慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	プライバシー・ビッグデータ・競争法 : Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定を題材に
Sub Title	Privacy, big data and competition law : European commission's decision on Facebook/WhatsApp case
Author	市川, 芳治(Ichikawa, Yoshiharu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.33 (2015. 10) ,p.135- 180
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20151023-0135

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

プライバシー・ビッグデータ・競争法

――*Facebook/WhatsApp* 欧州委員会決定を題材に――

市　川　芳　治*

1　はじめに
2　問題意識：プライバシー・ビッグデータ・競争法
3　事例：*Facebook/WhatsApp* 欧州委員会決定
4　検討：競争法の潜在力と限界
5　日本法への示唆
6　終わりにかえて

1　はじめに

競争法はかねて新しい産業や環境が登場するたびに、その有用性を問われつつ、柔軟に、かつしたたかにその力を発揮してきた。

近時、文脈はまちまちであるが、個人に関する情報・プライバシーに関わるデータの集積（ビッグデータ）が、サービスの価値、ひいては企業の競争力に相当程度の影響力を持つという認識[1)]から、競争法の適用にあたっては特に意識すべき、という議論が生まれている。

技術進歩が速く、イノベーション・知的財産等が関わるいわゆるニューエコノミーに対しては、これまでも適用手控え必要論、特別ルール必要論が主張さ

＊　慶應義塾大学法科大学院、日本放送協会。本稿は「慶應 EU 研究会」（平成 27 年 4 月 25 日開催・庄司克宏教授主宰）における発表をベースとしている。貴重なコメントをくださった先生方に感謝申し上げる。なお、本稿における意見は、筆者のみその責任を負う。

1）McKinsey Global Institute, Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, May 2011（プライバシー等への意識を必要としつつも、ビッグデータの活用が競争力の鍵であり、消費者余剰を産み出す新しいイノベーションであると位置づけ）.

れてきた[2]。この領域には特別な対応が必要なのか、あるいはこれまでの応用で対処できるものなのか[3]。本稿では、欧米で活発になる議論を踏まえつつ、EU での具体事例を用いて整理を行い、示唆を得ることをめざす。

2　問題意識：プライバシー[4]・ビッグデータ[5]・競争法

本稿での議論は、EU に軸足を置くものであるが、議論の萌芽・発展は（大西）洋の東西を問わない状況にある。以下、その推移を概観する。

米国におけるアプローチ

2007 年の米国 *Google/DoubleClick* 合併事案[6] において、問題なしとした多

2）Evans, David S. and Schmalensee, Richard, Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries, NBER Working Paper No. 8268, May 2001 等が代表とされる（いわゆるニューエコノミーについて、ネットワーク効果、ドラスティックなイノベーション等を特徴として厚生を向上させるものであるため、伝統的な産業のように静的な効率性に着目して介入することは馴染まないと主張）。

3）舟田は、技術革新が著しく急速に変化している新興市場について、競争及びイノベーションの観点から有害な帰結となるから独禁法を差し控えるべきとする論に対し、短期間の損害であっても被害を受けた事業者には救済が必要なのは当然、とする（舟田正之「ソーシャルゲームと競争秩序――グリー対 DeNA 損害賠償請求事件」『法律時報』85 巻 11 号、2013 年、78 頁）。また、ネットワーク効果が生じるネットビジネスにおいては、ビッグデータが必然的に優先課題となる、と逆説的に提示したものとして、Guszcza, James, et al., ‘Too big to Ignore’（2013）（12）*Deloitte Review*, p. 49.

4）普遍的な定義は困難であるとされるが、商業的価値を持つに至っているという認識が重要となる（Ohlhausen, Maureen K. and Okuliar, Alexander, ‘Competition, Consumer Protection, and the Right（Approach）to Privacy’, Antitrust LJ, *Forthcoming*（February 6, 2015））。

5）定義は様々で、一般には Volume, Variety, Velocity, Value 等を満たすものと捉えられる。EU の第 29 条作業部会（データ保護指令に基づき、加盟国間の調和をめざす機関）では、本稿のテーマのうち 2 つの結節点として、「ビッグデータ環境における大量のパーソナルデータの取得と分析は、注意を必要とし、コンピュータのデータ処理力とデータマイニング能力の向上により、特定個人に紐づくパターンが識別される可能性がある」と指摘する（Adopted on 16 September 2014）。

6）*Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170.

数意見に対して出されたHarbour委員の反対意見が、議論の嚆矢となった。

検索エンジン大手のGoogleが、第三者にバナー広告配信等を行うDoubleClick社を買収しようとした事案で、その集積する消費者データに注目が集まり、一般的な競争の側面のみならず、消費者のプライバシーも論点となったものである。

同委員は、通常の水平的効果を検討するだけではなく、インターネット上の消費者行動のデータを大量に獲得するという点に着目し、オンライン広告におけるネットワーク効果の大きさをより評価すべきこと、消費者保護の側面に話題が集まったが、データに関連する商品・サービス等の市場のみを見るのではなく、“データ合併”そのものの反トラスト調査・分析を行うべきことを主張した。また、“データ合併”の「コインの表裏」であるとして、伝統的反トラスト分析では競合事業者ではないために検討の俎上に上らない、需要者（消費者）のプライバシー問題も同時に反トラスト法の文脈で扱うべきとした。

その後議論は深まり、反トラスト法で同種の事案を扱う際の課題は、以下のように整理されつつある[7)]。

第一に、反トラスト法は一般に「消費者」に焦点を当てておらず、「無料」での商品・サービス提供の判断枠組みに乏しいこと、また、広告メディアはオンライン時代でも、一方は消費者一方は広告主という両面（二面的）市場を呈していること[8)]、第二に、プライバシーは価格・質のような競争変数ではないため、競争法から見ると捉えどころがない概念であること、第三に、消費者情報等が商品・サービスのインプットとなる場合には、アクセスが容易であれば問題はないし、閉鎖・排除があればネットワーク効果を利用するものとして課

7）以下、Ohlhausen and Okuliar・前掲注4）、Grunes, Allen P. and Stucke, Maurice E., ‘No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data’, *the antitrust source*, April 2015, p. 1、Grunes, Allen P.,‘Another Look At Privacy’（2013）20（4）*Geo Mason L Rev*, p. 1107等に基づき整理。

8）かつて伝統メディア・広告モデルにおいて、非価格競争をどう扱うかというチャレンジがあったが、近時の事案は、両面市場の分析必要性に加えて、消費者と当該事業者が契約関係になっているという事実があり、それだけでは乗り越えられないものとされている。

題となるが、確立された理論とはなっていないこと、第四に、現代反トラスト法思考は、原則として新規のビジネス習慣等に非介入のスタンスをとること等である。

これに対して、“競争のレンズ”で対応できるという立場からは、プライバシーへの害は、現代反トラスト法において主たる基準とされる消費者厚生の低減につながり得るため、消費者厚生と消費者選好を同義語として用いることができること、また、プライバシーが失われることは、商品・サービスの質の低下と見ることができ、それは競争への影響と認識できること（非価格変数として認識できること）[9]、独占力の達成あるいは維持のために欺瞞的なデータ収集を行う等の手段も反トラスト法でカバーできること[10]等が主張されている。さらに、伝統的な市場分析では捉えきれないとされるが、広告主等に有用なデータからなる「市場」は画定できること、消費者データの蓄積は、競合事業者にとって非常に大きな参入障壁となり得ることも提示されている。

他方、このような取込みに慎重な立場[11]からは、ユーザーのプライバシー保護をめぐっても競争が行われていること[12]、プライバシー規制は市場の「構造」に影響を与えるものであり、行為に対処する競争法にそぐわないこと、プライバシーはあくまで従来型の市場画定に関連性を持つものであること、ビッグデータが別途の「市場」を形成することが稀なこと、実際に参入障壁にはなっていないこと等から、反トラスト法の「周縁」で対応できるものであること、また、広告主の利益と消費者のプライバシー利益といった衡量は、反ト

9）Swire, Peter, *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*, Center for American Progress, October 19, 2007. 規範論的には、非価格要素を重視するアプローチともマッチしており、究極の反トラスト法の目的は何か、という近時の議論にも合流する。

10）Rosche, J. Thomas, Concurring and Dissenting Statement Regarding Google's Search Practices, FTC File No. 111-0163.

11）Ohlhausen and Okuliar,・前掲注4）、Tucker, Darren S. and Wellford, Hill B.,‘Big Mistakes Regarding Big Data', *the antitrust source*, December 2014, p. 1 等。

12）Apple 社の Cook CEO がメール等のプロファイリングを行わないことを宣言する等、プライバシー保護の方策の競争も生じていることも指摘される。

ラストの事案としては機能しにくいこと等が主張されている。

そのほか、根源的な問いとしては、競争法と消費者保護法を併せて適用しようとすることは、集合データが可能にする競争とイノベーションを低減させ、効率性・消費者厚生の創造が捨象されるリスクを生んでしまうこと、伝統的な反トラスト分析を変更することは、これまでの厳密な科学的手法での積上げを離れ、主観的な非競争要素の影響に晒させるものであり、不安定な状況を生んでしまうことにつながることが指摘されている。

実際の事案では、*Google/DoubleClick* 決定、本稿で取り扱う *Facebook/WhatsApp* 決定等において、判断要素にプライバシー保護の規範的考慮が加えられるようなことはなく推移している。

本来、FTC 法は、競争と消費者保護の両面の目的を持っており、二重の目的とその相互補完性については、立法直後からも論争があった。競争への影響に紐づけられつつも、FTC 法 5 条の適用範囲の拡大が図られたが、裁判所において、競争法と消費者保護法にはそれぞれ明確に区分された役割があること、競争法は適用範囲を限定し、主として経済的効率性を追うべきもので、非競争的要素の読込みは避けるべきとの判断がもたらされている[13)]。

これらの境界を認識したうえで、競争当局は、規範的なプライバシー懸念と競争分析とを融合しようとする要望からは距離を置きつつ、個別合併案件では消費者データを分析している[14)]。別個の「データ市場」を画定してはいないが、大量のデータ保有を行う企業に関わる取引については、懸念に対する対処を行ったりもしている。裁判所もまたデータを商業財と捉えており、市場画定等、反トラスト法分析の習慣に合う限りにおいて、合併審査等を行っている。

他方、1970 年代以降、FTC は消費者保護の観点から、オンライン上のデータ収集・利用を含め、プライバシー濫用の監視・取締りを強化している。エンフォースメントは、不公正・欺瞞的な利用の抑止（FIPPs（Fair Information Practice

13）古くは、*FTC v. Raladam Co*., 283 U.S. 643（1931）。その後、*FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447（1986）等。近時も、執行方針の明確化の動きがある。

14）Ohlhausen and Okuliar,・前掲注 4）, p. 28 以下。

Principles）と呼ばれる“通知・選択モデル”）から、次第に消費者に直接どのような害がもたらされるかに着目する（「害に基づく不公正理論」（harms-based unfairness theories））にシフトしているところである[15)]。

欧州におけるアプローチ

欧州における本格的な議論は、EDPS（European Data Protection Supervisor）[16)]による問題提起[17)]を受けてもたらされた[18)]。

ビッグデータへのコントロールを通じて市場で力を持つことができるデジタルエコノミーでは、個人のデータと引き換えに、かつそれ自体が商品・サービスとは結びつかない「無料」のサービスが提供され、従来の商品・サービスの代替性に着目する分析では対応が困難であるため、データそのものを無形資産として捉えて反競争性を判断する必要性がある、との問題意識が示された。その状況下、プライバシーに関する情報へのアクセス拒否が支配的地位の濫用に

15）Muris, Timothy J., Remarks at the Privacy 2001 Conference: Protecting Consumer's Privacy: 2002 and Beyond（Oct. 4, 2001）.

16）2001 年に創設された、EU 諸機関がパーソナルデータの保護に関する基本権を尊重することを確保する監視機関で、市民のプライバシー権に関わる政策等についての提言任務も担う。

17）EDPS, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, March 2014; Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Bid Data, 2 June, 2014; Buttarelli, Giovanni, *Antitrust, Privacy and Big Data*, Brussels, 3 February 2015（本稿で扱う *Facebook/WhatsApp* 事案も例に挙げつつ、競争法も含めた視野で、分野横断的な「パラダイムシフト」による実効的なエンフォースメント確保を主張。競争においては、「選択」や「質」といった（従来のもの以外の）変数（パラメータ）の価値の評価を例示）.

18）EU における議論の源流は、欧州委員会・Almunia 前競争政策担当委員による、競争・データ保護それぞれの観点で対応すべきとしつつ、競争法でカバーし得ることは否定しなかったスピーチ（Almunia, Joaquin, Competition and personal data protection, SPEECH/12/860, 26 November, 2012）、*TomTom* 決定（Case No COMP/M.4854）において既に萌芽が観測されていたこと（携帯ナビゲーション端末メーカーの合併が、支配的地位にある事業者に、よりプライバシー保護の弱い提供を可能にするかどうかを調査することで、プライバシーに基づく競争が低減されているかを評価）等にある。

つながるなか、その入手方法・プライバシーポリシーも視野に入れ、競争法の主たる保護法益である消費者厚生と消費者保護とを一括で捉え、競争法における「消費者への害」（consumer harm）の概念を拡大する正当性を指摘し、競争法を適切に活用することで、プライバシー保護を促進でき、消費者による自らのデータコントロールが強化される可能性があると主張している。

その後 EDPS はさらに議論を進め、そもそも EU 競争法は、効果を見る単一的な経済的アプローチを支持しておらず、選択肢の多さや、十分な情報に基づく選択（informed choice）をより重視するアプローチもあり得ることにまで踏み込み、EU 基本権憲章に法的拘束力を与えたリスボン条約の下、基本権保護の視点から、競争法とプライバシー保護を一括で扱うべきではないか、という見解を提示した[19]。加えて、データポータビリティ（data portability）は、プライバシー保護と競争性の両面を高める力を持つ（アクセス可能になることで、参入障壁も下がる）という点についても提起している[20]。

近時では、現競争政策担当委員 Vestager 氏の就任前後の発言にも注目が集まるなど[21]、引き続き大きな関心領域となっている[22]。

これらの見解に対し、実務家が主体となって様々な見解が活発に交換されている。

19）基本権憲章における「知る権利」にメディアの多元性確保の源を見出し、積極的措置を促す論攷として、Brogi, Elda and Parcu, Pier Luigi, The Evolving Regulation of the Media in Europe as an Instrument for Freedom and Pluralism, RSCAS 2014/09.

20）データポータビリティに関する権利は、EU における近時のデータ保護規則制定にあたり、権利として新規追加提案されたもの（欧州議会での審議が進む現時点では、相当程度制限された内容に落ち着いている）。Data Protection Day 2015: Concluding the EU Data Protection Reform essential for the Digital Single Market, Brussels, 28 January 2015 等参照。なお当初案については、英国等より、概念としては支持できるが、消費者法ないし競争法のカテゴリーではないかとの意見が出されていた。

21）Parliamentary hearing of the Commissioner-designate, 2 October 2014（パーソナルデータと競争政策について、*Google/DoubleClick* 合併を事例に挙げ、米 FTC のようにデータ保護と競争法の双方の観点からアプローチすべきではないか、と問われた際、「競争、データ保護、個人の権利そして個人の自由の間の領域に問題があるということが分かっている」「（ビッグデータ市場は）競争総局にとって間違いなくチャレンジである」とした）.

Lynsky[23] は、同レポートは、消費者厚生の概念にデータ保護の考慮を組み込み、EU 競争法の実質的な判断に基本権保護の視点を取り込もうとする野心的なものであると捉え、現状の判断からのラディカルな離脱であり、かつ包括的なアプローチの第一歩である、とした[24]。

ソーシャルネットワーキングサイト、検索エンジン等、データ蓄積に多くを拠る産業においては、個人データに基づくネットワーク効果が大きな参入障壁となる。こうした産業の独占化は実際のデータ保護の適用に深刻な問題をもたらすため、データ保護のエンフォースメント確保の観点から、競争法によって実際の消費者選択の増加に貢献すべきという意見は、長く提唱されていた。背景には、データ保護が 2009 年以降、プライバシー権とは別に EU の法秩序に組み込まれており、各機関を拘束するものとして、「切り札」（trump card）であると考えられていることがある。現下の消費者厚生基準は、消費者選択肢の増加を促進するものであり、EDPS レポートのめざす方向性と同一になる[25]。

他方、Lamadrid[26] は、伝統的な市場画定・市場支配力（market power）評価手法が完璧なものではなく、機械的・抽象的に用いることができないのはその通りであり、欧州委員会は幅広い裁量を持ち、柔軟に対応することができるものとしたうえで、主要論点につき、検討を行っている。

22）Big data a growing factor in competition assessments, says expert as Facebook receives sign off for WhatsApp takeover, out-law.com, 03 October 2014（専門サイトによる評釈記事）.

23）Lynsky, Orla, A Brave New World: The Potential Intersection of Competition Law and Data Protection Regulation, Chillin'Competition, April 21, 2014.

24）関連する検討として、Coates, Kevin, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, 2011, p. 363.

25）他方、このような理由での介入は、支配的地位を罰し、当該事業者の経済的自由に大きな干渉を及ぼすもので、一般には事業法・規制法の役割であること、競争法が「手段化」し、基本権を競争法の実質的分析に読み込む内部一貫性が得られないであろうこと、個々人のデータ保護権の保護は、データ保護規制が適切に行うべきこと等の反論も整理。

26）Lamadrid, Alfonso, On Privacy, Big Data and Competition Law（1/2）; On Privacy, Big Data and Competition Law（2/2）On the nature, goals, means and limitations of competition law, Chillin'Competition, June 6, 2014.

市場画定・市場支配力評価に対するビッグデータの影響については、データは重要な資産であってそれ以上ではないこと、現在の合併規則の閾値は、両面市場にはうまく合致しないこと、当該データ市場という、中間データ市場を画定する考えには賛成できないこと、規模・集積・ネットワーク効果については、効率性の源泉でもあること、データへのアクセスが参入障壁となり得るのは事実だが、事実関係次第のもので、行為ではなく構造が問題の場合、競争法の介入が必要とされるものではないこと、強制的に共有されるべき「エッセンシャル・ファシリティー」であるとの指摘があるが、本来の高い法的ハードルが課されていないこと、ネットワーク効果と規模によってユーザーがロックインされるといわれるが、先例でも否定されていること等が主張された。

ただし、データポータビリティについては、競争法とデータ保護法は融合するものと捉え、プライバシーポリシーは競争変数（パラメータ）の 1 つになり得るとした。

しかし、データ保護基準（＝非競争的なプライバシー考慮）を、競争法の実質的な審査に組み込むべきかという問いに対しては、本質は、競争法は消費者厚生を扱うべきものとした際、現在見ているような狭い意味での経済的考慮（economic consideration）にのみ留まらないとすべきものかどうかである、とした。競争法が魅力ある「手段」（instrument）であるのは確かだが、競争当局は、hammer は持っていても nail は持っていないとし、競争法は、法秩序の「最後の切り札」（last resort）であり、規制の存在しない領域で競争が資源配分の最上の手法であることを前提に存在しているなか、問題は、競争法がリーチできていないことではなく、データ保護法が、適切な規律と問題解消措置を欠いていることにある、と結論づけた[27]。

基本権を取り込む考え方については、EU 基本権憲章は、欧州委員会による

27）Ohlhausen and Okuliar は、総論として、特定の法は特定の害（harm）に合わせて刈り揃えられている（narrowly tailored）べきところ、損害の種類に焦点をあてて法を選択すべきこと、潜在的な損害の範囲で法を選択すべきこと、問題解消措置の効果性を評価して法を選択すべきこと、が望まれているとした（前掲注 4), p. 39）。

基本権侵害の抑止だけでなく、市民による行使も促進させる「大変革をもたらすもの」（game changer）と捉える向きもあるが、特定のアドホックな法によって求められる程度（消極的義務）を超え、さらに他者の基本権と衝突するような程度にまで、私企業を従わせる積極的な義務を負わせることは、憲章の範囲を大きく超えており、基本権保護の視野まで競争当局と競争法弁護士に担わせるのは重過ぎる、とした。

ここまで見てきたように、規範論レベルでの検討では、様々な提起がなされているが、具体検討は必ずしも深まっているとはいえず、ケースバイケースであることが分かる[28)]。

なお、日本での検討は、まだ緒に就いたばかりであり、事案の発生も含め、今後様々に議論が深められるものと思われる[29)]。

3　事例：*Facebook/WhatsApp* 欧州委員会決定[30)]

事案概要

Facebook 社（以下、「当事会社」と呼ぶ場合も）は、モバイルアプリ“WhatsApp”を提供する WhatsApp 社を、自らの 100％子会社と合併させることを計画した。同社は、ソーシャルネットワーキングプラットフォーム

28）そのなか、数少ない具体的な横断検討の取組みとして、Geradin, Damien and Kuschewsky, Monika, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue, SSRN, February 12, 2013（個人データを蓄積することによる競争優位、収集・アクセス拒否が反競争的になり得る状況（反競争的手段で獲得、反競争的手段で競合者に獲得をさせない）等を検討、パーソナルデータの蓄積と処理を制限できるのか、同蓄積はエッセンシャル・ファシリティーたり得るのか、疑問を投げかけるものとなっている）。

29）嚆矢として、経済産業省『消費者インテリジェンスに関する懇談会報告書』2013 年 6 月（伝統的な「市場」の範囲での競争状況にのみ着目することの限界、事業者の保有情報をエッセンシャル・ファシリティーとして扱えるか否か等を検討）、林秀弥「プラットフォームを巡る法と政策」『クラウド産業論』勁草書房、2014 年、21 頁（「ある日本の家電会社がヘルスケア部門を外資に売却」という想定事例を検討）等。

30）Case No COMP/M.7217（決定プレスリリース 2014 年 10 月 3 日（IP/14/1088））.

表 1　検討対象市場の概観

	消費者コミュニケーションサービス	ソーシャルネットワーキングサービス（SNS）	オンライン広告サービス
商品市場	スマートフォン向けの消費者コミュニケーションアプリ（狭めの暫定画定）	ソーシャルネットワーキングサービス（ひとまず利用意図別までは細かくしない）	オンライン広告（ひとまず検索 / 非検索までは細かくしない）
地理的市場	EEA 範囲（狭めの暫定画定）	EEA 範囲（狭めの暫定画定）	EEA 範囲ないしは言語境界
特徴	「無料」市場について、機能・ユーザー経験等に着目して画定	同左	「両面市場」の反対サイドとの関係を見たうえで、広告スペース販売に着目して画定

（“Facebook”）、消費者コミュニケーションアプリ（“Facebook Messenger”）、写真・動画共有プラットフォーム（“Instagram”）等の機能を提供する企業で、WhatsApp 社は、モバイルアプリ“WhatsApp”を提供する企業である。

この際、両企業の価値は、プライバシーに関わるものを含む大量のデータを扱うことにあったことから、競争法における検討に新しい観点が必要となるのではないか、プライバシー等との関係はどうか等、様々な議論が展開された。以下、同決定の検討に倣い、検討対象市場の画定、競争性の評価の順に見ていく。

検討対象市場（Relevant Market）の画定

欧州委員会は、市場画定については、「消費者コミュニケーションサービス」「ソーシャルネットワーキングサービス（以下、SNS）」「オンライン広告サービス」の 3 つを検討領域とした[31]。概観は以下の通りである。

・消費者コミュニケーションサービス（Consumer communications services）

31）決定に従って記述していくが、実際は競争性評価と対なので、併せて見るべきものであることに留意が必要である。また地理的市場の画定については、紙幅の都合から大幅に省略している。

同サービスは、友人や家族等がリアルタイムに様々なメディアで意思疎通できるサービスで、対象端末は徐々にパソコンからスマートフォンやタブレット等のモバイル端末に移行しつつあり、今日では、モバイルアプリにおいて最も成長著しいサービスの1つとなっている。WhatsApp や Viber 等のように単独で動作するものもあれば、Facebook や LinkedIn のようにソーシャルネットワーキングプラットフォームの一部機能としてより幅広く提供されるものもあり、様々な要素で差別化されるものとなっている。

商品市場の画定（対象サービス（商品）の画定）については、当事会社からは、機能の差異は段階的なものであり、開発速度も速く、競合間の区別は明確でないこと等が主張されたが、欧州委員会は、「消費者コミュニケーションサービス」について扱った先例を踏まえ、消費者／法人向けの区別のほか、プラットフォーム・OS・機能別の観点で検討を行い、WhatsApp がスマートフォン向けのみに提供されていることから、プラットフォームに基づくセグメントが最も妥当なものであるとした。他方、OS については、多くの消費者コミュニケーションアプリが、Android・iOS 双方でダウンロードできており、ほぼ同一のユーザー経験を与えられていること[32)]、機能については、ある特定の機能が同サービスの必須の要素となっているということはなく、様々なアプローチで競われていることが明らかになっているほか、競合事業者が Facebook Messenger と WhatsApp が提供する機能と幅広く重なる内容を提供していることから、セグメント分けは適当ではないとされた。

このほか、電子メール等伝統的電子コミュニケーションサービスを含む市場にまで拡大するかどうかも市場画定の課題となったが、同一目的で代替性があり得るものの、よりリッチな体験を与えること、アプリは「無料」が主流であるなど価格条件が異なること等から、両者には不完全な代替性あるいは補完性が成り立つとされた。

ただし、同サービスまで市場範囲を拡大すれば、当事会社の仮想地位が相対

32）Apple 社の FaceTime 等のように単独の OS で動作するもの、WhatsApp 等のように iOS・Android をはじめ複数 OS で動作するものがある。

的に低下するものであるから、欧州委員会は、本事案の評価の目的としては、商品市場の厳密な画定は行わないまま（‘left open’）評価を行うとした。

結論としては、伝統的電子コミュニケーションサービスを含んだ市場も考慮に入れるが、消費者コミュニケーションサービスの最も狭い検討対象市場、即ち伝統的電子コミュニケーションサービスを抜いた「スマートフォン向けの消費者コミュニケーションアプリ」に限定して当該取引の影響を評価するとした。

地理的市場の画定（地理的範囲の画定）については、消費者コミュニケーションアプリの利用を制限する法的・技術的な障壁、サービスの質・価格・特徴にも差異がなく、EEA（European Economic Area: 欧州経済領域）と世界市場で同一のユーザー性向があり、提供者自身がほぼ差異化なく提供しているという事実から、世界規模でなくても、少なくとも EEA 範囲であると判断した[33)]。より狭い地理的範囲である加盟国単位の可能性については、当該取引の評価の最も妥当な要素（競争の近接性、消費者のスイッチング、参入障壁等）は、加盟国ごとでは異ならないとした。

・ソーシャルネットワーキングサービス（SNS）

Facebook 社が提供するコアなサービスは、オンラインのソーシャルネットワーキングプラットフォームであり、世界で 13 億の人びとをつないでいる。同サービスは絶えず進化を続けており、確立された定義はなく、概ねユーザーをつなぎ、シェアし、意思疎通し、自己表現を可能にするサービスとされる。多くのサービスは無料で提供されているが、広告やプレミアムサービスへの課金によってマネタイズされている。

商品市場の画定については、当事会社からは、SNS として、ユーザープロ

33）一定のアプリは地域間でリーチに差がある。例えば WhatsApp は EEA で広く浸透し、米国ではそれほどではなく、LINE と WeChat はアジアで人気がある。これは異なる消費者性向、規制環境、マーケティング方策による異なる競争ダイナミクスの現れであると考えられるが、欧州委員会としては、EEA 規模で検討することが、より保守的なアプローチであるとした。

フィール、ニュースフィード、タイムラインからなるコアな機能が提供されており、ユーザーは、写真の投稿や「いいね！」づけをすること等を含む様々な方法で自己表現が可能となっていて、競合としては、Google+、LinkedIn 等が同種のリッチな経験をもたらすサービスを提供しているとされた。そして、合併相手の WhatsApp はシンプルなコミュニケーションに特化しており、コアなソーシャルネットワーキング機能を欠いているため、Facebook と潜在的な競争関係となる市場にはいない、とした。

欧州委員会は、機能を詳しく検証して評価を行い、市場調査を受けて、SNS のコアな機能には、公開、あるいは準公開のプロフィールと友人・連絡先リストの作成が含まれると判断した。他の重要な特徴としては、メッセージの交換、情報のシェア、コメント書き込み、レコメンド等もあるが、ソーシャルネットワークと呼ばれるためにすべての機能が備わっていなければならないわけではないとした。

他方、SNS と消費者コミュニケーションアプリの比較については、機能面で一定のオーバーラップがあり、違いは不明瞭になりつつあるが、両者には数多くの重要な差異があるとし、全般的なレベルでは、SNS は、消費者コミュニケーションアプリに比べ、より豊かな社会体験をもたらすものと評価した[34)]。

また、SNS をプラットフォーム別（PC、スマートフォン、タブレット）・OS 別（Windows、Mac、Android あるいは iOS 等）にセグメントすることも検討されたが、同サービスはどちらにおいても単一のサービスとして提供されており、区分すべきでないとされた。個人のつながり・娯楽を促進する目的（Facebook 等）と、プロフェッショナル目的（LinkedIn 等）の 2 つがあるとの指摘もあったが、利用意図は重なり合っているとされ、本事案では、SNS を利用意図別にセグメ

34）例えば、ソーシャルネットワークの利用者は、関心事やライフイベント、アルバムの作成等を行ったり、他人の投稿に意見を表明したり、幅広い聴衆とコミュニケーション・情報共有が可能になるという傾向がある。よりパーソナルでターゲット化される消費者コミュニケーションアプリの機能は、限定的で、ユーザー間の基本的なコミュニケーションに特化されている。またコミュニケーションに際し、利用者への通知等、機能・利用感が異なるということもある。

ントするか否かは、他のどの市場画定案においても競争の懸念がないため、確定させないこととした（‘left open’）。

結論としては、Facebook Messenger や WhatsApp のような消費者コミュニケーションアプリは、メッセージや写真のシェア等 SNS の一定の要素を提供してはいるが、重要な違いがあるとし、評価に際しては、SNS の市場の厳密な範囲、とくに Facebook Messenger や WhatsApp 等消費者コミュニケーションアプリが潜在市場に入るかについては、どのような代替市場画定においても、域内市場に反するほど深刻な疑念を呈していないので定めないこと（‘left open’）とした。

地理的市場の画定については、SNS については、インターネットのグローバル展開を前提とすると、世界、あるいは少なくとも大部分の地理的範囲にて、入手できるのが一般的であり、提供されているサービスは、とくに価格、機能、プラットフォーム、OS については、地域・国家間で差異はないとされることから[35]、SNS の市場の地理的範囲はグローバルであると考えられるものの、欧州委員会は、当該事案の地理的市場の評価は、より保守的なアプローチで、少なくとも EEA 範囲であるとした。

・オンライン広告サービス

広告分野における Facebook 社の活動は、パソコン・モバイル端末における同社のソーシャルネットワーキング・プラットフォーム上のオンライン（非検索）広告からなり、現在のところ、メッセンジャーアプリでは広告の提供は行っていない。同社は、オンライン広告のため、広告主ができる限り“ターゲット”に向けた広告提供を行えるよう、プラットフォーム上のユーザーに関するデータの収集・分析を行っている。なお、同社は、広告主や第三者のために、広告スペースから離れた単独製品として、収集したユーザーデータの販売をしたり、データ分析サービスを提供したりということはない。

WhatsApp は現在広告を販売しておらず、広告目的で貴重になる、性・年齢

35）他方、言語やマイナーな機能の調整は見られ、マーケティングコスト、法・規制要件、消費者性向等の違いは指摘されている。

等のユーザーデータを蓄積したりはしていないほか、メッセージそのものもWhatsAppのサーバーでは保持せず、ユーザーのモバイル端末ないしはクラウドに置いている。

欧州委員会は広告に関する市場画定のみを調査しているが、これはFacebookが同市場のみで活動をしているためである。

商品市場の画定については、当事会社からは、オンライン広告の継続進化を踏まえ、広告主が幅広いオンライン出版社のなかで広告を提供する実態からすると、種類別に区分して考えるのは適当ではないとの意見が出された。

欧州委員会は、過去の決定において、オンライン／オフライン広告を区別し、さらに、オンライン広告については、検索広告／非検索広告を区別することも検討してきたが、最終的には、結論は出されないままでいる（‘left this question open’）。また、オンライン広告のなかで、モバイル（検索、非検索を問わず）広告が別個の商品市場であることも検討しており、現在は大きな差異があるが、将来はモバイル向け広告とパソコン等固定向け広告で区別はなくなるだろうと見ている（ただしこれも‘left open’）。

本事案に関する市場調査では、オンライン／オフラインの区別が確認されたことに加え、オンライン広告について、検索／非検索広告のサブセグメントが存在することも支持されている[36)]。なお、ソーシャルネットワーキングサイト上のオンライン非検索広告サービスを別個に認識できるかについて、パソコン・モバイル端末の差異については、意見が分かれている。

最終的には、*Google/DoubleClick*決定等の先例を踏まえる形で、オンライン広告を市場として画定し、さらに区分できるかは、‘left open’とした。

地理的市場の画定については、オンライン広告スペースの市場はEEA内で国境ないし言語境界で区分されるとした先例に従い（最終的には‘left open’と

36）多くの広告主から見ると、検索広告は直接のユーザートラフィックの誘導等、非検索はブランド認識の向上等別目的で、代替性はないとされ、5-10％の価格上昇があっても、スイッチは起こりにくいとされた。いわゆるSSNIP（‘small but significant non-transitory increase in price’）テストが念頭に置かれている記述である。

された事案も）[37]、市場調査の裏付けを得て、オンライン市場と、あり得べき下位セグメント市場については、EEA 内の国範囲ないしは言語境界に沿って画定されるべきであるとした。

競争性の評価（Competitive Assessment）

・消費者コミュニケーションサービス

同サービスのアプリは、当事会社両社も含め、EEA そして世界市場において数多く提供されている。スマートフォンのハードウェアや OS と統合されて提供されるものもあり、Apple の iMessage や BlackBerry の BBM、Google の Google Hangouts・Android メッセージングプラットフォーム、マイクロソフトの Skype 等がそれに当たる。このほか、携帯ネットワーク会社からも伝統的な電気通信サービスとともに提供されているほか、LINE や Viber 等の事業者もいる。

市場調査の結果、欧州委員会は、消費者コミュニケーションアプリ間の競争の原動力は、提供される機能と、それを支えるネットワークであるとした。

同サービスの顧客は、アプリ選択・利用の段階で幅広い選択肢があり、多くのユーザーは複数アプリを同時に用いていることから（multi-homing と呼ばれる）、この文脈では、最もよいコミュニケーション体験が競われていることとなる。提供される機能群は、消費者への提供価値の中核であり、その改善をしてユーザー基盤を得ることがイノベーションの原動力となる。この観点でもっとも重要な改善領域とされたのは、サービスの評価とユーザーへのアピールに直接影響があるコミュニケーションサービスの信頼性と、ユーザーにより異なるが加速度的に重要視されてきている、プライバシー、セキュリティであった。

そして同サービスは、意思疎通したい相手もまたサービスの利用者である際に、効用を顧客に提供できるという特徴を持つ。それゆえ、ユーザー基盤の関係性（relevance of the user base）が、顧客基盤全体の規模よりも重要となる。この文脈では、消費者コミュニケーションアプリのネットワークの規模は、既存

37）消費者の購買性向や言語、国レベルのサポートや販売ネットワークの存在が要因となっている。

の連絡先が既に消費者コミュニケーションアプリを使っている可能性を示唆すること、コンタクト先を得たり発見したりする大きな機会を与えること、を意味する。このほか、トレンドに合ったものであること、「クールさ」も新規顧客を惹きつけ、競争環境を作り上げるものとなっている。

最後に、価格も消費者コミュニケーションアプリの人気に影響する。ユーザーは価格に非常にセンシティブであり、無料であることが望まれている。WhatsApp も一時期有料提供されることもあったが、ごくわずかな例外を除き、無料で利用できる。

当事会社からは、当該市場は、参入が容易で即座にできること、急成長を遂げていること、multi-homing となっていること、主に無料で提供されていることというサービスの特徴から、市場シェアは、当該取引の評価には限定的にしか役立たないとの意見が出された。そして、市場には他の代替的サービス提供者がおり、かつ両当事会社は、近い競合事業者ではないため、市場シェアの分析にかかわらず、水平的な単独反競争的行為の効果はないと主張した。

さらに、競合事業者の参入・拡大障壁と顧客のスイッチングコストは非常に低く、合併会社が市場地位をレバレッジしようとすれば容易に対抗され、とくに、有料化したり、値段を上げたり、イノベーションを止めたりすれば、顧客は容易に、無料で、新しい特徴を提供するよい品質の競合サービスにスイッチすることが想定された。

欧州委員会の評価

・市場シェアについて

水平合併ガイドラインによれば、市場シェアと集中度は、合併会社と競合事業者の双方の市場構造と競争の重要度の有用な第一の示唆とされる。

両当事会社から提供されたデータに従うと、2013 年 11 月から 2014 年 5 月までの期間の、iOS/Android 上の消費者コミュニケーションアプリの EEA 市場における合算シェアは、［30−40］％[38] であり（WhatsApp が［20−30］％、Facebook Messenger が［10−20］％）、その後に Android messaging platform（［5−10］％）、

Skype（[5-10]％）、Twitter（[5-10]％）等が続いている。グローバル市場においては上記 EEA 市場よりもシェアは下がると考えるのが妥当である。

欧州委員会は、上記市場シェアは、測定方法が一貫しない方法に拠ること等[39]、信頼できるデータセットが揃わないことから、過小評価となる等いくつかの問題点が提示されているとしたが、提案された市場シェアの計算方法自体については、当該セクターにおける相対地位を測定する代理指標として、不完全ではあるもののなお最善であるとした。

たとえ合算シェアが過小評価されたものであっても、消費者コミュニケーション分野は、近年成長著しい領域であり、数多くの市場参入と短いイノベーションサイクルで特徴づけられ、高い市場シェアが一時的であり得る。このようなダイナミックな文脈では、高い市場シェアが必ずしも市場支配力（market power）を示唆しておらず、それゆえ、競争への永続的な悪影響を与えることを示してはいない[40]との考えが示されている。

当該取引の消費者への影響を評価するため、欧州委員会は、当事会社双方が、合併後だけでなく、合併前にも、「牽制力・競争圧力」（competitive constraints）を相互に行使しているかを調査しているところである。

・競争の近接性（Closeness of competition）

欧州委員会は、両当事会社が消費者コミュニケーションアプリにおいて提供するものは、様々な面で異なっていると認識している。この差異は主に、Facebook Messenger が元々は Facebook ソーシャルネットワークが提供していた機能群から発展した単独（stand-alone）アプリであることから来ている。

これらの違いは、サービスへのアクセスに利用される識別子[41]、連絡先の

38）決定本文において幅のある開示がなされている場合、本稿でもこれに倣って表記する。

39）Facebook による“リーチ”（到達率）データとなっていること、価値判断には月次の利用時間が望ましいこと等が挙げられている。

40）同じ考え方を示した先例として、Case T-79/12 *Cisco Systems Inc v Commission* [2013], para. 69.

41）WhatsApp では電話番号、Facebook Messenger では Facebook ID。

情報源[42]、ユーザー体験、プライバシーポリシー、アプリの利用頻度に関連している。

市場調査で得られた反応によると、これらすべての要素は、両当事会社の消費者コミュニケーションアプリの‘look and feel’（外観と雰囲気）を異なるものとしており、WhatsApp と Facebook Messenger が近い競合と考えられるのは、コミュニケーション機能とネットワークの規模の点であるとされた。

しかし、欧州委員会は、両アプリの提供している特徴で、他の市場プレイヤーの提供していないものはなく、ネットワークも大きく重なり合っているため、近い競合というよりも、補完関係にあるとした。

さらに、消費者コミュニケーションアプリの EEA 市場は相当程度の multi-homing が特徴であり、とくに両アプリは同時に使われる 2 つの主要アプリとなっている。その特徴からは、WhatsApp は、ソーシャルネットワークと連携せず、電話番号や電子メールアドレスでアクセスできる Viber 等が近いサービスである。他方、Facebook Messenger は、ソーシャルネットワークへの登録等が必要とされ、Google Hangouts や Twitter が近い競合となっている。

以上から、欧州委員会は、Facebook Messenger と WhatsApp は近い競合事業者ではないと判断した。

・消費者のサービス提供者乗り換え（「スイッチング」）能力（消費者から見たサービス提供の代替性）について

市場調査では、当該合併後も多くの消費者コミュニケーションアプリの提供者が存在する、との指摘があった。欧州委員会は、合併後の企業の行為への「牽制力」の観点から、消費者が容易に他の提供者にスイッチできるかを検討した。

当事会社からは、アプリは基本的に無料あるいは非常に安価であり、スマートフォンに容易にダウンロードでき、大きくメモリを使わずに他のアプリとも

42）WhatsApp ではユーザーの端末のアドレス帳、Facebook Messenger ではすべての Facebook ユーザー。

共存ができ、切替えも容易であること、インターフェースがシンプルで習熟コストが低いこと、新規アプリの情報へのアクセスは容易であること等から、大きなコストなくスイッチできるとの意見が出された。

この文脈において、欧州委員会は、消費者コミュニケーションアプリの顧客は、一般に multi-homing であり、ユーザーが新規アプリを試そうとする際は、既存アプリの利用を止めずに行っていることに留意した。当事会社によれば、消費者コミュニケーションアプリのユーザーのおよそ［80-90］％が 2 以上のサービスを毎日利用している。

また、どちらのアプリも、端末にプリインストールされてスイッチングが困難になり、「現状維持バイアス」（*status quo* bias）が働くようなことはなく、ユーザーは、満足しなかったり、あるいは multi-homing を志向したりして、活発に競合アプリをダウンロードする傾向にある。また、両当事会社はスマートフォン OS を支配しておらず、アプリ間の変更に対し、面倒が生じるといったスイッチングコストの増加は考えにくいとされた。

いくつかのテレコム事業者からは、データ蓄積（アプリ変更の際にすべてのデータ・交流履歴がなくなること）がスイッチングコスト増につながるのではないか、との指摘があった。しかし、本事案では、データポータビリティの課題が消費者のスイッチングの大きな障壁を形成しているという証拠は得られていない[43]。アプリ上でのコミュニケーションはかなり短く、自然発生的なものであり、必ずしも顧客に長期的な価値をもたらさないものである。また別のアプリに移っても、元のアプリを削除したりアンインストールしたりしなければ、過去の履歴にはアクセスできること、宛先リスト（連絡先）は移管できることから、スイッチングが抑止されるわけではないとされた。

欧州委員会は、ユーザーがネットワークを再構築しなければならないため、

43）なお、データポータビリティを正面から検討した論攷として、Graef, Inge, Verschakelen, Jeroen and Valcke, Peggy, Putting the right to data portability into a competition law perspective, Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review, 2013, p. 53（基本権問題ではなく、オンラインサービスにおけるロックイン問題を解消することに着目して検討）。

利便性の面で、提供者のスイッチングは困難となるかもしれないとしたが、最終的な結論としては、ネットワーク効果を除き、大きなスイッチング障壁はないとした。

・参入・拡大の一般的な障壁

消費者コミュニケーションアプリの市場は、破壊的なイノベーションで特徴づけられ、端末とアプリの統合提供である BlackBerry Messenger の成功と短期間での衰亡等が知られる。WhatsApp 自身の急拡大も例の 1 つであり、2009 年に開始され、今や 6 億のアクティブユーザー数を持っている。LINE の登場等も同種のダイナミクスを物語っており、2011 年に開始されたサービスは、世界で 4 億以上のアクティブユーザーになっている。

このような市場環境、そして当事会社の同様の認識から、欧州委員会はその市場調査において、いわゆる伝統的な参入障壁は、消費者コミュニケーションアプリにはないと判断した。

第一に、当該市場がダイナミックで成長が早いことが挙げられる[44)]。また、開発・市場投入に、それほどの時間も投資もかからないことも一因である。

第二に、参入障壁となるような特許・ノウハウ等の知的財産がなく、アプリに用いられる技術が急速に標準化されていることが挙げられる。

第三に、両当事会社が参入に影響を与えるような要素を何もコントロールできていないことが挙げられる。市場閉鎖のための OS のコントロールも持たず、登録も電子メール等であり、アドレス帳も全ての競合事業者で使えてしまうものである。

一部に、異なる消費者コミュニケーションアプリ間でのデータポータビリティと互換性のなさが参入障壁となる、との指摘があった[45)]。互換性（他のアプリへのリーチ・コミュニケート機能）については、現在はスマートフォン上の主要な競合事業者からも提供されておらず、WhatsApp、Facebook Messenger や

44）2013 年には、同種アプリは前年比 203％の成長。

45）データポータビリティの件は既に検討済みである。

他の有名な消費者コミュニケーションアプリの参入・拡大を支えるようなものではない。欧州委員会は、この点については、ユーザーのネットワーク基盤を持つ既存事業者に新規参入事業者が挑戦する能力に関わり、それゆえ、後に検討するネットワーク効果に関わるものと理解している。

いずれにしても、欧州委員会は、Facebook が両プラットフォームを合併させたり、クロスプラットフォームコミュニケーションを認めたりしない限り、当該取引は上記互換性の問題には影響を与えないことを確認した。

拡大については、消費者コミュニケーションアプリは一般的に、流通のしやすさが特徴である。ひとたびアプリストアに置かれれば容易に入手でき、両アプリとも、プリインストールはされておらず、「現状維持バイアス」はない。

同アプリはまた、口コミによっても伝播すると考えられ、ユーザー基盤によって素早く変化するものとなっており、WhatsApp のサービスが一時的に止まった際、数時間以内に LINE 等の競合事業者に大きく新規加入者が生じる、というような事態も観察されている。

しかし、市場調査では、数多くの競合事業者が、同アプリにおいては、大きなユーザー基盤とネットワーク効果を持つ既存事業者の存在により、大きな参入・拡大障壁があると主張した。競合アプリは、消費者に魅力的であるために、大きなユーザーネットワークを構築しなくてはならないというわけである。

・ネットワーク効果

ネットワーク効果は、ユーザーへの製品／サービスの価値が、同製品／サービスの他のユーザーの数の増加によって高まるというものである。

欧州委員会は、本事案では、両当事会社は大きなユーザーネットワークを持つと認識している[46)]。

市場調査に対しては、同一消費者コミュニケーションアプリのユーザー基盤の大きさとユーザーの友人・親族の数がアプリの顧客にとって、重要あるいは

46）2014 年 7 月時点の世界市場で、WhatsApp が 6 億ユーザー、Facebook Messenger が［2.5–3.5］億ユーザー。

決定的に価値があるとの声が出された。これらのパラメータは、ユーザーがリーチできる人々の数を増加させるものであるから、サービスの効用を高めるものである。よって、欧州委員会は、本事案において、消費者コミュニケーションアプリ市場においてネットワーク効果は存在すると認定した。

ただし、ネットワーク効果の存在そのものが、アプリオリに合併に影響を受ける市場に競争問題を生じることを示すわけではない。とくに、合併会社が競合事業者を締め出したり、競合事業者の顧客基盤拡大を困難にしたりする場合に、競争上の懸念を生じることとなる。

本事案では、参入や拡大を阻害するネットワーク効果の役割を低減させる多くの要素が存在すると判断された。

第一に、急速に変化する領域であり、スイッチングコストと参入・拡大障壁が低いことが挙げられる。過去の歴史を見ても、数多くの新規参入者が観察されるほか、LINE 等で示されるように、ネットワーク効果があっても、成長することができる。また、ネットワーク効果を弱める一因として、Facebook による WhatsApp 買収がアナウンスされた後、プライバシーへの懸念から数千のユーザーが、プライバシー保護度の高い Telegram 等のメッセージプラットフォームをダウンロードしていることも明示されている[47)]。

第二に、ひとつの消費者コミュニケーションアプリを使ったからといって、他の利用が排除されないという特徴がある。一般に無料であること、アクセスしやすいこと、スマートフォンのメモリをさほど使わないこともあり、容易にダウンロードされ、multi-homing が促されている[48)]。また、プッシュ表示等、複数アプリの同時利用がしやすくなっており、合併会社のネットワークに多くのユーザーがいても、競合アプリを排除しやすくなるとは考えにくい。

第三に、両当事会社は、ネットワークあるいはモバイル OS の必須部分をコントロールしていない、ということがある。消費者コミュニケーションアプリのユーザーは特定のネットワーク、ハードウェア、あるいはその他競合製品を

47）本決定、note. 79。

48）EEA 内の過半数のユーザーは 2 以上のアプリをインストールしている。

使うためには置き換えなくてはならないものにロックインされていない。一部には、合併会社が過去のメッセージ履歴等のデータのポータビリティのコントロールと制限を行うことを懸念する向きもあったが、他のアプリを使い始めても、同一端末で履歴にアクセスできることから、ユーザーのロックインには至らないと考えられる。さらに、ユーザーのアドレス帳は現実の、また潜在的な競合事業者にも利用できることから、これに基づいている WhatsApp 上のユーザーネットワークを再現させることを阻止する手段を持たない。また、両アプリはプリインストールされておらず、“現状維持バイアス”もない。

以上により、欧州委員会は、消費者コミュニケーションアプリの市場にはネットワーク効果があるが、本事案では、比較衡量（‘on balance’）の結果、新規あるいは既存のアプリからの競争を、合併会社から守る盾とはなりにくい、と判断した。

さらに、完全を期すため（For the sake of completeness）、本取引が何らかの合併特有（merger-specific）なネットワーク効果の増幅に至るかどうか検討が行われ、両会社の技術的統合は、技術的観点から容易ではないことを確認し、またこれは、合併会社にとって、他の競合アプリにスイッチされるビジネスリスクを負っているものと判断した[49)]。

また、もし取引後に一定の統合が行われても、既に両者のユーザーが相当程度オーバーラップしており、その効果は低減されるとした。2013 年 12 月から 2014 年 4 月の間で、[20-30] % から [50-60] % の WhatsApp ユーザーが Facebook ユーザーであり、それゆえ、Facebook Messenger のリーチの範囲のなかにある。逆に、同期間で 60％から 70％の Facebook Messenger のアクティブ

49）当該取引は、WhatsApp と Facebook という別個のユーザーネットワークを合わせるものであり、より大きなネットワークを生み出す。市場調査では、この取引により、クロスプラットフォーム対応をさせる、互換性を持たせる等何らかのサービス統合等が行われるのではないか、という懸念が出されていた。しかし、当事会社は、両サービスは異なるユーザー識別子を用いており、自動的に信頼性のある形で結びつけるようなマッチング・統合は技術的に困難であり、手動のマッチングは可能であるが、ユーザーに負担を強いるもので、アカウントをマッチさせたくないユーザーからの批判も考えられるとした。

ユーザーが既に WhatsApp を使っているところである。ゆえに、コミュニケーションネットワークに加わる純増は、単純な合算よりもかなり限定的であることが分かる。したがって、当該取引においてネットワーク効果が大きく強まるとは考えにくい。

・消費者コミュニケーションサービスについての結論

よって、欧州委員会は、当該取引は、消費者コミュニケーションアプリの市場に関して、域内市場に反するような深刻な懸念は生じない、と判断した。

・ソーシャルネットワーキングサービス（SNS）

Facebook は世界最大のソーシャルネットワークで、世界で 13 億の、EEA で［2–3］億のユーザーを擁する。市場調査では、この合併がなければ、WhatsApp は Facebook と競合する SNS の提供者となるであろうこと、WhatsApp は既に Facebook と競合関係にある SNS の提供者であること、の 2 つが主張された。

潜在競争に関する前者について、証拠集めが行われたが、本合併がない場合、WhatsApp がソーシャルネットワークに進出する計画があるとの証拠は得られなかった。

両者のソーシャルネットワークにおける現実の競争については、欧州委員会は最終的に、SNS の市場の存在と厳密な画定について、進化が著しいとして判断していないが、より広い潜在市場を画定し、両者が実際の競合事業者であると推定して、当該取引のあり得べき競争への影響を調査する。

・競争環境（competitive landscape）

非常に多くの会社が、ソーシャルネットワーキング機能を含むオンラインサービスを提供しており、各サービスは、その性格と焦点で大きく差別化されている[50)]。

市場調査の結果、SNS の提供者は、ユーザーにデジタルの「自己（identity）」を持たせ、様々な形で嗜好や関心を反映して交流できるようにすることで、特

定の社会ネットワークにおける豊かな体験をもたらすものであり、Facebook、Google+、LinkedIn、Twitter、MySpace 等が該当すると認識されている。

調査では、WhatsApp のような消費者コミュニケーションアプリも、SNS において、情報・コンテンツの交換を行う等活動している、との声もあった。もし消費者コミュニケーションアプリも SNS の潜在市場に含まれるとすると、代替提供者は大幅に広がり、WhatsApp、LINE、WeChat 等が含まれ、YouTube のような非消費者コミュニケーションも射程に入ることになる。しかし、同事業者間の高度な差別化を踏まえると、それらは消費者に排他的に利用されているのではなく、ニーズに応じた補完的なものであると考えられる。

よって、もし SNS の潜在市場に WhatsApp 等消費者コミュニケーションアプリを含むとすると、数多くの代替サービス提供者が存在し、消費者からは交換可能なものとして使われていることが分かる。

・競争の近接性

WhatsApp と Facebook は、情報と写真等のコンテンツをユーザー間でやりとり・共有ができるという点で類似しているが、同時に見た目は大きく異なる。

Facebook のユーザー体験は、Facebook サイト・モバイルアプリ上のユーザーのホームページのコアな特徴であるニュースフィードに集中している。これは定期的にアップデートされる、友人やつながった人等からのダイナミックなストーリー表示である。個々のユーザーのニュースフィードは、個々人の関心や共有行動に基づき、パーソナライズ化される。もう 1 つのコアな特徴はタイムラインで、ユーザーは最も重要な出来事・活動等を後で検索できる形で、整理して表示することができる。ユーザーは、タイムライン上で共有する情報を選び、誰と共有するかをコントロールできる。

50）例えば、友人・家族と連絡を取り合うものであったり、プロ同士のコンタクトを行うものであったり、クラスメイトを再び結びつけたり、写真等のコンテンツをシェアしたり、共通の関心事を追うものであったりする。

対して、WhatsAppは、ホームページやニュースフィード、タイムラインは提供しておらず、ユーザーは過去の履歴を整理したり、個人の話を掲示したりすることはできない。基本的には1対1のコミュニケーションツールであり、軽くシンプルで、リアルタイム利用のサービスを提供している。

WhatsAppとFacebookには近接した代替性はないという事実は、当事会社のデータでも裏付けられ、大多数のユーザーが双方のサービスを利用していることが分かっている。これは両サービスがそれぞれ異なることの証である。

よって、機能と特化のポイントの大きな違いに照らすと、SNSの潜在市場において、この二者は近い競合事業者ではないと結論づけられる。

・WhatsAppとFacebookの潜在的な統合効果

もし合併後、WhatsAppとFacebookの間で、Facebookへの投稿、WhatsAppへの伝達等クロスプラットフォームのコミュニケーションが可能になったとしたならば、Facebookのソーシャルネットワークに新機能が追加されることになり、その地位が強まるのではないかという懸念も、市場調査では出されている。

しかし、既に検討したように、統合には技術的なハードルが高く、強制すればユーザーの離反も招きかねないことから、Facebookも将来に向けたそのようなプランを持ち合わせていないとした。また、いずれにしても両サービスの利用者は大部分が重なっており、潜在的な純増は大きくないと判断される。

・SNSについての結論

上記調査と分析に基づき、欧州委員会は、当該取引は、SNSの提供に関する域内市場への適合性について、深刻な懸念をもたらすものではないと判断した。

・オンライン広告市場

この決定を行う前提として、欧州委員会は、潜在的なデータ集中について、

オンライン広告あるいはその下位セグメントにおいて、Facebook 社の地位が強められるという範囲において分析することとしている。当該取引が行われることで、Facebook のコントロールする範囲のデータ集中の程度が上がるために生じるプライバシーに関する懸念は、EU 競争法の範囲ではなく、EU データ保護法制の範囲に入るとした[51)]。

Facebook のみがオンライン広告サービス提供に参加し、WhatsApp は参加していないため、本取引は、オンライン広告ないしその下位セグメントの市場において、水平的な重なりを生じない。さらに、WhatsApp は現在、ユーザーの年齢、名前、性、嗜好等広告目的で貴重なデータを収集せず、メッセージの蓄積もしていないので、本取引は、Facebook の広告目的に利用可能なデータの量を増やすものにはならない。

しかし、欧州委員会は、本取引により、オンライン広告市場における Facebook の地位が強化され、それによって市場との適合性について深刻な疑義が生じる効果があるかどうかを分析した。

競争阻害の想定理論（theory of harm）は以下の 2 つである。WhatsApp に広告が導入されること、WhatsApp が Facebook のターゲット広告改善のユーザーデータ源として利用されること、である。

・オンライン広告スペースの潜在提供者としての WhatsApp

あり得べき想定理論に従うと、本取引後、合併企業は WhatsApp ユーザーから集めたデータを分析することで、WhatsApp 上でターゲット広告を導入し得る。これにより、オンライン市場ないしその下位セグメントにおいて、Facebook の地位を強める効果をもたらすことになる。

これに対し、当事会社は、WhatsApp は、広告提供を行っておらず、取引後にも提供する予定がないと主張した。

51）同様のアプローチとして、Kimmel, Lisa and Kestenbaum, Janis, ‘What’s Up with WhatsApp? – A Transatlantic View on Privacy and Merger Enforcement in Digital Markets’, *Antitrust*, Fall 2014, p. 48.

当事会社の提供したデータによると、Facebook の市場シェアは、各加盟国で［20−30］％程度であるとされる。欧州委員会の市場調査によると、この合併により、オンライン広告サービス提供における Facebook の地位が実質的に強くなるとの声が多い。ただし、それが WhatsApp で広告が開始されるから、という声はほとんどない。

WhatsApp へのターゲット広告導入の能力については、プライバシーポリシーを変更することで、理論的にはあり得るとされた。なお、ターゲット広告のために十分なデータを集めるためには、さらに様々な施策が必要とされるようである[52)]。

しかし、合併会社のインセンティブの観点からは、WhatsApp にとって「広告なし」商品戦略の変更であり、他の広告収入アプリにユーザーが離れる可能性が高いとの指摘が多かった。さらに、広告導入により、サービス提供主体を介さないエンドユーザー間（end-to-end）での暗号化を止めてしまうことは、プライバシー・セキュリティの価値に重きを置くかなり多くのユーザーに対し、不満足をもたらすものであり、その点を強くアピールする Telegram の成功や、本事案の発表後ドイツで多くのユーザーが WhatsApp から、本格的なエンドツーエンド（end-to-end）の暗号化を行う Threema に移ったこと[53)]も指摘すべき事実である。

いずれにしても、WhatsApp に広告を導入したとしても、競争上の懸念が生じるのは、オンライン広告スペースを買うために、Facebook 以外に十分な数の効果的な選択肢がない場合である。

この点について、Facebook の広告顧客の多くは、その大きく、高いエンゲージメントのユーザー基盤、広告ターゲット機会、高い投資対効果による、Facebook 上の広告の重要性を認識している。

しかし、すべての回答者から、現在も、合併後も、Facebook を代替できる

52）本決定公表版では内容記述が削除されている（para. 173）。

53）Bye Bye, WhatsApp: Germans Switch To Threema For Privacy Reasons, *TechCruch*, February 21, 2014.

十分な数の公告サービス提供者は存在するとの回答が得られた。これには、Google（Google Search, Google+, YouTube）、Yahoo!、各地の提供者等が含まれる。同様に、多くの競合事業者も、十分な数の代替事業者が存在するとした。

ゆえに、欧州委員会としては、WhatsApp 上の広告導入の有無とは関わりなく、引き続き、ターゲット広告を提供する Facebook に対し、同様に相応しい、十分な数の実際あるいは潜在的な競合事業者が存在し続けると判断した。

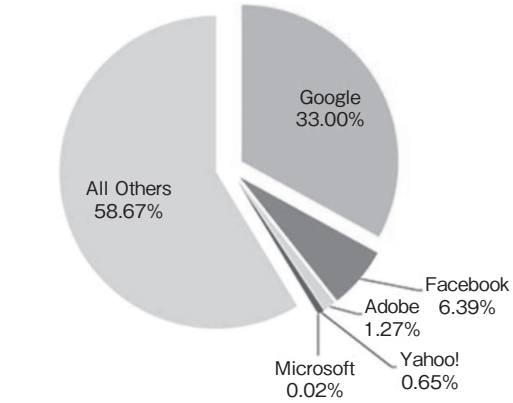
・広告目的に有用なユーザーデータの潜在的な源としての WhatsApp

あり得べき競争阻害の想定理論においては、本取引後、合併企業は、WhatsApp ユーザーからのデータ収集を開始することとなるが、これは Facebook ユーザーでもある WhatsApp ユーザーに対し、Facebook のソーシャルネットワーキングプラットフォーム上で提供されるターゲット広告の正確さを改善するためである。

当事会社は、その際に WhatsApp がアクセスするであろうデータは Facebook の広告目的にはせいぜい最低限度の効果をもたらすに過ぎないものであって、Facebook のターゲット広告能力を拡大するようなものではないと主張した。現在、WhatsApp がユーザーに関して持つデータは、わずかに名前と、アカウントに紐づく携帯電話番号だけであり、これは他のアプリ事業者でも入手可能なものである。また、当該取引は WhatsApp の収集・蓄積するデータの種類に影響を与えるものではなく、Facebook も、ユーザーデータの収集と利用について、現在の方針を変えるつもりはないとの考えを公表している。また、すべての Facebook サービスについて、データがアフィリエイトに共有される際には、関係する事業者が行うユーザーへの誓約と法に基づく通知に従って行われる、とした。

欧州委員会の市場調査においては、当該取引によって、Facebook のコントロール下に置かれるデータの量が増加することから、オンライン広告サービスにおける同社の地位が実質的に強化されるのではないか、という反応が多かった。とくに両サービスを統合するのではないか、という見通しも出された。

図 1　Share of Data Collection Across the Web



（出典：本決定 p.34）

実際に合併会社が Facebook アカウントも持つ WhatsApp ユーザーからデータを収集し、Facebook 上で利用するには、第一に、WhatsApp のプライバシーポリシーの変更が必要となる。第二に、Facebook と WhatsApp のプロフィール同士のマッチングが必要になる。このようなマッチングは容易である、という声もあったが、当事会社は、大きな技術的ハードルがあるとの意見を出している。第三に、WhatsApp のテキストメッセージからデータを集めるには、Facebook は WhatsApp の現在の方針を取り下げなくてはならない[54]。

合併会社が WhatsApp のデータ収集を開始するインセンティブに関しては、顧客が、よりコントロール度の低いアプリに移るのではないか、という指摘もある。

いずれにしても、たとえ WhatsApp からデータを収集し、利用を開始したとしても、当該取引が競争の懸念を生じるのは、Facebook コントロール下のデータの集中が、広告における地位を強めることがあれば、ということである。

この点、欧州委員会は、既に検討したように、当該取引後にも、十分な数の代替提供者が引き続き存在するだろう、とした。

加えて、現在数多くの市場参加者が Facebook 同様にデータを収集しており、ネットのユーザーデータの大部分を占める Google や、Apple、Amazon、Twitter 等も含まれることになる。図 1 は、外部の調査会社の調査を元とするものであ

54）本決定公表版では内容記述が削除されている（para. 185）。

るが、ウェブ上のデータ収集量という観点から市場の地位を検討しても、Facebook への競合は多い[55]。

よって、合併会社が WhatsApp のユーザーデータを用いてターゲット広告の改善を始めるか否かにかかわらず、引き続き、広告目的で貴重な、数多くのインターネットユーザーデータは、Facebook 単独の手に収まるわけではないと判断した。

・オンライン広告サービスについての結論

以上の調査と分析を受け、欧州委員会は、オンライン広告サービス、あるいはその下部セグメントの提供についての市場におけるこの取引は、域内市場への適合性について、深刻な疑義は生じない、と判断した。

結論

以上の検討により、欧州委員会は当該取引に反対せず、域内市場と両立するものであるとの判断を行った。

4　検討：競争法の潜在力と限界

では、本稿の冒頭で問題意識として整理した各論点は、本事案では、どのように対処されたのか。欧州委員会も、自身の合併案件に関する解説において、デジタル分野の、とくに無料の消費者コミュニケーションサービスにおける合併規制ルールの新規課題に示唆を与えるものと位置づけ、課題も含めて明らかにしている[56]。以下、評釈や学説をもとに検討する。

55）単なる市場シェアを見ないとの前述判断を受けている。

56）Ocello, Eleonora, Sjodin, Cristina and Subocs, Anatoly, What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the *Facebook/WhatsApp* EU merger case, Competition *merger brief*, 1/2015, p. 1.

ネットワーク効果は競争法で扱えるのか

ネットワーク効果は、経済分析において、そのプラスの影響とスイッチングコストのマイナスの影響を識別して測定することが困難であるとされていることもあり[57]、何らかの規制手段による対応が主張されることも多い。

本事案では、消費者コミュニケーションアプリの市場において、プライバシー情報等を含むデータを蓄積したユーザー基盤の規模によって効用が増大することから、ネットワーク効果の存在を認定している。他方、参入や拡大を阻止する同効果の負の側面について、低減要素も存在することから、新規・既存アプリからの競争を守る盾とはならないと判断しており、競争法の枠内で結論を導いている。検討にあたっては、交流履歴等のデータ蓄積がスイッチングコスト増につながるのか、multi-homing が促進されているか、OS によるロックインが存在しないか等が俎上にあがっている。

これは、「牽制力・競争圧力」を、集中度等の表層的な数字のみで考えてはならない、ということにほかならない。原則に立ち戻れば、競争法で扱えることを示しているものといえよう。

非伝統的アプローチは認められるのか：市場画定

いわゆるニューエコノミーに関する事案においては、市場画定不能論あるいは不要論が主張されることも多い。変化の速い市場の市場画定については SSNIP テストのほか、伝統的なツールの適用がそぐわず、OECD 等も指摘する課題[58]となっている。不要論に関する具体事案を検討した Crane は、OS・検索エンジンを題材に、集中度等による市場画定では、反競争性の判断等が困難になるとの論点整理を行っている。

しかし、結論としては、市場画定が助けにならない場合があるといえるだけ

57）例えば、Crémer, Jacques, Analyzing the competition for the web, 11th CPRC International Symposium “Competition Policy in the Digital Economy”, Tokyo, March 14, 2014.

58）OECD,‘Market Definition’, DAF/COMP（2012）19,‘Digital Economy’DAF/COMP（2012）22,‘Merger Review in Emerging High Innovation Markets’DAFFE/COMP（2002）20.

で、市場支配力（marker power）の再定義が適切に行われないと意味はなく、現状、市場画定なき直接分析のみでは適切にカバーするものとなっていないとしている[59]。

本事案では、消費者コミュニケーションサービス・SNSに関し、市場画定については、利用者にとって機能代替性・利用意図等を幅広く検討し、限定し過ぎず、‘left open’を残したまま検討に入ることで対応している。

これは需要者の範囲の確定を適切に行うということにほかならず、本事案では、従来の代替性（substitutability）重視の市場画定を超え、ユーザー体験等に着目して特定の嗜好を持つ需要者をグループ化する形で対応している。本来、売上シェアと牽制力は直結しないものであるところ[60]、そもそも供給者の範囲の画定の重視、SSNIP論に乗ったがゆえに「伝統的アプローチ」が作り出され、それがゆえにそこからの乖離が生じた、ともいえるものである[61]。

また、いわゆる“データ市場”の観念については、オンライン広告市場に関して、ウェブ上のデータ収集量という観点から検討を行っている。本事案では、反競争性・牽制力の判断のなかで「読み込む」形となっており、「市場画定」と位置づけるかどうかは立場によることとなると考えられる。

59）Crane, Daniel A.,‘Market Power without Market Definition’（2014）90 *Norte Dame L. Rev.,* p. 31.

60）白石忠志『独禁法講義（第7版）』有斐閣、2014年、47頁。

61）もっとも、両面市場においては無料サイドが存在するために、閾値で一次判断を行うという手法が使いにくくなるという実務上の課題はある。本事案では、影響のある各加盟国ではなく一括でのワンストップショップで事案処理を求める通知が用いられたため扱われたが、売上ベースで閾値が設定されていると、対応できない事案が生まれることがあり得る。これはかつては指摘されていなかった変化である。なお、経済分析の観点からも、結局のところは、多様な需要を持つ消費者グループ群に着目している（Evans, David S. and Schmalensee, Richard,‘The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses’, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volume 1, Oxford University Press, 2015, p. 404）。この認識に基づく当局対応として、Monopolkommision, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, June 1, 2015（para. 444）.

非伝統的アプローチは認められるのか：非価格競争

価格に着目しない形で反競争性を評価する「非伝統的アプローチ」は、かねて米国でも売上等ではなく視聴者数の獲得に着目したメディア関係の事例があり（“competition for eyeball”）、EU における合併規則では、メディアの多元性・金融の健全性の確保等が別途の考慮要素として明記されているところである。

本事案では、オンライン広告市場における検討に際し、広告スペースの競争のみならず、同時にどのようにプライバシーを守るかという、プライバシーポリシーの競争が生じていることを指摘している。この意味で、プライバシーを非価格変数として扱って検討しているともいえる。

EU 競争法において、その目的の範囲を幅広くとり、選択肢制限理論[62]等を視野に入れて考えるならば、消費者保護政策の標榜する「十分な情報に基づく選択」（informed choice）との近さもあって、プライバシー保護促進と両輪として認識することもできる。

既に扱ったように、米国においても、元々消費者保護では、FIPPs（Fair Information Practice Principles）と呼ばれる“通知・選択モデル”が提唱され、様々な勧告で敷衍されてきた。これは、合理的な「選択」の確保が追求されているものである。

このほか、情報を一般産業として切り離して特別なものとして捉えるアプローチとして、非価格要素を「情報法」の文脈で捉えるアプローチがある[63]。表現の自由の場の規律としての捉え方であり、「媒介者による規制」をどう考えるかという観点から、ネットワーク効果抑制のための競争法・消費者法等の間接的規制の有効性を検討している。他方、表現の自由の確保の要請が強くか

62）EU 競争法の源流のオルドーリベラリズムとの関わりをまとめたものとして、Behrens, Peter, The‘Consumer Choice’Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law, Europa-Kolleg Hamburg, Discussion Paper No. 1/14, July 22, 2014. 邦語での同理論の解説として、大久保直樹ほか「2 つの最高裁判決の意義と課題」『公正取引』（No. 752）2013 年、12 頁。

63）曽我部真裕「『情報法』の成立可能性」『現代法の動態』第 1 巻「法の生成／創設」岩波書店、2014 年、123 頁。

かる米国では、競争法規制を超えて、逆に憲法的アプローチとしてレイヤー別規律を求める“Separation Principle”等の構造規制等も提起されるところである[64]。

データ保護法制・プライバシー規律等と競争法との関係は

本事案では両者は別目的として扱われたが、消費者コミュニケーションサービスの検討のなかでは、データポータビリティが論点として挙がった。先述のようにEUのデータ保護規則が当初想定通りに立法化されれば、知的財産同様の文脈で、競争政策との共存性がよく見えたものと思われる[65]。ただし現在のところ、司法裁判所判決・Advocate General意見にて、競争法文脈で扱うことが否定されており、別途のものとして考えるという位置づけである[66]。

他方、産業政策、域内市場の形成という別命題との関係では、かねてEU競争法は、公共政策の考慮度合いが大きいとの指摘もある[67]。現在、新しい欧州委員会の体制のもと、Digital Single Market形成をめざす方針[68]が明示されており、その内容は、オンライン上のパーソナルデータの保護への懸念の解消

64）Wu, Tim, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, Knopf, 2010. なお、競争法の潜在力に絞って議論したものとして、拙稿「競争法は「表現の自由」の破壊者か保護者か――情報社会の新しい秩序の形成期における一試論：欧米の事例から」『法律時報』（85巻10・11号）2013年ほか参照。

65）なお、データ保護法全般と競争法の関係の検討を行った最新の論攷として、Grac-Aubert, Violette, ‘A love and hate relationship? Recent developments in data protection and competition law’（2015）36（5）*ECLR*, p. 224.

66）Case C-235/08 *Asnef*［2006］ECR I-11125, para. 63, Opinion of AG Geelhoed in Case C-235/08 *Asnef*［2006］（パーソナルデータのセンシティブ性・プライバシーの懸念は、そのままでは、競争法の事象ではない（‘not, as such, a matter for competition law’））とした）.

67）Monti, Giorgio, *EC Competition Law,* Cambridge University Press, 2007, p. 39（統一市場形成）; p. 89（公共政策と競争法の関係）.

68）Digital Single Market Strategy: European Commission agrees areas for action, Brussels, March 25, 2015（IP/15/4653）. 5月6日にはコミュニケーションが採択され、ソーシャルメディア等の情報取得・利用が市場支配力に及ぼす影響、データポータビリティ等への配意による、データ流通とプライバシー保護の両立等への目配りが明記された（COM（2015）192 final）。

とともに、ビッグデータを‘goldmine’と位置づけ、所有からデータ保護、標準まで数々の挑戦に立ち向かい、データ経済を最大限活用する方向性を提唱するものとなっている。これに伴い、競争総局にも、「デジタル統一市場タスクフォース」が副総局長直下に設置されている。このような展開を踏まえると、伝統的な「事業法と競争法」という断面も見えてくることになる[69]。

エンフォースメントの在り方は

重なりが指摘されるプライバシー保護・競争法の両面について、執行機関の権限分担は、どのように行われるべきか。欧州委員会で扱われた本事案は、合議体（collegiate body）として判断がなされている[70]。

EUでは、競争法であれ他の政策であれ、欧州委員会の決定は、合議体で行われることとなっている。よって、既に検討したように、EU全体の目指す方向性、統一市場形成等の政策が色濃く出る場合はあるのであって、そのような前提で理解することが重要になる。ただし、本事案では、オンライン広告市場における競争を阻害し得る範囲において潜在的なデータ集中の問題を分析する、と範囲を限定して検討しており、二分論の存在がうかがえるところである。

米国の *Facebook/WhatsApp* 合併事案では、FTCは、競争の観点では問題なしとしたものの、プライバシーの観点では、WhatsAppの堅牢なプライバシーポリシーの尊重義務を記したレターを発出し、もし破ればFTC法5条違反であるとした[71]。消費者団体からは、FacebookがWhatsAppのユーザーデータを用いようとすることは、プライバシーポリシーに反する、として合併阻止そのものが求められていたが、合併後の遵守を促すレター発出に留め、動かなかっ

69）非経済的目的の読み込み方、権限の配置バランスを定める機構論まで含め、競争法の規制法的側面について総合的に検討したものとして、Dunne, Niamh, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge University Press, 2015.

70）庄司克宏『新EU法　基礎編』岩波書店、2013年、66頁。

71）Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.（April 10, 2014）.

た[72]。

他方、合併事案においては、消費者のプライバシーのような競争の非価格側面に影響は与えられ得るのであって、サイバー世紀においては、「『いずれか』ではなく『加えて』」で思考すべき、との見解も出されている[73]。

先述の Harbour も、消費者保護と競争法を両方所管する唯一の連邦機関としての FTC だからこそ対応が求められていることである、という観点を主張しており[74]、競争の目的範囲とエンフォースメントが、根源的に結びついていることを物語っている。

以上の議論を整理すると、表 2 のようになる。

5　日本法への示唆

これまでの検討内容を踏まえると、日本の独禁法でも、原則同等の考え方で議論ができることが分かる。直接同種の事案が観察されているわけではないが、通底するテーマは様々扱われている。

ビッグデータ活用を伴うことの多いネットワーク効果、両面市場の扱いについて、舟田は、ソーシャルネットワークサービス上のゲーム市場において、プラットフォーム企業がゲーム提供者を排除する事案に関して考察を行い、課題は、ネットワーク効果による独占化の傾向の内在、競争上の囲い込み戦略によって市場閉鎖を試みる傾向の 2 つであるとした[75]。

72）Ohlhausen and Okuliar・前掲注 4), p. 38（もし本事案でプライバシー懸念重視のスタンスをとったならば、合理的な実証的根拠がないまま、取得阻止に動いたことになっていたであろう、とする）。

73）Brill, Julie, Weaving a Tapestry to Protect Privacy and Competition in the Age of Big Data, Presented at the European Data Protection Supervisor's Workshop on Privacy, Consumer Protection and Competition in the Digital Age, June 2, 2014.

74）FTC は、かねて FCRA（Fair Credit Reporting Act）下、信用情報という形でプライバシーを扱ってきた歴史もある。

75）舟田・前掲注 3)。

表２　本稿で検討した主な論点の整理

論点	米国	ＥＵ
ネットワーク効果は競争法で扱えるのか	参入障壁への影響を見る必要性（伝統的には、イノベーションの正の面との関係を認識）	同左 （伝統的には、厚生減少効果を認識）
非伝統的アプローチは認められるのか（市場画定）	ニューエコノミーをめぐって各種議論 一方の市場が「無料」の場合の対処の必要性（両面市場） 別途“データ市場”を見る必要性（需要者からの画定を超えた論点）	同左 同左 同左 （データそのものを無形資産として把握する必要性）
非伝統的アプローチは認められるのか（非価格競争）	かつてメディアで事例 （“competition for eyeball”・ただし稀）	合併規則におけるメディア多元性の扱い同様の対処の提起 （基本権の取込み・「選択肢制限理論」に親和性のある EU 競争法）
データ保護法制・プライバシー規律等と競争法との関係は	競争と関わる範囲が基本	競争とプライバシーは同時促進との認識 基本はデータ保護規則だが、基本権保護の側面も（両立する「データポータビリティ」） （背景には域内市場形成目的も：Digital Single Market）
競争法の目的としての「消費者厚生」の定義・範囲は	従来型の「消費者厚生」が基本 プライバシーへの害までも含め拡大論はあり	消費者保護も一括（基本権の取込み・「選択肢制限理論」に親和性のある EU 競争法） プライバシーポリシー競争を同じ文脈で理解も
エンフォースメントの在り方は	FTC 法 5 条の存在 ただし競争と消費者保護は原則分離	欧州委員会全体としての決定（Collegiarity：合議体） ただし原則分離

Facebook/WhatsApp 決定	示唆
消費者コミュニケーションアプリにおいて実際に認定 （ただし、同時に低減要素の検討も）	「牽制力・競争圧力」で対応可能（「参入」等） （売上シェア・SSNIP 等伝統アプローチで考えにくいのみ）
伝統的アプローチ（SSNIP 等）使えず 合併の閾値使えず（無料サイドの扱い） データ蓄積については、「牽制力・競争圧力」のなかで対応	需要者から見た代替性・需要者の範囲を的確に検討することで対応可能 （売上シェア・SSNIP 等伝統アプローチで考えにくいのみ）
価格変数のみに拠らない判断 プライバシーを非価格的変数として検討（プライバシーポリシー競争）	競争法の目的の根源論に帰着 事業法と競争法という古典的議論とも通底
競争と関わる範囲のみ プライバシーポリシー競争の可能性も指摘	産業政策と競争法という古典的議論に帰着も（ビッグデータ利活用の政策的な促進度合い）
（特別の言及なし）	競争法の目的の根源論に帰着
競争と関わる範囲のみ	競争法は「消費者」を扱えるか 二分論・読み込みにおいて、実質的に空白にどう対処するか

そのうえで、両面市場について触れる際、この「市場」が独禁法上の「検討対象市場」であるかは別問題とする等、独禁法への取り込み方の機微が示されている。具体的な判断にあっては、公正競争阻害性の「競争手段の不公正さ」[76]について、「価格・品質による競争が歪められ、また、顧客の商品選択を妨げるおそれがあるような行為」であると確認したうえで、直接の行為に加え、認定を補強するものとして、プラットフォームがオープン化等をしていない際のネットワーク効果、ゲーム提供者に対して優越的地位にあることの2つであるとし、既存の判断枠組みへの読込みを図っている。

また、公正取引委員会の「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」も、ネットワーク効果の扱いについて、排他的取引による他者排除の評価に加味すべき観点を明示しているところであり、多田は「ツーサイドビジネスとネットワーク効果」に着目し、競争者に対する取引妨害の文脈で、想定ケースを論じている[77]。

これらの議論は、本稿での事案の検討と通底するものであるといえる[78]。

加えて、本稿で扱った、プライバシー保護、そしてその集積たるビッグデータの扱いと競争法の架橋を検討するならば、これが交叉することで生み出される規範的な秩序（その有無も含めて）、そしてエンフォースメントについても想定しなくてはならない。

プライバシー保護と競争については、山本が、いわゆる医療ビッグデータの活用の文脈で、個人情報保護法上の権利よりも、憲法上のプライバシー権を踏まえて議論を進めるべきことを前提に、医療機関等からの保有情報開示を求める際、営業の自由等を根拠に抵抗されること等を念頭に、解析アルゴリズムの

76）以下、反競争性不要型に絞ることを前提に「不正手段」と呼ぶこともある。

77）大久保直樹ほか編著『ケーススタディ経済法』有斐閣、2015年、196頁（「ツーサイドビジネスとネットワーク効果」）。

78）このほか、最新の例では、公正取引委員会・競争政策研究センター「プラットフォームビジネスの特性の分析と合併審査上の課題」（近刊）（両面市場・市場画定を検討）、林秀弥「二面市場とプラットフォーム：その法的課題」『法とコンピュータ学会研究報告（第39回）』（近刊）。

表示義務付け規制等を含め、「(医療情報の) ネットワークシステムを飼い馴らす」視点を提示している[79]。

日本の憲法学では、プライバシー権は自己情報コントロール権として発展してきたが、憲法上の権利を第一次的には対国家防御権であるとして理解する限り、「行政による私人間の秩序形成を憲法解釈によって統制するという意識は希薄であった」と宍戸が指摘する通り、どのようなバランスで落ち着かせるべきか、未整理の状況となっている[80]。

個人情報保護法は、今次改正で目的規定が改正されて利活用の色彩が強くなるとされるものの、改組によって誕生する個人情報保護委員会の権能とともに、プライバシー保護と営業の自由、ひいては競争秩序(営業の自由の「公序」性)との関係の議論の深化が求められるところである[81]。

なお、先行する知的財産権と独禁法との関係の議論に、一定の示唆が含まれている。独禁法21条に適用除外が定められるなど「区別」が存在しているものの、現在では、相互補完的に機能し、競争秩序と権利行使の調和的な解釈となっている[82]。

そして同時に、人格権をどのように扱うかが課題になっていることも示唆に富むものである。基本権保護の視野を持ちつつ競争秩序を考えるという収斂と同様に、商業的な価値と人格権保護のグラデーションを、競争法とプライバシー保護との関係でどのように理解できるか、という議論につながることにな

79) 山本龍彦「医療分野におけるビッグデータの活用と法律問題」『ジュリスト』(No. 1464) 2014年、65頁。

80) 宍戸常寿「個人情報保護法制――保護と利活用のバランス」『論究ジュリスト』(No. 13)、2015年、37頁。

81) 本稿の文脈で、宍戸が、改正法で目的規程に加えられた「豊かな国民生活の実現」につき、「表現の自由を含む、自由な情報流通による公共的・社会的価値が含まれていると解すべき」と指摘している点は示唆に富む。いわゆる個人特定性低減データについて、プライバシーから完全に切り離して別途考えられるのかどうか等、大きなテーマも引き続き残っている。

82) 白石・前掲注60)、225頁。知的財産基本法にも、「公正かつ自由な競争の促進が図れるよう配慮」と定められている。

る[83]。

では、規範的な秩序が何らか形成されていくことを前提とした場合、日本の独禁法・競争法体系は、例えばFTC5条に相当するものとして、具体的な事案を扱うことができるであろうか。

ここでは、同法からの引き写し方が問題となった、欺瞞的顧客誘引や優越的地位の濫用など、「私的独占や不当な取引制限との関係が直接的とは言い難い類型」[84]についても規制対象とする「不公正な取引方法」にその潜在力を見る。

プライバシーそのものが競争変数として捉えられるような事案では、他者排除等の反競争性を捉える一般的なアプローチが射程に入る。

プライバシー情報を含むパーソナルデータ蓄積による「優越的地位」[85]に着目するならば、「対消費者」でも濫用は禁止されることが確認されているほか[86]、情報の非対称性に着目して規律を考える見解もある[87]。舟田は、ドイツの事例等を参照し、基本権保護との通底を意識して優越的地位の濫用を理解しており[88]、本稿の文脈では、プライバシーポリシーを利用者との取引の条件づけとして捉えると、援用可能な議論となっている。

83）とくに日本の著作権について、著作人格権の扱いも含めたアナロジーが理解しやすい。この点について、プライバシー等も含め、処分可能性の違いに着目し、鋭く観察したものとして、加藤雅信「人格権と著作者人格権」『法律時報』（87巻3号）2015年、96頁。このほか、児玉春男「知的財産権と知る権利との抵触に関する問題」『パテント』（Vol. 66, No. 6）2013年、72頁、Craig, Richard, Big Data and competition – data-rich does not mean dominant, TaylorWessing, July 2014（データにおいて支配的地位の「濫用」を適用するアナロジーとして、特許にまつわるAstra Zeneca事件を例示）。なお、この観点からの先駆的知見として、Schwartz, Paul M., Property, Privacy and Personal Data（2004）117（7）*HLR*, p. 2055.

84）菅久修一ほか編著『独占禁止法』商事法務、2013年、107頁。

85）本稿では、優越的地位の濫用については、反競争性と連続して捉える立場をとる。

86）消費者に対しても優越的地位の濫用規制が適用になることについては、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説（第4版）』有斐閣、2010年、294頁、内田耕作「消費者取引と優越的地位の濫用規制(2)」『彦根論叢』（347号）2004年、21頁等を参照。

87）この「情報非対称性説」に対し、通説は「取引必要性説」であるとされる。ただし、競争政策担当者をそのような消費者法分野へ対応させる困難さも指摘されている（白石・前掲注60）、193頁）。

また、プライバシーポリシーを恣意的に緩める等、プライバシー保護そのものに何らかの影響が及ぼされる事案では、「不当顧客誘引」「競争者の取引妨害」がカバーする「不正手段」が射程に入る。欺瞞的手法や競争変数を歪めて伝えることに着目したり、個人情報保護法違法等と関連づけて適用することを検討したりすることが想定されるところである。

「不正手段」は、特別法である景表法に代表されて語られ、所管の消費者庁と公正取引委員会の区分が強調されるが、その“母屋”は、引き続き広く漠然とした形で独禁法の枠内に残っており、公正取引委員会の果たし得る潜在力は大きいこととなる[89)]。

景表法の目的は「一般的消費者による自主的かつ合理的な選択」の確保であり、これは「公正な競争」と表裏一体となっていることから、舟田が述べるような基本権保護的な視野を見出すこともできよう。

近時、日本の独禁法改正により、審判制度が廃止され、ストレートに抗告訴訟が提起されることにより、当事者が積極的な攻撃防御を尽くすことで、今までよりも深く、幅広い形での検討が行われることも想定されている[90)]。民法事案での独禁法援用によって得られた数々の示唆のように、「伝統的な」競争法だけではないいくつかの文脈が今後交叉することもあり得る[91)]。

なお、規制機関が競争法を共管する形でエンフォースメントを構築している英国では、金融を司るFCA（Financial Conduct Authority）の年次計画において、ビッグデータが参入障壁の役割を果たすかどうか、検証されることとなった[92)]。海外においては、規範的な秩序の模索が進みつつあるといえよう。

88）舟田正之「取引開始の際に行われる優越的地位の濫用」（同名誉教授サイト、http://www.pluto.dti.ne.jp/~funada/、2015年7月アクセス）。また、Monopolkommissionは、搾取型の要素も指摘する（前掲注61）・para. 498）。

89）白石・前掲注60）、65頁。

90）長澤哲也「独禁訴訟をめぐる動きと弁護実務の課題」『ジュリスト』（No. 1474）2014年、45頁。

91）民法体系全体との関係の議論として、吉田克己「総論・競争秩序と民法」『NBL』（No. 863）2007年、39頁。

6　終わりにかえて

本稿では、欧米で活発になるプライバシー保護・ビッグデータの競争法文脈への取込みの議論を踏まえつつ、EU での具体事案を用いて、論点の整理を行った。欧州委員会の最新事案である、*Facebook/WhatsApp* 決定の検討を通じ、共通論点を抽出し、日本法への示唆を探った。

今日、プライバシー権の祖のひとりとされる Brandeis[93] の言説に再度着目し、「ブランダイスならばどうするか」との問いへ回帰すべきとの提起がなされている[94]。これは、自由は一定程度個々の自由を制限しないと保護されないものであり、一定の衡量や選択肢確保は必須であるとの同判事の主張を想起すべきとしたものである。一方で競争秩序を回復させる「規制された競争」（regulated competition）を提唱し、一方で大陸法のプライバシーの核心である個の「尊厳」の尊重を訴えた氏のスタンスは、そのまま本稿で扱ったテーマの今後の検討の基礎ともなり得るであろう[95]。

近時、法は個人所有と契約さえ守ればいいのではなく、法システム全体を競争秩序と整合的にすることで「発見プロセスとしての競争」を追求すべき、としたハイエクの議論も再度参照されている[96]。

本稿で扱った内容は、ごく限定的で、かつ日々動いている領域でもある。ただし、規範と具体の反復の繰り返しで議論は深まっていくものと考える。その作業の一助となれば幸いである。　（2015 年 5 月 4 日初稿脱稿）

92）FCA Business Plan for 2015/16, March 24, 2015. 英国競争当局 CMA（Competition and Market Authority）もデータの与える影響の検証を開始しているが、Market Investigation と呼ばれる直接的な行為に関わらない措置手段を保持していることも大きな論点である。

93）Warren, Samuel D. and Brandeis, Loius D.,‘The right to privacy’（1890）4（5）*HLR*, p. 193.

94）Rosen, Jeffrey,‘Keeping Google Good: Remarks on Privacy Regulation and Free Speech’（2013）20（4）*Geo. Mason L. Rev.*, p. 1003.

95）Whitman, James Q.,‘The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty’（2004）113, *YLJ*, p. 1151.

96）Schrepel, Thibault,‘Frederich Hayek’s Contribution to Antitrust Law and its Modern Application’（2014）*ICC Global Antitrust Review*, p. 199.