

EU 競争法における不爭条項 (No-challenge clauses) と 遅延対価支払合意 (Pay-for-delay agreements)

Dr. Marco Stief*

事務局 (訳)

I. 適用される EU 競争法の概要

欧州連合において、知的財産と競争法との関係は、まず欧州連合機能条約 (TFEU) 第 101 条に基づき管理され、これが EU 加盟国すべてを拘束する欧州一次法の一部を構成する。条約第 101 条 (2) によると、第 101 条 (1) に基づき禁止されている取決め及び決定は、**自動的に無効とされる**。この法的制約は、EU 域内の各事業者に加え事業者の組合にまで効力が及ぶ。更に、EU 域内の公的当局及び裁判所、そして各 EU 加盟国も、この法的効果によって拘束され、これを遵守することが要求される¹⁾。

TFEU 第 101 条は次のように規定している。

「1. 次の行為は域内市場に受け容れられないものとして禁止される：あらゆる事業者間での取決め (agreements)、事業者の組合による決定 (decisions)、共同業務 (concerted practices) であって、加盟国間の取引に影響を与える可能性があり、域内市場における競争行為の妨害、制限若しくは曲解を目的とする又はその効力を有するものであり、特に次に該当する場合：

- (a) 購入若しくは販売価格又はその他の取引条件を、直接的又は間接的に設定する。
- (b) 生産、販売、技術開発若しくは投資を制限又は管理する。
- (c) 市場又は供給源を分割する。
- (d) 同等の取引について他の当事者に認めたものと同様ではない条件を適用し、競争的に不利な立場に置く。
- (e) 他の当事者による補足的義務の受諾を条

件としての契約締結であって、その義務が、その性質上又は商業的用途において、契約対象と無関係である場合。

2. 本条の規定に基づき禁止されている取決め又は決定は、自動的に無効とされる。

3. ただし第 1 パラグラフの規定は、次に該当する場合には適用免除を宣言することができる。すなわち：

- 事業者間のすべての取決め、又は一定カテゴリ (category) に含まれる取決め
- 事業者間のすべての決定、又は一定カテゴリに含まれる決定
- すべての共同業務、又は一定カテゴリに含まれる共同業務

これらに該当する場合であって、商品の生産若しくは頒布の改善、又は技術的若しくは経済的進歩の促進に寄与するものであり、その一方で、結果としての利益を消費者に公正に分配するものであり、かつ、次に該当しないもの：

- (a) これらの目的の達成のために必要不可欠といえない制限を、関係する各当事者に課す。
- (b) 問題とされる製品の重要部分に関する競争を排除する可能性を、これらの当事者に提供する。」

ライセンス及び和解などの知的財産契約は、実態において TFEU 第 101 条 (1) に違反して (当事者間で対応する条件を含む又は課すことによって) 「生産、販売、技術開発を制限又は管理する」可

* Partner, Attorney-at-Law, Maiwald Patentanwalts- und Rechtsanwalts-GmbH

能性、又は（たとえば各ライセンシーの間で）「市場を分割する（share markets）」可能性、又は（たとえば別個のライセンシーに対して）「同様ではない条件を適用する」可能性があり、これらの場合には無効とされる（第 101 条(2)）。しかし一定条件において、これらの契約は同時に技術的又は経済的進歩を促進する可能性があり（その場合が多い）、したがって（第 1 パラグラフの適用免除を宣言することによって）TFEU 第 101 条(3)に基づき許容されることがある。たとえばライセンス契約は、その本質的な性質上、競争者に排他的又は非排他的ライセンスを許諾することによって技術革新をシェアし、そこから技術革新を拡大させ、それに続く技術革新までも拡大させるであろう。

この状況においては、どのような組織であれば、TFEU 第 101 条(3)の規定に基づき、**第 101 条(1)の適用免除を宣言できるのか**、という問題が生じる。当初は欧州委員会だけが、この宣言を行う資格を有していた。しかし理事会規則 No. 1/2003/EC²⁾ によってこの状況は抜本的に変更され、現状では、各国の国内公的当局及び裁判所が自律的に第 101 条(3)の規定を適用することができる³⁾。したがって現在、TFEU 第 101 条(1)及び(3)は、原則とその例外との関係にある。（第 2 パラグラフの規定に基づき）取決め又は決定が第 1 パラグラフに違反する場合、EU 各加盟国の国内公的当局及び裁判所は、それが無効とされる法的効果に異議を述べることができない。しかしこれらの当局及び裁判所は、（パラグラフ 3 の規定に基づき）パラグラフ 1 が適用されない旨、すなわち（パラグラフ 1 が適用免除とみなされることから）取決め又は決定が無効ではない旨を宣言することができる。ただし、第 101 条(3)は「(...) 適用免除を宣言することができる」と規定しているが、第 3 パラグラフで述べている条件が満たされた場合に、パラグラフ 1 の適用免除が宣言されるものと広く認識されていることから、この宣言は公的当局及び裁判所の裁量に委ねられるものではない⁴⁾。

これは公的当局及び裁判所が、**個別案件として**の取決め、決定、共同業務について判断する場合

に該当する。しかし EU 委員会は、一定カテゴリに含まれる取決め、決定、共同業務の場合、規則の規定によって TFEU 第 101 条(3)に基づく宣言を依然として行うことができる（TFEU 第 288 条⁵⁾）。この宣言を行う場合（これは委員会の裁量に委ねられる）、宣言は規定の包括的な適用免除の効果をもつことから、制定法的な宣言となる。ここで知的財産ライセンス及び和解についての重要な規定として、**技術移転契約のカテゴリに対する TFEU 第 101 条(3)の適用に関する委員会規則 No. 316/2014/EU**（技術移転の包括的な適用免除規則、TTBER）が挙げられる⁶⁾。TTBER は、自由競争及び技術進歩の奨励の両方について配慮しながら、新技術のライセンシング及びそこから技術革新を通じて、その新技術が普及する法的確実性を知的財産権者に与えることを目的としている⁷⁾。しかし TTBER には不明確な点が多く、かなり多数の矛盾点が含まれているために、その目的のうち達成されたものは少数に留まる。

ここで留意すべき点として、TFEU 第 101 条、そして第 101(3)に基づく委員会規則（特に TTBER）の解釈は、TFEU 第 267 条の規定に基づき、欧州連合司法裁判所（CJEU）の予備判決に従う。このような事案が EU 加盟国の国内裁判所において係属中であり、その判決に対して、国内法に基づく司法上の救済手段が存在していない場合、国内裁判所はその事案を CJEU に送致する義務を負う（TFEU 第 267 条第 3 文）。更に欧州委員会は、**技術移転契約に対する TFEU 第 101 条の適用に関するガイドライン**を公表しており⁸⁾、これは TFEU 第 101 条だけでなく、TTBER についても扱っている（EU 委員会ガイドライン）。もっとも、このガイドラインにおいても、漠然性及び矛盾点が解消されているわけではない。

これは実際のところ、当事者間の又は当事者による取決め、決定、共同業務が、EU 競争法によって無効又は禁止とされるのか否かをケースバイケースで判断することを、きわめて困難な状況にしている。技術移転契約の場合、かかる状況の例として以下を挙げることができる。

- ・第 101 (1) に違反している。
- ・第 101 条 (3) を、CJEU がその判例法においてどのように解釈するのか、EU 委員会がそのガイドラインにおいてどのように解釈するのかを考慮した、公的当局及び裁判所による第 101 条 (3) の直接適用のために、第 101 条 (1) が適用されない。
- ・TTBER を、CJEU がその判例法においてどのように解釈するのか、EU 委員会がそのガイドラインにおいてどのように解釈するのかを考慮した、公的当局及び裁判所による解釈に従い、第 101 条 (1) が適用されない。

II. 不爭条項 (No-challenge clauses)

不爭条項 (no-challenge clauses) は、特に競争法と高い関係性を有している。この条項は、契約対象である知的財産権について相手方が裁判所で争うことを禁止する規定である。この条項は特に、各種のライセンス契約、具体的にはクロスライセンス、そして裁判上又は裁判外の和解と、高い関係性を有している。当事者双方は、この条項に違反した場合における各種の契約上の帰結について同意するものと考えられる。その代表的な例として、制裁金をライセンサーに支払う条項、更に、損害賠償請求を伴うこともある、ライセンス契約の異常終了などが挙げられる⁹⁾。ライセンス料の自動増額が条項に含まれることもある¹⁰⁾。この条項は、その契約内容とは別に、問題とされる特許の無効又は異議手続の禁止、すなわち国内裁判所又は公的当局（特に特許裁判所、国内特許官庁、欧州特許庁）¹¹⁾ に対する手続の不許可及び拒絶にまで及ぶ可能性がある。

この条項の必要性を否定するのは困難であることから、ライセンサーは特許に関してライセンサー・特許権者と情報を頻繁に交換する必要がある。したがって、ライセンサーがロイヤリティ支払義務を逃れる目的で、この情報を悪用してライセンス許諾対象の知的財産権の有効性を争う状況を防止するメカニズムが要求される。ライセンサーは更に、契約上の使用権の枠組み内におい

て本来的に発生する可能性がある侵害行為から、(ライセンス) 契約を防御する全体的な利害関係も有している。これが特に該当する状況として、特許において公衆が容易に知り得なかったと思われる特別な弱点について、ライセンサーが具体的な知識を得る可能性があることに留意している場合が挙げられる¹²⁾。また、開発又は協力契約において頻繁に見られるが、たとえばパートナー企業とのライセンス契約又は会社法規定など、当事者間における高レベルの信頼関係が前提とされる状況が存在している場合も考えられる¹³⁾。したがって明確な契約条項が存在しない場合であっても、1996 年のドイツ連邦特許裁判所の判決に従い、善意による行為義務から、不爭義務が黙示的に生じる可能性がある（たとえばドイツ民法第 242 条を参照）¹⁴⁾。

これらの各契約当事者の利害関係とは別に、このような不爭条項は、防御力が弱く無効のおそれがある特許、すなわち法律に基づく独占的権利に対する係争を防止し、更にはその結果としての制限又は取消のリスクも防止することから、明らかに反競争的な効果も有する可能性がある。しかし、特許に対する異議申立ての可能性は、特許法の基本的原則である。TFEU 第 101 条 (1) を基礎とする欧州反競争法に関していえば、特許が有効でなかったとしても、不爭条項によって、相手方、特にライセンサーが特許の有効性を争うリスクが防止されるであろう。ライセンサーにとっては、ライセンス契約終了などの制裁を受けた場合には、ロイヤリティを大きく上回る金銭的リスク（たとえばライセンス終了による侵害訴訟又は損害賠償請求）を負うことから、そのような制裁の回避を望むであろう¹⁵⁾。このような実務慣行は、特許権者が実際には資格を持たない独占的地位に留まるための権利主張を助長する可能性があることから、問題とされる市場を制限し、競争を歪めるおそれが存在する (TFEU 第 101 条 (1) (b))。そのために各裁判所及び欧州委員会は常に、国内及び欧州の両レベルにおいて、このような条項をきわめて厳格に監視している¹⁶⁾。

したがって複数利害の対立が生じている。科学

技術の研究開発における公共の利益と、自由競争との間では、両当事者の利益バランスを取る必要がある。しかし特許は、研究開発を奨励することによって技術進歩を促進するだけでなく、特許権者は特許の存続期間中、その基盤となる技術的発明のライセンスを許諾し、それによって市場の他のプレイヤーと**革新技术をシェア**することが認められる。ライセンスの法的枠組みがきわめて不利なものであり、特許権者によるライセンス許諾の意欲を減退させ、技術協力契約の締結の意欲さえも失わせる場合には、結果的に研究開発の芽を摘むものとなってしまうであろう。

特許は一般的に、自由競争を制限するが、それは一時的な限定に過ぎないものと認識されている。その一方で知的財産権は、対応する前提条件が満たされた場合に限り付与される。これは特許に関していえば、主張される発明が新規であり、進歩性を有しており、産業上利用可能であることを意味する。これらの判断基準が満たされない場合、公衆は、保護されている権利の有効性を争うことによって、誤って付与された独占的権利を撤回させる正当な利益を有する。しかし、このように誤って付与された特許を取り消す公共の利益だけでは、不爭条項が認められないという主張に結び付けることができない¹⁷⁾。これは、公衆は特許権者と契約上の関係を有していないことから、いつでも特許に対して争うことができるという理由に基づくものである。潜在的なライセンシーであっても、ライセンスの自発的な容認と、侵害訴訟のリスクの容認との間で選択することは自由であり、このような動きに先駆けて、又はそれに反応して、根底にある特許が無効であるという推定に基づき無効手続を提起することができる¹⁸⁾。

結局のところ無効であるが、(依然として)有効性が争われていない(形式上は有効である)特許は、**研究活動を阻害**し、それによって市場活動及び技術移転は大きく制限される。しかし、不適切なライセンスの枠組みも、これと同様の**影響を与える可能性がある**。したがって、当事者双方の利害関係の均衡を図り、ライセンス過程で取得した知識が、契約に反する態様で利用され

ないように確約する必要がある。

TTBERはこの問題を認識しており、TFEU 第101条(1)に違反しない技術移転契約については、TFEU 第101条(3)で意味する適用免除を確立させている。しかしTTBER 第5条(1)(b)では、不爭条項を、この適用免除規定から明確に排除している。不爭条項が一般的に反競争的とみなされるのは、これが理由となっている¹⁹⁾。EU委員会によるとこの主な理由は、ライセンシーは通常であれば契約対象の知的財産権の有効性について判断する最良の立場に置かれているという事実による²⁰⁾。ガイドライン及びCJEUの判例法によると、この原則には概して、次の3つの例外だけが存在する。

- ・ **フリー（無償）ライセンス許諾**。この場合、ライセンシーは手数料支払による競争上の不利益を受けないからである²¹⁾。
- ・ **有償のライセンス許諾であるが、技術的に陳腐な方法に関するものであり、ライセンシーがそれをまったく利用していない場合**²²⁾。
- ・ **ライセンス終了条項**（ライセンサーによるライセンス終了権については後述するので参照されたい）を特別に配慮した場合における、TTBER 第5条(1)(b)に基づく**排他的ライセンシー**。

不爭条項がこれらの3つの例外のいずれにも該当しない場合、その条項はEU競争法に違反するおそれがある²³⁾。しかし、これは確定的なものといえない。これに関して、**適用免除規定の対象外とされる状況は、競争法違反として確立された状況と同等ではない**。これに代えて、ケースバイケースでの判断が必要である。これはEU委員会ガイドラインで確認されており、同ガイドラインによると、包括的な適用免除の対象とされない条項については個別の判断が要求される²⁴⁾。更に同ガイドラインでは、あるライセンス契約の残りの部分に当該条項が含まれており、その条項が他の部分から分離可能であれば、その部分は依然として包括的な適用免除の対象とされる可能性があることを明確化している²⁵⁾。この判断はCJEUの

Windsurfing 事件判決²⁶⁾によって明確化され、現在ではEU委員会ガイドライン²⁷⁾によって明確化されており、次のように規定されている。

「ライセンス契約の許諾対象そのものの有効性を争うライセンシーに継続的に対応することを強いられることなく、ライセンサーがライセンス許諾する意欲を高めるという公共の利益と、ある知的財産権が誤って付与された場合に生じるおそれがある、経済活動に対する障壁を排除するという公共の利益との間で、バランスを取る必要がある。これらの利益間のバランスを取るためには、その許諾対象の有効性に関する争いが発生した時点での契約に基づくすべての義務、特に同意に至ったロイヤリティの支払義務をライセンシーが遵守しているのか否かを考慮すべきである」²⁸⁾。

EU委員会ガイドラインは、不爭条項が第101条(1)に違反する「おそれがあり」、TFEU第101条(3)に基づく適用免除の対象とされないものと分類されるための具体的な判断基準を挙げており、それはライセンス許諾された技術の価値(対価)である²⁹⁾。したがって、たとえば標準必須特許に関する不爭条項であれば、このような利益間のバランスはTFEU第101条違反の側に優位に傾くものと考えられる。ガイドラインには「価値のある技術」について正式な定義が示されていないことから、この用語は裁判所が広い範囲で解釈する可能性があり、これによって利益間のバランスが、第101条違反の側に更に優位に傾く可能性が高まる。

もっとも、**排他的ライセンス**の場合、すなわち実施及びサブライセンス許諾の権利をライセンシーに付与し、それに基づきライセンサー(特許権者)による同様の行為が規制される場合には、ライセンス許諾された技術に価値があるのか否かと無関係に、この結果が異なるものとなるかもしれない³⁰⁾。この場合のバランスは(許容されない権利行使の場合における契約上の制裁及び反対手続を含む)不爭条項の側に優位に傾いているもの

と考えられる。この場合、ライセンシーは本質的に、ライセンス料の支払を除き、特許権者と同等の地位に置かれているものと推定され、ライセンシー自身による特許の実施、他の者にライセンスを許諾することによる実施の収益、特許権侵害訴訟の提起による(特許権者を含む)第三者の排除が可能となる(ただしこの場合、特許権者も引き続き手続行為の資格を有する)。このように強固な地位において、特許権者はロイヤリティが唯一の収入源と考えられることから、特許の有効性を争わない義務が、他の利益に劣後する可能性は低い³¹⁾。

1. 有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項 (Termination-upon-challenge clauses)

これは不爭条項に代わり得る条項であり、ライセンス許諾対象の知的財産権に対してライセンシーが有効性を争った場合、特許権者はライセンスを終了させる権利を有するとの条項である。この「有効性に関する争い発生時のライセンス終了権 (termination-upon-challenge)」は、間接的な不爭義務 (indirect no-challenge obligation) とも呼ばれる³²⁾。これによって事実上、ライセンシーは有効性を争う行為が制限され、仮に争った場合、ライセンシーはライセンス契約終了後に特許権侵害の主張を受けるリスクを負うことになる³³⁾。

標準必須特許の場合、これはライセンシーにとって特に問題となるかもしれない。この場合には技術規格に準拠するために、ライセンス対象の特許が必要となる。したがって特許発明の保護対象を使用しなければ、結果的にライセンシーは該当する市場における事業の継続が不可能となり、克服できない障壁に直面することになる。これは特に、特許権者が市場における支配的な立場を有する場合、排除されたライセンシーはその市場において多大な制約を受けることから、更に問題となるであろう³⁴⁾。

有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項は、法的に明確に分類されているものと思われる。2004年TTBER³⁵⁾によると、この間接的な不爭条項は概して適用免除の対象とされてい

た³⁶⁾。しかし 2014 年 TTBER では、この適用免除に関する規定が改正され、**排他的ライセンス**の場合における契約終了権のみが引き続き適用免除の対象とされた³⁷⁾。欧州委員会は、排他的ライセンスの場合には反競争的な影響を与える可能性が低いと言及して、これを正当化している。この場合には特許権者にとっても特別な経済上の従属性が存在しており、更に、技術革新及びライセンシングにも否定的な影響を与える可能性が存在することが、この適用免除の正当性が優越する理由とされている³⁸⁾。

これと対照的に、**非排他的ライセンス契約**の場合には、双方の利害関係間の紛争を解決する必要性から、ライセンサーによる終了権が適用免除の対象とされないことが正当化されている³⁹⁾。技術革新及び研究活動を奨励する目的で、有効でない財産権を排除するという公共の利益と、ライセンサーの知的財産権の有効性に関する争いが発生した場合に、ライセンサーがライセンシーとの契約を解除する利益とは、対極の位置にある⁴⁰⁾。ライセンス終了権が、実際のところ不爭条項と同等の効果を有するという状況は、ライセンス対象の知的財産権にライセンシーが従属している場合、更に助長される。この従属性は、実質的な金銭的リスクの形で、そして上述したように、特に標準必須特許の場合において存在する可能性がある⁴¹⁾。

排他的ライセンスの場合におけるライセンス終了権が(唯一の)適用免除の対象になるからといって、非排他的ライセンス契約にライセンス終了条項を盛り込むことが、自動的に競争法違反を構成するという意味にはならない。上述したようにこれらの事案は、ケースバイケースで分析及び評価を実行することによって、初めて判断が可能となる。

ライセンス終了条項が好意的に扱われているという主張は、(不爭条項と同様に)特許された技術が価値を有している状況、又はライセンサーが市場において「きわめて強力な」地位を有している状況を、EU 委員会ガイドラインが具体的に想定しているという事実によって証明されている⁴²⁾。したがって非排他的ライセンスにおける、

このような想定「範囲外」にあるライセンス終了条項は正当化されないであろう。ここで重要な判断基準となるのは、それぞれの個別事案において、知的財産権の有効性を争う「意欲を大幅に減退させる」規定が存在しており、不爭条項と「同様の効果が生じる」のか否かである⁴³⁾。

一方、有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項は、単に特許権者とライセンシーとの利害関係のバランスを取るものに過ぎないといえるかもしれない。ライセンシーがライセンス契約対象の有効性を争う利害関係を有する場合には、特許権者も同様に、ライセンシーとの契約を終了させる利害関係を正当に有するであろう。また、競争法に基づき問題が生じる条項であっても、ライセンシーはそれを遵守しなければならない、ライセンス許諾対象の知的財産権の有効性に対する争いが禁止される状況も考えられる⁴⁴⁾。ライセンシーはこのような条項に関する係争を発生させる義務を負うものではなく、これは知的財産権の有効性に関する争いについても同様である。

2. 和解の範囲内における場合

ライセンス契約と対照的に、紛争解決手続の範囲内で不爭条項又は有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項について同意した場合、問題は少ないものと考えられる。このような事案において一般的に想定される状況として、特許権者は被疑侵害者に対して侵害訴訟を提起しており、被疑侵害者はこれに対抗して、特許の無効手続を提起するものと考えられる。当事者双方がこの紛争について和解した場合、特許権者は(被疑)侵害者に、紛争対象の特許ライセンスを許諾する一方で、現在のライセンシーが将来的に特許の有効性を再び争わないという条件を盛り込むよう主張するであろう。被疑侵害者による特許取消手続を最終的に取り下げることが、特許権者が和解契約を締結するための前提条件となる。したがって特許権者にとっては、和解契約において(競争法に基づく)不爭条項(又は有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項)を認めることが、その和解を受け容れるための重要な動機付けとなる⁴⁵⁾。

この場合に EU 委員会は、現状の紛争の解決又は将来的な紛争の回避がこの契約の正しい目的であることから、不爭条項が原則として TFEU 第 101 条(1)に違反しないものと推定している⁴⁶⁾。しかし委員会は、例外的に第 101 条(1)違反が推定される可能性がある状況について言及していない。知的財産権が不正確な又は誤った情報に基づき付与された場合には、この規定に違反する状況が存在するであろう⁴⁷⁾。和解契約が、紛争対象の特許に基づき和解当事者に対して主張されている権利が実際に行使される可能性があるという、真摯かつ客観的に正当化される推定を基礎としていない場合においても、同様に不爭条項又は有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項が問題となるであろう（たとえば当事者双方が、明らかに無効である特許を意図的に保護するよう試みる場合、又は和解が悪意による隠れ蓑であって、実際には当事者同士で市場を分割することを意図している場合などが該当するものと考えられる⁴⁸⁾）。特に、単純に和解契約を装ったライセンス許諾は、TFEU 第 101 条(1)違反とみなされるであろう。更に、そのような評価方法の詳細は、特に CJEU は不爭条項について、それがライセンス契約における同意なのか、和解契約における同意なのかを区別していないものと思われるので、詳細なケースバイケースでの検証が常に要求される⁴⁹⁾。また CJEU は、法廷外での和解と、法廷による和解との間で区別して扱う傾向があるとも思われない⁵⁰⁾。しかし、当事者双方が善意で行為している場合には、いずれの区別も正当化されるものと考えられる。この典型的な例として、無効手続が提起された後（すなわち、特許無効に対する当事者双方の肯定・否定意見が取り交わされた後）に和解契約を締結した場合が挙げられる。この場合の和解は、十分な情報に基づく判断とみなされるので、契約自由の原則に基づく拘束力を有するはずである（おそらく米国反トラスト法における、「情報開示 (discovery)」後、すなわち裁判所の命令に基づく、事実審前の情報又は証拠の交換後でなければ、不爭条項を伴う和解契約が認められないという規定と、同等のものといえよう）。

直接的な不爭条項又は間接的な不爭条項（有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項）以外にも、同様に他人による特許有効性に関する争い発生防止効果を有する手段は、次に示すようにいくつか存在する。これらの手段は、問題とされる特許の有効性を争うことを認めているため、競争法の見地からも容易に正当化されるものと考えられる。

- ・有効性に関する争い発生時の制裁金支払、損害賠償支払、ロイヤリティ増額：これらの条項は一定レベルの金銭的補償を規定するものであり、財務上の観点から、特許が無効とされるリスクを低減する。
- ・ライセンス又は和解契約のための多額の署名料：これは有効性を争う意欲を減退させる効果を有する。
- ・ロイヤリティ前払、すなわちライセンス全期間についての全額一括払：特許が無効とされた場合であっても支払済のロイヤリティ額は返還されないで、（特許権者にとって）有利なものとなる⁵¹⁾。この条項は更に、有効性を争う意欲を減退させる効果も有する。

Ⅲ. 遅延対価支払合意 (Pay-for-delay agreements)

1. 概要

医薬品を対象とする特許の所有者の場合には、紛争を解決又は回避するための方法の一つとして、ジェネリック薬品メーカーに対して、特許権者の権利を認めさせ、特許権者から金銭支払を受ける見返りとして、そのメーカーによる市場参入を遅延させるよう契約で義務づける方法が考えられる。この方法を採用する場合には、実際に市場参入が想定される時期に関する条項が、契約で最も重要な要素となるであろう。

当事者双方がこのような契約を締結した場合、通常であれば一方の当事者が自社製品を市場に投下することが妨げられるので、TFEU 第 101 条(1)に違反する可能性がある⁵²⁾。このような契約は更

に、不法な市場分割に至る場合もある⁵³⁾。これらの状況に該当するのか否かの判断は、(上述したように) 市場参入が想定される時期によって大きく異なるであろう。これに関しては次の2つの状況が考えられる。

- ・ 特許存続期間の満了前又は満了時の市場参入の想定：この場合に当事者双方は、特許の存続期間中の市場参入の回避のみについて利害関係を有していることから、特許の存続期間満了前に、特許の有効性が争われる潜在的なリスクを負う。この状況は不競争条項又は有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項に類似しているが、市場参入は認められず、またロイヤリティの支払もない。それどころか特許権者が補償金を支払うことになる。この状況は一定条件で正当化され、TFEU 第101条(1)違反も回避されるであろう。
- ・ 特許存続期間の満了後の市場参入の想定：この場合に当事者双方は、特許の最長存続期間の満了後も市場参入の遅延を継続させる意向を有することになる。これは意図的な競争行為の制限を強く示す可能性があり、このような条項は(効果としての競争行為の制限と対照的に：後述する2.b)を参照) 個別案件であっても正当化が不可能となるであろう。

したがってCJEUの判例法によると、市場参入の権利放棄の見返りとして金銭的な報酬を支払うという契約は、意図的な競争行為の制限を示す、反証不可能な証拠とみなされている⁵⁴⁾。CJEUは最近のLundbeck事件において、この状況に関する意見を述べる機会があった。これは2021年3月に、CJEUが欧州連合一般裁判所(CJEUの下に置かれる第一審裁判所：CFI)の判決に対する上訴を棄却した事例である⁵⁵⁾。

2. Lundbeck 事件

Lundbeck 事件では、事件名となった企業が抗うつ剤シタロプラム(citalopram)をオリジネーターとして開発し、その化合物及び製造方法について、

欧州経済領域のほとんどすべての締約国における特許保護を取得した。Lundbeck は、シタロプラムがヒット製品となったことから、消費者が後継製品であるエスシタロプラム(escitalopram)に移行するまで、ジェネリック薬品メーカーの市場参入を遅延させる方策を打ち出した。この方策には特に、いくつかのジェネリック薬品メーカーの市場参入に関する合意が含まれていた⁵⁶⁾。

2013年6月19日にEU委員会は、4件の事案についてTFEU第101条(1)違反を認定し、Lundbeckに総額93,766,000ユーロの罰金を科した。この決定に対してLundbeckはCFIに上訴し、委員会決定の破棄を請求した。2016年9月8日にCFIは請求を棄却した。その後のCJEUに対する上訴も2021年3月25日に棄却された。現在、これらの判決は、どのような状況において遅延対価支払(pay-for-delay)の合意が欧州競争法に違反するのか、ある程度まで明確化した事例といえる。特にCJEUは、潜在的な競争行為が存在するののか否か、その競争行為が制限されるののか否かについて検証している。

a) 潜在的な競争行為 (Potential competition)

この判断基準はTFEU第101条(1)に基づくものであり、ジェネリック薬品メーカーの市場参入意思を対象としている。潜在的な競争行為が存在しているものと認められるためには、ジェネリック薬品メーカーが市場に参加し、現状で市場活動を行っている他の事業者と競争する、現実かつ具体的な可能性を有する旨を証明すれば十分である⁵⁷⁾。本件におけるCJEUの意見によると、ジェネリック薬品メーカー自身が市場に参入するための確固たる意思及び本来的な能力を有するののか否か、市場参入に対する克服困難な障壁が存在しないののか否かは無関係である⁵⁸⁾。特に、有効成分の製造を対象とする方法特許そのものが公共の財産になった場合、その有効成分の市場参入に対する克服困難な障壁になるとは限らない⁵⁹⁾。

b) 競争行為の制限 (Restriction of competition)

TFEU第101条(1)違反の更なる判断基準とし

て、競争行為の制限が存在していることが挙げられる。ここで重要な問題となるのは、その制限が、契約の目的 (object) なのか、それとも (単なる) 効果 (effect) に過ぎないのかである。効果として競争行為が制限される場合には、現実の市場において実際にどのような効果が生じるのか、詳細な検証が追加的に要求されるが、その一方で意図的な (すなわち目的としての) 競争行為の制限の場合には、常に反競争行為とみなされる⁶⁰⁾。

CFI は既に、上訴の基礎となった判決において、「目的としての競争行為の制限」は限定的に解釈しなければならないと述べていた⁶¹⁾。この解釈が適用される契約は、その内容を独立して考察した場合、契約が達成すべき目的、そして契約によって実行される経済的及び法律的な内容が、その効果について考慮する必要がある程度まで競争行為に影響を与える、事業者間での契約に限定される。⁶²⁾ このような事業者間での契約は一部の状況において、その本質的な性質上、通常の競争行為における適切な機能を害するものとみなされる可能性がある⁶³⁾。

CJEU によると、これは特に、競争行為の制限について検証した結果、特許権者、そして特許権侵害の主張を受けている事業者の双方が有する、対象とされる競争行為を回避することによる商業上の利害関係のみによって、同意に至った資産移転の対価が説明可能である場合に該当する。すなわちこのような場合、それぞれの競争者は、リスクを伴う競争行為に参加するのではなく、むしろ実務的な協力関係を意図的に結ぶことを望むであろう⁶⁴⁾。したがって実際に、ジェネリック薬品メーカーが市場に参入し、その対象について移転元と競争する行為を見合わせるよう誘引される程度まで、移転元からジェネリック薬品メーカーに資産が移転される対価における純利益のバランスが十分に高いのか否かについて、ケースバイケースで判断しなければならない⁶⁵⁾。このようなプラスの利益バランスは、ジェネリック薬品メーカーが特許訴訟で勝訴した場合に得られたであろう利益を、常に上回る必要はない⁶⁶⁾。CJEU によると、この状況に該当する場合、それ以上の説明は要求

されない。この場合には更なる審査を必要とすることなく、目的としての競争行為の制限が存在するものと推定可能である⁶⁷⁾。もっとも、その一方で CJEU は、競争行為を回避することによる利益のみによって資産移転の対価が説明できない旨を主張し証明する機会を提供している⁶⁸⁾。この場合には、該当する資産移転の効果について更に詳細に評価する必要がある。

c) ジェネリック薬品メーカーが払うべき正当な努力義務

上述した事件において CJEU が注目したもう 1 つの点は、**関係書類の保管**における各事業者の正当な努力義務に関するものであった。具体的にこの問題が関係したのは、Xellia Pharmaceuticals 及び Aipharma の 2 つの企業による事案である。これらの企業は CFI による *Lundbeck* 事件関連の判決を不服とする上訴審を提起し、各事業者が EU 委員会からの通知を受けたのは、それぞれ訴訟手続の開始から 8 年及び 9 年の経過後であり、したがって EU 委員会は、これらの事業者が防御手段を講じる権利を侵害していたと主張した。この事案においては、訴訟手続期間が過度に長期化し、行政手続の開始後に初めて通知が行われた場合における、書類の保管に関する判例法に依拠していた CFI 側に、法律上の誤りがあったものと CJEU が判断したのは事実である。しかしこの事案は、手続の開始前に既に紛失又は破棄済となっていた書類に関するものであった。

CJEU は、これ以外の理由によって CFI 判決の主文は正しいものとみなしたことから、CFI の判決を破棄しなかった。すなわち CJEU が述べた理由によると、関係書類の保管に関して各事業者が払うべき正当な努力義務は、EU 委員会が開始した産業部門調査 (sector inquiry) によって既に発生している。欧州委員会は 2008 年に、紛争の友好的解決に関する契約が TFEU 第 101 条及び第 102 条に違反するののか否かを確認する目的で、医薬品部門について調査を開始した。したがって産業部門調査の対象事業に関与していた企業は、この調査後、各企業に対して個別に手続

が開始されるかもしれないと予測する必要があった⁶⁹⁾。CJEU は、産業部門調査を開始する 2008 年 1 月 15 日の決定の前文 8 において次のように明確に述べており、本件の場合には、これが特に該当することを強調した。

「(...) 医薬品部門についての調査によって、反競争的な契約若しくは事業、又は優越的な地位の濫用が存在する可能性が明らかにされるといふ範囲において、委員会が... 個別企業に対する調査 [の開始] によって、[TFEU 第 101 条・第 102 条] に基づく決定を行うものと、想定することができたであろう」⁷⁰⁾。

d) これらが示す結論

上述した CJEU の判例法は、各事業者、特に医薬品会社が、他の医薬品会社と契約を締結するときには注意を払う必要があることを示している。遅延対価支払合意に関しては、TFEU 第 101 条(1) 違反を回避するために必要な判断基準を満たしているのか否かについて、特に入念に注意及び警戒すべきである。たとえば、「目的としての競争行為の制限」と判断される状況を回避するために、特許存続期間満了後も遅延を継続することは避けるべきである。それぞれの個別案件における状況は、入念に分析する必要がある⁷¹⁾。現在係属中である *Servier and Others v Commission* 事件から、遅延対価支払合意に関する更なるガイダンスが得られるであろう⁷²⁾。

第 2 のポイントとして、ある産業部門に関して EU 委員会が産業部門調査を開始した場合、その産業部門の企業はすみやかに、関係する記録及び書類を入念に保管し、その企業に対する手続が開始された場合には、可能な限り有効な防御手段を講じることを可能とする体制を整えるべきである。

IV. おわりに

EU 競争法は、不爭条項、有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項、遅延対価支払合意に関して、いくらか強硬なアプローチを採用して

いる。現実的にいえば、唯一の明確かつ適法なルートは**排他的ライセンス**の許諾であり、この場合にライセンサーは、排他的ライセンシーが特許の有効性を争った場合、ライセンスを終了させる権利を有する (第 1 のシナリオ)。このような状況は、TTBER によって包括的に適用免除の対象とされている。

排他的ライセンス契約における不爭条項 (第 2 のシナリオ)、又は**非排他的ライセンス契約**における有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項 (第 3 のシナリオ) に関して、TTBER はいずれのシナリオについても適用免除の対象としていない。もっとも、これらのシナリオそのものが反競争行為であって無効とみなされるという意味に誤解してはならず、これらのシナリオは、ケースバイケースで判断する必要がある。この判断では、特許権者、ライセンシー、そして公衆の利益バランスを考慮しなければならない。非排他的ライセンス契約における不爭条項 (第 4 のシナリオ) は、正当化がかなり困難である。

またライセンシーが留意すべき点として、不爭条項が無効であると考えた場合であっても、特許を使用する権利は契約上認められているのであるから、その基礎となる特許の有効性を争うことによる契約上の制裁を恐れる必要はなく、特許権者が侵害訴訟を提起するリスクを負うこともない。その有効性に関する争いでライセンシーの主張が認められた場合、ライセンシーは (少なくとも) その後のロイヤリティ支払義務から開放されるであろう。この争いが失敗に終わっても、ライセンシーは単純に自己のライセンスの使用を継続すればよい。したがってライセンシーは、不爭条項が存在しない場合、かなり優位な立場に置かれる。更にライセンシーは、有効性に対する争いを促進するライセンス契約の条項に基づく協力プロセスを通じて、ライセンサーから情報を収集している可能性もある。

これは不均衡な結果となり得るので、特許権者としては、ライセンス許諾又は協力契約の同意を躊躇する可能性もある。また原則論とはいえ、このような不均衡性は、「**武器対等の原則 (equality**

of arms)」に基づく契約状況の達成を目的とする競争法の利益にも合致しない。これらの考察からすると、「衡平な競争条件 (level playing field)」を実現する目的で、非排他的ライセンス契約においてもライセンサーによるライセンス契約終了を認めるのが良いものと考えられる。この場合であってもライセンシーは依然として、ライセンスされた権利の有効性を争うことができる。しかしライセンシーは同時に、ライセンサーがライセンスを終了させ、特許権侵害を主張してライセンシーを提訴するリスクを負うことになる。このようなリスクは実際のところ、ライセンシーにとっては契約を躊躇する重大な要因と考えられるが、その可能性は依然として存在する。更に、不爭条項及び有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項は契約当事者双方のみを拘束するのであるから、(将来的なライセンシー及びライセンシー以外の者を含む) 第三者はいつでも特許に対抗するアクションを提起することが可能であり、したがって、誤って付与された独占的権利を無効とする第三者の権利は引き続き保護される。

これに関して、特に純粋な和解契約の場合には特別な配慮が必要になる。この場合における和解契約は実際の法的紛争を解決又は回避することを目的としているために、不爭条項及び有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項は原則として認められる。しかし、解決すべき法的紛争の重大性について客観的な疑義が存在する場合、すなわち当事者双方が、(法廷外での) 紛争解決を装って、これらの当事者間での市場分割を実際に意図していることが明白である場合には、状況が異なる。これは和解を装ったライセンス契約についても同様である。

おそらく CJEU は、ライセンス契約と和解契約との間でこのように区別していないものと思われるが、不爭条項を伴うフリー (無償) ライセンスは競争法に基づき認められるものとみなしている。しかし、特に和解契約の場合、各当事者は並行して手続が進めていた侵害訴訟及び無効手続を取り下げる一方で、特許権者は (将来的な) 不爭条項の見返りとして、フリーライセンスを許諾す

るという取引が進められることが多い。更に、これと同様の原則が、きわめて低額のロイヤリティ、又はロイヤリティ前払の場合にも適用されるのかという問題も残される。

もっとも、これらの考察は別として、不爭条項又は有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項のリスクを回避しながら、相手方が特許の有効性を争うこと防止するものと実質的に同一の効果をを得るためには、多額の署名料及びロイヤリティ前払が最善の方策といえる。これらの方策は、特許の有効性に関する争い発生時に特別の帰結をもたらすものではないが、有効性を争う意欲を事前に低下させるであろう。もっとも同様に、これらの方策が欧州競争法に基づき法的に認められるのか否かについても、やはり確認されていない。更にこれらの方策については、ライセンシーからの要求に応じる十分な資金を、ライセンシーが初期段階で既に確保していることも必要になる。したがってこれらの方策は、大企業にとって有利なものといえる。

その一方で現在の EU 法の下では、遅延対価支払合意による競争行為の制限が拡大している。CJEU 判例法によると、これは特に、契約によって制限される又は制限が意図される潜在的な競争行為 (競争者が市場参入のための克服困難な障壁なしで、市場参入を決定した状態) が存在するか否かによって判断が異なる。具体的には、特許存続期間の満了前から又は満了後も市場参入の遅延が存在するか (どのような遅延なのか)、存在する場合にはどの程度の期間なのか、その見返りとして行われた資産移転の差引後の価値はどの程度なのか (どのような支払を受けたのか) などが大きく関与する。実質的な協力関係によって競争行為の埋め合わせを行う意図があったという以外に説明できない、多額の金銭の移転が行われていた場合には、少なくともそこには競争行為を制限する意図が存在しており、これは契約による制限にとどまらないことから、ケースバイケースの判断を必要とする可能性なしで、反競争行為とみなされるであろう。これと同じ判断が、特許存続期間の満了後も遅延が続く場合についても適用さ

れるかもしれない。

いずれにしてもライセンス又は和解契約の各当事者は、CJEU が示した判断基準を遵守し、TTBER によって具体的に例示されているケースが存在しない場合には、個別事案の状況判断において正当化されるように、競争法に基づき認められる内容で契約条項を作成すべきである。

(注)

- 1) *Schmidt in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6th ed. 2019, Art. 101 Abs. 2 AEUV mn. 14.
- 2) 2003 年 1 月 4 日の OJ EU No. L1, 第 1 頁。
- 3) *Immenga/Mestmäcker* における *Ellger*, Wettbewerbsrecht, 6th ed. 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV mn. 13 以降。
- 4) *Immenga/Mestmäcker* における *Ellger*, Wettbewerbsrecht, 6th ed. 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV mn. 16, 更なる引用を含む。
- 5) *Immenga/Mestmäcker* における *Ellger*, Wettbewerbsrecht, 6th ed. 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV mn. 334.
- 6) 2014 年 3 月 28 日の OJ EU No. L 93, 第 17 頁。
- 7) TTBER, 前文 3 及び 4。
- 8) 2014 年 3 月 28 日の OJ EU No. L 89, 第 3 頁。
- 9) 有効性に関する争い発生時のライセンス終了条項については後述する II .2. を参照されたい。
- 10) *Böttger/Kreksen* EuZW 2014, 653, 656.
- 11) すなわち, たとえばドイツ連邦司法裁判所 (FCJ) NJW 1953, 1260—Exceptio Pacti; GRUR 1958, 177, 178—Aluminiumflachfolien ; 2009 年 12 月 3 日のドイツ連邦特許裁判所 (FPC) 判決, case 10 Ni 8/08.
- 12) *Kraßer/Ann* における *Ann*, Patent Law, 7th edition, § 42 mn. 18.
- 13) 特に FCJ GRUR 1965, 135, 137—Vanal-Patent; GRUR 1989, 39, 40—Flächenentlüftung を参照 ; 2015 年 9 月 10 日のデュッセルドルフ上級地方裁判所判決, case I-15 U 124/14, mn. 60 以降 ; *Kraßer/Ann* における *Ann*, Patentrecht, 7th edition, § 26 mn. 213 以降, § 41 mn. 24.
- 14) FPC GRUR Int. 1997, 631 (頭注1) — Nichtangriffspflicht ; *Bartenbach/Volz*, Commentary to the German Employee Invention Act における *Bartenbach/Volz*, 6th edition, § 25 mn. 44 ; *Pahlow in Henn/Pahlow*, Patentvertragsrecht, 6th edition, § 9 mn. 115.
- 15) EU Commission Guidelines, para.137 を参照。
- 16) 次を参照されたい: 1972 年 6 月 9 日の委員会決定,

case IV/26.813—*Raymond-Nagoya* : CJEU *Windsurfing vs Commission*, C-193/83, mn. 89 以降=GRUR Int. 1986, 635, 640 ; *Bayer and others vs Süllhöfer*, C-65/86, mn. 17=GRUR Int. 1989, 56, 57 ; EU 委員会ガイドライン, mn. 134 ; ドイツ国内レベルで増加傾向が見られるようになったのは, 1980 年代以降である。特に FPC GRUR Int 1997, 631, 633 以降を参照されたい。

- 17) たとえば次を参照されたい : *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7th edition, § 42 mn. 18, 19. この事例において *Ann* は, ある者が不競争条項そのものを承認することを希望しない場合には, ライセンシーのロイヤリティ支払義務の免除を可能とする利益が, 一般的な利益の中に存在すると主張している。
- 18) *Lawrance* JIPLP Vol. 9 (2014) Iss. 10, 第 802 頁, 第 806 頁。
- 19) 非排他的ライセンスのライセンサーに, 有効性に関する争い発生時のライセンス終了権が認められる場合であっても, 2014 年規則において欧州委員会は, 同様に適用免除に含まれないと特に述べている。 *Winzer*, Der Lizenzvertrag, Part 2. B mn. 155, Part 6. C mn. 268 を参照。更に後述する II .1. も参照されたい。
- 20) EU Commission Guidelines, para. 134.
- 21) CJEU *Bayer and others vs Süllhöfer*, C-65/86, mn. 17=GRUR Int. 1989, 56, 57.
- 22) CJEU *Bayer and others vs Süllhöfer*, C-65/86, mn. 18=GRUR Int. 1989, 56, 57.
- 23) *Ullmann/Deichfuß* in Benkard, PatG, 11th edition, § 15 mn. 142 と同様である。
- 24) EU Commission Guidelines, para. 128.
- 25) EU Commission Guidelines, para. 128.
- 26) CJEU *Windsurfing vs Commission*, C-193/83, mn. 92=GRUR Int. 1986, 635, 641.
- 27) EU Commission Guidelines, para.136 以降。
- 28) EU Commission Guidelines, para.138.
- 29) EU Commission Guidelines, para.134.
- 30) TTBER 第 1 条 (1) (p) における用語理解を参照されたい。
- 31) この意見は EU 委員会ガイドライン, パラグラフ 139 において, 特に排他的ライセンス契約の終了条項で言及されているが, これは明らかに, 排他的ライセンスにおける不競争条項についても同様に有効である。
- 32) *Böttger/Kreksen* EuZW 2014, 653, 655 ; *Loewenheim/Meessen/ Riesenkauff/ Kersting/ Meyer-Lindemann*, Kartellrecht における *Schweda*, 4th edition, TTBER Art. 5 Non-exempted restrictions, mn. 235.

- 33) EU Commission Guidelines, para.136.
- 34) *Lauer*, Die Nichtangriffsverpflichtung im deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, vol. 98, 第 132 頁以降を参照。
- 35) 技術移転契約のカテゴリに対する条約第 81 条 (3) の適用に関する規則 (EC) No. 772/2004, OJ L No. 123, 2004 年 4 月 27 日, 第 11 頁。
- 36) *Lawrance* JIPLP Vol. 9 (2014) Iss. 10, 第 802 頁, 第 803 頁も参照されたい。
- 37) 次を参照されたい: TTBER 第 5 条 (1) (c): EU Commission Guidelines, para.136; 論説としては *Lauer*, Die Nichtangriffsverpflichtung im deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, vol. 98, 第 139 頁。
- 38) EU COMMISSION GUIDELINES, PARA.139.
- 39) ただし文献には, 単純なライセンス契約の場合であっても適用免除を認めるべきであるという意見が存在する。たとえば *Loewenheim/ Meessen/ Riesenkauff/ Kersting/ Meyer-Lindemann*, Kartellrechtにおける *Schweda*, 4th edition, TTBER Art. 5 Non-exempted restrictions, mn. 243 を参照されたい。
- 40) *Böttger/Kreksen* EuZW 2014, 653, 655 以降。
- 41) EU COMMISSION GUIDELINES, PARA.136; *Böttger/Kreksen* EuZW 2014, 653, 656。
- 42) EU Commission Guidelines, para. 136.
- 43) EU Commission Guidelines, para. 137.
- 44) 次を参照されたい: *Loewenheim/ Meessen/ Riesenkauff/ Kersting/ Meyer-Lindemann*, Kartellrechtにおける *Schweda*, 4th edition, TTBER Art. 5 Non-exempted restrictions, mn. 244; *Böttger/Kreksen* EuZW 2014 における反対意見, 653, 657。
- 45) *Lauer*, Die Nichtangriffsverpflichtung im deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, vol. 98, 第 98 頁; *Böttger/Kreksen* EuZW 2014, 653, 654 以降。
- 46) EU Commission Guidelines, para.242.
- 47) EU Commission Guidelines, para.A.243.
- 48) FCJ GRUR 1952, 141—Tauchpumpe II; NJW 1955, 630—Rote Herzwandvase; GRUR 2005, 845—Abgasreinigungsvorrichtung。客観的な状況と比較して, 主観的な特徴は重要性が低下しており, 不要とみなす文献さえも存在する。*Lorenz PharmR* 2006, 221, 226。
- 49) CJEU *Bayer and others vs Sülhölfer*, C-65/86, mn. 15=GRUR Int. 1989, 56, 57; これと対照的な
下級審における更に最近の事例としては, CJEU *Krka vs Commission*, T-684/14=GRUR-Prax 2019, 100 が挙げられる。
- 50) CJEU *Nungesser and others vs Commission*, C-258/78, [1982] ECR 2015, mn. 89; *Bayer and others vs Sülhölfer*, C-65/86, mn. 15=GRUR Int. 1989, 56, 57.
- 51) たとえば CJEU *Genentech vs. Hoechst and Sanofi-Aventis Germany*, C-567/14 (頭注) =EuZW 2016, 743 を参照されたい。
- 52) 更に 2014 年 7 月 9 日の *Perindopril (Servier)* に関する欧州委員会決定, case AT.39612, mn. 1118 以降—C (2014) 4955—final も参照されたい。
- 53) *Loewenheim/ Meessen/ Riesenkauff/ Kersting/ Meyer-Lindemann*, Kartellrechtにおける *Schweda*, 4th edition, introduction, mn. 43。
- 54) CFI *Lundbeck v Commission*, T-472/13; *Biogaran (perindopril)*, T-677/14, mn. 116.
- 55) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P=EuZW 2021, 726; 本件は CFI *Lundbeck v Commission*, T-472/13 判決に対する上訴審であった。
- 56) 欧州連合機能条約第 101 条及び EEA 協定第 53 条に基づく手続に関する, 2013 年 6 月 19 日の委員会決定の概要 (Summary) を参照 (Case AT. 39226—*Lundbeck*)。
- 57) CJEU *Generics and Others v Competition and Markets Authority*, C-307/18, mn. 36=NZKart 2020, 131, 131 以降, 及びそこで引用された判例を参照されたい。
- 58) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P, mn. 54 以降=EuZW 2021, 726, 727.
- 59) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P, mn. 62=EuZW 2021, 726, 728.
- 60) 更に CJEU *Groupeement des cartes bancaires vs Commission*, C-67/13 P, mn. 48 以降=EuZW 2014, 901, 903 も参照されたい。
- 61) CFI *Lundbeck v Commission*, T-472/13, mn. 343.
- 62) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P, mn. 131, 141=EuZW 2021, 726, 732 et seq. 近年では CJEU *Visma v Konkurences padome*, C-306/20, mn. 62. の垂直的協定によって確認されている。
- 63) CJEU *Generics and others v Competition and Markets Authority*, C-307/18, mn. 67=NZKart 2020, 131, 132.
- 64) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P, mn. 98, 114=EuZW 2021, 726, 730 以降。
- 65) Cf. EU Commission Guidelines, para. 239: “significant value transfer”.

- 66) CJEU *Lundbeck v Commission*, C-591/16 P, mn. 99=EuZW 2021, 726, 730.
- 67) Cf. CJEU *Lundbeck vs Commission*, C-591/16 P, mn. 116 以降=EuZW 2021, 726, 731.
- 68) Cf. *Oechsler/Dörrhöfer* NZKart 2021, 432, 434 以降。
- 69) CJEU *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, C-611/16 P, mn. 154.
- 70) CJEU *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, C-611/16 P, mn. 154.
- 71) 米国法においては、遅延対価支払合意も競争制限行為を構成するおそれがある。最高裁判所は *FTC vs Actavis, Inc.* 判決 (No. 12-416 (U.S. 2013 年 6 月 17 日)) において、ケースバイケースの分析が常に要求されると判断している。ドイツ連邦司法裁判所 (FCJ) は GRUR 2021, 1328—Porsche Tuning II 事件において、ある契約に競争制限の意図 (文言, 目的, 経済的・法律的内容) が表明されているのか否かを判断するために, CJEU の判断基準を採用している。
- 72) Cases C-176/19 P and C-201/19 P.

(原稿受領日 2021 年 11 月 8 日)