



Comments on JFTC’s Draft Guidelines concerning Abuse of a Superior Bargaining Position Transactions between Digital Platform Operators and Consumers

30 September 2019

On behalf of the Asia Internet Coalition (AIC) and its members, I am writing to express our sincere gratitude to the Japan Fair Trade Commission (JFTC) to submit comments on the **Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position under the Anti-monopoly Act on the Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that provide Personal Information** (“Draft *Guidelines*”). AIC is an industry association comprised of leading Internet and technology companies in the Asia Pacific region with an objective to promote the understanding and resolution of Internet and ICT policy issues. Our current members are Airbnb, Amazon, Apple, Expedia Group, Facebook, Google, Grab, LinkedIn, LINE, Rakuten, Twitter and Yahoo (Oath), and Booking.com.

We commend JFTC on formulating the Draft Guidelines for public consultation, which will be applied to companies providing online shopping, social media, search engines and video, music and app distribution. We also appreciate the government aims to enact a new law next year to ensure transparency in business transactions with major technology companies. We believe that this is a timely initiative as the economies and companies become more digital in nature.

As responsible stakeholders in this policy formulation process, we appreciate the ability to participate in this public consultation and submit our views. **As such, please find appended to this letter detailed comments and recommendations in:**

- **Recommendations [IN ENGLISH]** - Page 2-8 [Click on ‘ENGLISH’ to access the submission in English language]
- **Recommendations [In Japanese]** [訳 文] - Page 9-19 [Click on ‘JAPANESE to access the submission in Japanese language]

which we would like to respectfully request JFTC to consider when reviewing the Draft Guidelines.

Should you have any questions or need clarification on any of the recommendations, please do not hesitate to contact our Secretariat Mr. Sarthak Luthra at Secretariat@aicasia.org or at +65 8739 1490. Importantly, we would also be happy to offer our inputs and insights on industry best practices, directly through meetings and discussions and help shape the dialogue for the advancement of digital platforms ecosystem in Japan.

Sincerely,

A handwritten signature in blue ink that reads "Jeff Paine". The signature is fluid and cursive, written in a professional style.

Jeff Paine
Managing Director | Asia Internet Coalition (AIC)
secretariat@aicasia.org

Recommendations [IN ENGLISH]

1. The Draft Guidelines represent a significant paradigm shift in the application of Abuse of Superior Bargaining Power (ASBP). The JFTC has not provided sufficient reasoning to support expansion of ASBP to B2C transactions. There has also been a lack of engagement with businesses, academics and the legal community to discuss expansion of ASBP to B2C.

- a. As the JFTC has admitted, ASBP has traditionally only applied to B2B transactions. Applying the regulation to B2C transactions would be a significant paradigm shift. Therefore, the JFTC is expected to cautiously build a broad consensus among businesses, academics, and legal practitioners. The Draft Guidelines do not accomplish this. The Draft Guidelines exceed the original legislative intent of ASBP, as much of the conduct specified should not fall under an abuse of a superior bargaining position, and instead be captured by other categories of Unfair Trade Practices.
- b. (Regarding 1 of the Draft Guidelines (p2)) The legal rationale for ASBP - as explained by the JFTC in the past - has been to stop strengthening the market power of a “superior” party and weakening the market power of “inferior” party. Market power is a concept applicable to economic entities operating in the market; market power does not extend to individuals and consumers. The Draft Guidelines label consumers as the “inferior” party but does not explain the jump in logic. The current ASBP guidelines already make clear the reason why a company may become “inferior” and what conducts will be “abuse”.¹ These do not map to the Draft Guidelines in a consistent manner, where the threshold for what constitutes an “inferior” party and what constitutes “abuse” appears to be lower. The difference between the ideas of what is “inferior” and “abuse” results in inconsistency between two guidelines.
- c. The Draft Guidelines suggest that ASBP will be applied in a different way going forward, driven by consumer protection concerns, rather than the protection of competition on the merits.² It is important for the JFTC - a competition law regulator first and foremost - to

¹ See the current ASBP guidelines (p5)

https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/101130GL.pdf. “When Party A has superior bargaining position over Party B, who is a transaction counterpart, it means such a case where if Party A makes a request, etc., that is substantially disadvantageous for Party B, Party B would be unable to avoid accepting such a request, etc., **on the grounds that Party B has difficulty in continuing the transaction with Party A and thereby Party B's business management would be substantially impeded.**”

² See Draft Guidelines, “If a digital platform operator in a superior bargaining position over consumers who are the counterparties to transactions unjustifiably causes, in light of normal business practices, disadvantage for such consumers by making use of such position, the digital platform operator will not only impede the free and independent judgements of such consumers but will also likely gain competitive advantage over its competitors. Because such a conduct is likely to impede fair competition, it is restricted under the AMA as abuse of a superior bargaining position, a type of unfair trade practices.”

focus enforcement and analysis on competition impact on the market, and to assess each case weighing the potential anti-competitive impact against the benefits and pro-competitive factors. The Draft Guidelines - as it currently reads - are silent on whether and when pro-competitive factors are to be considered.

- d. The Draft Guidelines is a further departure from international competition law norms. ASBP in its original application to B2B was already a departure from international competition law principles (i.e. enforcement against abusive conduct based on dominance or substantial degree of market power). The extension of ASBP to cover B2C - in particular with regard to personal data - is a further departure from international norms. The divergence of Japanese competition law policy from internationally-recognised competition law principles risks creating a significant barrier to entry into the Japanese market, particularly given the global nature of the digital economy. We point to JFTC Chairman Sugimoto's 2019 New Year message: "From the perspective of globalization of corporate activities, I believe the Japan Fair Trade Commission should put competition policy forward consistent with global standards, together with other competition authorities."³
- e. (Regarding Introduction of the Draft Guidelines (pp1-2)) Since there is no definition of "digital platforms" in current Japanese laws, the JFTC should be wary and cautious when setting the definition of "digital platform". Recently, the JFTC avoided comment on whether a certain company qualified as a "digital platform" and did not provide clear guidance on what constitutes a "digital platform" under the Draft Guidance.⁴ This stance creates uncertainty and confusion for businesses.
- f. (Regarding Introduction of the Draft Guidelines (pp1-2)) The JFTC should consider aligning definition of "digital platforms" to be consistent with international discussion, in particular given the nature of global digital economy. For example, P2B regulations that EU commission suggested defines "platform business" as Online Intermediation Service which fulfils 1) It is an online platform 2) It allows other businesses to offer goods or services to consumers so that those businesses can transact with consumers. The definition of the EU proposal also limits application to certain services, and we encourage the JFTC to do the same.
- g. We also note that the JFTC's refers to the Draft Guidelines as "*Kangaekata*" rather than "*Shishin*" in the Japanese language version. Most of the current ASBP guidelines published by the JFTC have not adopted the term "*Kangaekata*" and we encourage JFTC to explain the significance of the terminology.

³ https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/MessagefromChairma/190121.html

⁴ https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2019/jul_sep/kaikenkiroku190904.html

- h. (Regarding 5 of the Draft Guidelines (pp4-8)). The JFTC normally sets forth safe harbors or exceptions where no issues arise in their guidelines. The existing ASBP guidelines show concrete examples based on real cases that JFTC addressed. However, in the draft guidelines, assumed examples are broad and there are insufficient exemptions. It will result in lack of predictability for businesses. For example, in the draft guideline, the only example of appropriate measure to get consent from consumers is through email announcement. Various measures should be included as proper measures to be consistent with APPI. In addition, given that the current ASBP guidelines prescribe on page 28 that the JFTC consider whether a reason for providing certain trade terms is sufficiently explained when providing such terms, if a business provides relevant information to consumers in B2C transactions, that should be considered as a countervailing factor in considering whether conduct falls under ASBP. The Draft Guidelines do not mention that such factors are considered. Factors such as good faith negotiations and sufficient explanation of terms are important guiding principles when businesses conduct activities, and the Draft Guidelines fail to provide guidance on how businesses can comply with the Antimonopoly Act.
- 2. The Draft Guidelines create uncertainty and confusion for all businesses in Japan and may cause serious harm to innovation.**

Duplication of or inconsistency with existing laws

- a. The JFTC should be wary of the idea that an (alleged) privacy law violation necessarily and by itself causes "harm" to consumers in the antitrust sense. Where other laws and legal regimes already address the protection of consumer data and are naturally better suited to do so, it is ill advised to create additional rules through the Draft Guidelines.
- b. The Act on Protection of Personal Information of Japan (the *APPI*) already covers the use and protection of personal data. It is unclear why potential issues or shortcomings with consumer data protection are not addressed through APPI and the privacy legal regime.
- c. For a set of draft guidelines on consumer data protection, the only concrete consistency between the Draft Guidelines and the APPI is the definition of "personal information". Other than this, the intended relationship between the Draft Guidelines and the APPI is unclear. For instance, where the conduct is compliant with the APPI, it is unclear whether (and why) the same conduct would fall foul of the ASBP. Further, where the conduct is not compliant with the APPI, it is unclear whether (and why) the same conduct would also by itself fall foul of the ASBP. Finally, the Draft Guidelines contains references to "personal information, etc." which the JFTC indicates includes data *beyond* personal

information--but do not clearly define what these entails or explain its significance. The JFTC should reconsider including a duplication of consumer protections in the Draft Guidelines where they are already legislated for.

- d. (Regarding 5 of the Draft Guidelines (pp4-8)) The examples in the Draft Guidelines identified as potentially concerning conduct are more appropriately addressed through existing privacy law frameworks. A digital platform operator acquires information related to consumers who use its services in a reasonable and appropriate manner, by implementing measures required under the APPI, such act would not unjustly impose a disadvantage on the transacting party in light of normal business practices, and therefore normally does not cause a problem in light of the Antimonopoly Act. For example:
- i. Acquiring personal information without stating the purpose of use to consumers is already prohibited by Article 18, paragraph 1 of the APPI. Using personal information beyond the scope necessary to achieve the purpose of use and in contradiction of consumers' intent is covered by Article 16, paragraph 1 of the APPI. And acquiring and using personal information without taking the necessary and appropriate precautions to safely manage such information is addressed by Article 20 of the APPI.
 - ii. Existing guidelines to the APPI already state (page 24 in Japanese: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/190123_guidelines01.pdf) that consumers' consent to allowing businesses to acquire and utilize personal information must be obtained through *reasonable and appropriate* means so that consumers can determine whether to give consent to the acquisition or utilization. This, too, indicates potential concerns that consumers may be coerced or compelled to consent to providing personal information can be adequately addressed through privacy laws.
 - iii. Addressing the concerns raised by the Draft Guidelines through privacy law is consistent with international standards. The GDPR, for example, contains similar provisions to ensure adequate transparency for consumers, impose appropriate constraints on the use of personal data, and keep data secure.
- e. Introducing a new layer of overlapping and less-well-defined rules based on bargaining power or other concepts that only have a tangential bearing on privacy issues is duplicative and will lead to confusion as to what businesses are able to use consumer data for. This in turn is likely to deter legitimate new uses of personal data and hamper innovation--both of which are not in the interests of consumers.

- f. Additionally, other existing laws already address the consumer protection concerns that are raised in the Draft Guidelines. For example, the Consumer Contract Act and Civil Code allow consumers to nullify contractual terms and seek damages against businesses for a range of conduct that includes invasion of their privacy rights. These laws are driven by consumer protection interests and are meant to ensure that contracts between consumers and businesses are fair and not overreaching.
- g. Countries should seek to pursue greater compatibility among their regulations to remove uncertainties, inefficiencies and market barriers which can slow innovation. The introduction of further and general prohibitions on the collection and use of consumer data through the Draft Guidelines, however, result in legal regime conflation and create a more complex and uncertain legal landscape for companies trying to conduct business in Japan. These uncertainties have the unintended consequence of harming innovation.

The concepts in the Draft Guidelines are difficult for businesses to understand and apply, and inconsistent with commercial realities.

- h. Based on the Draft Guidelines' explanation of when a digital platform operator is in a superior bargaining position over the consumers, it appears that normal commercial practices may be regarded as asserting superior bargaining positions. For example, most online (and many offline) businesses use standard terms of contract with consumers; this is a common commercial practice and often the only practical solution for servicing the market at scale. The wording in the Draft Guidelines is capable of categorizing such established commercial practices as "making use of one's superior bargaining position". It is difficult to see how such arrangements could be characterised as an abuse of a superior bargaining position, or even how they could be made more favourable for users without seriously impeding innovation or business efficiency.
- i. (Regarding 3(3) of the Draft Guidelines (p3)) The Draft Guidelines indicate conduct which "unjustifiably impos[es] a disadvantage on consumers" is normally deemed as "making use of one's superior bargaining position". Businesses would find such broad statement vague and difficult to apply. It's worth noting that the causality requirement linking a "superior bargaining position" and the alleged abusive conduct in the *existing* ASBP guidelines (applicable to B2B) is already low. Extending such a low causality

⁵ See Draft Guidelines setting out scenarios when a digital platform operator is normally in the superior bargaining position over the consumers: "(i) when there is no other digital platform operator that provides alternative services for the consumers; (ii) it is practically difficult to stop using the service provided by the existing digital platform operator even if an alternative service exists; or (iii) when the digital platform operator is in a position in which it may freely control the trade terms, such as prices, qualities, and quantities." See also Draft Guidelines "... a conduct will not be necessarily justified simply because the conduct is consistent with existing business practices."

standard to transactions with consumers would further increase the uncertainty for companies doing business in Japan.

- j. The Draft Guidelines unduly focus on the provision of free products and services.
 - i. (Regarding 3 of the Draft Guidelines) Where online businesses offer services for free to consumers, there is generally no lock-in contract for any time (users can leave at any time). Because there is no lock-in contract, a digital platform operator is normally not in a superior bargaining position over consumers where data portability is possible, and therefore consumers are able to switch to an alternative service from the services provided by the digital platform operator.
 - ii. The Draft Guidelines mischaracterise provision of personal data as “compensation” for receiving (or continuing to receive) free services. Users do not “pay” with their data, rather, the free services offered by digital platforms are often financed by advertising (or other revenues).
 - iii. It is important for the JFTC to evaluate the conduct in question by understanding the *whole* contractual relationship and business model of each digital platform business before coming to broad-brushed conclusions.
 - iv. Further, we encourage the JFTC to have a balanced view of enforcement towards both paid and free services. We note that the calculation of administrative fine amounts have been a complicated and costly exercise for the JFTC, and the Draft Guidelines’ focus on free products and services risks the JFTC targeting businesses offering free products and services in order to avoid difficulties with calculating administrative surcharges calculation.

3. If the JFTC considers ASBP ought to be applied to B2C transactions, the abuses contemplated by the Draft Guidelines arise across all companies and industries, not just digital platforms.

- a. The JFTC’s position on bargaining power ignores the significant availability of data across the digital economy (and across non-digital industries) for a wide range of businesses, not just digital platforms. There are a large number of consumer-facing businesses that have access to and control over significant amounts of consumer data and use standard contracts to engage with consumers. The JFTC has not identified any practice used by digital platform operators that is materially different to what other businesses do, and the JFTC provides insufficient explanation for why a different approach needs to be applied only to digital platforms.

- b. Given the importance of personal data and privacy protection, laws and regulations which protect privacy and personal data should apply across the board, not just limited to transactions with digital platforms.
- c. JFTC's consumer survey results in April 2019 also show inconclusive results to support introducing the Draft Guidelines. Of the 2000 users (consumers) of digital platform services surveyed by the JFTC, 66.8% of consumers surveyed did NOT feel disadvantaged with regard to the collection, use, and management of personal information and usage of data by digital platform services.
- d. In light of the above, if ASBP is to be applied to B2C transactions, the Draft Guidelines ought to apply to all businesses which collect and use personal data across the economy in Japan, not just digital platforms. The current Draft Guidelines do not provide guidance to the many other businesses--not just platforms--which are impacted by that application.
- e. A new guideline for only digital platforms creates inconsistency with current ASBP guidelines. It will result in significant and inconsistent differences in how the ASBP regulation is applied between digital platforms and other businesses - companies that are not classified as "digital platforms" may be able to avoid ASBP violations even if they abuse their superior positions toward consumers.

Recommendations [In Japanese] [訳 文]

「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)」への意見

1. 考え方(案)は、優越的地位の濫用の執行に関する重大なパラダイムシフトを提示しています。公正取引委員会(以下「公取委」といいます。)は、優越的地位の濫用の執行をB2C取引にまで拡大することについて、十分な理由付けを行っていません。また、優越的地位の濫用の執行をB2Cまで拡大するには、事業者、学界及び実務家を巻き込んだ議論が必要ですが、そのような議論も不十分です。
 - a. 公取委も自認しているとおり、優越的地位の濫用は従来、B2B取引に対してのみ、その違反に対する執行が行われていました。かかる規制をB2C取引に対しても執行することは、重大なパラダイムシフトであるといえます。したがって公取委は、事業者、学界、及び法務実務家間における幅広いコンセンサスを慎重に形成することが求められます。考え方(案)は、そのようなコンセンサスを達成できていません。考え方(案)は、優越的地位の濫用に関する本来の立法趣旨を逸脱しており、挙げられた行為の多くは優越的地位の濫用に該当させるべきではないものです。
 - b. (考え方(案)1 「優越的地位の濫用規制についての基本的考え方」(2頁)について) 優越的地位の濫用の法的根拠は(過去に公取委によって説明されたように)、「優越」的地位にある当事者が競争上さらに有利になること及び「劣位」にある当事者が競争上さらに不利になることを阻止することにあります。競争上の有利不利は、

市場で取引を行う経済主体に適用される概念であり、競争上の有利不利は消費者にまで拡大して適用されるものではありません。考え方(案)は、消費者を「劣位」にある当事者と位置づけていますが、そこにある論理の飛躍については説明を行っていません。現行の「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」は、企業が「劣位」に陥る理由及びいかなる行為が「濫用」を構成するかを既に明らかにしています[1]。それらの記載内容は、当事者が「劣位」にあると判定する基準及び「濫用」を構成する行為の基準をより低く設定していると思われる考え方(案)と、整合していません。「劣位」及び「濫用」という概念における相違により、二つの「考え方」は整合性を欠いています。

- c. 考え方(案)は、優越的地位の濫用を、実力による競争の保護ではなく、消費者保護に関する懸念を重視して異なる方針で適用すべきであると提案しています[2]。競争法の規制当局である公取委が、何よりもまず、法の執行及び市場に対する競争上の影響の分析に集中すること、並びに利益及び競争促進的要素と潜在的な反競争的影響とを比較検討しながら個々の案件についての評価を行うことが大切です。考え方(案)では、現状、競争促進的要素が検討されるか否か、及びどのような場合に検討されるかについて、一切記載がありません。
- d. 考え方(案)は、国際的な競争法を巡るスタンダードからのさらなる乖離に繋がります。優越的地位の濫用は、B2B取引に対して執行されていた元々の運用ですら、既に国際的な競争法原則(すなわち、支配や相当な程度の市場支配力に基づく濫用行為に対して執行されること)から乖離していました。そのような中で優越的地位の濫用をB2C、特に個人情報に関連する取引にまで拡大して執行することは、国際的なスタンダードからのさらなる乖離に繋がります。日本の競争法の方針が国際的に認められた競争法の原則から離れることは、特にデジタル経済のグローバルな性質に鑑みれば、日本市場への著しい参入障壁になるおそれがあります。公取委委員長杉本氏は、2019年の年頭所感において「企業活動のグローバル化という観点では、公正取引委員会は他の競争当局と連携を図りながら、グローバル

スタンダードに基づいた競争政策を進めていかなければならないと考えております。」と述べています。[3]

- e. (考え方(案)「はじめに」(1~2頁)について)現行の日本法上、「デジタル・プラットフォーム」の定義が定められていないことから、公取委は、「デジタル・プラットフォーム」の定義を定めるにあたり、注意を払い、慎重に検討すべきです。近時、公取委は、特定の企業が「デジタル・プラットフォーム」に該当するかについて意見を述べることを避けると共に、考え方(案)上、何が「デジタル・プラットフォーム」を構成するのかについて、明確な指針を示していません[4]。かかるスタンスは事業者に混乱をもたらします。
- f. (考え方(案)「はじめに」1~2頁について)公取委は、とりわけグローバルなデジタル経済の性質に鑑みて、国際的な議論に即した定義となるよう、「デジタル・プラットフォーム」の定義を検討すべきです。例えば、EUが制定したP2B規制は、「プラットフォーム事業」をオンライン仲介サービスのうち、1)オンライン・プラットフォームであり、2)ビジネス・ユーザーが消費者に商品又はサービスを提供し、ビジネス・ユーザーと消費者との間の取引を容易とするものであること、という二点を充足するものと定義しています。EUの規制における定義は対象を特定の形態に限定しており、公取委も同様に適用対象を限定することを提案いたします。
- g. また、弊団体は、公取委が、この「考え方(案)」に「指針」ではなく「考え方」という標題を付している点にも注目しています。公取委が公表している従前のガイドラインの多くは、「考え方」という文言を使用していないことから、公取委に対して、当該文言を採用した意義について説明することを提案いたします。
- h. (考え方(案)5 「優越的地位の濫用となる行為類型」(4~8頁)について)公取委は通常、そのガイドラインにおいて、競争法上の問題が生じないセーフハーバー又は

例外（問題とならない場合）を記載しています。現状の「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」は、公取委の実際の対応事例に基づく具体例を示しています。しかし、考え方(案)においては、想定例が広範かつ一般的であり、また適用除外（問題とならない場合）となる例の記載が不十分です。これでは事業者側にとり予測可能性に欠けます。例えば、考え方(案)においては、消費者の同意を得るための適切な措置の唯一の例が、電子メールによる通知です。個人情報保護法との整合性という観点からも、問題とならない適切な措置として様々な措置を挙げるべきです。加えて、現行の「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」21頁では、取引当事者間で取引の条件等を提示する際にその理由を十分に説明したか否かが考慮要素となることが明記されており、これを踏まえれば、B2C取引においては、契約約款の内容、周知方法等から、事業者側から消費者に対する誠実な情報提供が行われているといえる場合には、優越的地位の濫用該当性を否定する方向の要素として考慮すべきです。ところが、考え方(案)にはこの点に言及がありません。誠実な交渉、十分な説明といった考慮要素は、これまで事業者が実際に事業活動を行う際の一つの行動指針として実務上重要な役割を果たしてきましたが、この点に関する言及がない考え方(案)は、事業者がどのように行為すれば独禁法を遵守できるのかという点について、明確性を欠いています。

2. 考え方(案)は、全ての事業者に不安及び混乱をもたらし、イノベーションに対して重大な悪影響を生じさせる可能性があります。

現行法との重複又は不一致。

- a. 公取委は、プライバシー関連法違反(の疑惑)が、必然的にかつその事実のみで、独占禁止法上の意味において消費者を「害する」ことにあたるという見解に対して、慎重であるべきです。他の法律及び法体制が既に消費者データの保護に対応しており、かつそうすることが当然に適している中、考え方(案)を通して追加規制を創設するべきではありません。
- b. 個人情報の保護に関する法律(以下「個人情報保護法」といいます。)は、個人データの利用及び保護について既に規定しています。消費者データの保護に関する潜在的な問題や欠陥に対して、なぜ個人情報保護法及びプライバシーに関する法体制を通じた対処を行わないのか、不明確であるといわざるをえません。
- c. 消費者データの保護に関する一連のガイドライン案に関して、考え方(案)及び個人情報保護法との間で唯一明確な整合性が図られているのは、「個人情報」の定義のみです。これ以外では、考え方(案)と個人情報保護法とがどのような関係に立つことが想定されているのか、明らかではありません。例えば、ある行為が個人情報保護法を遵守している場合、かかる行為が優越的地位の濫用に該当するか否か及びその理由が不明です。さらに、ある行為が個人情報保護法を遵守していない場合、かかる行為がやはりその事実のみで優越的地位の濫用に該当するか否か及びその理由が不明です。最後に、考え方(案)は、公取委が「個人情報」以外のデータをも含むと指摘している「個人情報等」について言及していますが、これらが何を意味するのか、及びその重要性については、明確な説明をしていません。既に法制化されている消費者保護制度と重複する規制を考え方(案)に盛り込むことについて、公取委はその是非を再検討すべきです。
- d. (考え方(案)5 「優越的地位の濫用となる行為類型」(4~8頁)について)公取委が示す潜在的な懸念行為の具体例は、現行のプライバシー法の枠組みの中でより適切に対処することができます。個人情報保護法上義務付けられた措置等を講じるなど合理的かつ適切な方法により取得・利用することは、正常な商慣習に照らして

不当に不利益を与えることとならず、通常、問題とならないことを明示すべきです。例えば、

- i. 利用目的を消費者に知らせずに個人情報を取得することは、個人情報保護法の第18条第1項によって既に禁止されています。利用目的の達成に必要な範囲を超えて、消費者の意に反して個人情報を取得・利用することは、個人情報保護法の第16条第1項によって禁止されています。そして、個人情報を安全に管理するために必要かつ適切な措置を講じずに、当該情報を取得・利用することに関しては、個人情報保護法の第20条が対応しています。
- ii. 個人情報保護法に関する現存のガイドラインにおいて、事業者が個人情報を取得及び利用することを承諾する旨の消費者の同意は、消費者が取得又は利用に対する同意に係る判断を行うために必要と考えられる合理的かつ適切な方法によらなければならないと記載されています(日本語版24頁：https://www.ppc.go.jp/files/pdf/190123_guidelines01.pdf)。これも、消費者が個人情報の提供に同意するよう強要又は強制されうるといった潜在的な懸念は、プライバシー法によって適切に対処することができることを示しています。
- iii. 考え方(案)に提示された懸念事項をプライバシー法によって対処することは、国際的なスタンダードにも合致しています。例えば、EUの一般データ保護原則には、消費者に対する十分な透明性の保証、個人データの利用に関する適切な制限、及びデータの安全性確保に関する同様の規定が定められています。
- e. プライバシー問題とほとんど関係のない交渉力又はその他の概念に基づき、内容が重複しており、かつあまり明確ではない新たな規制を導入すると、規制が二重になってしまい、いかなる目的のためならば事業者は消費者データを利用することができるかということについて、混乱を招くこととなります。これはやがては

、個人情報の合法かつ新しい利用を抑制し、イノベーションを妨げる可能性が高く、それらはいずれも消費者の利益のためにはなりません。

- f. 上記に加えて、考え方(案)において提示された消費者保護の懸念事項については、その他の現行法が既に対応しています。例えば、消費者契約法及び民法は、消費者が契約条項を無効にしたり、事業者に対してその消費者のプライバシー権を侵害する行為の損害賠償を請求したりすることを認めています。これらの法律は、消費者保護の利益を根拠としており、消費者と事業者との間の契約が公平であり、かつ詐欺的でないことを保証することを目的としています。
- g. 各国は、イノベーションを失速させうる不確実性、非効率性及び市場障壁を取り除くために、それぞれの規制がより高い互換性を有することを追求すべきです。しかし、考え方(案)による消費者データの収集及び利用に関する追加の一般的な規制の導入によって、法体制が混乱することとなり、日本において事業を行うことを意図する企業に対してより複雑かつ不明確な法環境を生み出すことになってしまいます。これらの不確実性は、意図せずイノベーションを阻害する結果を招くこととなります。

考え方(案)に記載された概念は、事業者にとって理解し適用するのが難しく、またビジネスの実態に合致していません。

- h. 考え方(案)に記載された、デジタル・プラットフォーマーが消費者に対して優先的な地位にある場合の説明によると、通常の商慣習も優越的地位の表れとみなされうるように思われます[5]。例えば、ほとんどのオンライン・ビジネスは(また多くのオフライン・ビジネスも)、消費者との間で標準的な契約約款を使用しています。これは通常の商慣習であり、多くの場合、規模に応じて市場にサービスを

提供するための唯一の実用的な方法です。考え方(案)の文言は、このような確立した商慣習が、「自己の優越的地位を利用」することに該当する可能性があるとしています。このような取決めを優越的地位の濫用とみなすこと、またそもそもイノベーション又はビジネス効率を著しく妨げずに、このような取決めをユーザーに対してさらに有利なものとするのは、いずれも難しいと考えられます。

- i. (考え方(案)3 「「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して」の考え方」(3)(3頁)について)考え方(案)は、「消費者に対して不当に不利益を与えることになる」行為は、「自己の優越的地位を利用」していると通常は認められると記載しています。事業者にとり、かかる広範な記載は曖昧であり、適用するのが難しいといえます。現状の(B2Bに適用のある)「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」にある、「優越的地位」を主張された濫用行為と結びつける因果関係の要件の程度が、既に低くなっていることは注目に値します。このような因果関係の低い水準を消費者との取引にまで拡大することは、日本において事業を行う企業に対し、不確実性を増加させることとなります。
- j. 考え方(案)は、無償の製品及びサービスの提供に不当に注目しています。
 - i. (考え方(案)3 「「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して」の考え方」について)オンライン・ビジネスが消費者に対してサービスを無償で提供している場合は、一般的に、いかなる時でもロックイン契約は存在しません(ユーザーはいつでも離脱することができます)。ロックイン契約が存在しないことから、例えば、データポータビリティが利用可能であり、消費者にとって代替可能なサービスに移行できる場合には、通常、当該デジタル・プラットフォーマーは消費者に対し取引上の地位が優越しているとは認められないと考えられます。

- ii. 考え方(案)は、個人データの提供を、無償のサービスの受領(又は継続した受領)の「対価」であると誤って理解しています。ユーザーが自身のデータを用いて「支払い」を行うのではなく、デジタル・プラットフォームが提供する無償のサービスは多くの場合、広告収入(又はその他の収入)によって提供できています。
 - iii. 公取委は、結論を導く前に、まず契約関係の全体像及び各デジタル・プラットフォームのビジネスモデルを理解して、問題の行為を評価することが大切です。
 - iv. さらに弊団体は、公取委が無償及び有償のサービスの両方に対してバランスのとれた見解を持つことを推奨します。弊社は、課徴金の金額の計算が公取委にとって複雑かつ費用のかかる作業であったため、考え方(案)が無償の製品及びサービスに着目することにより、公取委が課徴金の計算の問題を避けるために、無償の製品及びサービスを提供している事業者を標的にするリスクがあることに留意しています。
3. 公取委が優越的地位の濫用をB2C取引に適用すべきと考える場合であっても、考え方(案)で想定された濫用行為は、デジタル・プラットフォームに限らず全ての企業及び業界にまたがり生じるものです。
- a. 交渉力に関する公取委の立場は、デジタル経済において(また非デジタル業界にまたがり)、デジタル・プラットフォームに限らず様々な種類の事業者がデータを簡単に利用できることを無視しています。多くの顧客対応事業が、大量の消費者データに対するアクセス及び管理権を有しており、消費者と関わりを持つ際に標準契約を使用しています。公取委は、デジタル・プラットフォーマーが実施してい

る行為のうち、他の事業者が実施している行為と著しく異なるものを明示しておらず、そのため公取委は、デジタル・プラットフォームにのみ異なる取決めが適用されるべき理由を十分に説明していないといわざるをえません。

- b. 個人データ及びプライバシーの保護の重要性に鑑み、プライバシー及び個人データを保護する法令は、デジタル・プラットフォームとの取引に限らず一律に適用されるべきです。
- c. 公取委による2019年4月の消費者調査結果も、考え方(案)の導入を支持する決定的なものではありません。公取委の調査によると、デジタル・プラットフォーム・サービスの2000ユーザー(消費者)のうち、66.8%の消費者がデジタル・プラットフォーム・サービスによる個人情報の収集、利用、及び管理、並びにデータの利用に関し不利な立場にあると感じなかったと回答しています。
- d. 以上に鑑みると、もし優越的地位の濫用がB2C取引に対しても執行される場合、考え方(案)はデジタル・プラットフォームに限らず、日本経済において個人データを収集及び利用する全ての事業者に適用されるべきです。現状の考え方(案)は、プラットフォームだけでなく、かかる適用によって影響を受ける多くの他の事業者に対して、指針を提供していません。
- e. デジタル・プラットフォームのみを対象とした新たなガイドラインは、現行の優越的地位の濫用に関するガイドラインとの矛盾を来します。これにより、デジタル・プラットフォームとその他の事業者との間で優越的地位の濫用に関する規制がどのように適用されるかにつき、矛盾をはらむ著しい違いが生じます。「デジタル・プラットフォーム」に分類されない企業は、消費者に対して自己の優越的地位を濫用しても、優越的地位の濫用に関する規制に違反していないと判断される可能性があります。

[1] 現行の「優先的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」4頁参照。

https://www.jftc.go.jp/hourei_files/yuuetsutekichii.pdf

「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である。」

[2] 考え方(案)参照。「自己の取引上の地位が取引の相手方である消費者に優越しているデジタル・プラットフォーマーが、取引の相手方である消費者に対し、その地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、当該取引の相手方である消費者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する一方で、デジタル・プラットフォーマーはその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあるものである。このような行為は、公正な競争を阻害するおそれがあることから、不公正な取引方法の一つである優越的地位の濫用として、独占禁止法により規制される。」

[3] <https://www.jftc.go.jp/houdou/kouenkai/nentouh31.html>

[4] https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2019/jul_sep/kaikenkiroku190904.html

[5] 考え方(案)参照。デジタル・プラットフォーマーが通常、消費者に対し取引上の地位が優越していると認められる場合は、「①消費者にとって、代替可能なサービスが存在しない場合、②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、又は、③当該デジタル・プラットフォーマーが、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の取引条件を左右することができる地位にある場合」です。また、考え方(案)から引用すると「現に存在する商慣習に合致しているからといって、直ちにその行為が正当化されることにはならない」とされています。