

オランダ消費者・市場庁による新しい ガイドラインの立案について

—— 競争法における持続可能性の合意に関する機会 ——

柳 武 史*

- I はじめに
- II 現在のガイドラインの意義
- III 新しいガイドラインの立案
- IV 新しい提案の位置付け：Vision Document や法律案との対比
- V グリーン反トラストの当否
- VI 結びに代えて

I はじめに

近年、気候変動、生物多様性、持続可能な開発等のアジェンダが注目されている。とりわけ、2015年9月25日の国連総会で17項目の持続可能な開発目標(Sustainable Development Goals: SDGs)¹⁾が設定され、2015年12月12日にパリ協定²⁾が締結されたのは記憶に新しい。このような環境や持続可能性に関する運動(movement)の影響はあらゆる政策分野に及んでおり、競争法・競争政策の分野にも波及している。EUにおいては、欧州委員会のグリーン・ディール(Green Deal)政策を背景として、持続可能性とそれに伴うEU競争法・加盟国競争法の修正論は近年注目されるトピックの一つとなっている。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第20巻第3号2021年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

1) G. A. Res. A/RES/70/1, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development (Sep. 25, 2015).
 2) Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 12, 2015, T. I. A. S. No. 16-1104.

持続可能性の目標を達成するためには、業界全体にわたる事業者間（特に競争者間）の共同行為が必要と指摘されることがある。そこで、カルテルの禁止（cartel prohibition）を念頭に置いて、競争法は時にはこのような共同行為の障害となる場合があると主張されることがある。ここでの問題は、持続可能性の目標を達成するために競争法は修正されるべきかどうかというものである。競争法のコミュニティにおけるこうした気候変動等に対応するための修正論の主張等はグリーン反トラスト（green antitrust）と呼ばれることもある。

「環境先進国」であるオランダはEUにおいてグリーン反トラストに最も積極的であり、そこでは温室効果ガス排出の削減といった持続可能性の目標に関して、企業の共同行為により「社会全体（society as a whole）」が利益を享受することを確保する議論が提起されている。持続可能性の利益を追求する事業者の共同行為はグリーン・カルテル（green cartels）と呼ばれることもある。ここでは、企業が競争法に違反せずに持続可能性の目標を達成するための共同行為を行う「さらなる可能性（more room）」を明示するとともに、いわゆるグリーン・ウォッシュ（greenwashing）を防止する明確な条件を設定することも鍵となる。グリーン・ウォッシュとは企業が環境に配慮しているかのように見せかけることを指しており、共同行為を許容された私企業は持続可能性の利益を最小化させ、価格上昇を最大化させるインセンティブをもつかもしれないのである。

また、この問題は、持続可能性の目標を達成するために、規制（regulation）や課税（taxation）と比較して競争政策をどのように位置付けるかという議論とも関連している。直接的・効果的な手段は規制であり、競争政策はあくまで補完的な役割を果たすにすぎないところ、そもそも政府が持続可能性の利益を「公共の利益（public interest）」と考えるのであれば、立法を通して法制化するという選択肢がありうる。関連する持続可能性の目標は立法や規制を通して達成されうるとの考え方である。私企業による自主規制（self-regulation）は、持続可能性を促進すべき政府に適切な規制を設計する責任を避ける口実を与えることになり、「政府の失敗（government failure）」が拡大する可能性もある。

ただ、持続可能性の目標を私企業の共同行為を通して実現するという主張も有力となりつつある。ますます多くの事業者が持続可能性イニシアティブを形成す

るようになっており、これは時には政府の要請によってなされることもあるし、自主規制をもたらすこともある。また、典型的には汚染企業こそが、自身の外部性を減少する方法をもっともよく知っているともいわれる³⁾。情報不足、法的見解、政治的意図等が原因で政府の調整が失敗する場合には、持続可能性の目標を達成する最善の方法を自主的に決定する私企業の共同行為が解決の糸口となるのかもしれない。生産方法や消費パターンの劇的な変化を踏まえると規制では十分に対応できないとの見方もありうる。

このように、事業者間の共同行為によるアプローチが成功する可能性があるとの議論が提起されているのである。すなわち、事業者の持続可能性イニシアティブにおける反競争的合意が一定の役割を果たすことがありうるとの主張である。具体的には、事業者が共同行為によって持続可能な製品をより効率的かつ効果的に市場に提供できる場合等が挙げられている。

後に検討する、オランダの競争当局である消費者・市場庁 (Authority for Consumers and Markets: ACM) の新しいガイドラインのセカンド・ドラフトは、持続可能性と競争の関係について次のように述べている⁴⁾。そもそも消費者・市場庁に提起される多くの持続可能性イニシアティブは競争法に適合しており、時には微調整が必要であるものの、実行可能なものである。持続可能性と競争はしばしば協働 (go hand in hand) している。競争は、新しい又は改善された製品やプロセスという形でイノベーションを促進するのと同様に、持続可能性に関するイノベーションも促進しうるものである。また、消費者はしばしば持続可能性を製品の品質改善と認識しているし、持続可能な製品が利用できることは消費者の選択肢を拡大する。

ただし、持続可能性と競争の間にはある種の緊張関係 (tension) が存在する

3) Maarten Pieter Schinkel & Leonard Treuren, *Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 69, 72 (Simon Holmes, Dirk Middelschulte & Martijn Snoep eds., 2021).

4) ACM, *infra* note 19, paras. 2-3. なお、オランダの提案は、EU 全体に向けられたものであり、基本的に英語が用いられているため、以下においては原則として英語文献・資料を参照する。

ことがしばしば指摘される。競争法は、事業者が必要と考える合意を禁止することから、持続可能性に関するイノベーションを阻害するとされることがある。消費者・市場庁は、いくつかのケースにおいてこの緊張関係が実際に存在していることを認識している。そこで、競争法において持続可能性の合意を行うためにどのような機会（opportunities）が存在するのかをガイドラインによって事業者等が自ら判断できるようにする、のだという。

ここでの機会とは、オランダ競争法、とりわけその6条⁵⁾が規定するカルテルの禁止に違反することなく持続可能性の合意をする機会を指しており、本稿は現在におけるこの議論の動向を検討しようとするものである。本稿では、EUにおいてグリーン反トラストに最も積極的なオランダ消費者・市場庁による新しいガイドラインの立案に焦点を当てることにより、グリーン反トラストの意義と問題点を浮き彫りにすることを目指したい。

本稿においては、まず、現在の消費者・市場庁のガイドラインである Vision Document 等の考え方を概観する（Ⅱ）。次に、消費者・市場庁が提案している新しいガイドライン、特にそのセカンド・ドラフトの内容を紹介する（Ⅲ）。そして、このセカンド・ドラフトがどのように位置付けられるのかについて、Vision Document やオランダ政府が議会に提出した「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」⁶⁾の考え方と対比しつつ分析する（Ⅳ）。さらに、グリーン反トラストについて賛成する意見と反対する意見の双方を検討する（Ⅴ）。最後に、本稿における検討から得られる示唆を述べる（Ⅵ）。

5) オランダ競争法6条の規定の日本語訳については、柳武史「オランダ競争法における『将来の消費者利益』論について」一橋法学19巻2号（2020年）550頁注18）を参照。

6) オランダ政府が2019年7月4日に議会へ提出した「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」の日本語訳については、柳武史「オランダにおける『持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案』の法的構造」一橋法学20巻1号（2021年）202頁以下を参照。

II 現在のガイドラインの意義

1 概説

持続可能性イニシアティブに関する消費者・市場庁の現在のガイドラインは Vision Document である。Vision Document では、「市場の失敗 (market failure)」である「負の外部効果 (negative external effect)」を除去するという観点が述べられている。共同行為は時には「負の外部効果」を除去するのに必要である可能性があるという。ただ、このような「負の外部効果」の除去が考慮されるのは、あくまで将来の消費者も含めた消費者利益に資するということが前提となっているようにも思われる。また、消費者・市場庁は、持続可能性イニシアティブのモニタリングに関して、基本原則も公表している。そこでは、消費者・市場庁は、広範な社会的支持を受ける持続可能性の合意に対して措置を講じることではないこと等が表明されている。

2 Vision Document

消費者・市場庁は、2014年5月9日、Vision Document (Vision Document on Competition and Sustainability)⁷⁾と題する行政文書(ガイドライン)を公表した。以下においては、別稿⁸⁾で既に紹介した「将来の消費者利益」論との関わりは割愛し、新しいガイドラインの立案と関連しうる箇所を検討することとしたい。

まず、Vision Document は、「市場は多くの場合本来機能するべきように機能する、しかし常にそうとは限らない」という表題を掲げた上で、次のように述べている。

「ほとんどの場合において、市場メカニズムは稀少な資源の効率的な利用を確保する優れた方法である。しかし、市場の失敗は起こりうる。例えば、環

7) ACM, *Vision Document on Competition and Sustainability* (2014), https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf (last visited Aug. 1, 2021).

8) 「将来の消費者利益」論の観点からの Vision Document の検討については、柳・前掲注 5) 553 頁以下を参照。

境の価値や稀少な資源の価値が、これらを用いた製品の価格及び／又は品質に十分に反映されていない場合である。これは市場プロセスにおいて非効率性を引き起こし、次善の厚生水準をもたらす。したがって、厚生の増大は原則として可能である。これは持続可能な開発が関連する問題において比較的多くの場合に役割を果たす要素である。』⁹⁾

ここでは、「市場の失敗」が起こった場合には、厚生の増大が原則として可能であるとの考え方が提示されている。

次に、Vision Document は、「合意は協調問題を解決する可能性がある」という表題を掲げた上で、次のように述べている。

「……合意をすることは、市場の失敗を是正するための解決策を提供する可能性がある。この場合において、厚生の増大は市場の失敗に起因する回避厚生費用である。しかし、この解決策は不完全であり、及び／又は、(取引費用等の) 追加の費用を伴う可能性がある。さらに、実際には関連する利益の評価や比較衡量は必ずしも容易なものとなるとは限らない。費用便益分析が必要となる。これは、競争法の目的が消費者厚生の促進であることを前提とした場合に、評価に際して市場の失敗の解決策を考慮する議論が存在するという事実を変更するものではない。』¹⁰⁾

Vision Document においては、協調問題の解決と「負の外部効果」の除去が並列的に論ぜられており、共同行為は時には協調問題を解決し、「負の外部効果」を除去するのに必要である可能性があるとされている。すなわち、「ある製品の生産又は消費が他の消費者に対する負の外部効果を伴う場合には、かかる負の外部効果を減少させる持続可能性イニシアティブは他の消費者の厚生にも望ましい効果を有することとなる。』¹¹⁾のだという。

9) ACM, *supra* note 7, para. 3. 4. 3.

10) *Id.* para. 3. 4. 5.

11) *Id.* para. 3. 5. 2.

ここでは、合意が「市場の失敗」を是正する解決策を提供する可能性があると考えられ、後に検討する新しいガイドラインのセカンド・ドラフトにおける議論と共通の問題意識がみられる。ただし、Vision Document ではかかる解決策の問題点も挙げてある。すなわち、合意という「市場の失敗」を是正する解決策は不完全であり、追加の費用を伴う可能性があり、費用便益分析といった関連する利益の評価や比較衡量は必ずしも容易とは限らないという。Vision Document は、新しいガイドラインのセカンド・ドラフトとは異なり、合意による「負の外部効果」の減少・除去に反競争的行為の正当化の契機を認めつつも、競争法の適用除外が認められるためには消費者厚生に望ましい効果を有するという意味で消費者利益に資することを求めているのではなかろうか。そうすると、Vision Document においては、あくまで消費者に利益がもたらされることを要求しているオランダ競争法6条3項（及びEU 機能条約101条3項）の第二要件（消費者に結果として生じる利益の公平な分配をもたらすこと）の文言に素直な解釈がとられているとも評価できよう。

なお、Vision Document では、「市場の失敗を是正する複数の解決策がありうる場合には、最も費用の低い解決策が望ましい。」¹²⁾とされている。また、オランダ競争法6条3項（及びEU 機能条約101条3項）の適用除外規定の第三要件（目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと）に関連して、「持続可能性イニシアティブが負の外部効果を是正し又は減少させる場合において、持続可能性の問題にはしばしば多くの解決策が存在し、その中には他の解決策よりも反競争的ではないものもあることから、必要性の要件は自動的に満たされるわけではない。」¹³⁾との記述もみられる。

最後に、Vision Document は、その「要旨 (Brief summary)」において以上の議論をまとめた上で次のように述べている。

「持続可能性イニシアティブが競争プロセスに重大な影響を与えない場合等、カルテルの禁止が持続可能性イニシアティブに全く適用されない場合がある。

12) *Id.* para. 3. 4. 6.

13) *Id.* para. 3. 5. 3.

しかし、競争プロセスが影響を受ける場合であっても、持続可能な生産は現在及び将来の消費者に利益をもたらしうるので、消費者・市場庁は機会があると考ええる。このような機会は、特に持続可能性イニシアティブが消費者に十分な選択肢を残している場合に見出しうる。しかし、市場全体にわたる持続可能性の合意が関連するために上記に該当しない場合であっても、特に現在及び／又は将来の消費者が利益を享受する形で負の外部効果が除去される場合には、一定の可能性は存在すると消費者・市場庁は考える。この可能性が正確にはどの程度かは、それぞれのケースに特有な状況を考慮して、ケース・バイ・ケースで審査される必要がある。」¹⁴⁾

ここでも、「市場の失敗」である「負の外部効果」を除去するという観点が述べられているが、これはあくまで将来の消費者も含めた消費者利益に資することが前提となっているのではなかろうか。すなわち、「特に現在及び／又は将来の消費者が利益を享受する形で」という条件付きで「負の外部効果」の減少・除去に反競争的行為の正当化の契機を認めるものともいえる。Vision Document は、企業の共同行為により「社会全体」が利益を享受することを確保する議論とは異なり、「負の外部効果」の減少・除去に着目しつつも、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件の文言に忠実に、適用除外が認められるためには消費者利益に資することを求めているようにも思われる。

3 基本原則

消費者・市場庁は、2016年12月2日、持続可能性イニシアティブのモニタリングに関して、Vision Documentに引き続いて基本原則（basic principles）¹⁵⁾を掲げた。消費者・市場庁が基本原則を公表したのは、ほとんどのケースにおいて持続可能性の合意はオランダ競争法に適合しているが、全てのケースについては

14) *Id.* Brief summary.

15) ACM, *ACM Sets Basic Principles for Oversight of Sustainability Arrangements* (2016), <https://www.acm.nl/en/publications/publication/16726/ACM-sets-basic-principles-for-oversight-of-sustainability-arrangements> (last visited Aug. 1, 2021).

そうではないところ、事業者が持続可能性の合意を立案するのを支援するためであるという。この基本原則は Vision Document と併せて現在の消費者・市場庁の持続可能性の合意に対する執行方針を形成している。基本原則は、以下の三つの内容によって構成されている。

- ① 消費者・市場庁は、政府、市民代表、事業者といった全ての関係当事者が合意に肯定的な場合には、広範な社会的支持を受ける持続可能性の合意に対して措置を講じることはない。
- ② 消費者・市場庁は、持続可能性の合意に関する申告又は指摘を受けて、調査を開始することができる。
- ③ 消費者・市場庁は、問題が起こった場合には、迅速で効果的な解決策を見出せるように支援する。

このように消費者・市場庁は持続可能性イニシアティブに対する介入に抑制的な態度を示しているが、「広範な社会的支持を受ける持続可能性の合意に対して措置を講じることはない」とされる根拠は必ずしも明らかではない。すなわち、広範な社会的支持 (broad social support) の位置付けに関して、どの程度の社会的支持があれば広範といえるのかが不明であることに加えて、持続可能性の合意が競争制限 (restrictions of competition) をもたらさないことからオランダ競争法 6 条 1 項 (及び EU 機能条約 101 条 1 項) のカルテルの禁止に該当しないのか、カルテルの禁止には該当するものの持続可能性の合意に競争制限を埋め合わせる利益があることからオランダ競争法 6 条 3 項 (及び EU 機能条約 101 条 3 項) の適用除外規定に該当するのか、あるいはその他の可能性を認めたのか、判然としないのではないだろうか。広範な社会的支持を受ける場合には、申告又は指摘を受けない限りは、消費者・市場庁は介入しないという結論ありきであるようにも思われる。

Ⅲ 新しいガイドラインの立案

1 概説

オランダにおいては Vision Document と基本原則に取って代わる新しいガイドラインの立案が進められている。2021年8月1日現在、新しいガイドラインはまだ策定されておらず、そのセカンド・ドラフトが公表されている状況にある。新しいガイドラインは、持続可能性の合意を行うために市場参加者がどのような機会を有しているのかを示すとともに、競争法がいかなる境界 (boundaries) を設定しているのかを示すことを意図したものとされている。

2 ファースト・ドラフト

(1) ファースト・ドラフトの概要

消費者・市場庁は、2020年7月9日、持続可能性イニシアティブの競争法上の評価に関して新しいガイドラインである「持続可能性の合意に関するガイドライン：競争法における機会 (Guidelines on Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law)」のファースト・ドラフト¹⁶⁾を公表し、2020年10月1日までパブリック・コメント手続に付した(本稿において単に「ファースト・ドラフト」と呼ぶことがある)¹⁷⁾。

新しいガイドラインの草案は、このファースト・ドラフトと後述するセカン

16) ACM, *Guidelines on Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law (First Draft Version)* (2020), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf> (last visited Aug. 1, 2021).

17) 消費者・市場庁の委員長 (Chairman of the Board) である Martijn Snoep はファースト・ドラフトについて次のように説明している。すなわち、「我々は、事業者がより持続可能な社会の実現に向けてますます責任を負う準備ができていと認識している。我々はこれを歓迎する。このガイドラインは、事業者が競争法に違反せずに持続可能性の目標を達成するための共同行為を行うさらなる可能性を提供している。我々は、この可能性を明確化するが、『グリーン・ウォッシュ』を防止する明確な条件を設定するとともに、共同行為から社会全体が利益を享受することも確保する。」という。See, ACM, *ACM opens up more opportunities for businesses to collaborate to achieve climate goals* (2020), <https://www.acm.nl/en/publications/acm-opens-more-opportunities-businesses-collaborate-achieve-climate-goals> (last visited Aug. 1, 2021).

ド・ドラフトとでそれ程大きく変更されているわけではないため（例えば、「環境被害合意」に関して欧州委員会の考え方を逸脱するというファースト・ドラフトの提案はセカンド・ドラフトでも維持されている）、草案の内容の検討はセカンド・ドラフトの箇所において行うこととしたい。そして、セカンド・ドラフトにおいてファースト・ドラフトからパブリック・コメント手続を経て変更された記述については、セカンド・ドラフトに添付されたメモランダムを検討において言及することとする。

(2) 欧州委員会の声明

新しいガイドラインのファースト・ドラフトの公表を受けて、欧州委員会も声明¹⁸⁾を発出している。欧州委員会は、消費者・市場庁のファースト・ドラフトの公表とそのパブリック・コメント手続に注目しているとした上で、「競争法に適合する温室効果ガス排出の削減を目標とした合意に明確な指針を示す必要性について完全に支持する」と述べている。

欧州委員会では二つの水平的一括適用除外規則（Horizontal Block Exemption Regulations）と水平的共同行為ガイドライン（Horizontal Co-operation Guidelines）の見直しが進んでおり、パブリック・コメント手続においては特に現在の規則やガイドラインの効率性、実効性、関連性についての利害関係者のコメントを歓迎するとしている。なお、欧州委員会によると、環境問題を含む持続可能性の問題に関する合意に指針を示す必要性について、複数の利害関係者は消費者・市場庁と同様の見解を表明したという。

3 セカンド・ドラフト

(1) セカンド・ドラフトの概要

(i) 概説

ファースト・ドラフトのパブリック・コメント手続を経て、消費者・市場庁は、

18) European Commission, *Statement on ACM Public Consultation on Sustainability Guidelines* (2020), <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html> (last visited Aug. 1, 2021).

2021年1月26日、新しいガイドラインのセカンド・ドラフト¹⁹⁾を公表した(本稿において単に「セカンド・ドラフト」と呼ぶことがある)。セカンド・ドラフトは、事業者間の持続可能性の合意に競争法がどのように適用されるのかを詳細に説明したものである。そして、このセカンド・ドラフトは、ファースト・ドラフトを練り上げた上で、EU全体におけるさらなる議論に供したものであるという²⁰⁾。

このセカンド・ドラフトは、水平的合意(horizontal agreements)に係る持続可能性の利益に対する伝統的な反トラストの原則の適用に関して、現時点において最も完全で信頼できる指針を提供しているとの評価もある²¹⁾。ただし、セカンド・ドラフトはあくまで競争者間の水平的合意をカバーしているにとどまり、合併規制や支配的地位の濫用といった他の領域に取り組むものではないとされている。

セカンド・ドラフトでは、「持続可能性の合意(sustainability agreements)」について、人間(労働条件を含む)、動物、環境、又は自然に対する経済活動の負の影響を特定、抑止、制限、緩和することを目的とするあらゆる事業者間の合意及び事業者団体の決定と定義している²²⁾。ただ、消費者・市場庁は、後述するように、(適用除外規定の第二要件における、消費者に結果として生じる利益の「公平な分配」の概念に関して)通常とは異なる解釈の採られる「環境被害合

19) ACM, *Guidelines on Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law (Second Draft Version)* (2021), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf> (last visited Aug. 1, 2021).

20) 消費者・市場庁の提案は、欧州委員会や他の加盟国競争当局のイニシアティブと比較して、「EUにおいて最も積極的」とであると評価されている。参照、亀岡悦子「EU競争法と欧州グリーン・ディール」(公正取引委員会CPRCセミナー、2021年)9頁、https://www.jftc.go.jp/cprc/events/cprcseminars/index_files/92nd-cprcseminar.pdf (2021年8月1日最終閲覧)。

21) Jay Modrall, *Sustainability and Antitrust: A Course Change for the EU?* (2021), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/15/sustainability-and-antitrust-a-course-change-for-the-eu/> (last visited Aug. 1, 2021)。この論者は、消費者・市場庁は、(EUの他の競争当局と比べて)より専門技術的なアプローチ(more technocratic approach)を採っていると指摘している。

22) ACM, *supra* note 19, para. 7.

意 (environmental-damage agreements)」には明確で厳密な定義を用いているが、「持続可能性の合意」については2012年7月27日の国連総会決議²³⁾の説明に従っているものの、包括的で正確な定義は用いていないという。

セカンド・ドラフトでは、カルテルの禁止は必ずしも持続可能性の合意の障害となるものではないとの認識に立ち、消費者・市場庁は三つの機会を区別している。

なお、新しいガイドラインは、仮に策定された場合には、現在のガイドラインである2014年のVision Documentと2016年の基本原則に取って代わることになる²⁴⁾とされている²⁴⁾。

(ii) 機会1

セカンド・ドラフトでは、消費者・市場庁の経験からすると、持続可能性の合意は、多くの場合、大きな問題を引き起こすことなく行うことができるとされている²⁵⁾。この機会1では、持続可能性の合意が反競争の効果 (anticompetitive effects) をほとんど又は全く有しないため完全に許容される場合という多くの持続可能性の合意に妥当する議論が説明されている。これは、持続可能性の合意が競争制限をもたらさないことから、オランダ競争法6条3項 (及びEU機能条約101条3項) の適用除外規定を検討するまでもなく、そもそもオランダ競争法6条1項 (及びEU機能条約101条1項) のカルテルの禁止に該当しないとの説明である。

セカンド・ドラフトによると、価格、品質、多様性、サービス、流通方法等の重要な競争変数 (key competition parameters) に基づく競争に影響を及ぼさないか、又は感知し得る程度に (appreciably) 影響を及ぼさない場合には、持続可能性の合意は、通常 (usually)、反競争的とはいえないとされている²⁶⁾。他の

23) G. A. Res. A/RES/66/288, The Future We Want (Jul. 27, 2012). この国連総会決議では、持続可能な開発について、「地球並びに現在及び将来の世代にとって経済的、社会的及び環境的に持続可能な将来」に向けた開発と定義されている。

24) ACM, *supra* note 19, para. 79.

25) *Id.* Chapter 1. Summary.

26) *Id.* para. 19.

市場参加者や製品を排除してはならないものの、製品の品質、多様性、イノベーション、新製品の市場への導入を促進することのみを目的とする持続可能性の合意は、ほとんどのケースでは、むしろ競争を促進するものだという²⁷⁾。そして、セカンド・ドラフトは、一般に反競争的とはいえず、許容されることになる持続可能性の合意を五つの類型に分類している。

第一に、個々の事業者を拘束することなく、二酸化炭素排出の削減といった持続可能性の目標に積極的に寄与するように事業者インセンティブを与える合意である²⁸⁾。これは、個々の事業者が自身の寄与や実現する方法を決定している場合が念頭に置かれている。

第二に、原材料の利用や生産方法に関する共通規格や認証ラベル等の環境に配慮した、気候に配慮した、あるいは社会的責任のある活動を促進する行動規範(codes of conduct)に関するものである²⁹⁾。このような行動規範に関しては、①参加条件が透明(transparent)であり、②妥当かつ無差別(reasonable and non-discriminatory)な条件で参加が許可され、③同等の代替的な共通規格や認証ラベルに参加し続けたり、行動規範に参加せずに製品を販売したりできることが重要だという。

第三に、製品の品質を改善することを目的とする一方で、同時により持続可能でない方法で生産される製品等が販売されなくなる合意である³⁰⁾。具体例としては、パッケージの原材料のより効率的な利用を目的とし、特定の種類のパッケージを利用しないことを目的とする合意が挙げられている。

第四に、イノベーションを通して新しい製品や市場が創出される場合や、ノウハウを含む十分な生産資源を獲得したり、十分な規模を達成したりするために共同のイニシアティブが必要な場合である³¹⁾。スタートアップの段階のみでは時には共同行為(排他的な基準もありうるとする)が必要不可欠とされることがあるが、より長期の共同行為はいわゆる3項テスト(paragraph 3 test)の対象と

27) *Id.* para. 20.

28) *Id.* para. 23.

29) *Id.* para. 24.

30) *Id.* para. 25.

31) *Id.* para. 26.

なるという。

第五に、関係事業者、供給業者、流通業者が発展途上国といった EU 域外の国々でビジネスをする際に適用される国内基準・国際基準を遵守させることのみを目的とする合意である³²⁾。このような合意は、ビジネス・パートナーがルールに従っているかをチェックすることが困難な事業者にとって特に重要だとされる。これらの基準は通常は国際条約によることになり、国際基準は後に輸入業者等が登録される国の国内立法で規定されることになるものの、国際基準が国内立法で規定されていなかったり、又は十分に規定されていなかったりすることがあるという。

(iii) 機会 2

(a) 概説

この機会 2 では、3 項テストと呼ばれる効率性向上 (efficiency gains) による適用除外の説明がなされている。これは、1 項の定めるカルテルの禁止からの法定の適用除外 (statutory exemption) にあたる。とりわけ効率性向上が持続可能性の利益に該当する場合がここでの問題である。すなわち、オランダ競争法 6 条 1 項 (及び EU 機能条約 101 条 1 項) のカルテルの禁止には該当するものの、持続可能性の合意に競争制限を埋め合わせる利益があることから適用除外規定に該当するとの説明である。この適用除外に該当するためにはオランダ競争法 6 条 3 項 (及び EU 機能条約 101 条 3 項) の四つの要件をみたす必要がある。四つの要件は累加的 (cumulative) であり、全てをみたす必要がある³³⁾。また、適用除外の四つの要件をみたすために合意が許容されることを証明するのは事業者の責任である³⁴⁾。

適用除外の四つの要件のうち、第一要件は生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に寄与すること、第二要件は消費者に結果として生

32) *Id.* para. 27.

33) *Id.* para. 30.

34) *Id.* para. 32. なお、オランダ競争法 6 条 4 項は、「第 3 項を主張するあらゆる事業者又は事業者団体は、同項の要件がみたされることを証明しなければならない。」と規定しており、この点を明確にしている。

じる利益の公平な分配をもたらすこと、第三要件は目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと、第四要件は当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除する可能性を当該事業者にもたらすのでないこと、である。セカンド・ドラフトでは、特に第二要件について重点的に検討が加えられている。

(b) 「公平な分配」の概念³⁵⁾

セカンド・ドラフトによると、持続可能性の合意に関して重要なのは、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定の第二要件における、消費者³⁶⁾に結果として生じる利益の「公平な分配（fair share）」の概念であるとされる。問題は「公平な分配」とはどのような意義を有するのかわかり、消費者・市場庁はこの文言の解釈問題として議論を展開しているのである。

消費者・市場庁は、次の二つの要件をみたす場合には、（各々の関連市場における消費者のグループは少なくとも競争制限に起因して自身に生じる弊害を埋め合わせられるべきであるという）欧州委員会の考え方³⁷⁾を逸脱する十分な理由があるとする³⁸⁾。これは、「環境被害合意」の厳密な定義に該当する場合には、消費者に結果として生じる利益の「公平な分配」を定める適用除外規定の第二要件に関して通常とは異なる解釈（different interpretation）が採られうることを含意している³⁹⁾。二つの要件の双方をみたす場合には、消費者は完全に（in full）

35) この点に関して、消費者・市場庁の委員長である Martijn Snoep は、ほとんどの法域において、競争は表現の自由のような憲法上の権利ではないことを議論の出発点にしているようである。競争は目的（goal）ではなく、消費者厚生を最大化、イノベーション、市場統合、公平性、経済力の再分配といった公共的目的を達成する手段（means）であるという。その上で、もし競争法が他の公共的目的を達成する障害となるのであれば、異なる目的の比較衡量がなされなければならないと論じている。See, Martijn Snoep, *Preface: Can Competition Authorities Consider Sustainability in Their Decision-Making?*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 391, 391-393 (Simon Holmes, Dirk Middelschulte & Martijn Snoep eds., 2021).

36) 「消費者（consumers）」の用語に関連して、セカンド・ドラフトでは「需要者（users）」を充てることがあり、「購入者（buyers）」を併記している場合もある。本稿においては、基本的に消費者との訳語で統一する。なお、これは、直接（direct）の需要者だけでなく、生産チェーンの下流にいる間接（indirect）の需要者や最終的には最終需要者（end-user）も含むものとされている。See, ACM, *supra* note 19, para. 43.

埋め合わせられる必要はないというのである。すなわち、消費者・市場庁の見解は、合意の一部について欧州委員会の考え方に例外を設けることを提案するものといえる。このような考え方は、消費者・市場庁自身が認めているように、欧州委員会が採用している厳格な埋め合わせ基準 (strict compensation requirement) に反するものである。

セカンド・ドラフトによると、異なる解釈が認められるために必要な二つの要件とは以下の通りである⁴⁰⁾。

- (i) 当該合意が「環境被害合意」であること。
- (ii) 当該合意が、効率的な方法で、国際基準・国内基準を遵守することに役立つこと、又は（かかる被害を防止する）具体的な政策目標の実現に役立つこと⁴¹⁾。

このような消費者・市場庁の考え方による場合には、「環境被害合意」と「他

37) これは、EU 機能条約旧 81 条 3 項 (現 101 条 3 項) の適用に関するガイドラインにおいて述べられていたものである。すなわち、同ガイドラインは、『『公平な分配』の概念は、利益の還元が 81 条 1 項における競争制限に起因して消費者が被った実際の又は潜在的な負の影響を少なくとも埋め合わせるものでなければならないことを示唆している。反競争的合意を抑止するという 81 条の全体的な目的に従い、合意の正味の効果は、合意によって直接的に影響を受け、又は影響を受けることが見込まれる消費者の観点から少なくとも中立的でなければならない。合意によって当該消費者が不利益を被る場合には、81 条 3 項の第二要件はみたされない。』とする。See, *Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty*, OJ [2004] C 101/97, para. 85 (citation omitted).

38) ACM, *supra* note 19, para. 45.

39) *Id.* paras. 7-8.

40) なお、消費者・市場庁の委員長である Martijn Snoep はスピーチの中で欧州委員会の考え方からの例外として取扱いを受ける一部の合意に該当するための三つの要件を提示している。すなわち、①合意は環境被害を減少（負の外部性を減少）させなければならない、②政府がかかる減少の目標を設定しているか、合意が例えばパリ協定のような法的要請を遵守するのに役立つ、③かかる減少を達成する提案された措置の費用効率が高い (cost-efficient)、である。See, Martijn Snoep, *Speech Sustainability and Cooperation*, Martijn Snoep GCR Connect, April 28, 2021 (2021), <https://www.acm.nl/en/publications/speech-sustainability-and-cooperation-martijn-snoep-gcr-connect-april-28-2021> (last visited Aug. 1, 2021). 新しいガイドラインのセカンド・ドラフトでは、このスピーチにおける③の要件は第三要件の箇所ですべて述べられているようにも思われる。

の持続可能性の合意 (other sustainability agreements)」を区別することが重要となる。ここでの「他の持続可能性の合意」とは、「環境被害合意」を除く全ての他の持続可能性の合意という意味である。

セカンド・ドラフトでは、「環境被害 (environmental damage)」⁴²⁾は、商品又はサービスの生産及び消費における環境に対する被害と定義されている⁴³⁾。生産価格 (price of production) には含まれない、社会に結果として生じる被害は「負の外部性 (negative externalities)」⁴⁴⁾と呼ばれる。環境被害は稀少な自然資源を非効率的に利用していることを示唆しているため、もし事業者が共同行為によって環境被害を減少させることができれば、効率性向上をもたらすことができる。セカンド・ドラフトによると、この効率性向上は、当該製品の消費者だけではなく、「社会全体」も享受することになるという⁴⁵⁾。

セカンド・ドラフトにおいて「環境被害合意」は次のように説明されている。

「広い意味では、持続可能性の合意により消費者と社会の双方が便益を享受しうる。かかる便益は、まず生産又は消費における負の外部性の減少に関連しうる。その結果として、稀少な自然資源（共有資源）はより効率的な方法で用いられる。そのため、規制や共同行為がしばしば必要となる。この意味

41) (i) の要件に加えて (ii) の要件が設定されたのは、消費者・市場庁の提案を気候変動といった極めて重要である持続可能な開発目標に限定しようとしたのではないかとされている。See, Maurits Dolmans, *Sustainable Competition Policy and the “Polluter Pays” Principle*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 17, 36 (Simon Holmes, Dirk Middelschulte & Martijn Snoep eds., 2021). ただ、これは「政府の失敗」に陥っており、政府の目標が低すぎた場合、あるいは政府が目標の設定に失敗した場合には、まさに私企業のイニシアティブが求められるとも指摘されている。

42) なお、セカンド・ドラフトに添付されたメモランダムにおいては、「環境被害」は、商品やサービスが生産ないし消費される際の（生物多様性を含む）環境に対する全ての被害、とも定義されている。See also, ACM, *infra* note 84, p. 1.

43) ACM, *supra* note 19, para. 8.

44) なお、セカンド・ドラフトに添付されたメモランダムにおいては、「負の外部性」は、生産費用には含まれない社会全体に対する被害、とも定義されている。See also, ACM, *infra* note 84, p. 1.

45) ACM, *supra* note 19, para. 8.

において、持続可能性の合意は役割を果たしうる。このガイドラインにおいて、これを環境被害合意と呼ぶ。」⁴⁶⁾

このように、「環境被害合意」は「負の外部性」の減少に関連しており、その結果として自然資源のより効率的な利用に関連しているとされている⁴⁷⁾。「環境被害合意」を「負の外部性」の減少に関連させることにより、新しいアプローチの対象は特定の状況における特定の持続可能性の合意に明確に限定されていると指摘されている⁴⁸⁾。これに対して、「他の持続可能性の合意」は「負の外部性」の減少との関連性が希薄であるという説明になろう。

そして、セカンド・ドラフトは、上記二つの要件をみたす場合に欧州委員会の考え方を逸脱する十分な理由があるとする根拠について次のように述べている。

「消費者・市場庁は、環境被害合意に関して、3項の審査においても、単なる消費者の利益よりむしろ他者の利益を考慮に入れることが可能であるべきであると確信する。このような場合には、当該製品に対する消費者の需要こそが社会が解決策を見出すことを要する問題を本質的に創り出しているのであるから、合意によって生じる弊害について消費者を完全に埋め合わせないことは公平というる。さらに、消費者は社会の残りの部分と同様の利益を享受している。この文脈では、合意は（事業者が拘束されない）国際基準・国内基準又は具体的な政策目標を遵守することに（効率的に）寄与しなければならない。」⁴⁹⁾

46) *Id.* para. 36.

47) *Id.* para. 46.

48) 消費者・市場庁のチーフ・エコノミストである Theon van Dijk は、温室効果ガスや大気汚染物質の排出という外部効果は共有資源の過剰利用に起因しており、このような限定は経済学的に実証されていると述べている。See, Theon van Dijk, *A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 55, 60 (Simon Holmes, Dirk Middelschulte & Martijn Snoep eds., 2021).

49) ACM, *supra* note 19, para. 48.

ここでは、欧州委員会の考え方を逸脱して消費者が完全に埋め合わせられなくとも足りるとする二つの根拠が挙げられている⁵⁰⁾。第一に、消費者の需要が原因を創り出していることから、消費者を完全に埋め合わせなくても「公平(fair)」であるという点である。第二に、消費者自身も社会と同様の利益を享受しているという点である。消費者・市場庁は、「環境被害合意」の議論を適用除外の第二要件における「公平な分配」という文言の解釈問題と位置付けた上で、このような二つの根拠に基づき限定的に「社会全体」の利益等の考慮を認めるものともいえる⁵¹⁾。

これは、持続可能性の合意を適用除外する閾値(threshold)を低くすることを提案するものである⁵²⁾。社会の残りの部分(rest)にいる他者(others)が十分に利益を享受していることを前提として、汚染者が負担することを取り決めているようにもみえる。すなわち、公平性は汚染者負担の原則(“polluter pays” principle)を反映するべきであるとの立場からすると、消費者が消費から利益を享受する一方で、(決定に発言権のない)他者へ費用(外部性)を課すのは「公平」とはいえないとされる⁵³⁾。セカンド・ドラフトのようにトレード・オフが異なる新しいルールの下で「社会全体」の利益等が考慮されると、利益はより迅速に(more quickly)不利益を上回ることとなろう。その結果、「社会全体」が

50) この点に関連して、消費者・市場庁の委員長である Martijn Snoep はスピーチの中で次のように述べている。すなわち、「我々は、特定の文脈では、消費者は負の効果を完全に埋め合わせられることが要求されないことが公平であると確信する。その理由は、①消費者は社会の残りの部分と同様の方法で環境被害の減少から利益を享受することとなるから、そして②影響を受ける製品に対する消費者の需要こそが社会全体が代償を払う必要がある環境被害を創り出しているからである。実際、適用除外を阻止することにより、社会に対して合意の利益を否定することは不公平であると論ずることができる。」という。See, Martijn Snoep, *supra* note 40.

51) 単なる消費者以外の他者とは、例えば「社会全体」のことであり、消費者とは考えられない人々を含んでいると指摘されている。See, Ella van den Brink & Jordan Ellison, *Article 101 (3) TFEU: The Roadmap for Sustainable Cooperation*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 39, 50 (Simon Holmes, Dirk Middelschulte & Martijn Snoep eds., 2021). 温室効果ガス排出の削減といった環境上の利益を念頭に置くと、商品やサービスの消費者の範囲には含まれない可能性がある現在及び将来の市民(citizens)がこれを楽しむことになるという。

52) Schinkel & Treuren, *supra* note 3, at 72.

53) Dolmans, *supra* note 41, at 35.

合意の利益を享受し、合意は政府の目標に寄与することから、合意は許容されることとなるという帰結に繋がりやすくなると考えられる。

そもそも消費者・市場庁は、現在及び将来において人々やビジネスのために市場が十全に機能することの確保をミッションの一部として掲げており、持続可能性は重要な優先事項の一つと位置付けられている⁵⁴⁾。セカンド・ドラフトでは、「これは地球温暖化のリスクを減少させるものである」⁵⁵⁾と述べられており、地球温暖化対策をオランダの優先的な政策課題とするという価値判断が先行しているようにも見える。この観点から、セカンド・ドラフトでは、持続可能性の考慮は、国民的な議論や「将来を保証する競争政策 (future-ready competition policy)」の検討において基本的役割を果たすことが強調されているのである⁵⁶⁾。劇的な気候変動を阻止するという EU の新しい気候の目標の達成に寄与するべきという観点から、競争当局も責任を負わなければならないということである。セカンド・ドラフトは、事業者間の合意が、(公的な) 持続可能性の目標の実現に効果的な方法で寄与しうる、そして持続可能性の目標の実現に必要とされる取組みへの支持を拡大しうる、という前提に立っているということができよう⁵⁷⁾。

このように、3 項テストにおける「環境被害合意」の費用便益分析では、オランダ社会の全体的利益 (total benefits for Dutch society) が用いられることになるという⁵⁸⁾。全体的利益は「負の外部性」から被害を被っている全ての者に還元されるところ、これは製品の消費者に加えて、市場外 (out-of-market) の非消費者 (non-consumers) への利益、あるいはより一般的に社会ないし市民への利益を意味しており、こうした全体的利益が競争制限に起因する消費者への負の効果を上回らなければならないと指摘されている⁵⁹⁾。この場合、特定の製品の消費者であるかどうかを問わず、社会の全ての構成員 (every member of society) が持続可能性の利益を享受することになるとされているのである。セカンド・ド

54) ACM, *supra* note 19, Chapter 1. Summary.

55) *Id.* para. 60.

56) *Id.* para. 78.

57) *Id.* Chapter 1. Summary.

58) *Id.* para. 59.

59) Dijk, *supra* note 48, at 61.

ラフトでは、ここでの消費者（当該製品の購入者）は、合意から生じる利益を享受する広範なグループである「社会全体」の一部（part）とも位置付けられると述べられている⁶⁰⁾。その結果、当該消費者は、原則として、社会の残りの部分（rest of society）と同様に利益を享受することになるのだという。

他方で、セカンド・ドラフトによると、「他の持続可能性の合意」に関しては、「環境被害合意」とは異なり、消費者が被る競争制限に起因する弊害を持続可能性の合意から生じる利益によって完全に埋め合わせなければならないとされる⁶¹⁾。例えば、生産の品質改善につながるものの、価格上昇をもたらす「他の持続可能性の合意」は、消費者のグループに価格上昇を埋め合わせるだけの品質改善の十分な価値がもたらされる必要があるという⁶²⁾。

なお、持続可能性の利益として考慮されるのは客観的利益（objective benefits）のみとされている⁶³⁾。関係当事者の主観的な意見のみに基づく利益は考慮されないという。

また、セカンド・ドラフトでは、消費者・市場庁は、多くの持続可能性の合意において典型的であることから、長期（long-term）の利益も考慮するとされている⁶⁴⁾。オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定の第二要件に関連して、「消費者」とは現在の消費者と将来の消費者を包含し⁶⁵⁾、消費者に結果として生じる利益の「公平な分配」については長期の効果も関連するという⁶⁶⁾。

(c) 定量分析

セカンド・ドラフトは、持続可能性の合意の利益と不利益を比較衡量するに際して、定量化が不要であり、定性的な審査で十分である二つの場合についても述

60) ACM, *supra* note 19, para. 60.

61) *Id.* para. 50.

62) *Id.* para. 51.

63) *Id.* para. 35.

64) *Id.* para. 40.

65) *Id.* para. 43.

66) *Id.* para. 44.

べている。第一に、関係事業者の合計市場シェアが限定され (limited)、具体的には 30% 以下である場合である⁶⁷⁾。第二に、一見したところ (at first glance) のおおよその推計 (rough estimate) に基づくと、競争に対する弊害が合意による利益より明らかに小さい場合である⁶⁸⁾。

そして、セカンド・ドラフトによると、3 項の定量分析に関しては、持続可能性イニシアティブの「利益」と「不利益」は可能な限り正確に特定され、貨幣価値 (monetary terms) によって表現される必要がある。持続可能性の合意は様々な形で高い費用をもたらし、その結果として高い価格をもたらしうるし、加えて消費者の選択肢を限定しうるとされる。そこで、定量分析において、「不利益」は、可能な限り正確に価格効果 (price effects) として表現されるという⁶⁹⁾。

これに対して、「環境被害合意」の「利益」は、いわゆる環境価格 (environmental prices) を用いて貨幣価値で表現されるとしている⁷⁰⁾。環境価格は、公害をもたらす排出や温室効果ガスの排出といった弊害に社会が割り当てる価格を表現したものである。環境価格は市場価格ではないことから、潜在価格 (shadow prices) とも呼ばれる。使用する環境価格を選択する際には、社会的費用便益分析 (social cost-benefit analyses : SCBAs) を行う場合に政府機関に適用されるガイドラインを出発点として用いることが考えられるという。第一に、環境価格が具体的な政策目標の実現のために用いられる場合には、予防費用 (prevention costs) に基づく環境価格と呼ばれる。第二に、環境価格が特定の生産又は消費が人間や環境に引き起こす被害に直接的に基づいている場合には、被害費用 (damage costs) に基づく環境価格と呼ばれる。

他方で、「他の持続可能性の合意」の「利益」に関しては、環境価格はしばしば利用できないので、将来の消費者の評価も考慮に入れた上で、消費者の支払意思 (willingness to pay : WTP) という形で消費者の評価を判断することが考えられるという⁷¹⁾。消費者の支払意思の調査は表明選好 (stated preferences) に

67) *Id.* para. 55.

68) *Id.* para. 56.

69) *Id.* para. 57.

70) *Id.* para. 58.

基づくものと顕示選好 (revealed preferences) に基づくものがあり、一般に顕示選好に基づく選好の測定の方が信頼性は高く、より望ましいとされる。セカンド・ドラフトでは、表明選好の方法として、仮想評価法 (contingent valuation method : CVM) とコンジョイント分析 (conjoint analysis method) が挙げられている⁷²⁾。コンジョイント分析は Chicken of Tomorrow の非公式意見において用いられたことがある⁷³⁾。なお、セカンド・ドラフトにおいては、消費者・市場庁は支払意思の調査が容易ではないことを認識していると明記されている。

(d) その他の要件

先に検討したように、オランダ競争法6条3項(及びEU機能条約101条3項)の適用除外規定の四つの要件は累加的であり、全てをみたす必要があるところ、セカンド・ドラフトは、その他の要件についても検討を加えている。

まず、第三要件(目的の達成に不可欠ではない制限を当該事業者に課すのでないこと)に関しては、①合意よりも反競争的ではない代替的措置が不可能であること、②合意の全ての反競争的な要素が持続可能性の目標の実現に不可欠であることが要求されうるとしている⁷⁴⁾。この第三要件は、効率性向上が不必要に高い費用で実現されないためのものであり、合意は費用効率が高いものでなければならないのだという⁷⁵⁾。なお、実践的な観点からは、最初に持続可能性の合意が第三要件に適合するかどうかを審査するのが便宜 (expedient) でありうるとされている⁷⁶⁾。

次に、第四要件(当該製品及びサービスの実質的な部分に関して競争を排除す

71) *Id.* para. 61.

72) *Id.* para. 62.

73) なお、消費者・市場庁は、2020年8月13日、Chicken of Tomorrow の非公式意見について独自の事後評価 (follow-up research) を公表している。See, ACM, *Welfare of Today's Chicken and That of the 'Chicken of Tomorrow'* (2020), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-08/welfare-of-todays-chicken-and-that-of-the-chicken-of-tomorrow.pdf> (last visited Aug. 1, 2021).

74) ACM, *supra* note 19, para. 65.

75) *Id.* para. 67.

76) *Id.* para. 33.

る可能性を当該事業者にもたらずのでないこと) に関しては、関連市場における重要な競争変数に対して持続可能性の合意が及ぼす影響がどのようなものかを審査することが重要とされている⁷⁷⁾。

(iv) 機会 3

ここでは、消費者・市場庁の持続可能性の合意に関する執行方針が述べられている。すなわち、セカンド・ドラフトによると、①持続可能性の合意が公表され、ガイドラインに誠実に (in good faith) 従ったものの結果的にオランダ競争法に違反した場合や、②持続可能性の合意について事前に十分に消費者・市場庁と協議し、その時点では大きなリスクや懸念は指摘されなかったものの結果的にオランダ競争法に違反した場合には、消費者・市場庁は制裁金 (fines) を課すことはないとされている⁷⁸⁾。これらの場合に、関係当事者が消費者・市場庁の求めに応じて速やかに (expeditiously) 合意を調整し、オランダ競争法に適合させた場合には、消費者・市場庁は制裁金を課すことはないというのである。消費者・市場庁の持続可能性の合意に関する執行方針は、持続可能性イニシアティブの利益を享受することができるようにする解決策を見出すことを目指しており、制裁金に基づく執行を目指すものではないとしている⁷⁹⁾。

そして、機会 3 として、仮に消費者・市場庁が持続可能性イニシアティブはオランダ競争法に適合しないと判断したとしても、そもそも事業者は持続可能性イニシアティブを議会に提案することが考えられ、「公共の利益」に資する一般的なルール (general rules) にはオランダ競争法の射程が及ばないことになるという⁸⁰⁾。また、将来においては「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案 (Bill on Room for Sustainability Initiatives)」も選択肢を提供しうるとされる⁸¹⁾。「公共の利益」(同法律案 4 条 1 項) に資するルールはオランダ競争法の射程外に置かれることから、事業者は持続可能性イニシアティブを経済・気候政

77) *Id.* para. 69.

78) *Id.* para. 72 & Chapter 1. Summary.

79) *Id.* para. 15.

80) *Id.* para. 74.

81) *Id.* para. 77 & Chapter 1. Summary.

策大臣 (Minister of Economic Affairs and Climate Policy) に申請することができるのだとしている。この審査においては、ルールの「市場効果 (market effects)」について消費者・市場庁に助言が求められることになる (同法律案5条)。ただし、持続可能性の合意の当事者は当該法律が施行された場合にはその機会を利用することができるものの、現時点では法律案はまだ成立しておらず、法律案が成立するかどうかは不透明であるという。

なお、セカンド・ドラフトにおいては、事業者は疑問点を協議するため、初期の段階が望ましいものの、いつでも消費者・市場庁にコンタクトをとることができる旨が繰り返し強調されている⁸²⁾。事業者が、持続可能性の合意がガイドラインにおいて述べられた機会のいずれかに該当するか確信をもてない場合には、消費者・市場庁への質問を歓迎するとされる⁸³⁾。個々のケースにおいて、消費者・市場庁はあらゆる障害に対して解決策を見出すことを支援するという。

(2) メモランダム

消費者・市場庁は、ファースト・ドラフトのパブリック・コメント手続の結果に関するメモランダム (memo)⁸⁴⁾をセカンド・ドラフトとともに公表している。パブリック・コメント手続においては合計27名の利害関係者より応答があり、(ほとんどは大規模な) 国際的事業者、NGO、事業者団体、法律事務所、エコノミスト、外国競争当局によって占められているという。そして、応答の圧倒的多数は、新しいガイドラインのファースト・ドラフトに肯定的 (positive) であったとされる。メモランダムは、パブリック・コメント手続において指摘されたファースト・ドラフトの不明確な点や疑問点に消費者・市場庁が応答したものである。なお、消費者・市場庁は、このパブリック・コメント手続を経て、ファースト・ドラフトを修正しており、その結果がセカンド・ドラフトに取り入れられて

82) *Id.* para. 71 & Chapter 1, Summary.

83) *Id.* para. 9.

84) ACM, *Accompanying Memo to the Second Draft Version of the Guidelines on Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law* (2021), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/memo-concerning-the-results-of-the-public-consultation-of-the-guidelines-on-sustainability-agreements.pdf> (last visited Aug. 1, 2021).

いる。

まず、メモランダムにおいては、消費者・市場庁は、持続可能性の問題に関して EU 全体での調和のとれた競争政策を望んでいるとする⁸⁵⁾。そして、持続可能性の合意が EU 機能条約 101 条 3 項で審査される最善の方法について EU 全体に問題提起されているところであることから、現時点では新しいガイドラインの最終版 (final version) は公表していないのだという。当面の間、消費者・市場庁は新しいガイドラインのドラフトを優先順位付けの手段 (prioritization instrument) と位置付けるとしている。

そして、メモランダムでは、新しいガイドラインのセカンド・ドラフトに関して、パブリック・コメント手続を経て、ファースト・ドラフトから変更を加えられた重要な点として七項目が挙げられている。

第一に、「環境被害合意」と「他の持続可能性の合意」の境界についてである⁸⁶⁾。ファースト・ドラフトで述べられていた「先行者不利益 (first-mover disadvantage)」という用語は十分に明確ではなく、セカンド・ドラフトでは事業者が共同行為を通して「負の外部性」を減少させる場合には効率性向上を生み出すことが強調されたという⁸⁷⁾。

第二に、消費者・市場庁は合意がより持続可能な生産を実現するのに必要であると拙速に判断しているとの懸念についてである⁸⁸⁾。パブリック・コメント手続におけるこの指摘に対応して、例えば、セカンド・ドラフトでは、第三要件の適用に関して、「市場の失敗」を是正する場合、かつ、「市場の失敗」を是正する限りにおいて、合意は必要とされることが強調されているという⁸⁹⁾。

第三に、持続可能性の合意を審査する他の選択肢である Wouters 法理⁹⁰⁾についてである⁹¹⁾。ファースト・ドラフトでは定性的な感知可能性 (appreciability) のテストである Wouters 法理への言及はなかったが、セカンド・ドラフトでは Wouters 法理の適用を検討したものの、ガイドラインでコメントするには

85) *Id.* p. 1.

86) *Id.* pp. 1-2.

87) ACM, *supra* note 19, paras. 8 & 36.

88) ACM, *supra* note 84, p. 2.

89) ACM, *supra* note 19, paras. 36, 37 & 66.

Wouters 法理がまだ十分に発展していない旨が述べられているという。

第四に、EU における統一的なアプローチを念頭に置いた EU 競争法との関係についてである⁹²⁾。消費者・市場庁は、EU 競争法を正確に解釈しており、様々な専門家に支持されているとしつつも、他方で、持続可能性イニシアティブに対する競争法の適用に関して EU の他の加盟国とのコンセンサスが存在することも重要であると述べている。

第五に、効率性向上を含む利益の実証についてである⁹³⁾。消費者利益を考慮する際の地理的範囲に関してオランダ国外の利益が含まれるのかについては、ケース・バイ・ケースではあるものの、特に「環境被害合意」について合意の利益と不利益の観点から国境を越えた国際的な効果を有している場合には、オランダ国外の利益も原則として考慮されうる（ただし、利益がオランダの消費者にどのような形で効果を有するかが実証されなければならない）という。

第六に、拘束力のある基準（binding standards）の役割についてである⁹⁴⁾。例えば、セカンド・ドラフトでは、持続可能性の合意は多様な国際基準・国内基準と関連しうることや、気候に関連した目標に限定されるものではないことが明確化されたとしている。

第七に、許容される合意の類型の明確化についてである⁹⁵⁾。例えば、セカンド・ドラフトでは、機会 1 の第二の類型である行動規範に関しては、環境に配慮した、又は気候に配慮した活動を促進するものに加えて、社会的責任のある活動

90) See, Case C-309/99, Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, 2002 E. C. R. I-577. Wouters 事件における欧州司法裁判所の先決裁定では、現在の EU 機能条約 101 条 1 項の判断において、弁護士適正な業務を確保することを理由に競争制限が正当化された。ここでは、当該競争制限が正当な目的の達成に固有な必要である場合には EU 機能条約 101 条の射程が及ばないことが示唆されている。この判示の概要については、村田淑子「米国・EC 独禁法判例研究（第 52 回）専門職業団体の自主規制と EC 競争法——弁護士と会計士とのパートナーシップ（異業種間共同事業）の禁止——」公正取引 637 号（2003 年）105 頁等を参照。

91) ACM, *supra* note 84, p. 2.

92) *Id.*

93) *Id.* p. 3.

94) *Id.*

95) *Id.*

も含むように拡大されたという⁹⁶⁾。

(3) テクニカル・レポート

消費者・市場庁は、ギリシャの競争当局であるギリシャ競争委員会 (Hellenic Competition Commission : HCC) と共同で委託した「持続可能性と競争に関するテクニカル・レポート (Technical Report on Sustainability and Competition)」⁹⁷⁾をセカンド・ドラフトとともに公表している。したがって、2021年1月26日の消費者・市場庁による提案は、セカンド・ドラフト、メモランダム、及びテクニカル・レポートの三点によって構成されていることになる。ただし、このテクニカル・レポートは三名の経済学者によって執筆されており、消費者・市場庁自身が作成したわけではない。

テクニカル・レポートは、競争政策における持続可能性の合意に対するよりオープンなアプローチの科学的根拠 (scientific basis) を構成しているとされる。そして、テクニカル・レポートは、「負の外部性」や「環境被害」の概念を説明しているほか、持続可能性の利益を測定するための実証的手法を広く概観している。

テクニカル・レポートは、競争法における持続可能性の利益に対するよりオープンなアプローチが可能かつ望ましいと仮定した場合に、①より広範な社会的利益、②市場外の効率性、③将来の世代の利益を考慮に入れる定量分析が実際にどのような形で適用されるのか、という問いに答えようとするものである⁹⁸⁾。ここで、テクニカル・レポートは、より広範な社会的利益の考慮が競争当局の権限の範囲内であると仮定した上で、潜在的な競争を制限する代表例として競争者間の合意を念頭に置いて検討している⁹⁹⁾。

このテクニカル・レポートは、環境経済学 (environmental economics) に係

96) ACM, *supra* note 19, para. 24.

97) Roman Inderst, Eftichios Sartzetakis & Anastasios Xepapadeas, *Technical Report on Sustainability and Competition* (2021), https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf (last visited Aug. 1, 2021).

98) *Id.* p. 1.

99) *Id.* pp. ii & 53.

るアプローチを二つに大別している¹⁰⁰⁾。第一は、個人の顕示選好や表明選好から得られた支払意思を合計して計算された厚生の変化によるアプローチである。第二は、ショートカットとして、既存のデータから推定したり、政策目標を社会的選好の表明と仮定したりして有害排出物等による健康や生産性への影響の合計を測定するアプローチである。ただし、ケースに特有のデータに依拠しない場合には、時間やリソースは少なくても足りるかもしれないものの、個人の選好を含む特有の状況を適切に反映しているかについて留意が必要であるという。また、それぞれの手法によって異なる結果が導かれることがあり、適用される基準等に関して透明性 (transparency) が求められるとされている。

そして、テクニカル・レポートは、消費者厚生 of 計算が関連する競争経済学 (competition economics) と外部性の内部化に焦点を当てる環境経済学を統合することにより、単一の貨幣化された測定基準 (metric) を得ることを試みている¹⁰¹⁾。これは、例えば野生動物の価値に関して、基本的には、野生動物そのものに価値があるという内在的価値 (intrinsic value) ではなく、食物や労働といった形で他者に価値を創出するという道具的価値 (instrumental value) を念頭に置くことを前提にしているようである。すなわち、人間中心主義のアプローチ (anthropocentric approach) をとる必要があり、権利 (rights) を考慮するのではなく、広範に定義された道具的価値に焦点を当てるとのことである。

なお、テクニカル・レポートは、① (市場における) 消費者厚生と②環境被害を切り離して取り扱っている¹⁰²⁾。ここでは、厚生への影響を、①影響を受ける市場における消費者の潜在的な厚生上の損失と②改善した環境上の安定性 (減少した環境被害) に起因する社会への厚生上の便益の二つに切り離して検討していることになる¹⁰³⁾。テクニカル・レポートが消費者余剰に焦点を当てているのは消費者・市場庁とギリシャ競争委員会による委託の範囲に基づいており、そのような立場が一般的に承認されているか、あるいは競争政策は消費者厚生 of 増大に

100) *Id.* pp. iii & 54-55.

101) *Id.* p. 6 n. 21.

102) *Id.* p. 17.

103) *Id.* p. 19.

焦点を当てるべきであるかについては立ち入っていないとされている。

Ⅳ 新しい提案の位置付け：Vision Document や法律案との対比

1 概説

それでは、このセカンド・ドラフトの考え方はどのような規範的意義を有するのであろうか。比較対象として Vision Document やオランダ政府が議会に提出した「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」の考え方を取り上げ、これらと対比する形で検討することとしたい。

まず、Vision Document は「将来の消費者利益」論を積極的に取り入れているものの、基本的には欧州委員会と同様の消費者厚生を重視する考え方に立っている。次に、「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」では、「公共の利益」のテストが採用されており、社会的費用便益分析が審査方法の具体例として挙げられている。そして、セカンド・ドラフトによる新しい提案は、二つに場合分けがなされている。第一に、「他の持続可能性の合意」に関しては、Vision Document と同じ消費者厚生を重視する考え方が採用されている。第二に、「環境被害合意」に関しては、「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」における「公共の利益」のテストに実質的には類似した考え方が提示されており、社会的費用便益分析も活用した上で「社会全体」の利益が考慮されるが、要件や考慮要素等に関して一定の差異が認められる。

2 Vision Document の立場

まず、Vision Document は、「将来の消費者利益」論を積極的に取り込んでいるが、これは伝統的な消費者厚生の議論を踏まえたものである。すなわち、先に検討したように、Vision Document では、「市場の失敗」である「負の外部効果」を除去するという観点が述べられているが、これはあくまで将来の消費者も含めた消費者利益に資するということが前提となっているようにも思われる。すなわち、「特に現在及び／又は将来の消費者が利益を享受することになる形で」という条件付きで「負の外部効果」の減少・除去に反競争的行為の正当化の契機を認

めるものともいいうる。これは、繰り返しになるが、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定の第二要件における、消費者に結果として生じる利益の公平な分配という条文の文言に素直な解釈ということもできよう。

3 法律案の立場¹⁰⁴⁾

次に、「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」は、4条1項において「公共の利益」のテストを定めている。すなわち、関係大臣は、「申請に応じたルールを制定することが公共の利益に適合するかどうか」を審査する。同法律案4条1項はその考慮要素を定めており、4条2項は申請に応じたルールが制定されない場合を列挙しているが、「公共の利益」に関する条文上の具体的な手がかりはなく、解釈に委ねられている。なお、同法律案5条により、消費者・市場庁は制定されるルールの「市場効果」について助言する機会がある。

法律案に添付されたオランダ政府の説明メモランダム¹⁰⁵⁾によると、「公共の利益」の具体的な判断方法として、持続可能性の利益等を社会的費用便益分析によって判定する手法が挙げられている。一般に、社会的費用便益分析は社会に対する持続可能性イニシアティブの問題や積極的效果・消極的效果への明晰な洞察を提供するという。たとえ全ての点における定量化が不可能であるとしても、社会的費用便益分析に類似した手法によって全ての利益と不利益を検討することができるとされている。

また、説明メモランダムでは、当事者は完全な社会的費用便益分析を実行することが期待されているわけではないが、この手法は全ての利益と不利益を明確に取りまとめるのに役立つとしている。持続可能性イニシアティブがより急進的になるにつれて、徹底的な調査の重要性が増すことになるという。持続可能性イニシアティブに基づく、それほど急進的でない規制や実験的な規制は実証の要

104) この点に関しては、柳・前掲注6) 190-191頁、193-195頁も併せて参照されたい。

105) M. C. G. Keijzer (De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat), *Memorie van Toelichting*, p. 17 (2019), <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2019Z14708&dossier=35247> (last visited Aug. 1, 2021).

件に関してより柔軟となることが考えられるとされている。

同法律案は、このように「公共の利益」のテストを定めており、当然、これはオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定とは異なるものである。すなわち、適用除外規定の第二要件における、消費者に結果として生じる利益の「公平な分配」の概念とは切り離されているといえよう。

4 新しい提案の位置付け

そして、セカンド・ドラフトによる新しい提案は、二つに場合分けがなされている。それぞれについて、比較対象としてVision Documentと法律案の考え方が参考になる。

第一に、「他の持続可能性の合意」に関しては、Vision Documentと同様の消費者厚生を重視する考え方が採用されている。すなわち、ここでは、前述のように消費者が被る競争制限に起因する弊害を持続可能性の合意から生じる利益によって完全に埋め合わせなければならないとされ、これはあくまで将来の消費者も含めた消費者利益に資するということが前提となっているのではなかろうか。「他の持続可能性の合意」は、Vision Documentと同様に、オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件の文言に忠実に、適用除外が認められるためには消費者利益に資することを求めているようにも思われる。

第二に、「環境被害合意」に関しては、「持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案」における「公共の利益」のテストと異なるものとはいえ、実質的には類似した手法が提示されており、社会的費用便益分析を活用して「社会全体」の利益が考慮される。すなわち、使用する環境価格を選択する際には、前述のように社会的費用便益分析を行う場合に政府機関に適用されるガイドラインを出発点として用いることが考えられるという。ここでも、社会的費用便益分析は社会に対する持続可能性イニシアティブの問題や積極的效果・消極的效果への明晰な洞察を提供することになるのかもしれない。ただし、セカンド・ドラフトにおける「環境被害合意」と同法律案の考え方には、要件や考慮要素等に関して一定の差異が認められる。

具体的には、セカンド・ドラフトでは、当該合意が「環境被害合意」であるだ

けでは足りず、「当該合意が、効率的な方法で、国際基準・国内基準を遵守することに役立つこと、又は（そのような被害を防止する）具体的な政策目標の実現に役立つこと」という要件も課される。また、当然のことながら、「環境被害合意」の議論はオランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の第二要件に関するものであるから、第一要件・第三要件・第四要件もみたす必要がある。

これに対して、同法律案では、審査基準はあくまで「公共の利益」のテストであるところ、同法律案4条1項はその考慮要素を定めている（例えば、4条1項bは「同等以上の持続可能な開発を達成する、より制限的でない他の代替手段の有無」を挙げる）ほか、4条2項は申請に応じたルールが制定されない場合を列挙している（例えば、4条2項aは「ルールが条約又は国際機関の決定に抵触する場合」を挙げる）。

このように、セカンド・ドラフトによる新しい提案は、「環境被害合意」か「他の持続可能性の合意」かによって二つに場合分けすることができる。そして、「他の持続可能性の合意」はVision Documentと同様の考え方で判断し、「環境被害合意」は一定の差異はあるものの、同法律案の定める「公共の利益」のテストに実質的に類似した枠組みで社会的費用便益分析も活用して判断するものといえることができよう。以上をまとめると下記の通りのテストと判断枠組みに関する表となる。

表 テストと判断枠組みの対比

	テ ス ト	判断枠組み
Vision Document	オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定に基づく3項テスト	第二要件に関して将来の消費者も考慮に入れた上で、消費者の支払意思といった形で判断する。なお、第一要件・第三要件・第四要件もみたす必要がある。
セカンド・ドラフト	オランダ競争法6条3項（及びEU機能条約101条3項）の適用除外規定に基づく3項テスト	①「環境被害合意」：使用する環境価格を選択する際には、社会的費用便益分析を行う場合に政府機関に適用されるガイドラインを出発点として用いることが考

	く 3 項テスト	えられる。効率的な方法で、国際基準・国内基準を遵守することに役立つこと、又は（そのような被害を防止する）具体的な政策目標の実現に役立つことも要件となる。なお、第一要件・第三要件・第四要件もみたす必要がある。
		②「他の持続可能性の合意」：第二要件に関して将来の消費者も考慮に入れた上で、消費者の支払意思といった形で判断する。なお、第一要件・第三要件・第四要件もみたす必要がある。
持続可能性イニシアティブの可能性に関する法律案	同法律案 4 条 1 項の規定に基づく「公共の利益」のテスト	「公共の利益」の具体的な判断方法として、持続可能性の利益等を社会的費用便益分析によって判定する手法が挙げられている。同法律案 4 条 1 項はその考慮要素を定めており、4 条 2 項は申請に応じたルールが制定されない場合を列挙している。なお、同法律案 5 条により、消費者・市場庁は、制定されるルールの市場効果の実証について助言する機会がある。

V グリーン反トラストの当否

グリーン反トラストの背景には、市場と環境との間の緊張関係は市場支配力 (market power) の形成によって解決されうるとの考え方があると指摘されている¹⁰⁶⁾。このような考え方が、競争を制限する持続可能性の合意をオランダ競争法 6 条 3 項（及び EU 機能条約 101 条 3 項）の適用除外規定により正当化するという提案にもっとも具体的に現れているのである。

ただ、セカンド・ドラフトによる新しい提案に代表されるグリーン反トラストには賛否両論がある¹⁰⁷⁾。新しい提案に近い側の意見は議論の出発点として次の

106) Schinkel & Treuren, *supra* note 3, at 70.

ように論じる。すなわち、第一に、環境立法 (environmental legislation) は制定されないことがあり、制定されたとしてもその目標が達成されないことがあると指摘されている¹⁰⁸⁾。その原因としては、立法者が問題状況を理解していなかったり、環境基準を弱める働きかけがなされたり、「市場の失敗」に対処する立法の時間が足りなかったりと様々なものが挙げられている。このような立場からは、持続可能性イニシアティブは規制を補完するものとして積極的な役割が期待されるのである。このような見解は、たとえ規制こそが最初に採るべき賢明な解決策だとしても、競争法は規制を補完したり、規制が不適切な場合にギャップを埋めたりするために用いられうる場合は存在するという考え方を前提としている¹⁰⁹⁾。

第二に、環境保護の措置を講ずる政治的圧力が増大していると指摘されている¹¹⁰⁾。欧州委員会にとって現在の EU 競争法の解釈を維持するのは困難であるという。市場経済が挑戦を受けており、持続可能性が重要な考慮事項となっている時代には、機械的に競争法を執行するだけでは十分ではないとされる¹¹¹⁾。意思決定プロセスにおいて持続可能性を統合することは競争当局の独立性への挑戦とはならず、経済的な費用便益分析を行うのは競争当局の役割の一部であるとし

107) もっとも、グリーン反トラストに関しては、論者の間に一定のコンセンサスもあると指摘されている。第一に、気候変動の危機の深刻さについてである。気候変動の危機そのものを否定する論調はあまり見受けられず、論点は気候変動に取り組むために競争法はどの程度役割を果たすべきか（あるいは、どの程度障害となっているか）であるとされる。第二に、競争法や競争政策はあくまで補完的な役割 (supporting role) にとどまることである。ほとんどのケースでは環境規制こそが適切な手段であり、論点は規制と私企業のイニシアティブのバランスであるという。第三に、持続可能性は品質やイノベーションといった競争の一側面であることである。個々の事業者は製品の持続可能性に基づいて競争をするべきであり、論点は気候変動に取り組む事業者の共同行為をどの程度適法ないし有益と考えるかであるとされる。See, Simon Holmes, *Preface: How Sustainability Can Be Taken Into Account in Every Area of Competition Law*, in COMPETITION LAW, CLIMATE CHANGE & ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY 3, 4 (Simon Holmes, Dirk Midschulte & Martijn Snoep eds., 2021).

108) Giorgio Monti, *Four Options for a Greener Competition Law*, 11 JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 124, 124 (2020).

109) Simon Holmes, *Climate Change, Sustainability, and Competition Law*, 8 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 354, 401 (2020).

110) Monti, *supra* note 108, at 126.

111) *Id.* at 131.

ている。EU 条約 3 条や EU 機能条約 7 条・9 条・11 条等の憲法条項 (constitutional provisions) や気候変動の存続に関わる脅威から導かれる倫理的義務 (moral imperative) を踏まえると、環境や持続可能性は競争法の適用に際して考慮されるべきとの立場も主張されている¹¹²⁾。

第三に、個々の企業がいわゆる外部費用 (external cost) の内部化を追求する場合には、追加の費用を負担することになり、(その最初または唯一の競争者である場合には) 先行者不利益を負担することになるとされる。競争者間の合意は、真の生産費用 (true cost of production) を反映した費用に基づく、競争条件を公平にする (leveling the playing field) 方法であるという。真の生産費用に基づく競争を促進する点で、これは競争を制限するというよりはむしろ競争促進的 (procompetitive) とみることができるとしている¹¹³⁾。このような見解は、企業が気候変動の問題に取り組むべき領域は大きいのであって、この問題は企業が共同行為により様々な基準を合意することを通してしばしば解決されるし、競争法が障害となる程度は最小化すべきであるとの考え方に基づいている¹¹⁴⁾。

これに対して、グリーン反トラストに反対する意見も有力である。第一に、競争を減少させるのではなく、競争を増大させることこそが、より大きな持続可能性をもたらすとの批判である¹¹⁵⁾。企業は費用最小化を必要条件として利潤を最大化する価格上昇を追求することになり、グリーン・ウォッシュに関連してほとんど持続可能性をもたらさないインセンティブをもつ可能性があるとされる。他方で、企業の費用を削減し、消費者に訴求することから、競争こそが持続可能性への投資を増大させるという。換言すると、持続可能性とは製品差別化の一側面であるとされている。

第二に、先行者不利益は稀な現象にすぎないとの批判である¹¹⁶⁾。先行者不利益の議論は合意の結果として持続可能な製品に対する支払意思が増大する場合 (これは、消費者が共同行為によって持続可能性が実現される場合にのみ支払意

112) Holmes, *supra* note 109, at 359-362.

113) *Id.* at 367.

114) *Id.* at 401.

115) Schinkel & Treuren, *supra* note 3, at 76-79.

116) *Id.* at 79-81.

思を有することが必要である)が念頭に置かれているようであるが、これは一般的なケースではなく、むしろ特殊なケースであるとされる。稀に発生するにすぎない先行者不利益は、競争法を一般的に修正するには根拠として薄弱であるという。

第三に、グリーン反トラストは、グリーン・ウォッシュを恒久的に監視する必要性が生じるとの批判である¹¹⁷⁾。競争当局は、持続可能性が実際に実現され、価格上昇が持続可能性向上の費用をカバーするのに必要な限度を超えないことを確保するために、合意を厳格かつ継続的に監視しなければならないとされる。そして、適切な評価と監視をするためには競争当局には膨大な情報やリソースが必要であり、他の重要な競争当局の執行目的が後退してしまうという。

第四に、グリーン反トラストは、規制についての「政府の失敗」の口実となるとの批判である¹¹⁸⁾。持続可能な生産を共同行為によって実行する必要がある場合には、政府が規制すべきであり、企業は規制官庁に効果的な規制を制定するように働き掛けるべきであるとされる。政府は、確かに不完全ではあるものの、少なくとも最適な課税等を追求するのに対して、市場支配力を有する企業は利潤を最大化するインセンティブをもつという。

第五に、「市民厚生基準 (citizens' welfare standard)」は持続可能性に対処する競争当局の能力を弱体化するとの批判である¹¹⁹⁾。ここでの「市民」とは消費者と非消費者を含む全てのオランダ市民 (all Dutch citizens) を指すところ、グリーン反トラストの提案には政治的側面があり、「市民厚生基準」は競争当局が再分配に関する政治的決定(価値判断)をすることを含意しているとされる。消費者埋め合わせ基準は典型的には厳しい基準であるのに対して、市民埋め合わせ基準は多数の非購入者が存在するため少しの持続可能性でみたされうるといふ。

このようにグリーン反トラストの当否をめぐることは必ずしも論争は決着していない¹²⁰⁾。新しいガイドラインのセカンド・ドラフト等を通したオランダの提案が、欧州委員会における二つの水平的一括適用除外規則と水平的共同行為ガイド

117) *Id.* at 81-82.

118) *Id.* at 82-84.

119) *Id.* at 84-86.

ラインの見直し等にどのように影響を与えるのかが注目される。

- 120) なお、消費者・市場庁の委員長である Martijn Snoep はスピーチの中でグリーン反トラストに反対する意見に対して以下のように四点の反論をしている。See, Snoep, *supra* note 40.

第一に、これは滑りやすい坂道 (slippery slope) であって、あつという間にあらゆる種類の社会的目標を保護する反競争的合意が適用除外されるとの反対意見に対する反論は次の通りである。

「第一に、我々は政策変更の射程を負の外部性の結果としての環境被害の減少を目的とする合意に限定する提案をしているため、既に議論は限定されている。また、政府、すなわちこの場合 EU の立法者は、この減少に目標を設定しなければならず、あるいは法的要請に拘束されなければならないため、その射程は更に限定される。最後の要点は、101 条 3 項の他の三つの要件は当然変更されないままであるということである。特に、不可欠性のテストは、この政策変更の射程を EU の気候の目標を達成するのに真に必要な合意に限定することとなる。」

第二に、規制当局は逃げ道をもつようになるから、規制の機能不全を促進することとなるとの反対意見に対する反論は次の通りである。

「我々の反対者の第二の議論は、我々の提案が規制の機能不全を促進することとなるというものである。理論的には、実際に我々の提案は規制の停滞をもたらしかもしれない。しかし、規制の失敗は、公平な分配のテストの変更の有無にかかわらず、広範で多面的なものである。我々は 2030 年及び 2050 年までに気候の目標を達成しなければならない。したがって、ファースト・ベストの解決策のみを待っている時間はない。時にはセカンド・ベストで十分である。今こそ全員が総力を挙げるときである。」

第三に、競争当局にとって社会に対する利益を審査することは困難であるため、適用除外の過剰 (false positives) やグリーン・カルテルをもたらすこととなるとの反対意見に対する反論は次の通りである。

「第三に、我々の反対者が主張するのに反して、利益の審査はそれほど困難ではない。例えば、全ての温室効果ガスには公式の潜在価格が存在する。そして、温室効果ガスの減少や他の環境上の利益は多くの確立した手法に基づき定量化することができる。消費者・市場庁はギリシャ競争当局と共同してこれらの手法の包括的な概観を提供する研究を委託している。繰り返しになるが、これは全く難しいことではないのである。」

第四に、消費者厚生に焦点を当てる EU 競争法の劇的な見直しとなるとの反対意見に対する反論は次の通りである。

「最後の点として第四に、我々の提案は EU 競争法の劇的な見直しとはならない。この提案は、過去に欧州委員会自身が解釈した 101 条 3 項の文言と論理にまさに適合している。我々の提案は、消費者厚生への焦点は手付かずに行っているし、いずれにしても見直される水平的ガイドラインの修正を要求しているだけである。」

VI 結びに代えて

グリーン反トラストに賛成する立場からは地球温暖化等に起因する「共感的(sympathetic)」な価値判断が先行した議論(運動)が展開される傾向にある。政府、企業、消費者といった全ての者は劇的な気候変動を阻止するというEUの新しい気候の目標の達成に寄与するべきであり、この気候の目標を達成するに際して企業が役割を果たすことをさらに促進するべきであるというのである。そこでは、気候変動の危機は緊急事態(emergency)であるとして、競争法の修正論の必要性が強調されることになる。

しかし、競争政策を緩和する(例えば、適用除外・正当化事由の解釈を拡大する)ことが本当に持続可能性の利益を増大させるのかについて冷静な経済的エビデンスに基づいた議論を深める必要があろう。先に検討したように、経済学者によっては、むしろ厳格な競争政策の執行こそが持続可能性の利益にも資する(持続可能性と競争は協働しうる)との主張もなされているところである。様々な規制が十分なインセンティブを与えたり、競争上の優位性を獲得したりするために、事業者は単独で生産プロセスをより持続可能なものとすることもできるということであろう。

仮にセカンド・ドラフトが提示した「環境被害合意」における社会的費用便益分析¹²¹⁾が有用なのだとしても、差し当たりはそれが必要とされるケースがどの

121) 岸井大太郎教授は、安全規制を念頭に置いて次のように費用便益分析の重大な問題点を三点指摘する。すなわち、第一は、非経済的な便益の問題であり、権利としての生命の評価に関して恣意的になる危険があり、また規制の評価についてイデオロギー的な偏向を生みやすいことである。第二に、費用便益分析は、金銭の評価の最終的な「結果」に着目するために、その結果が実現されるプロセス、特に階層・人種・世代等によって異なる規制の効果・影響が適切に評価されないことである。第三に、費用便益分析においては、リスク評価における「質的・定性的要因」を適切に処理できず、そこでは、対立する価値・利益の調整や選択が不可避であり、単なる金銭の評価の集計だけで問題を解決できないことである。その上で、費用便益分析は「定性的要因の判断基準を提供したり公共的決定に取って代わったりすることはできない。その意味で、費用便益分析の役割は限定されることが注意されねばならない。」と論じている。参照、岸井大太郎「社会的規制と消費者——安全確保に関する法規制を中心に——」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法13——消費生活と法』(岩波書店、1997年)32-35頁。なお、宇賀克也『アメリカ行政法[第2版]』(弘文堂、2000年)216頁も併せて参照。

程度起こりそうかについての検討も必要となろう。このような社会的費用便益分析が実際に必要となる場合は、あるとしても稀な事態なのではなかろうか。先に検討したように、新しいガイドラインを立案した消費者・市場庁によれば、持続可能性の合意はそもそもオランダ競争法6条1項（及びEU機能条約101条1項）の競争制限に該当しない場合が多いとされているところである。

したがって、まずは競争制限に該当しない場合の典型例やその考慮要素・条件等を明確化することこそが喫緊の課題といえるのではないだろうか。この点に関しては、セカンド・ドラフトにおける機会1の整理は重要な視点を提供しているといえよう。カルテルの禁止は既存の枠組みによっても多くの場合（あるいは、ほとんどの場合）において必ずしも持続可能性の合意の障害となるものではないのではなかろうか。セカンド・ドラフトでの機会2における「環境被害合意」のような極端なケースに焦点を合わせるよりも、まずは競争制限に該当しない場合の典型例やその考慮要素・条件等を明示して透明性・法的安定性を確保するように努めることが持続可能性の目標に向けた建設的な議論の展開に資するのであって、それこそが当座のガイドラインの役割なのではないかとも思われる。