

電子商取引における 垂直的制限と競争法：コメント

公正取引委員会CPRC国際シンポジウム

2016年6月3日

土田和博(早稲田大学法学学術院)

wj7tuti4@waseda.jp

Vertical Restraints in E-Commerce and Competition Law: A Comment

JFTC/CPRC International Conference

June 3, 2016

TSUCHIDA, Kazuhiro
Waseda University, Japan

wj7tuti4@waseda.jp

コメントの観点

2

- 経済理論と独占禁止法の解釈や公正取引委員会の実務を媒介する観点からのコメント
- 経済理論を受けて、独占禁止法をe-commerceにおける垂直的制限に適用すべき場合があるとすれば、適用に際してどのような法解釈上の論点があるか、既存の垂直的制限に関するルールの修正が必要になるかといった観点からコメントすることとしたい。

Perspective of Comment

2

- A comment from the viewpoint of bridging economic theories and legal interpretations of the Antimonopoly Law or enforcement of the JFTC.
- Following the economic analyses, my comment is on some issues of what analytical points there exist about legal construction of the Antimonopoly Law, when the application of the Law to vertical restraints is warranted, and whether or not current law on vertical restraints (VRs) must be repealed or modified, when they are applied to VRs in e-commerce.

コメントの内容

3

- I 垂直的制限に関する競争法ルールの特組み
- II インターネット取引で用いられる「最恵国待遇 (MFN)」条項
- III 電子商取引とその他の垂直的制限

Contents of Comment

3

- I Comparative Survey of Competition Laws on Vertical Restraints
- II ‘Most-Favored Nation(MFN)’ Clauses in Internet Transactions
- III E-Commerce and Other Vertical Restraints

競争法のルール

4

- 水平と垂直の区分、価格と非価格の区分。
- 垂直的制限は、欧米では共同行為として、日本では不公正な取引方法(単独行為)として規制される。
- EUは垂直的制限免除規則・同ガイドライン、日本では流通取引慣行ガイドラインなどで詳細が規定される。合衆国では、かつて司法省の垂直的制限ガイドラインがあった(1985年~1993年)。

Rules of Competition law

4

- distinguish between horizontal and vertical restraints, as well as price and non-price restraints.
- prohibit vertical restraints as concerted actions (bilateral conduct) in US and EU, in contrast to unfair methods of trade (unilateral conduct) in Japan.
- provide details in the Vertical Restraints Block Exemption Regulation and Guidelines of the EU and in the Guidelines concerning Distribution Systems and Business Practices of Japan. There used to be Vertical Restraints Guidelines of the US Department of Justice (1985 to 1993).

		日 本	E U	U S*
水平	価格制限	独占禁止法2条6項、3条後段（不当な取引制限）	TFEU101条1項、3項	シャーマン法1条（当然違法）
	非価格制限	同上	TFEU101条1項、3項	シャーマン法1条（合理の原則）
垂直	最低再販売価格維持行為	独占禁止法2条9項4号、19条（不公正な取引方法）	TFEU101条1項、3項。垂直的制限免除規則4条a項（ハードコア制限）	シャーマン法1条（1911年～2007年まで当然違法、それ以後は合理の原則による）
	販売地域・顧客制限	独占禁止法2条9項6号ニ・一般指定12項、19条（不公正な取引方法）	TFEU101条1項、3項。垂直的制限免除規則4条b項（active saleを除く地域・顧客制限はハードコア制限。選択的流通制では消費者への小売業者のactive saleの制限はハードコア制限）	シャーマン法1条（1963年～1967年まで合理の原則、1967年～1977年まで当然違法、それ以後は合理の原則による）
	排他条件付取引	独占禁止法2条9項6号ニ・一般指定11項、19条（不公正な取引方法）	TFEU101条1項、3項。垂直的制限免除規則5条a項、3条1項（5年を超えて継続し、売手または買手のシェアが30%を超える場合、類型的免除は受けられない）	シャーマン法1条、クレイトン法3条（後者は「商品」等有体物を含む事件に限る）。合理の原則

		Japan	E U	U S*
Horizontal	Price restraints	Articles 2(6) and 3 of the Anti-Monopoly Act (undue restraints of trade)	Article 101(1),(3) TFEU	Section 1 of the Sherman Act (per se illegal)
	Non-price restraints	same as above	Article 101(1),(3) TFEU	Section 1 of the Sherman Act (rule of reason)
Vertical	Minimum RPMs	Articles 2(9)4 and 19 of AMA (unfair methods of trade)	Article 101(1),(3) TFEU, Article 4(a) of VBER(hardcore restriction)	Section 1 of the Sherman Act (per se illegal from 1911 to 2007, rule of reason thereafter)
	Territorial and Customer restrictions	Article 2(9)6 = /Paragraph 12 of the General Designation, and Article 19 of AMA (unfair methods of trade)	Article 101(1),(3) TFEU Article 4(b) of VBER (hardcore restrictions except those restricting active sales). Restricting active sales to consumers in selective distribution system is a hardcore restriction.	Section 1 of the Sherman Act (rule of reason from 1963 to 1967, per se illegal from 1967 to 1977, rule of reason thereafter)
	Exclusive dealings	Article 2(9)6 = /Paragraph 11 of the General Designation, and Article 19 of AMA (unfair methods of trade)	Article 101(1),(3) TFEU Articles 5(a), 3(1) VBER (which do not exempt exclusive dealing where the market share of a seller or a purchase is over 30% and where it continues more than 5 years.	Section 1 of the Sherman Act and Section 3 of the Clayton Act (which applies only to cases involving 'commodities'). Rule of reason

5 (* The FTC applies Section 5 of the FTC Act and Section 3 of the Clayton Act to horizontal and vertical restraints.)

インターネット取引で用いられるMFN条項

6

- MFN条項とは何か？(図1)

(Across Platform Parity Agreement: APPA と互換的に用いる。)

- 「最恵国待遇(Most-Favored Nation: MFN)条項」は古くて新しい競争法上の問題。例えば、アメリカ合衆国の医療保険事件(Delta Dental, 1997年; Blue Cross Blue Shield, 2011年)。
- 近年の欧米の事例: オンライン旅行(ホテル、航空サービス)予約、ネット自動車保険、電子書籍など。
- ACCC/ICN報告書(2015年)、OECD報告書(2013年)

MFN Clauses in E-Commerce

6

- What is a MFN clause? (Figure 1)

(used interchangeably with Across Platform Parity Agreement: APPA)

- Most-Favored Nation(MFN) clauses are not newcomers to the competition law world: e.g. *Delta Dental* (1997), *Blue Cross Blue Shield* (2011) in the US.
- Europe and US cases of recent years: *online travel agents, private motor insurance, e-Books* etc.
- ACCC/ICN Report(2015), OECD Report(2013)

自動車保険

7

- 競争市場庁(英国)の自動車保険市場調査・最終報告書(2014年9月24日)とこれに基づく命令(2015年3月18日)

Private Motor Insurance

7

- Competition and Market Authority (CMA), Private Motor Insurance Market Investigation-Final Report, 24 September 2014
- Private Motor Insurance Market Investigation Order 2015, 18 March 2015

自動車保険

- 10大・自動車保険(PMI)会社の保険商品が主に4大・価格比較ウェブサイト運営事業者(PCWs)のサイトを通じて消費者に購入される割合が増大している。
- 自動車保険 (PMI) 会社とPCWの取引は、卸売モデルではなく、エージェントモデルが採用され、保険契約は自動車保険会社と一般消費者の間に成立する。PCWは保険会社から手数料を得るが、消費者に検索・比較サービスを使用した対価を請求することはない。
- 複数のPCWsが自動車保険会社との間でMFN条項を含む契約を締結した。

Private Motor Insurance

8

- Ten largest insurers are increasingly selling their PMIs through four largest price comparison websites (PCWs) to the consumer.
- The transactions between PMI providers and PCWs are not based on 'wholesale model,' but 'agency model'; insurance contracts are concluded between PMI providers and consumers. PCWs earn commission fees from PMI providers, while they do not charge consumers for using their search services.
- A number of PCWs and PMI providers concluded the contracts with MFN clauses.

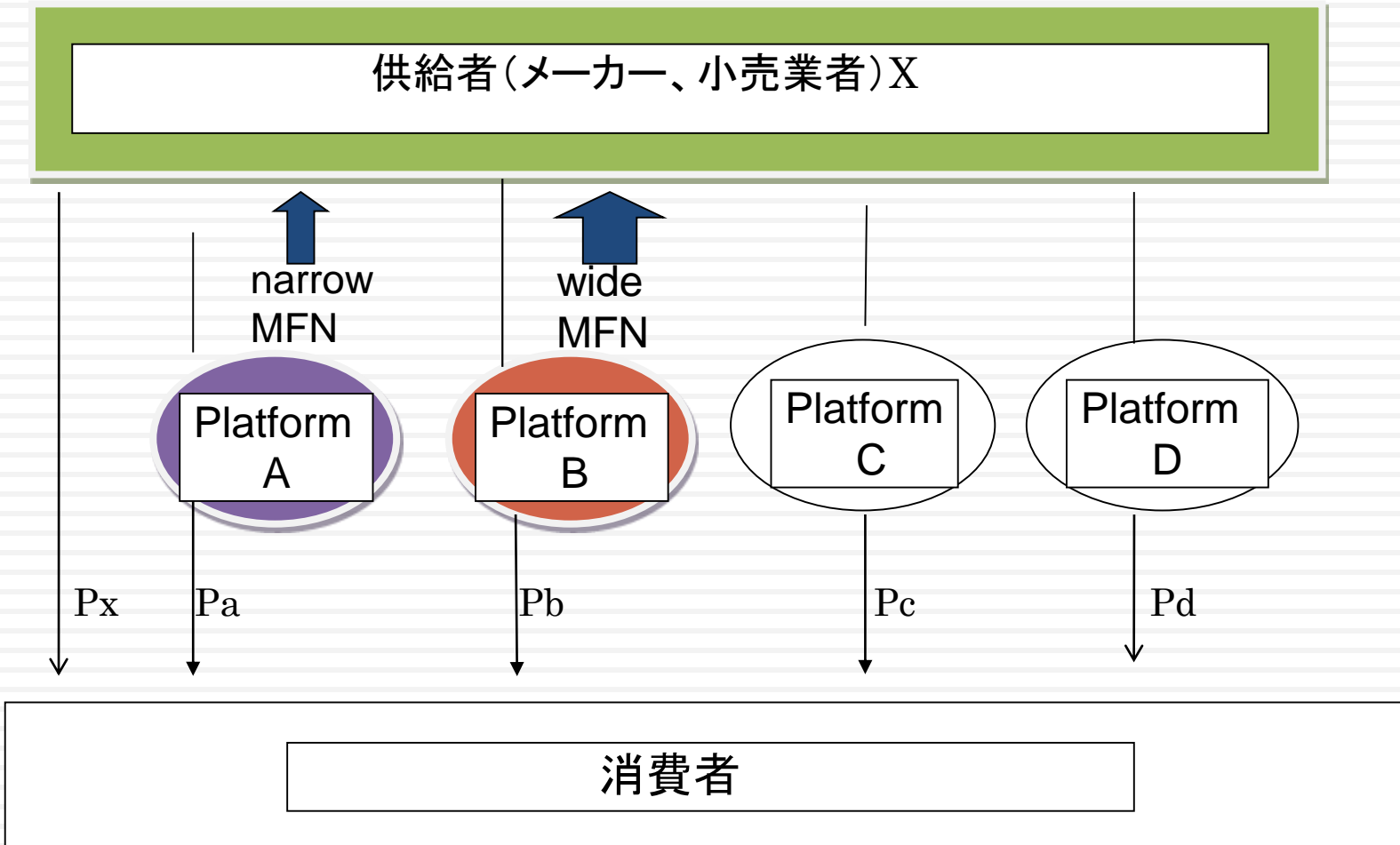
自動車保険

- 競争市場庁の市場調査は、違反認定をするものではないが、PCWsと自動車保険会社に対して、wide MFNを禁止することにより競争法上の問題を解消しようとした。
- 他方、命令は、narrow MFNがなければPCWsの信用・信頼性の維持が困難になること、それによる競争制限の可能性が小さいことを理由に、narrow MFNを許容した。

Private Motor Insurance

- Although the market Investigation of CMA did not find any infringements of competition law, CMA decided to remedy anticompetitive concerns mainly by prohibiting all PCWs and PMI providers from entering into 'wide MFNs.'
- However, 'narrow MFNs' were not prohibited, because CMA considered that there was a risk to the credibility of PCWs without narrow MFNs and that the restriction on competition imposed by them was unlikely to be significant.

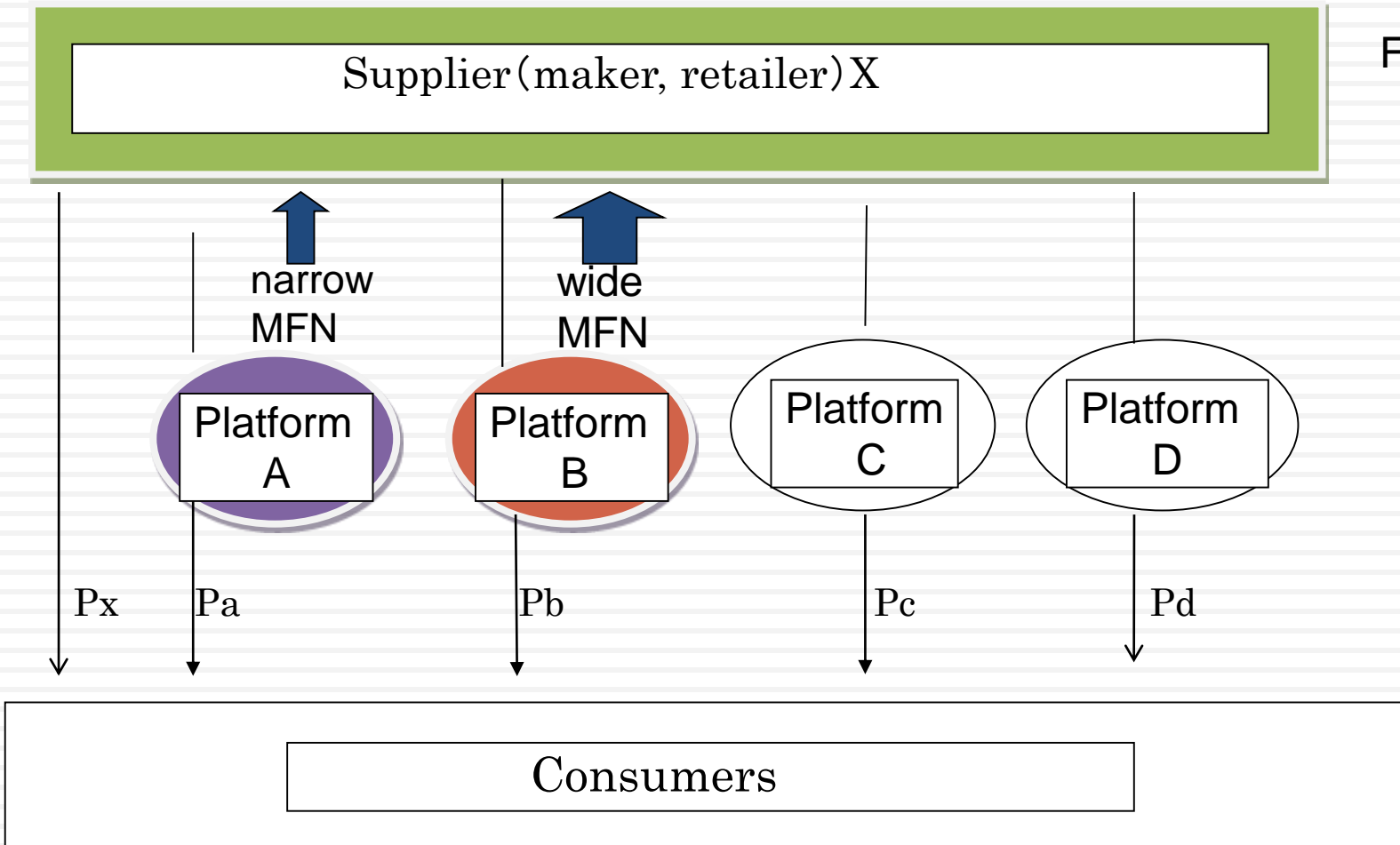
図1



narrow MFN: $P_a \leq P_x$

wide MFN: $P_b \leq P_x, P_a, P_c, P_d$

Figure 1



narrow MFN: $P_a \leq P_x$

wide MFN: $P_b \leq P_x, P_a, P_c, P_d$

ホテルオンライン予約サービス

- ドイツ連邦カルテル庁、HRSホテルオンライン予約サービス事件決定 B9-66/10 (2013年12月20日)
- ドイツの有力なオンラインホテル予約ポータル運営事業者HRSは、世界各国のホテルとHRS以外の他のチャネルで提供する最良の取引条件(料金、キャンセル条件、提供する部屋数等)をHRSに享受させる旨のMFN条項を含んだ契約を締結した。
- カルテル庁は、本件のMFN条項が、ホテル予約ポータルウェブサイト運営事業者(hotel portals)間の競争およびホテル間の競争を制限し、新規参入を妨げるものであるとして、GWB1条/TFEU101条1項に違反するという決定を行った。

Hotel Online Reservation Service

11

- Bundeskartellamt, HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, B9-66/10 (20 December 2013)
- A leading German hotel portal HRS concluded, with worldwide hotels, contracts containing MFN clauses for the purpose of having best terms and conditions (e.g. room rates, cancellation conditions, room availability) among all of hotel reservation channels.
- The Bundeskartellamt found that the MFN clauses restrained competition between the hotel portals as well as between the hotels and that they impeded the market access by new competitors, thus violating section 1 GWB/TFEU101(1).

ホテルオンライン予約サービス

12

- カルテル庁は、MFN条項が目的による(by object)競争制限に当たるかは判断を留保しつつ、以下のように効果による(by effect)競争制限が成立するとした。
- 商品・サービス市場＝ホテル予約ポータル市場(hotel portals)
- 地理的市場＝ドイツ国内
- この市場で、HRSは30-40%(2012年、手数料ベース)、40-50%(同、宿泊日数ベース)のシェアを占めた。

Hotel online reservation service

12

- Although the Bundeskartellamt did not decide whether the MFN clauses restrained competition *by object*, it found that they did bring about restraints of competition *by effect* as follows:
 - Product/service market: hotel portals
 - Geographic market: Germany
 - The market share of HRS in the relevant market amounts to approximately 30-40% on the basis of commission fee (2012), and 40-50% on the basis of bednights (same year).

ホテルオンライン予約サービス

13

- **ホテルポータル間の競争制限：**
 - ① **既存のポータル間の競争制限、**
 - ② **新しいポータルの参入の制限**
- **ホテル間の競争制限**
- **MFN条項の並行実施、累積的效果**
- **類型的適用免除**
- **個別的適用免除**
- **正当化事由**

Hotel Online Reservation Service

13

- Restraints of competition between the hotel portals:
 - competition between the existing portals restrained
 - market entry impeded
- Restraints of competition between the hotels
- The parallel application of other portals' MFN clauses and their cumulative effects
- No categorical exemption under section 2(2)GWB and TFEU 101(3) in conjunction with VBER
- No individual exemption
- Justifications

ホテルオンライン予約サービス

- 連邦カルテル庁の本決定は、MFN条項を特に区分せずGWB1条、TFEU101条1項に違反するとし、デュッセルドルフ高裁もHRSの取消請求を斥けた。
- 他方、フランス、スウェーデン、イタリアの競争当局は、wide MFNを禁止し、narrow MFNは許容する判断を行った。
- その後、フランスでは、ホテル業界においてwideだけでなく、narrow MFNを用いることも禁止する法案が成立したと伝えられる。

Hotel Online Reservation Service

14

- The Bundeskartallamt decided the MFN clauses violated section 1 GWB and TFEU 101(1) without distinguishing wide and narrow MFNs. The Düsseldorf Higher Regional Court dismissed the appeal filed by HRS.
- On the other hand, the competition authorities of France, Italy and Sweden found narrow MFN clauses legal, while prohibiting wide ones.
- Thereafter, an act prohibiting both wide and narrow MFN clauses in hotel market was reportedly enacted in France .

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(1)

15

- 独占禁止法何条の問題か。価格制限か非価格制限か。水平か垂直か。
- MFN条項は価格だけでなく、それ以外の取引条件をも制限し得る。ただ、競争当局は、そのうち価格制限だけを取り上げることにも不可能ではないと思われる。
- 水平的側面：
 - ①二重流通制(dual distribution)
 - ②オーストラリアのTravel Centre事件判決(2015年)

Some Issues where MFNs are examined in Japan(1)

15

- What is the most relevant provision for MFNs in the Antimonopoly Act? Are MFNs price-restraints or non-price restraints? Horizontal or vertical?
- MFN clauses can be restrictive in terms of prices as well as other (non-price) conditions of trade. But the competition agency could target its enforcement only on price-restraints of the MFN in question.
- Horizontal aspects:
 - dual distributions
 - *Travel Centre* decision (Federal Court of Australia, 2015)

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(2)

16

- 水平的制限か垂直的制限かは誤導的な問い。
水平、垂直、ハイブリッドのいずれであれ、MFNが「不当に」競争を制限、排除するか否かが問題。
- H. Hovenkamp教授の二重流通制に関するコメント：
「水平か垂直かというレッテル貼りは、競争上の影響の評価という本来行うべきことから目を背けさせる。我々は直接に二重流通における制限の競争に及ぼす影響を検討し、当該制限が不当に行われたといえる状況を特定しなければならない。」(Antitrust Law, Vol.8 (2010), at 79-80.)

Some Issues where MFNs are examined in Japan (2)

16

- The question of horizontal or vertical is misleading. Regardless of whether MFNs are horizontal, vertical or hybrid, the question should be whether they 'unreasonably' restrain or exclude competition.
- Prof. Hovenkamp's comment on dual distribution:
"(L)abelling ...may divert attention from the court's true task of assessing competitive impact. (W)e need to proceed directly to the competitive impact of dual distribution restraints generally. (W)e must examine the more particular circumstances to determine whether a defendant manufacturer's restraint is unreasonable."(Antitrust Law, Vol.8 (2010), at 79-80.)

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(3)

- EU垂直的制限規則は、2条4項α号で二重流通の場合でも垂直的制限規則が適用されると規定する。
- またEU垂直的制限ガイドラインは、「間接的な手段による再販」の一例として、「指示された再販売価格を競争者の再販売価格に関連づけること」を挙げる(パラ48)。
- それは買手が再販価格を低下させるインセンティブを減退させ得る措置と組み合わせることで用いられることにより効果的になるとした上、そのような措置の例として「most-favoured customer clause」が明示的に挙げられている(パラ48)。
- これは、再販とMFNそのものを区別するものと読めそうである。

Some Issues where MFNs are examined in Japan (3)

17

- Vertical Restraints Block Exemption Regulation (VBER) of EU provides that the regulation applies to dual distributions, even if they include some horizontal aspects (Article 2(4)a).
- Guidelines on Vertical Restraints of EU point out, as an example of 'RPM achieved through indirect means,' linking the prescribed resale price to the resale prices of the competitors (para.48).
- The Guidelines also provides that *indirect price fixing can be made more effective when combined with measures which may reduce the buyer's incentive to lower the resale price, such as ... the supplier obliging the buyer to apply a most-favoured-customer clause* (ibid).
- The paragraph could be read as distinguishing MFNs from RPMs.

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(4)

- したがって、以下では価格、非価格の両面を持つハイブリッドな制限(MFN)の2条9項6号ニ・一般指定12項(不当な拘束条件付き取引)該当性を論じる場合にどのような論点があるかを検討する。
- 一般指定12項「・・・相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。」

Some Issues where MFNs are examined in Japan (4)

18

- Thus, let us consider what points there are when MFNs that have both aspects of price and non-price restraints are examined under Paragraph 12 of the General Designation based on Article 2, paragraph 9, item 6-二 of the AMA (trading on unduly restrictive terms).
- trading on unduly restrictive conditions:
 - “... dealing with trading partner(s) on conditions that unduly restrict any transactions between the trading partner(s) and their customers or other business activities of the said trading partner(s).”

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(5)

19

- 仮定:オンライン・プラットフォーム運営事業者1が、agency modelで、商品・サービスを供給する事業者(メーカー、小売業者等)A、B、CとMFN条項(narrowとwide)を含む契約を締結したとする(図2)。
- 商品・サービス市場の画定:二面市場の問題
 - プラットフォーム運営事業者は、供給者に一定のサービスを供給し、消費者との契約が成立すれば手数料を受け取りつつ、顧客(消費者)には無料で検索・比較・購入(予約)等のサービスを利用させる。
 - KADOKAWA/ドワンゴ(公取委、2014年)、Facebook/WhatsApp (欧州委員会、2014年)等。
 - ディー・エヌ・エー事件(公取委、2011年)
 - MFN条項の反競争的効果を考える場合、供給者がプラットフォームを通じて消費者に販売する市場(あるいはオンラインプラットフォーム運営事業者と供給者で構成される市場)で検討してよい。

Some Issues where MFNs are examined in Japan (5)

19

- Suppose an online platform 1 makes contracts with MFN clauses with suppliers A, B and C which sell their products through the platforms to consumers (agency model, Figure 2).
- Market definition(product market)
 - two-sided market; the online platforms provide the suppliers with certain services and earn commissions from the suppliers when the suppliers and the consumers conclude agreements, while they provide, with the consumers, 'search, comparison, and purchase (or booking)' services for free.
 - *KADOKAWA/Dwango* (JFTC,2014); *Facebook/WhatsApp* (EU Commission,2014) etc.
 - *DeNA* case (JFTC, 2011)
 - When considering the possible anticompetitive effects of the MFNs, we might well analyze them in the market where the suppliers sell their products through the platforms to the consumers (or the market where the online platforms and the suppliers transact).

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(6)

20

- 地理的市場：プラットフォームがウェブサイトで使用する言語、多くの供給者の所在地等から日本国内。
- 反競争的効果：
 - 既存プラットフォーム運営事業者間の競争の制限
 - 供給者間の競争の緩和
 - 新規参入への排除的効果
- 正当化事由：
 - 特に供給者による只乗りの防止
 - 供給者の只乗り防止による競争促進効果が反競争的効果を上回るとすれば、narrow MFNを許容することになるか。

Some Issues where MFNs are examined in Japan (6)

20

- The geographical market: domestic
 - language used on the platforms' websites
 - domicile where the suppliers are located
- Possible anticompetitive effects:
 - restriction of competition between the platforms
 - softening competition between the suppliers
 - exclusion of new entry
- Possible pro-competitive considerations:
 - prevention of free ridings by the suppliers, inter alia
 - narrow MFNs not prohibited, if pro-competitive considerations outweigh anticompetitive effects?

MFN条項を日本で取り上げる場合の論点(7)

21

- narrow MFNが一般的に反競争的でないとしても、以下のような場合には慎重な考慮が当局に求められる。
 - 複数の narrow MFNsが並行的に実施され、累積的な反競争的効果が大きい場合。
 - ある供給者自身のチャンネルで供給される数量が実質的なものであり、当該供給者が多数のプラットフォームと narrow MFNsを結んでいる場合。

Some Issues where MFNs are examined in Japan (7)

21

- Even if narrow MFNs are not anticompetitive generally, competition authority should be watchful,
 - when a number of narrow MFNs are placed in parallel and cumulative anticompetitive effects are significant, or
 - when a significant proportion of sales are made by a supplier's own channel and the supplier have narrow MFNs with many online platforms.

図2

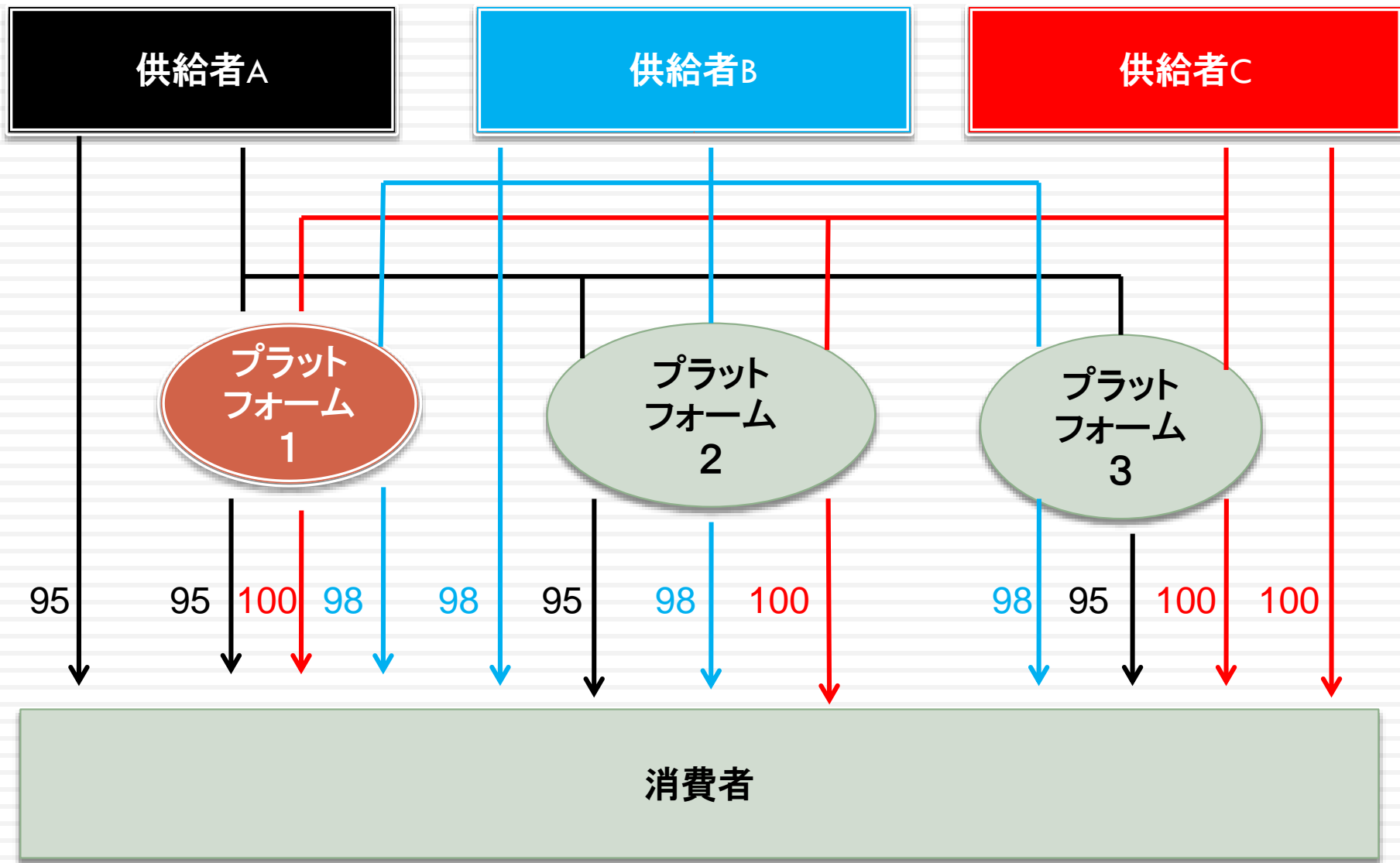
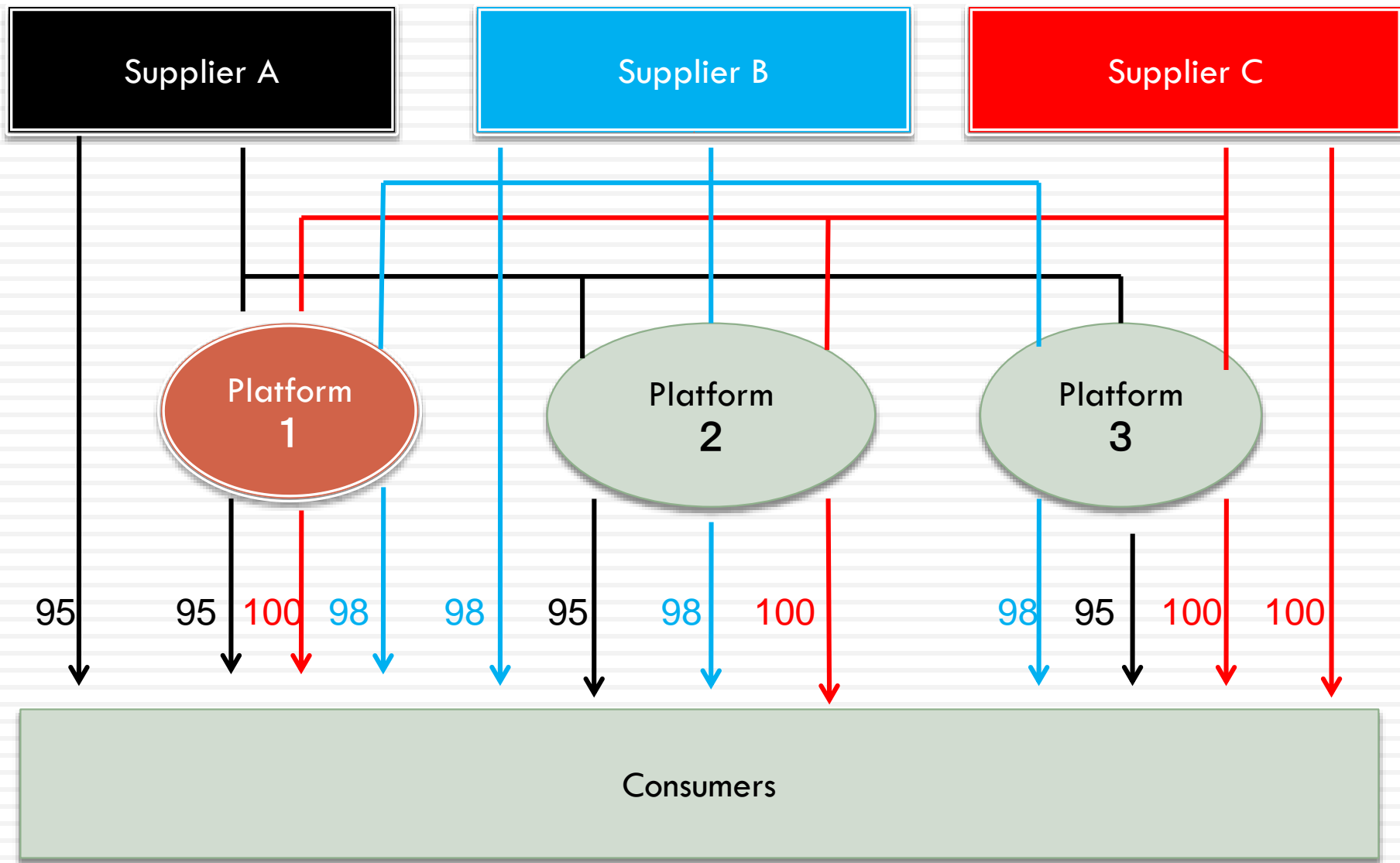


Figure 2



電子商取引とその他の垂直的制限

23

- オンライン再販
- 選択的流通制をめぐる諸問題: オンライン取引の禁止・制限(オンライン向け・オフライン向けで卸売価格を差別することや1つ以上の実店舗で販売するよう要求することを含む)、取引先制限
- オンライン地域・顧客制限(オンライン広告の制限を含む)

(ACCC/ICN2015年調査、OECD2013年調査、公取委2006年調査)

E-Commerce and Other VRs

23

- Online RPMs
- Restrictions found in selective distribution system: outright ban and restriction on online sales (including discrimination in wholesale prices between online and offline distributors, and requiring sales through at least a brick and mortar store)
- Online territorial and customer restrictions (including restriction of online advertisements)

(ACCC/ICN,2015; OECD,2013; JFTC,2006)

電子商取引とその他の垂直的制限

- これらへの競争法の適用を検討する場合、共通する1つのポイントは以下のとおり。
- インターネット取引は、市場価格の透明性を高め、価格競争を促進すると考えられるが、他方では非価格競争(品質、商品説明等による競争)を減退させる可能性があると考えられることもある。
- 電子商取引における垂直的制限は前者を制限しても後者を促進するとされ、反競争的効果と競争促進的効果を比較衡量すれば、競争法違反は成立しないといわれることがある。これをどう考えるか。

E-Commerce and Other VRs

24

- Online sales through the internet are considered to enhance the transparency of market prices and to promote price competition, while it is said that they tend to weaken non-price competition through providing retail dealer services such as demonstrations and explanations of the products in question.
- Although vertical restraints in e-commerce sometimes restrict price competition, they are said to promote non-price competition.
- All things considered, do not VRs in e-commerce violate competition law because their pro-competitive considerations outweigh their anticompetitive effects?

オンライン再販

- 図3で、実店舗小売業者Bは自らの行った商品説明や店頭デモンストレーション、試用・相談(洋服の試着や化粧品の対面カウンセリング)等の小売ディーラーサービスを消費者が受けておきながら、実店舗をもたず、このようなサービスを提供しないオンライン小売業者AがBより低い価格を提示する結果、Aに顧客を奪われているとメーカーMに陳情し、Mは重要なディーラーサービスが提供されなくなることを恐れてA、Bともに小売価格を100とするかもしれない(再販)。
- また、電子商取引では消費者は商品を手にとって吟味してから購入決定をすることができないので、Aはそのウェブサイトにおいて商品の写真や説明を充実させ、カスタマーレビューを掲載し、返品にも無料で応じるとしているが、そのようなサービスをほとんど提供しないオンライン小売業者CがAより低い価格を提示する結果、Cに顧客を奪われており、このままではAのサービスは提供されなくなるとして、小売価格を統一するようメーカーNに求めるかもしれない。

Online RPM

25

- In Figure 3, a brick and mortar retailer B persuades a maker M to institute online RPM for putting a price-floor of 100, complaining that an online retailer A undercuts B because A does not provide full retail services that B does, such as explanations and demonstrations of the product, trial fittings and/or face-to-face counselling at shop.
- In e-commerce, consumers cannot pick up and inspect a product before deciding to purchase. Addressing this problem, A's website provides consumers with specifications, pictures, explanations, and customer reviews of many products. A accepts consumers' returns of products free. Against the background, A persuades a maker N to institute online RPM for putting a price-floor of 90, complaining that an online retailer C undercuts A, because C does not provide such information on its website.

オンライン再販

26

- 以上のようにして、MやNによって行われるオンライン再販は、競争法違反でないか。
- 実店舗小売業者の提供するディーラーサービスに意味があるのは、経験財に限る(+信用財? 探索財は除かれる)。経験財でも初回に購入する場合に限られる(リピート購入は除外される)。
- 「只乗り」は逆方向もある(BがAに「只乗り」する場合もある)。
- 小売ディーラーサービスに価値を認める消費者と認めない消費者がいる。
- より競争制限的でない他の手段がないか(例えばpromotional allowances)。
- ブランド内価格競争の制限と非価格競争の促進をどのように比較衡量するか。

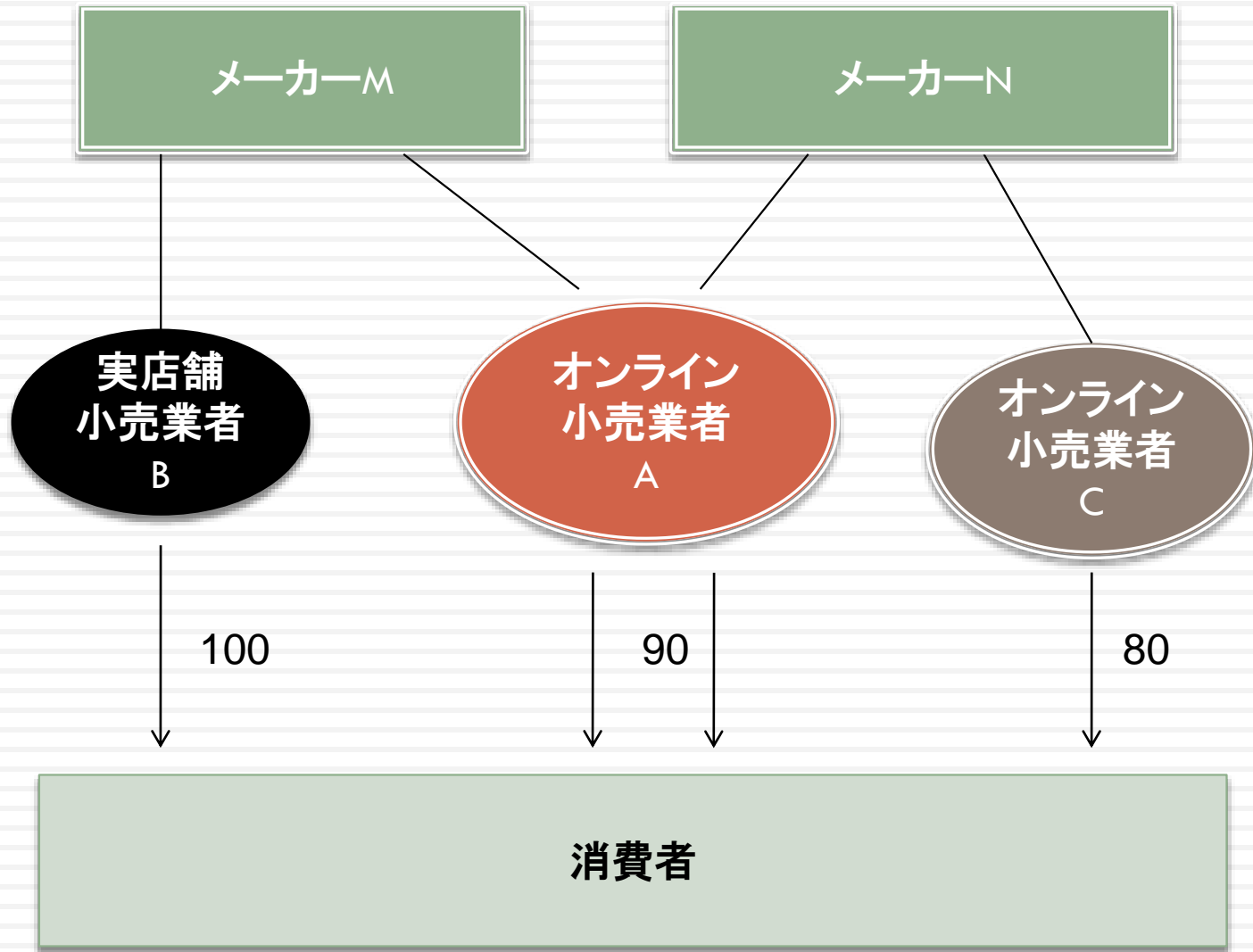
Online RPM

26

- Do not online RPMs by M and N based on these grounds illegal under competition law?
- Retail dealer services provided by brick and mortar stores are meaningful only when consumers buy experience goods (plus credence goods?). It is not true with search goods. They are meaningful only when consumers buy the experience goods for the first time (not on repeat purchase).
- ‘Free ridings’ could be in reverse direction (B could free-ride on A’s online services).
- There are both types of consumers who value retail services and who do not.
- Less restrictive means for attaining the same purpose (e.g. promotional allowances)
- How can we consider whether or not the promotion of non-price competition outweighs the restriction of price competition?

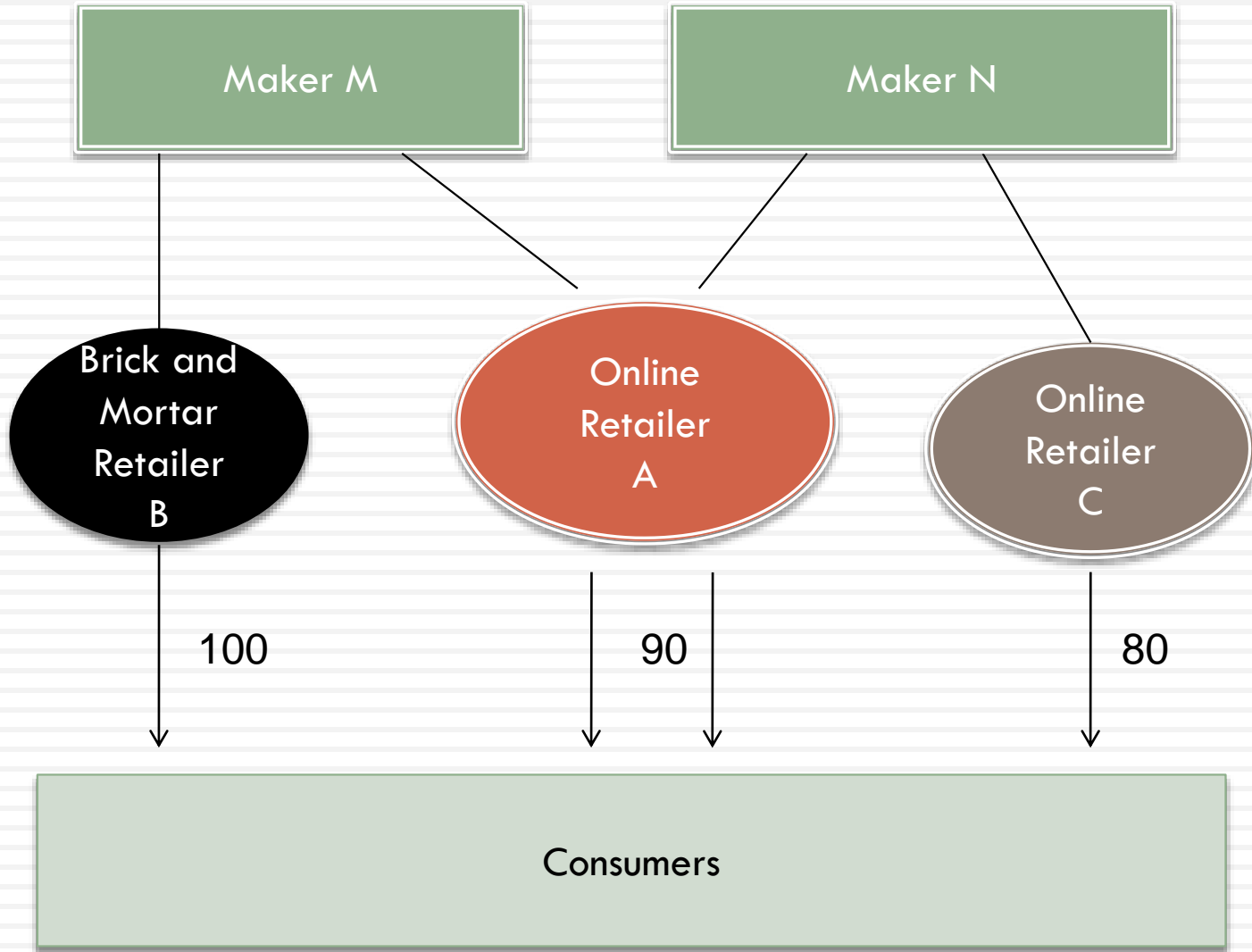
メーカーとオンライン小売業者、
実店舗小売業者の取引は
売買契約(卸売モデル)とする

図3



Wholesale models between makers and retailers

Figure 3



選択的流通制

- 選択的流通制におけるインターネット販売の禁止、オンライン販売を理由とする取引先の制限
- 例えば、高級化粧品の供給者が、①事実上オンライン取引を禁止したり、②取引先小売業者がオンライン取引を開始したことを理由に他の取引先小売業者が商品を当該小売業者に転売することを禁止することは、どのように判断されるか。

Selective Distribution System

28

- Ban on online sales and restrictions of sales to distributors who use the internet for sales in selective distribution system
- For instance, is it legal or illegal for a manufacturer of luxury cosmetics to ban on online retail sales in effect or to prohibit distributors from selling to another distributor because it uses the internet for sales?

選択的流通制

- EUの選択的流通制(selective distribution system)とは、メーカーが、販売業者・スタッフの技術的適格性(十分に商品の説明販売を行うことができるか)や販売店舗の適切さ等の質的基準を満たしているか否かにより販売業者、特に小売業者を選択し、この基準を満たさない販売業者とは取引せず、選択された販売業者も消費者または他の選択された販売業者にのみ販売するものである(垂直的制限規則1条e項)。
- 選択的流通制は、主として技術的に複雑な製品(ハイテク製品等)、および高級ブランドイメージが重要な商品(化粧品・香水等)について用いられ、そこでは非価格競争の重要性が強調され、競争法上やや緩やかな取扱いがなされてきた(ただし、ハードコア制限は別)。

Selective Distribution System

- In EU, selective distribution system is a distribution system where a supplier undertakes to sell contract goods or services only to distributors selected on the basis of specified criteria, such as technical qualifications of the dealer and its staff or the suitability of its trading premises, and where these distributors undertake not to sell such goods or services to unauthorised distributors (VBER 1(e)).
- In practice, selective distribution system is used mainly in technically complex products (e.g. high-tech products) and luxury and branded products (e.g. branded cosmetics and perfume). Some categories of VRs on these products are treated leniently under EU competition law due to their alleged importance of non-price competition (except hardcore restrictions).

選択的流通制

- もっとも、Pierre Fabre Dermo-Cosmetique事件先決裁定(欧州司法裁判所、2011年)は、化粧品メーカーが承認ディーラー(取引先小売業者)に対して、薬剤師のいる物理的空間から同社の化粧品等を販売するよう要求したことがフランス競争当局により事実上インターネット取引を禁止するものであるとされた事件に関して、処方箋薬でない化粧品等について、インターネット取引を禁止することは、その条項が客観的に正当化できないことが明らかである場合、「目的による」競争制限(TEEU101条1項)に該当すると回答した。
- また、インターネット取引を行う承認ディーラーに他の承認ディーラーが商品を提供しないようにさせることは、外形上、ハードコア制限に該当する行為であり(垂直的制限規則4条d項)、類型的適用免除を受けられない(個別的適用免除も極めて困難)。

Selective Distribution System

30

- Still, the Court of Justice of the European Union held, in the preliminary ruling of *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique* in 2011, that Article 101(1) TFEU must be interpreted as meaning a contractual clause requiring sales of cosmetics and personal care products that are not prescription medicines to be made from physical space where a qualified pharmacist must be present, resulting in a ban on the use of the internet for those sales, amounts to a restriction *by object* where it is apparent that the clause is not objectively justified.
- It is a hardcore restriction that a manufacturer restricts cross-supplies between authorised distributors within a selective distribution system (VBER 4(d)), even if some of them are online distributors. Therefore, the restriction is not exempt from Article 101(1) categorically under the VBER and rarely exempt individually under Article 101(3).

選択的流通制

- 流通取引慣行ガイドラインには、選択的流通制に関する記述は少ない(2015年3月の改定で一部は導入)。
- 販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件最高裁判決(1998年)も違法性基準ではなく、適法な場合を事件の解決に必要な限りで述べたものとされており(それなりの合理性、制限の同等性)、インターネット取引との関係で修正を要するかどうかの検討対象となるべきルール自体がはっきりしない。
- 取引先制限を含む花王化粧品事件最高裁判決(1998年)も同様。

Selective Distribution System

31

- The Guidelines concerning Distribution System and Business Practices of 1991 provide little guidance on selective distribution system, although just a few sentences have been added when the guidelines were amended in 2015.
- Supreme Court decision of *Shiseido Tokyo Hanbai* (1998), which concerns restrictions on retailers' sales methods, ruled on when they are legal (i.e. having plausibly rational reasons and criteria uniformly applied), not on when illegal. Therefore, their criteria of illegality are uncertain about which we should explore if they need to be changed when applied to VRs in e-commerce.
- It is also true with restrictions on distributors' business customers, which *Kao Cosmetics* decision of the Supreme Court dealt with in 1998.

オンライン地域・顧客制限

32

- 電子商取引における能動的販売(active sale)と受動的販売(passive sale)の区別の困難
- 流通取引慣行ガイドライン・第2部第2・3の「厳格な地域制限」と「地域外顧客への販売制限」で違法性基準が異なる。
- しかし、電子商取引で用いられる場合に両者の区別を放棄する、あるいはどちらかの基準に統一するというのは妥当ではない。
- EU垂直的制限ガイドラインでも、インターネット広告をみたテリトリー外の顧客が購入の申込を小売業者にする場合、供給者が当該小売業者に販売を禁止することはpassive saleの制限＝ハードコア制限になるとしつつ、第三者たるウェブサイト上の地域を限定したバナー広告など特定のグループに向けられた広告を見た顧客に対する販売を供給者が制限することはactive saleの制限と扱うことが規定されている(パラ52、53)。

Online Territorial and Customer Restrictions

32

- It is difficult to distinguish between active sales and passive sales in e-commerce.
- According to the Guidelines concerning Distribution System and Business Practices of 1991, there is a difference in criterion of illegality between restraints of active sales and passive sales.
- However, it does not seem a good policy to abandon or unify the criteria when the restraints are used in e-commerce.
- Guidelines on Vertical Restraints (EU) maintain the difference in e-commerce, providing that it is a restraint of passive sale, namely a hardcore restriction, for a manufacture to prohibit its distributors from selling the goods to customers who visit their websites and contact the distributors from the outside of their territories and that it is a restraint of active sale for a manufacture to prohibit its distributors from selling the goods to customers who saw online advertisement specifically addressed to certain groups, such as territory-based banners on third party websites, before contacting the distributors (paras.52,53).

結びにかえて

- 電子商取引に関して、垂直的制限に関する競争法のルールを変更する必要性は、基本的には認められない。
- インターネット取引が盛んになるほど、垂直的制限と水平的制限の区別が曖昧になる場合がある。しかし問題の焦点は、当該行為が不当に競争を制限、排除するか否かであることを見失わないことが重要。
- オンラインプラットフォームは供給者と消費者の仲介者として不可欠な存在であるが、成熟期にその垂直的制限が競争法上の懸念を生み出す可能性はあり得る。それがどのような場合であるかを正確に認識し、いかに分析するかを検討することが大切。

Concluding Remarks

- Basically little need to change competition law on vertical restraints, when it is applied to e-commerce.
- As transactions through the internet become prevalent, the distinction could blur between vertical and horizontal restraints. But it is important to recognize the question should be whether or not the restraint in question restricts and/or excludes competition in a market.
- Although online platforms are essential as intermediaries between suppliers and consumers, vertical restraints imposed by them could be of competitive concerns when platforms are fully developed at maturity. Identifying in what circumstances the VRs in e-commerce could have such concerns and how to examine them is important.

ご清聴、ありがとうございました。
Thank you very much.



ご清聴、ありがとうございました。
Thank you very much.

