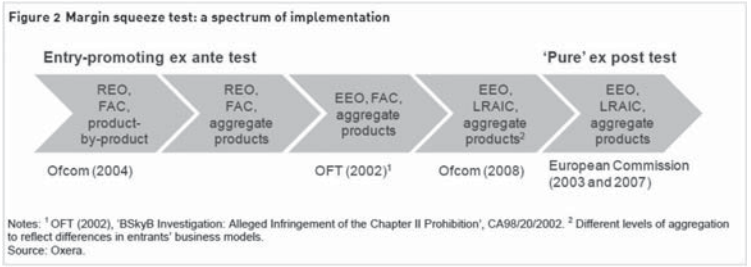




また、そもそもどのように競争当局の要件裁量とそれを代置する裁判所の役割の関係性を築くべきかという観点からも、議論がある[73]。

## ４．競争法と事業法の狭間で

マージン・スクイーズの判定は、下図が示す通り、参照される事業者・費用基準・対象単位の幅が広く、競争法/事業法の議論の幅が象徴されている。




（出典：*Agenda: No margin for error*[74]）

[73] Gormsen, *supra*, note 4。日本を題材としているが、参考になる論考として、古城誠「独禁法の執行と司法審査の役割」『日本経済法学会年報』第31号、2010年、49頁。これについては、完全なワン・ストップ・ショッピングの仕組みとなっている合併規制についても、指摘される事象である。Kokkoris, Ioannis, *Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations*, Routledge, 2010, at 165 等参照。

[74] Ofcom (2004) は Direction Setting the Margin Between IPStream and ATM Intetrconnection Prices, August 26th、Ofocm (2008) は Complaint from Energis Communications Ltd about BT's Charges for NTS Call Termination, August。European Commission (2003) は Deutsche Telekom 事件の欧州委員会決定。EC (2007) は *Telefonica* 事件の欧州委員会決定。中川寛子「垂直統合型企業による排他的価格設定行動－EC 競争法におけるマージン・スクイーズの事例；Telefonica 事件」『情報通信領域における垂直統合型事業モデルと独占禁止法に関する研究』情報通信政策研究プログラム、March 14, 2008、40頁も参照。

「事前」（‘ex ante’）の競争条件を整える、競争・参入促進の立場からは、「仮想競争事業者テスト」（Strict REO: hypothetical reasonably efficient operator test）が設定され、全部配賦費用方式（FAC: Fully Allocated Costs）にて、財・サービス毎（product-by-product）に算出を行ってベンチマークにする、競争事業者に寛大で、既存事業者には厳しいアプローチがとられる。

他方、「事後判断」（‘ex post’）の立場からは、*Deutsche Telekom* 事件、*Telefonica* 事件等の先行事例の通り、「同等効率的競争者テスト」（EEO: equally efficient operator test）が設定され、長期増分平均費用（LRAIC）にて、財・サービスを集合体（aggregate）として算出を行い、DCF 法等でマージンを考えてベンチマークにする方法論が定着しつつある。

マージン・スクイーズテストにおいて適用されるコストベンチマークは、一般には長期増分平均費用（LRAIC）を使用するとされるが、英国では全部配賦費用方式も併用されている。一般に長期増分平均費用（LRAIC）は、全部配賦費用（FAC）よりも低額であり、長期増分平均費用（LRAIC）は間接費（overhead）や他の共通コストを除くのに対し、全部配賦費用（FAC）は、全てのコストを割付けているものであり[75]、後者は競争政策を自由化方向に“使っている”指標であるとの評価もある[76]。

上記で見られるように、マージン・スクイーズの判定方法は、少なくとも英国においては、有効な競争の確保のため、事案に応じて実質的な判断をしているとも、ケース・バイ・ケースで透明性の低い、恣意的な判断をしているとも指摘できる。そのため「市場レベルでの効果重視」ではなく、形式主義的なきらいがあるとの指摘や、異なる事案で異なる当局が異なるテストの適用を行っており一貫性がないとの指摘もなされている。

本稿の事案では、基本的に競争法の枠組みでの判断となっているが、完全な「事後判断」のフレームではなく、競争事業者に配慮した「事前」テストを実施している。

Ofcom は、競争法を所管してはいるものの、事業法とどちらを適用させるかについて実質的な検討を行わない傾向が確認されている。事業法目的に競争政策要素が入っているため、より裁量範囲が広く使い勝手のよい事業法を優先する実態が認められるのである[77]。

問題解消措置として、競争法においては、その事案に対して作り込んだ措置が難しいこと（ready-made の対応になってしまうこと）、価格監視機能に不向きであること、競争促進・自由化途上の差配は困難であること等の問題が指摘されているが、競争法執行を優先する場合に、実質的な議論は少なく、経路依存性も指摘されるところである[78]。

また、新規参入者と規制機関が共依存（‘co-dependency’）関係になるのではないかとの鋭い批判もある[79]。

他方、新規参入増加誘引と既存事業者の投資誘因のトレードオフをどう考えるかという、規制機関特有の問題があり、Ofcom の CEO Ed Richards の言[80]では、競争法は重要だが、あくまで事後執行であり、ケース・バイ・ケースで見ていくべきで、偏重すべきではない、ということになる。

ただし、*Deutsche Telekom* 事件判決では、たとえ加盟国のテレコム事業者に関する規制当局が判断をくだしていても、卸売価格を調節できる状況においては、欧州委員会が EU 競争法の適用を差し控える理由にはならないと明示しており[81]、単純に優先度だけを議論できない、新たな要素がさらに加わっている。

[75] ICN, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws, Prepared by the Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 9th Annual Conference of the ICN, Istanbul, Turkey, April 2010。

[76] Preece, *supra*, note 24。

[77] Monti, *supra*, note 69。規則1/2003号によって競争法の文脈では整合適用が求められるため、事業法で範囲外としてしまう方が無難ということがある。

[78] *Ibid*.。また、競争控訴審判所の管轄では、根拠条項選択に関する争いが扱われないことも課題であると考えられる。

[79] *Pay TV statement*, at 498。

[80] Richards, Ed, Competition law and the communications sector, Speech to the UCL Jevons Institute for Competition Law and Economics Annual Colloquium, July 13, 2010。

[81] *Deutsche Telekom*, para. 56 以下。

## おわりにかえて

本稿ではⅠ章にて、様々な論点を含み得るSkyの事案を概観し、これを下敷きにして第Ⅱ章で、主要な法的論点を検討した。

この事案特有の限定性もあり、示唆の範囲には自ずと限度があると考えるが、今後の課題について整理し論を閉じたい。

マージン・スクイーズについては、類型の類似性だけに着目するのでは本質的な議論はできず、EU競争法をめぐる規範的な議論と関連してはじめて、独自の類型として存在することの意味を扱うことができる。これは同時に、本事案であれば、競争観の異なるEU/英国の衝突とその止揚についての理解を求めていることになり、突っ込んだ比較法の議論が必要となる[82]。

また、競争法/事業法という観点からは、規制緩和のなかの競争法の役割・規制の失敗をどう考えるか、という論点もある。

さらに、英国では本案審理（full merits review）を行う競争控訴審判所の存在があるが、全体としてのエンフォースメント体系をどう考えるか、という論点もある。とくに「複雑な経済的審査」（complex economic assessment）と呼ばれる、専門的な行政機関としての判断に敬譲（deference）が行われる環境において、当局の専門的判断・効果裁量・要件裁量の尊重をどのように考えるか、裁判所においてどの程度判断代置型の審査を行うべきかといった設計そのものが、執行機関の裁量を決める要因の一つとなる[83]。

また、EU競争法はそもそも、EU法の一部を構成するものであり、直接的な競争以外の価値、目的の折り込みが行われており、その発露をどう考えるべきかという問題も指摘されている[84]。

今後、マージン・スクイーズを含む単独行為については、2010年12月のICN（International Competition Network）でもその議論が進むこととなっているほか[85]、EUにおいても、司法裁判所判決を待つ先決裁定事案がある[86]。議論のさらなる深化が待たれるところである。

この小論が、マージン・スクイーズをはじめとする様々な論点を検討する手掛かりになれば幸いである。

[82] Akman, *supra*, note 57。

[83] 古城・前掲注73。

[84] Gormsen, *supra*, note 4, at 168。

[85] ICN, Unilateral Conduct Workshop, December 2 and 3, 2010。

[86] 法務官意見は、前掲注59。