

公正取引委員会事務総局  
企業取引課  
パブリックコメントご担当者様  
(FAX : 03-3581-1800)

令和元年 9 月 30 日

〒102-0093

東京都千代田区平河町 2-7-4  
砂防会館別館 B 棟 5 階  
池田・染谷法律事務所  
弁護士 池田 毅  
(事務局 山岸)  
TEL : 050-1745-4000  
FAX : 03-6261-7700



### 考え方(案)に対する意見

拝啓 ますますご清栄のこととお慶び申し上げます。

「デジタル・プラットフォーマーと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方(案)」に関し、国際法曹協会 (International Bar Association) の独占禁止法委員会単独行為部会 (Unilateral Conduct Working Group of the Antitrust Committee) の意見 (本状含め 20 枚) を、本ファックスをもって提出いたします。

提出者 :

国際法曹協会 独占禁止法委員会単独行為部会

(Unilateral Conduct Working Group of the Antitrust Committee, International Bar Association)

住所 : 4<sup>th</sup> Floor, 10 St Bride Street, London, EC4A 4AD, the United Kingdom

連絡先・担当者 :

弁護士 池田毅

〒102-0093 東京都千代田区平河町 2-7-4 砂防会館別館 B 棟 5 階 池田・染谷法律事務所

電話 : 050-1745-4000 FAX : 03-6261-7700

Email : [tsuyoshi.ikeda@ikedasomeya.com](mailto:tsuyoshi.ikeda@ikedasomeya.com)

本ファックス末尾の英文意見書 (和文意見書の翻訳前の原文) は、貴委員会での参照のために合わせてご送付するものです。

また、貴委員会の便宜のため、本ファックスと同内容の文書を本日郵送でもお送りいたしますが、本ファックスをもって正式な意見等の提出といたします。

敬具



令和元年9月30日

公正取引委員会事務総局経済取引局取引部企業取引課  
パブリックコメント担当御中

**「デジタル・プラットフォーマーと個人情報等を提供する消費者との  
取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方（案）」  
に対する意見**

前略

今般、貴員会による「デジタル・プラットフォーマーと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方（案）」に対し、国際法曹協会独占禁止法委員会単独行為部会<sup>1</sup>として意見を提出する機会を得たことは誠に光栄である。

当部会では、貴案が問題提起されている最先端の課題に対して当部会の意見を表明し、更なる検討を重ねていくための問題提起を行う機会を頂けたことに感謝の意を表する。

当部会としてはとりわけ、優越的地位の濫用の概念を拡大解釈し、個人情報の使用にまで適用することは、貴案が取り組まれている個人情報に関する諸課

---

<sup>1</sup> 当部会メンバーは、池田毅弁護士（池田・染谷法律事務所）、ニコラオス・ペリステラキス弁護士、アリス・デミログロウ弁護士（リンクレーターズ LLP）、ゾルタン・マロシ弁護士（オープンハイム法律事務所）及びアンドリュー・ワード共同部会長（クアトレカサス法律事務所）。

題に対する最適な手段であるとは思われない。当部会は、プライバシー及び消費者保護に関する個別的規制こそが、日本における内外のデジタル・プラットフォームに対し、透明性、法的安定性及び予見可能性を確保するためのより適切な方法であると考えている。

国際法曹協会独占禁止法委員会の共同委員長兼共同代表として、今般提出させて頂いた意見について日本公正取引委員会関係者と更なる協議を重ねていければ幸甚である。

草々

国際法曹協会独占禁止法委員会共同委員長  
マーク・ライセン及びエリザベス・モロニー



公正取引委員会による「デジタル・プラットフォームと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方(案)」に対する国際法曹協会独占禁止法委員会単独行為部会の意見

## 1 導入および本意見の目的

---

### 1.1 導入

国際法曹協会（以下、「IBA」という。）の独占禁止法委員会単独行為部会（以下、「当部会」という。）は、以下のとおり、日本の公正取引委員会（以下、「公取委」という。）が行っている「デジタル・プラットフォームと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方（案）」（以下、「ガイドライン案」という。）に対する意見募集に関して、当部会の意見を提出する。

IBA は世界各国の弁護士・弁護士会といった法曹関係者や有識者によって構成される、世界最大の国際法曹団体である。IBA は世界各国における法律の改正等に関心を有しており、世界全体において法律実務の将来像を形成することに貢献すべく活動している。

IBA には世界各国の個人弁護士会員 8 万人が所属しているところ、その中でも独占禁止法の実務家・専門家は、多様な法域に関する知見と世界各地での専門的な実務経験を融合させることで、IBA ならではの国際的・比較法的な見解を提供している。IBA の詳細については、<http://www.ibanet.org> を参照されたい。

### 1.2 本意見の目的

当部会では、ガイドライン案が問題提起している最先端の課題に対して当部会の意見を表明する機会と、更なる検討を重ねていくための問題提起をする機会をいただいたことに感謝の意を表する。

当部会の中心的な関心事項は、競争法及び反トラスト法の発展を理論的にリードするための国際的な議論の場を提供することである。部会のメンバーである弁護士たちは、様々な法域で豊富な経験を有しており、部会には、デジタルエコノミーにおける商業活動への独禁法の適用が問題となったような案件について、様々なクライアントに助言を行ってきた経験が蓄積されている。このような観点および、可能な代替案をさらに検討していくための一助となるべく、当部会としては、ガイドライン案が提起するいくつかの論点についての見解をお示ししたい。

## 2 ガイドライン案が惹起する問題点

---

### 2.1 プライバシーの問題に対する競争法の執行は、他の関係機関と連携し、明白かつ透明なルールに基づいて行われるべきである

当部会は、個人情報に関するデジタル・プラットフォーマーによる優越的地位の濫用に関して、このガイドライン案が念頭に置いている目的意識がいかに重要なものか、十分に理解をしているつもりである。これに関連して、当部会では、この論点とされる事項についての議論や論点の構造化、規制とエンフォースメントによってどのようなことが起こるのか関係分析がいまだごく初期の段階であるときにおいて、規制による抑止を行うことがいかに重大な意味を持つことになるのかを強調したい。そのエンフォースメント実施による影響とそれが何をもたらすのかはほとんど解明されておらず、国際的にも非常に大きな論争の的となっているからである。

特に EU 法とアメリカ法とで差があるように、様々な競争法制間の、それぞれのエンフォースメントに係る政策内容に差異は残っているにしても、一般的には、支配的地位の濫用に対する競争法上のエンフォースメントは一次的には排除型濫用行為に対するものにとどめるべきものとされている。近年の執行でデジタル・プラットフォーマーに対して最も好戦的な立場を取っている欧州委員会ですら、従来通り、排他的濫用のみを執行の対象としている。例えば、欧州委員会による Google への独占禁止法違反を問題とした事例としてショッピングサービスに関するもの、Android に関するもの、AdSense に関するものを想起されたい。これらはいずれも、競争阻害要因についての排他性理論に基づいている。ヨーロッパの最近の事例においては、医薬品関係での不当高価格設定行為が問題となった例外的な事例がありはするものの、

これらは消費者に直接的に価格設定の影響があるというあくまで例外的な事例である。

競争法上のエンフォースメントが排除型濫用事例を対象とすべき大きな理由は、競争法の執行機関は規制権限者ではなく、またそうあるべきではないからである。ほとんどの場合において、消費者から見て低価格化かつサービスの上質化（個人情報の取扱いをより良くすることを含む。）を確実にする最も効果的な方法は、例えば取引拒否や抱合せ販売、略奪的価格設定、排他的取引といった反競争的な行為が行われなかったことによって健全な競争が市場で維持されることである。対照的に、搾取型濫用行為を含む事例では、競争法上のエンフォースメントは、こういった濫用行為に対処することについて、必ずしも最適なツールではない。こういった場合においては、競争法所管の規制当局としては、濫用的行為を禁止するだけでなく、事業者が実施すべき望ましい事例を示すことが求められている。例えば、不当高価格設定行為の場合、価格が不当に高いことが判明した後に重要なことは、公正な価格とはどういったものか判断をすることである。

デジタル・プラットフォーマーが個人情報を収集又は使用することが競争排除的效果を必ずしも導くものではないことを踏まえると、当部会としては、競争法上のエンフォースメントが個人情報の不公正な使用に関連する問題をも対処できるように権限を拡張することは、必ずしも競争促進的な効果を導き出すものではないということを提言させていただきたい。そのような事案にまで介入することで、結果的に、正常であるはずの競争環境をゆがめたり、イノベーションや投資を抑制し、ひいては消費者から選択の機会を奪うことにつながりかねない。

近年デジタル・プラットフォーマーに対する「搾取的」濫用理論を適用しようと試みた事例として、ドイツにおける Facebook の決定が挙げられる<sup>1</sup>。ドイツ連邦カルテル庁は、Facebook がユーザーによる自発的な同意なしに Facebook 以外のサイト等で収集されたユーザー情報・端末情報等の収集や使用、統合を Facebook に認めることとされていた取引条件を禁止する内容の決定を行った。またドイツ連邦カルテル庁は、EU 競争法ではなくドイツ競争法（こちらのほうが公平性という根拠に基づき競争法違反事案として追及する余地をより残していると考えられている。）に基づいて対処することを意識的に選択している。

---

<sup>1</sup> Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, *Facebook*, 6 February 2019 available at: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (accessed on 20.09.2019).l

このようなドイツ連邦カルテル庁の対応からすると、欧州連合の機能に関する条約（TEFU）第 102 条が、排他的行為を認定するための証拠がない中で個人情報の利用に関わる問題に対処する手段として適当でないことを物語っている。ちなみに、Facebook に関するドイツ連邦カルテル庁の決定は、Facebook 側によってデュッセルドルフ高等裁判所に上訴されており、当該裁判所によって当該決定は暫定的に差止めされている<sup>2</sup>。これは、支配的濫用行為（個人データの不正利用を含む。）について広く定義されるドイツ法においてさえ、濫用行為の認定にあたっては、依然として、事実に基づく広範な評価と証拠が必要であることを物語っている。。

他方、今回のガイドライン案は、上記ドイツの Facebook 決定より極端なアプローチをとることができるものと解釈することができるものになっている。具体的には、特にガイドライン案の 5(1)イにおいて、個人情報データの処理のすべての段階で明確かつ自発的な同意を求める内容となっているからである。このような、データ収集実務を考慮することなく厳格に同意を要求するというこのガイドラインの内容は、デジタル・プラットフォーマーによって導かれるイノベーションを顕著に妨げる要因となり得るものである。さらに、この後論じるように、競争法は、。データ保護・プライバシー問題に対応するために適当なツールとは言い難いものである。

それに加え、このように過度に広範な範囲をエンフォースメント対象とすることは、そういった問題に対処するのに実効性を欠くだけでなく、あるプラットフォーマーには適用されて他には適用されないといった特定のプラットフォーマーに対する恣意的な執行を招き、法的安定性・予測可能性を欠くものとなりかねない。

*対象限定型の規制を組み合わせることは、ガイドライン案が目指すものを実現するためのツールとして適当である*

上記に照らし、当部会では、今回ガイドライン案によってカバーしようとしている問題については、特にデジタル・プラットフォーマーに対応するための（又はデジタル・プラットフォーマーを念頭に置いた）規制を緊密な連携下で執り行うことによって、より適切に対応できるということを提言させていただきたい。ガイドライン案では、デジタル・プラットフォーマーが、

---

<sup>2</sup>Oberlandesgericht Düsseldorf Beschluss, Facebook, VI-Kart 1/19 (V), 26 August 2019, available at: [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse\\_aktuell/20190826\\_PM\\_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-\\_V\\_.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf) (accessed on 20.09.2019).

ユーザーの同意なく、又は利用目的を逸脱して若しくは当該サービスの供給する内容に見合わない不適切な範囲で、個人情報データを収集・利用するような事案に言及している。EU では、こういった事案には、既に GDPR で対処しており、具体的にはユーザーから明示的に同意をとらなければならないという原則、目的限定原則、必要最小限原則といったものを明確に規定している。<sup>3</sup>

さらに、消費者が事業者と比較した際に平等とはいえないため交渉力の是正を行うことは、消費者保護法制が対象とする分野である。例えば、消費者契約における不公正契約条項に関する指令（93/13/EEC）<sup>4</sup>は、消費者は交渉力や情報収集力といった観点から事業者よりも弱い立場にあるという見解に基づいて作られている。それゆえ、今回ガイドライン案が対象としている優越的な交渉力があることを理由とした濫用行為に対しても、消費者保護法制のほうがより素直な法的根拠たり得る。

それに加え、欧州議会及び欧州理事会により最近採択された、「オンライン仲介サービスのビジネスユーザーのための公平性と透明性の促進」に係る EU 規則（2019/1150）は、非常によく似た問題に対処することを想定した内容となっている。これは、特にデジタル・プラットフォーマーに対して、アクセス条件や個人情報を使う条件等を含む契約条件を明確に開示することを求めるものである。<sup>5</sup>

このような状況であることを踏まえ、当部会は、デジタル・プラットフォーマーに対する対象限定的な規制を用いつつより強固な連携を行うという手法の方が、ガイドライン案によって解決策を探し求めている問題への対応としてより適切であると提言させていただきたい。当部会では、このガイドライン案が、世界的なデジタル・プラットフォーマー対応のスタンダードな流れとは顕著に違う、更に言えば国内の他の規制当局の動きとさえも異なっていることに懸念を抱いている。最低でも、公取委は個人情報保護委員会を含めた関係官庁とより密接な連携を行うべきである。

---

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88 .

<sup>4</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34

<sup>5</sup> 特に Articles 3 (Terms & Conditions) and Article 9 (Access to Data) of that Regulation. を参照されたい。

## 2.2 優越的な交渉力を有する地位という概念は、プラットフォーマー規制に適合的ではない

当部会はまた、「優越的な交渉力を有する地位」という概念は、様々な意味で市場支配力を発揮していないデジタル・プラットフォーマーに対してまでも、不必要に競争法のエンフォースメント対象範囲を拡大させるリスクをはらんでいると考える。

当部会としては、支配性の認定がデジタル・プラットフォーマーへのエンフォースメントを行う前提として必要であるということを提言させていただきたい。そうすることで、市場支配力を発揮するデジタル・プラットフォーマーのみに競争法所管の規制当局（や、必要に応じて規制権限を持つ機関）が集中的に対応することができるようになるほか、そういった規制の適用を受けるデジタル・プラットフォーマーに自らが規制の適用を受けるか否かという点についての予見可能性を提供することになる。

支配的地位という概念は一般的には「事業者が、競争者、顧客及び最終的にはその消費者と、一定程度独立して行動する経済的力を有する状態」<sup>6</sup>であると理解されている。実際には、デジタル・プラットフォーマーがそのような支配的地位にあるかどうかの評価は、その事案の事実関係の中で競争者や買い手が被っている制約を含め当該事業者の市場内の地位を評価するというケースバイケースの評価となる。

EU 法では、当該企業の市場競争力を抑止するような供給者側の圧力や需要がない限り、50%以上のシェアを有する企業は通常、支配的な地位にあるとみなされる<sup>7</sup>。公取委は独占禁止法の排他的私的独占に係るガイドラインにおいて同様の手法を採用している。これらのガイドラインでは、行為者が供給する商品のシェアが50%を超える事案を優先的に取扱うとしている<sup>8</sup>。

このような背景に対して、今回のガイドライン案は、次のいずれかの場合には、本質的な市場支配力がある存在と推定することとしている。

a) 消費者にとって、代替可能なサービスが存在しない場合

<sup>6</sup> Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental vs. Commission*, ECLI:EU:C:1978:22[1978]. 参照。

<sup>7</sup> Case C-62/86 *AKZO v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286 [1991] 参照。

<sup>8</sup> The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act, Part I (Enforcement Policy of the JFTC) 参照。

- b) 代替可能なサービスが存在していたとしても当該デジタル・プラットフォーマーの提供するサービスの利用を止めることが事実上困難な場合
- c) 当該デジタル・プラットフォーマーが、その意思で、ある程度自由取引条件を左右することができる地位にある場合

しかし、これらの推定は、独占禁止条項の適用対象を過度に拡大し、実質的には市場支配力を有していないプラットフォーマーへも適用があり得ることになる。特に、代替可能なプラットフォーマーが存在しない又は消費者からして代替可能ではないといったことから「優越的な交渉力を有する地位」があるとする手法は、結果的に支配的地位を発見する手法として成り立つ可能性もある。しかし、「ある程度自由に」取引条件を変更できるということのみによって認定される優越的な交渉力ある地位というものは、非常に漠然としている上に主観的な手法であり、小規模又は影響力の小さいプラットフォーマーでさえそういった優越的な交渉力を有する地位であるとみなされかねない。

上記に基づき当部会としては、優越的な交渉力を有する地位という概念を支配的地位の概念と揃えることを求める。仮に、これが政策上又はその他の理由により不可能であるとするのであれば、当部会は最低限「c) 当該デジタル・プラットフォーマーが、その意思で、ある程度自由取引条件を左右することができる地位にある場合」を修正し、プラットフォーマーが消費者に『「一方的に」取引条件を左右することができる地位にある場合』、とし、その結果として優越的な交渉力を有する地位という概念を可能な限り支配的地位概念に統合することとされたい。

### 3 結語

---

当部会は、公取委による今回のガイドライン案に関して意見を表明する機会に接することができたことを感謝する。

そもそも、当部会では、優越的地位の濫用というコンセプトを拡大し個人情報情報の使用についても当該コンセプトの影響下に置くことによって今回のガイドライン案が対応しようとしている個人情報問題へ対処しようとすることは、最良の方法ではないものと考えている。むしろ、透明性の確保や法的安定性、日本発祥のプラットフォーマーや外国からのプラットフォーマーの

予測可能性を担保する観点から、プライバシーや消費者保護に関する対象限定型の規制の方がより適したものであると確信している。

公取委においてガイドラインの採用を決めるのであれば、当部会としては次のような点についても提案をしたい。

- 優越的交渉力を有する地位の概念は支配的地位という概念と揃ったものとして扱われるべきである。それによって、消費者にとって本当に必要不可欠なプラットフォームに対してのみルールが適用される仕組みとなる。
- 優越的交渉力を有する地位という概念を維持することとする場合には、最低でも、上記「c」を言い換えるべきであり、それによってデジタル・プラットフォームは末端消費者との契約条件を「一方的に」決めることができるという場合に愉悦的交渉力を有する地位とされるということにできる。

September 28, 2019



September 30, 2019.

Staff for Public Comments  
Inter-Enterprise Trade Division,  
Trade Practices Department,  
Economic Affairs Bureau,  
Japan Fair Trade Commission  
1-1-1, Kasumigaseki, Chiyoda-ku, Tokyo 100-8987 Japan

Email: [dpfpc2019@jftc.go.jp](mailto:dpfpc2019@jftc.go.jp)

**Ref. Comments on the draft Guidelines**

Dear Sirs,

We have pleasure in enclosing a submission that has been prepared by members<sup>1</sup> of the Unilateral Conduct Working Group of the Antitrust Committee of the International Bar Association on the Japan Fair Trade Commission's Draft Guidelines "Concerning Abuse Of A Superior Bargaining Position In Transactions Between Digital Platform Operators And Consumers That Provide Personal Information" ("Draft Guidelines").

The Working Group welcomes the opportunity to respond to the most relevant issues raised by the Draft Guidelines and to highlight important points for further reconsideration.

In particular, the Working Group respectfully submits that an extension of the concept of Abuse of a Superior Bargaining Position to cover the use of personal data would not be the best way to address the personal data issues that the Draft Guidelines seek to address. The Working Group believes that sector-specific regulation dealing with privacy and

---

<sup>1</sup> Tsuyoshi Ikeda (Ikeda & Someya), Nikolaos Peristerakis and Aris Demiroglou (Linklaters), Zoltan Marosi (Oppenheim), and Co-Chair of the Working Group Andrew Ward (Cuatrecasas).

consumer protection would be more appropriate in terms of establishing transparency, legal certainty and predictability for domestic and foreign digital platforms in Japan.

The Co-chairs and representatives of this Working Group of the Antitrust Committee of the IBA would be delighted to discuss the enclosed submission in more detail with the representatives of the Japan Fair Trade Commission.

Yours sincerely,

**Marc Reysen**  
Co-Chair Antitrust Committee

**Elizabeth Morony**  
Co-Chair Antitrust Committee



**ANTITRUST COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION  
UNILATERAL CONDUCT AND BEHAVIOURAL ISSUES WORKING GROUP  
SUBMISSION IN RESPONSE TO THE JAPAN FAIR TRADE COMMISSION  
DRAFT “GUIDELINES CONCERNING ABUSE OF A SUPERIOR  
BARGAINING POSITION IN TRANSACTIONS BETWEEN DIGITAL  
PLATFORM OPERATORS AND CONSUMERS THAT PROVIDE PERSONAL  
INFORMATION”**

## **1 Introduction and Purpose of Submission**

---

### **1.1 Introduction**

The International Bar Association's Unilateral Conduct And Behavioural Issues Working Group (the “Working Group”) sets out below its submission on the Evaluation of Japan Fair Trade Commission Draft “Guidelines Concerning Abuse Of A Superior Bargaining Position In Transactions Between Digital Platform Operators And Consumers That Provide Personal Information” (“Draft Guidelines”).

The IBA is the world’s leading organization of international legal practitioners, bar associations and law societies. The IBA takes an interest in the development of international law reform and helps to shape the future of the legal profession throughout the world.

Bringing together antitrust practitioners and experts among the IBA’s 80,000 individual lawyers from across the world, with a blend of jurisdictional backgrounds and professional experience spanning all continents, the IBA is in a unique position to provide an international and comparative perspective. Further information on the IBA is available at [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org).

### **1.2 Purpose of Submission**

The Working Group welcomes the opportunity to respond to the most relevant issues raised by the Draft Guidelines and to highlight important points for further reconsideration.

The Working Group’s central focus is to provide an international forum for thought leadership with respect to competition / antitrust law developments.

The Working Group comprises lawyers with significant experience in a number of jurisdictions and brings together experience from advising a large number of clients in matters related to the application of antitrust rules to commercial activities in the context of digital economy. As such, and to assist in the further consideration of the potential alternatives, the Working Group has sought to share its perspective on certain points raised in the Draft Guidelines.

## **2 Issues raised by the Draft Guidelines**

---

### **2.1 Competition enforcement on private issues is to be implemented under clear and transparent rules in cooperation with the related authorities**

The Working Group fully understands significance of the objectives laid out in the Draft Guidelines concerning the Abuse of Superior Position by Digital Platforms in relation to the use of personal information. In this connection, the Working Group must emphasize the importance of regulatory restraint at a time when the discussion of the subject matter, the framing of the issues, and the development of regulatory and enforcement responses is still in its very early stages, due to the fact that the effects and implications of enforcement action are little understood and highly controversial nature of this issue internationally.

While there remains divergence among the enforcement policies in various competition regimes (most notably between the EU and the U.S.), it is generally accepted that the primary focus competition enforcement against abuses of dominant position should be on exclusionary abuses. Even the European Commission, which has by far taken the most aggressive stance against digital platforms in its recent enforcement, continues to focus on exclusionary abuses. *See* for example the Google cases in Shopping, Android and AdSense, all of which were based on exclusionary theories of harm. There are some exceptional instances in recent cases in Europe dealing with excessive pricing, particularly in the pharma sector, but these are exceptional cases that have direct pricing implications for consumers.

The key reason why competition enforcement is focused on exclusionary abuses is that competition law enforcement agencies are not (and should not be) regulators. In most cases, the most effective way to ensure lower prices and better quality of services to consumers - including better privacy standards - is to ensure that a healthy degree of competition is maintained in the market

place by going against anti-competitive exclusionary practices, such as refusals to deal, tying, predatory pricing, and exclusive dealing. In contrast, in cases involving exploitative abuses, competition enforcement is not always an adequate tool to address these abuses, given that in these cases the competition agency must not only prohibit the abusive practice, but also prescribe in a positive way what the company should do to comply. For example, in excessive pricing cases, a key challenge after finding that a price is excessive, is to determine what is a fair price.

The Working Group respectfully submits that extending competition enforcement to cover issues pertaining to the unfair use of personal data may not lead to pro-competitive outcomes, given that the way in which digital platforms collect or use personal data will not always lead to anti-competitive exclusion of competitors. As a result, intervention in such cases could in fact distort the normal competitive process and stifle innovation and investment and ultimately deprive consumers of choice.

A recent attempt of applying “exploitative” abuse theories against a digital platform is the *Facebook* decision in Germany<sup>1</sup>. In that decision, the Bundeskartellamt prohibited Facebook’s terms and conditions that allowed Facebook to collect, combine and use user and device-related data which are sourced “off Facebook” without voluntary consent of the user. The Bundeskartellamt made the conscious choice of basing its case on German (and not EU) competition rules, which were considered to provide more leeway to pursue a case based on fairness grounds.

This by itself reflects the fact Article 102 TFEU would not be a suitable tool to go after issues relating to the use of personal data without any proof of exclusionary conduct. The Working Group notes in that connection that the *Facebook* decision of the Bundeskartellamt is under appeal by Facebook before the Düsseldorf court, and the Düsseldorf Court of Appeal already granted interim measures suspending the Bundeskartellamt’s decision.<sup>2</sup> This is an indication that even under German law, which has a more expansive definition of abuse of dominance (including the misuse of personal data), a finding of an

---

<sup>1</sup> Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, *Facebook*, 6 February 2019 available at: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (accessed on 20.09.2019).

<sup>2</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf Beschluss, *Facebook*, VI-Kart 1/19 (V), 26 August 2019, available at: [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse\\_aktuell/20190826\\_PM\\_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-\\_V\\_.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf) (accessed on 20.09.2019).

abuse still requires an extensive assessment of the facts and the evidence at hand.

The Draft Guidelines, in turn, could be interpreted as applying a more extreme approach than the above German decision, because of their demanding clear and voluntary user consent at every step of personal data processing, as especially seen in paragraph 5(1)(b). Such a severe demand without consideration for their data collection practices could significantly hinder product improvements and innovation led by digital platforms. In addition, competition law, as discussed below, is not the appropriate tool to regulate data protection and privacy issues.

In addition, competition enforcement under an unduly broad road map is not only an inefficient means of tackling these issues, but could also create legal uncertainty and unpredictability as it could lead to selective enforcement against some platforms but not others.

*Collaboration with sector specific regulation would be a more suitable tool to address the goals of the Guidelines*

In light of the above, the Working Group respectfully submits that the types of conduct that the draft Guidelines attempt to cover would be better addressed by close collaboration with legislation (or regulation) specific to digital platforms. More specifically, the Guidelines refer to cases where the digital platform operator collects or uses data either without the consent of the user, or beyond the scope of its purposes or beyond the adequate scale in proportion to the provided services. In Europe, these types of conduct are already covered by the General Data Protection Regulation, which clearly lays out the principles of clear and unequivocal consent of the data subject, the principle of purpose limitation and of data minimization<sup>3</sup>.

Additionally, the unequal position of consumers against traders in the marketplace and the redistribution of this imbalance in bargaining power through legal rules, are the essence of consumer protection legislation. For instance, Directive 13/93 on unfair terms in consumer contracts<sup>4</sup> is based on the idea that the consumer is in a weak position vis-à-vis the seller or supplier,

---

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88 .

<sup>4</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34

as regards both his bargaining power and his level of knowledge. Therefore, consumer protection could also provide for a straightforward legal basis to tackle against abuse of superior bargaining position.

In addition, the recently adopted EU Regulation 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on “promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services” is designed to tackle very similar issues, by requiring digital platforms *inter alia* to clearly disclose their terms and conditions, including the terms of access and use of personal data.<sup>5</sup>

Against this background, the Working Group respectfully submits that more intense cooperation with sector specific regulation for digital platforms would be more appropriate for the types of issues that the Draft Guidelines seek to address. We are concerned about the Draft Guidelines advancing in various ways significantly different from international convergence of regulatory standards, as well as from other domestic regulators. At least, it is desirable for JFTC to align more closely with relevant authorities including the Personal Information Protection Commission.

## **2.2 The concept of superior bargaining position would not be appropriate for platform regulation**

The Working Group further considers that the use of the concept of a “superior bargaining position” would unduly extend competition enforcement to digital platforms that do not enjoy any meaningful degree of market power.

The working group respectfully submits that a finding of dominance should be a necessary prerequisite for enforcement action against digital platforms, as it enables competition agencies and regulators (as applicable) to focus only on those digital platforms that enjoy a sufficient degree of market power, while at the same time it provides legal certainty to digital platforms on the rules that may be applicable to them.

The concept of dominance is generally understood to be “*a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers.*”<sup>6</sup> In practice, assessing whether a digital platform has a dominant position should

---

<sup>5</sup> See in particular Articles 3 (Terms & Conditions) and Article 9 (Access to Data) of that Regulation.

<sup>6</sup> See Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental vs. Commission*, ECLI:EU:C:1978:22[1978].

be a case-by-case assessment of the market position of the firm in question, as well as the constraints imposed by actual or potential competitors as well as buyers.

Under EU law there is a rebuttable presumption that a firm having a share of 50% or more will normally be deemed to have a dominant position, unless there are significant demand or supply side constraints that deprive that firm of market power.<sup>7</sup> The JFTC has taken a similar approach in its own Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act. These Guidelines state that the JFTC will prioritize cases where the product that the firm in question supplies exceeds ~50% of the relevant market.<sup>8</sup>

Against this backdrop, proposed JFTC Guidelines presume the existence of substantial market power: a) when there is no other digital platform operator offering alternative services, b) when there are alternative digital platforms, but it is practically difficult for consumers to switch or c) when the digital platform operator is in a position to control “somewhat freely” the trade terms.

However, these presumptions would unduly expand the scope of anti-monopolization provisions to platforms that do not enjoy any material degree of market power. Particularly, while finding a “superior bargaining position” on the basis of lack of alternative platform or difficulty to switch could be consistent with the finding of a dominant position, a “superior bargaining position” based merely on the fact that the platform operator can “somewhat freely” dictate the trade terms is a very vague and subjective test that could lead even small / insignificant platforms been deemed to have a superior bargaining position.

Based on the above the Working Group requests that the concept of a “Superior Bargaining Position” be aligned with the concept of dominance. If that is not possible for policy or other reasons, the Working Group suggests at a minimum that item c is rephrased to only cover situations where the platform operator is in a position to “unilaterally impose” the trade terms on consumers, so that the concept of Superior Bargaining Position is aligned as much as possible to the concept of dominance.

---

<sup>7</sup> See Case C-62/86 *AKZO v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286 [1991].

<sup>8</sup> See The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act, Part I (Enforcement Policy of the JFTC).

### 3 Summary of Key Points

---

The Working Group is grateful for the opportunity to share its views on the Japan Fair Trade Commission Draft “Guidelines Concerning Abuse Of A Superior Bargaining Position In Transactions Between Digital Platform Operators And Consumers That Provide Personal Information”.

At the outset the Working Group respectfully submits that an extension of the concept of Abuse of a Superior Bargaining Position to cover the use of personal data would not be the best way to address the personal data issues that the Draft Guidelines seek to address. The Working Group believes that sector-specific regulation dealing with privacy and consumer protection would be more appropriate in terms of establishing transparency, legal certainty and predictability for domestic and foreign digital platforms in Japan.

Should the JFTC decide to proceed with the adoption of the Draft Guidelines, the Working Group would suggest the following:

- The notion of superior bargaining position should be aligned with the concept of dominance. This would ensure that the rules are only applied to platforms that are really indispensable for consumers.
- Should the JFTC decide to retain the concept of Superior Bargaining Position, at least item c should be rephrased so that a digital platform can only be found to have a Superior Bargaining Position in situations where they can “unilaterally impose” terms and conditions on the end consumers.

September 28, 2019