

研究ノート

ドイツ競争制限禁止法における ティッピング問題に関する 新たな優越的市場力規制について

島村 健太郎*

はじめに

I 濫用行為規制における相対的市場力及び優越的市場力に係る規制（20 条）

II 第 10 次改正において導入されたティッピング問題に関する
新たな優越的市場力規制（20 条 3a 項）

III 検討

おわりに

はじめに

ドイツでは、デジタルエコノミーへの対応などを目的として競争制限禁止法¹⁾（以下「GWB」という）の第 10 次改正が行われ、2021 年 1 月に施行された²⁾。当該第 10 次改正では、主に巨大デジタルプラットフォーム事業者を対象とした新たな濫用行為規制（19a 条）が導入されるなど、デジタルエコノミーにおける濫用行為規制の現代化について先進的な取組みが見られる。もっとも、第 10 次改正における濫用行為規制の改正では、19a 条の導入のほかに、事業者の市場地

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 21 巻第 2 号 2022 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了

1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. なお、本稿中、GWB の規定は、条項のみを示す。

2) GWB 第 10 次改正の概要については、拙稿「ドイツ競争制限禁止法第 10 次改正の概要について」（公正取引 850 号、2021 年）45 頁以下参照。

位の評価において、「仲介力」(Intermediationsmacht)概念(18条3b項)が導入されるとともに、相対的市場力(relative Marktmacht)を有する事業者に係る規制(20条1項)が改正されており、さらに多面市場において優越的市場力(überlegene Marktmacht)を有する事業者の不当な妨害行為として、いわゆる市場のティッピング(„Tipping“ von Märkten)問題に対処するための規定(20条3a項)が導入された。すなわち、20条3a項において、市場が特定のデジタルプラットフォーム事業者のネットワーク効果によって独占・寡占化するというティッピング問題について、GWBにおける規制が行われることになる。

第10次改正後におけるGWBの濫用行為規制の体系を理解するには、これらいずれの改正事項も重要となる。特に、第10次改正において新たに導入されたティッピング問題に関する優越的市場力規制(20条3a項)は、従来の優越的市場力規制(20条3項)とは規制の内容・性質が異なるとともに、その条文(20条3a項)の文言は抽象的であり、条文を読むだけでは理解が困難なものとなっている。20条3a項の検討に当たっては、事例分析が不可欠であるところ、2021年4月8日に、ベルリン地方裁判所(Landgericht Berlin)が、民事訴訟であるImmobilien-Plattform事件³⁾の仮処分(einstweilige Verfügung)の手続において、20条3a項に関して、裁判所として初の判断を行っている。

そこで、本稿では、第10次改正で新たに導入された優越的市場力規制が、いかなる位置付けとなり、内容であるかについて、事例分析も踏まえつつ、明らかにすることを試みることにしたい。そのため、まずは相対的市場力及び優越的市場力規制(20条)の概要を整理しつつ、濫用行為規制における相対的市場力規制及び優越的市場力規制の位置付けを確認する(Ⅰ)。その上で、第10次改正において新たに導入されたティッピング問題に対処するための優越的市場力規制(20条3a項)の内容について、ベルリン地方裁判所の裁判例を素材とした事例分析を行い、確認する(Ⅱ)。これらの整理及び分析を通じて、ティッピング問題に関する新たな優越的市場力規制(20条3a項)の意義や機能を検討するとともに、規制の在り方について、可能な限りで、我が国への示唆を得ることとした

3) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515; openJur 2021, 22835 (abrufbar unter <https://openjur.de/u/2347208.html> [zuletzt abgerufen am 3.3.2022]).

い(Ⅲ)。

なお、本稿における意見は、筆者の個人的見解であって、筆者が所属する組織の見解・認識とは無関係である。

I 濫用行為規制における相対的市場力及び優越的市場力に係る規制 (20 条)

1 総説

GWBにおける濫用行為規制は、主に、市場支配的事業者に対する濫用行為規制(19条)、巨大デジタルプラットフォーム事業者に対する濫用行為規制(19a条)、相対的市場力を有する事業者に対する妨害・差別的行為規制(20条1項、1a項及び2項)及び優越的市場力を有する事業者に対する妨害的行為規制(20条3項及び3a項)に大別される。

市場支配的事業者とは、ある市場における独占事業者、寡占事業者及び他の競争者との関係で卓越した地位を有する事業者であり(18条1項)、19条では、そのような事業者を対象とする禁止行為が規定されている。19a条の巨大デジタルプラットフォーム事業者に係る規制では、連邦カルテル庁は、多面市場やネットワーク(18条3a項)の重要な範囲で活動している事業者について、競争において卓越した市場横断的な重要性(überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb/paramount significance for competition across markets)を有しているか判断して、規制対象となり得る事業者を決定する(19a条1項)。その上で、連邦カルテル庁は、それらの事業者に対して、19a条2項所定の行為について、禁止決定等を行うことが可能となる(19a条2項)。このように、19条では、ある市場において支配的な事業者が規制対象となり、19a条では、市場横断的に競争において重要性を有している事業者が規制対象となっており、いずれも市場全体又は特定の市場の枠を超えて支配的、圧倒的な力や地位を有している事業者が規制対象となっている。

次に、以下2において、相対的市場力規制の概要について確認し、以下3において、優越的市場力規制の概要について確認する。

2 相対的市場力規制の概要

相対的市場力は、ある事業者が、一定の商品又は役務の供給者又は需要者として、取引先を第三の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在せず、他の事業者（取引先事業者）の対抗的な力（Gegenmacht）に対して明らかな不均衡があるという態様において、他の事業者（取引先事業者）に従属している場合に生じる⁴⁾（20条1項）。このように、相対的市場力に係る判断は、取引先事業者に対する個別的な従属関係によりなされるが、従属関係は、学説、判例において、①品揃えに基づく従属性、②事業関係に基づく従属性、③品不足に基づく従属性及び④購買力に基づく従属性の類型に分類して整理されている⁵⁾。そして、相対的市場力を有する事業者は、妨害・差別的行為である妨害的濫用（19条1項及び2項1号）を行うことが禁止される（20条1項）。

第10次改正では、多面市場で仲介者として活動する事業者の相対的市場力に関する規定が追加された。すなわち、他の事業者が、調達及び販売市場へのアクセスにおいて、他の仲介サービスに変更する十分かつ合理的な可能性が存在せず、当該仲介事業者の仲介サービスに従属している場合も、当該仲介事業者は、相対的市場力規制の対象となると規定され（20条1項）、相対的市場力規制にも「仲介力」概念が採用された⁶⁾。

さらに、相対的市場力について、第10次改正では、データに基づく従属性もGWBに明記された⁷⁾（20条1a項）。すなわち、相対的市場力に係る従属性は、事業者の自己の活動について、他の事業者によって管理されているデータへのア

4) GWB第10次改正を踏まえた相対的市場力規制に関する研究として、柴田潤子「デジタル経済における相対的な市場力規制の展開」土田和博＝山部俊文＝泉水文雄＝川濱昇＝河谷清文編『現代経済法の課題と理論 金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2022年）413頁以下。

5) Lettl, Kartellrecht, 5. Auflage, 2021, S. 324ff., Emmerich/Lange, Kartellrecht, 15. Auflage, 2021, S. 267ff., 山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における差別・妨害行為の規制について」関英昭＝山部俊文編『市場経済と企業法 久保欣哉先生古稀記念論文集』（中央経済社、2000年）598頁。

6) 第10次改正政府草案理由書（Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 19/23492）, S. 79; Lettl, aa.O. (Fn. 5), S. 324; Emmerich/Lange, aa.O. (Fn. 5), S. 267.

7) 第10次改正政府草案理由書, S. 80.

クセスに依存している場合にも生じ得る(20条1a項)。データに基づく従属性による相対的市場力を有する事業者が、相当な対価の提示があるにもかかわらず、そのようなデータへのアクセスを拒否することは妨害的濫用に該当し得ることになる(20条1a項)。

このように、相対的市場力規制は、市場支配的地位を有するに至っていない事業者に対しても、競争制限的な効果を生じさせ得る相対的市場力を有している事業者の妨害的濫用行為を規制するために、濫用行為の規制対象を拡大・補完するものである⁸⁾。なお、第10次改正前においては、その保護対象は中小規模の事業者であったが、デジタルプラットフォーム事業者に依存している事業者は中小規模の事業者に限られないことから、第10次改正で、その保護対象を中小規模の事業者とする要件が削除された。その一方で、第10次改正では、相対的市場力規制の保護対象に係る新たな要件として、「他の事業者(取引先事業者)の対抗的な力に対して明らかな不均衡」があることが追加されている⁹⁾。

3 優越的市場力規制の概要

優越的市場力規制は、中小規模の競争者に対して優越的市場力を有する事業者が、当該競争者を直接的又は間接的に不当に妨害することを禁止するものである(20条3項)。当該規制は、優越的市場力を有する事業者による攻撃的な価格戦略から中小規模の競争者の競争の機会を保護することを目的に、1980年の第4次改正において導入された¹⁰⁾。

20条3項で規制対象となるのは、中小規模の競争者に対して優越的市場力を有する事業者であり、同規制は、水平的な競争関係における妨害的行為を禁止する。もっとも、優越的市場力の判断については、絶対的な基準が定められているものではなく、商品的、地理的、時間的な観点から画定された対象となる市場について、個別の状況を総合的に勘案して判断される。その判断では、事業規模、資金力、供給範囲、仕入れに係る優位性、市場シェア等が考慮される¹¹⁾。優越

8) Lettl, aa.O. (Fn. 5), S. 324.

9) Herrlinger, Der geänderte § 20 GWB, WuW 2021, S. 327.

10) Lettl, aa.O. (Fn. 5), S. 332f., Emmerich/Lange, aa.O. (Fn. 5), S. 273.

的市場力の判断に当たっては、対象となる市場において、競争者間に力の格差（Machtgefälle）があり、その結果として、大規模事業者において競争によってもはや十分にコントロールされない特別な行動の余地があるといえるか否かが重要となる¹²⁾。また、競争者が中小規模であることについても、中小事業者カルテルの適用除外（3条）と同様に、絶対的な基準が定められているものではなく、機能的な観点から対象となる市場の特性を考慮して決定することになる¹³⁾。

不当な妨害については、不当な妨害を禁止する一般条項を規定（20条3項）した上で、特に不当な妨害に該当する場合として、①食料品を原価で下回る価格で供給する場合（20条3項1号）、②その他の商品又は役務を単に一時的でなく原価を下回る価格で供給する場合（20条3項2号）、③川下市場で競争関係にある中小規模の競争者に対して商品又は役務を供給する際に、川下市場での競争者の供給価格よりも高い価格を要求する場合（20条3項3号）が例示として挙げられている。

①食料品を原価で下回る価格で供給する場合（20条3項1号）及び②その他の商品又は役務を単に一時的でなく原価を下回る価格で供給する場合（20条3項2号）は、原価を下回る販売行為による不当な妨害行為である。①における食料品は、欧州一般食品法¹⁴⁾2条に定義される食料品であり、加工されているか否かにかかわらず人間によって摂取されることを意図した物又は製品が対象となる。食料品については、一時的か否かにかかわらず、原価を下回る供給が禁止される。一方で、②のその他の商品又は役務については、一時的でない原価を下回る供給が禁止されている。

①の食料品に係る規制については、「エネルギー供給及び食料品取引の分野における価格濫用を規制するための法律」¹⁵⁾により、2007年に2012年までを期限

11) Lettl, a.a.O. (Fn. 5), S. 335.

12) Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 5), S. 273.

13) Lettl, a.a.O. (Fn. 5), S. 335f. und 252.

14) Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit.

としてGWBに導入されたが、GWBの第8次改正により、20条3項1号に定められて5年間延長された後、第9次改正で恒久的な規定とされた¹⁶⁾。①及び②における原価は、特段の合意がない限り、優越的市場力を有する事業者が、対象となる商品又は役務の調達に当たって、その供給者との間において合意した価格に、一般的に認められ十分に確実性のある割引等を勧案して算定される(20条3項)。もっとも、原価を下回る供給について、正当な理由がある場合には禁止されるものではない(20条3項)。原価を下回る食品の供給において正当な理由がある場合として、一定の期間内にその商品を販売しなければ腐敗等により販売することができなくなる場合や公益団体にその活動に使用するために食品を提供する場合が該当する(20条3項)。

③川下市場で競争関係にある中小規模の競争者に対して商品又は役務を供給する際に、川下市場での競争者の供給価格よりも高い価格を要求する場合(20条3項3号)とは、「価格費用シェーレ」(Preis-Kosten-Schere)と呼ばれる行為類型であり、マージンスクイズとも呼ばれる。当該規制は、エネルギー供給及び食料品取引の分野における価格濫用を規制するための法律により、2007年に2012年までを期限としてGWBに導入されたが、GWBの第8次改正により、恒久的な規定として20条3項3号に定められた。2011年5月に、連邦カルテル庁は、石油製品分野における市場調査の結果を公表し¹⁷⁾、同分野では当該価格費用シェーレ規制に係る不当な妨害行為が行われる可能性があるとして、法規制の必要性を示しており、第8次改正時の政府草案理由書では、当該規制は、石油製品分野において特に重要な機能を果たすと説明されている¹⁸⁾。一方で、比較的近年

15) Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels.

16) 第9次改正政府草案理由書(Begründung zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 18/10207), S. 107.

17) Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Kraftstoffe – Abschlussbericht, 1.5.2011; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Kraftstoffe – Zusammenfassung, 1.5.2011.

18) 第8次改正政府草案理由書(Begründung zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drucksache 17/9852), S. 24.

の文献では、石油会社及びそのコンツェルンや独立系ガソリン小売業者の価格設定行動を分析した上で、ドイツのガソリン市場においては、当該規制が対象とする行動はとられないとの指摘がある¹⁹⁾。価格費用シェーレ規制についても、正当な理由がある場合には、不当な妨害として規制されるものではない。

さらに、第10次改正では、20条3a項に、多面市場において優越的市場力を有する事業者の不当な妨害行為として、いわゆる市場のティッピング問題に対処するための規定が導入された。

4 小括

以上のとおり、19a条では、市場横断的に重要性を有する事業者が規制対象となり、19条では、特定の市場において市場支配力を有する事業者が規制対象となっている。それに対して、20条では、取引先等の個別的な従属関係において市場力を有する事業者を規制するとともに（相対的市場力規制）、中小規模の競争者に対して市場力を有する事業者を規制対象としている（優越的市場力規制）。すなわち、20条では、市場支配的地位を有するに至らない事業者について、19条を補完して濫用行為を規制している。規制対象について、19a条では、主に巨大プラットフォーム事業者が想定され、GAFAのような巨大デジタルプラットフォーム事業者が対象となり、その数は非常に限られ、また、19条の規制対象は、一つの市場に一つ又は少数の事業者になる。一方、20条は、相対的市場力規制でも、優越的市場力規制でも、一つの市場において複数の事業者が規制対象となり得ると考えられる。20条に係る事件では、民事訴訟（33条）によって、より私的な権利が問題となることもあると指摘される²⁰⁾。また、我が国の研究でも、相対的市場力規制では、主に民事訴訟において、裁判所が一定の役割を果たしてきたとの指摘がなされている²¹⁾。

以下Ⅱにおいては、第10次改正において導入された新たな優越的市場力規制である20条3a項の内容について、事例分析も含め整理したい。

19) Kleineberg/ Wein, Relevanz von Margin-Squeeze-Preissetzung, WuW 2018, S. 385ff.

20) Herrlinger, aa.O. (Fn. 9), S. 326.

21) 柴田・前掲注4) 417頁

II 第10次改正において導入されたティッピング問題に関する 新たな優越的市場力規制 (20条3a項)

1 概要

第10次改正では、多面市場において優越的市場力を有する事業者の不当な妨害行為として、ティッピング問題に対処するための規定が20条3a項に導入された。デジタルエコノミーにおけるティッピング規制の必要性については、連邦経済エネルギー省（現連邦経済・気候保護省）の委託により作成された「市場力を有する事業者に対する濫用行為規制の現代化」報告書²²⁾（以下「濫用行為規制現代化報告書」という）で指摘され²³⁾、GWBに反映されている²⁴⁾。濫用行為規制現代化報告書では、ティッピングとは、複数の供給者が存在する市場において、ある特定の事業者の強固なネットワーク効果によって、市場が独占的又は過度に集中した市場に変化することであるとされており²⁵⁾、GWBも同様の理解によって改正されている²⁶⁾。第10次改正以前から、連邦カルテル庁では、ティッピングに係る競争上の懸念を踏まえた判断が行われている。Facebook事件での連邦カルテル庁の禁止決定では、Facebook社の市場支配的地位の認定に当たって、ソーシャルネットワーク市場が、その市場構造等によって、Facebook社の独占又は寡占となるようなティッピング市場であることを勧告している²⁷⁾。

ティッピングが、事業者の業績競争（Leistungswettbewerb）の結果として生じたものであればGWBにおいて規制されるものではないが、妨害的な戦略により、そして非業績競争的な行動（nicht leistungswettbewerbliches Verhalten）によって引き起こされている場合には、競争法上の問題としてGWBによる介入が必要となる。すなわち、市場でティッピングが生じた場合、市場の環境は不可

22) Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.

23) 濫用行為規制現代化報告書, S. 40.

24) 第10次改正政府草案理由書, S. 82; Ackermann, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, C. H. BECK 2021, S. 100f.

25) 濫用行為規制現代化報告書, S. 40 und 12ff.

26) 第10次改正政府草案理由書, S. 82.

27) Bundeskartellamt, Beschluss, v. 6. 2. 2019 - B6-22/16, Rn. 387.

逆的に競争制限的となる。そのため、事業者が非業績競争的な手段によってティッピングを企てる場合には、競争当局・競争法による迅速な介入が必要になる。従来の市場支配的地位の濫用規制においては、市場支配力を獲得した事業者のみが規制対象となり、ティッピングに係る競争法上の問題に対して介入のタイミングが遅くなる可能性があるため、より早い段階で介入が可能となるよう新たな規制が必要とされた²⁸⁾。

このように、市場支配的地位にない事業者に対しても早期介入が可能とされているが、一方で、規制対象となる事業者は、優越的市場力を有していることが必要であり、当然ながら優越的市場力を有していない段階での規制介入はできない。これは、どのような事業者がティッピングによって独占事業者としての地位を獲得するかは、ティッピングが生じる過程の初期には分からず、規制対象の基準を必要以上に低く設定すると、ティッピングによって独占事業者とならない事業者も規制対象となってしまうためである。そのような事業者は、ネットワーク効果により、すでに一定の市場力を有する事業者に対して、競争圧力となる可能性があり、そのような事業者を規制するとすでに市場力を有する事業者の地位がより強化され、競争の観点から負の効果を生じさせる可能性がある²⁹⁾。

なお、従来の濫用行為規制（19条及び20条）は、特定の市場地位の獲得を規制するものではなく、その地位による濫用行為を規制している。しかし、ティッピングに関する優越的市場力規制（20条3a項）は、デジタルエコノミーの市場の急激な変動性を考慮して、特定の市場地位の獲得を阻止するよう早期に介入することを趣旨とする規制であり、濫用行為規制のパラダイムシフトを生じさせている。このようなパラダイムシフトは、ティッピングによる市場変化の不可逆性から導き出されると指摘される³⁰⁾。

28) 第10次改正政府草案理由書, S. 82; Ackermann, aa.O. (Fn. 24), S. 100f; 濫用行為規制現代化報告書, S. 40.

29) 第10次改正政府草案理由書, S. 82.

30) Herrlinger, aa.O. (Fn. 9), S. 329.

2 20条3a項の規制内容

20条3a項は、多面市場やネットワークにおいて優越的市場力を有する事業者が、競争者がネットワーク効果を独自に獲得することを妨害し、そのことによって業績競争が少なくない程度で (in nicht unerheblichem Maße) 制限される重大な危険性を生じさせる場合にも、優越的市場力規制 (20条3項1文) にいう不当な妨害があると規定している³¹⁾。

20条3a項が適用されるには、規制対象となる事業者が、①多面市場やネットワーク (18条3a項) において優越的市場力を有し、②競争者がネットワーク効果を独自に獲得することを妨害し、③そのことによって業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性を生じさせることが要件となる。これら各要件について以下で内容を確認する。

(1) 多面市場やネットワークにおいて優越的市場力を有する事業者

20条3a項の適用対象となる市場は、ネットワーク効果によってティッピングが生じる傾向にある市場とされることから、多面市場やネットワークに限定される。また、20条3a項は、20条における優越的市場力規制として位置付けられているが、その保護対象については、従来の優越的市場力規制 (20条3項) では中小規模の競争者とされる一方、20条3a項で保護対象となる事業者は中小規模に限られず全ての競争者である。これは、20条3a項の対象となる多面市場やネットワークにおいては、事業者の規模に関係なく、大規模事業者に対しても優越的市場力を有することがあり得るためである³²⁾。

31) 20条3a項は以下のとおり。「18条3a項にいう市場において優越的市場力を有する事業者が、競争者がネットワーク効果を独自に獲得することを妨害し、そのことによって業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性を生じさせる場合にも、3項1文にいう不当な妨害がある。」(Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.)。

32) 第10次改正政府草案理由書, S. 82f.; Cetintas, Gefährlicher („Tipping“-) Gefährdungstatbestand?, WuW 2020, S. 448; Bechtold/Bosch, GWB Kommentar, 10. Auflage, 2021, § 20 Rn. 49b.

(2) 競争者のネットワーク効果の独自の獲得を妨害すること

ティッピングに関する優越的市場力規制（20条3a項）における妨害の概念は、市場支配的地位の濫用（19条2項1号）や相対的市場力（20条1項及び3項）における妨害的濫用に係る妨害と共通するものであり、競争的な活動を行う機会を減殺するあらゆる行為を意味する。もっとも、20条3a項における妨害は、優越的市場力規制の一般条項（20条3項1文）とは異なり、競争者のネットワーク効果の独自の獲得に関する妨害とされている³³⁾。

競争者のネットワーク効果の独自の獲得を妨害する行為には、多様な行為が含まれる可能性があるため、20条3a項では規制対象となる具体的な行為を例示していない。しかし、第10次改正政府草案理由書では、立法時点において想定される行為として、ユーザーが複数のプラットフォームを同時に利用するというマルチホーミングの禁止・妨害や、ユーザーがプラットフォームを乗り換えるというスイッチングを困難にすることが挙げられている。それらの行為について規制が必要であることは、すでに欧州委員会において公表されていた報告書で指摘されており³⁴⁾、GWB第10次改正でも同報告書が参照されている³⁵⁾。同報告書は、次のように述べている³⁶⁾。

「新規参入のプラットフォーム事業者は、通常、既存のプラットフォーム事業者が提供しているサービスの一部のみを提供することが可能であり、ユーザーは、新規プラットフォーム事業者のサービスの質がより良い場合であっても、プラットフォームの切り替えを躊躇する。さらに、ユーザーは、新規のプラットフォームが自身のニーズをどれほど満たすのか分からない。それらの問題を解決するために、ユーザーは新規と既存の両方のプラットフォームを同時に利用するというマルチホーミングを望むことになる。ユーザーによる検索を促進し、新規のプラットフォーム事業者が、自身が得意とする

33) Cetintas, aa.O. (Fn. 32), S. 449; Bechtold/Bosch, aa.O. (Fn. 32), § 19 Rn. 8.

34) Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, 2019, S. 57f.

35) 第10次改正政府草案理由書, S. 83.

36) Crémer/de Montjoye/Schweitzer, aa.O. (Fn. 34), S. 57f.

サービスの提供により、ユーザーを獲得できるようにするためには、マルチホーミングが可能となり、独占的なプラットフォーム事業者がマルチホーミングを妨げることがないよう保証することが重要となる。」

マルチホーミングやスイッチングを妨害する行為にあたるかどうかは、個別事案に応じて判断されることになるが、例えば、ベストプライス条項・最恵待遇条項、割引・リベート、排他的拘束又は抱き合わせ戦略等によって行われることがある³⁷⁾。一方で、20 条 3a 項では、ネットワーク効果の独自の獲得のみが保護対象となることから、相互運用性（インターオペラビリティ）の拒否は規制対象となるものではなく、相互運用性の拒否は市場横断的な重要性を有する事業者に係る規制（19a 条 2 項 4 号）の対象となる³⁸⁾。

(3) 業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性が生じる場合

第 10 次改正政府草案理由書では、業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性の要件が、危険要件（Gefährdungstatbestand）として規定され、競争にとって危険となる特定の行為については具体的な効果の立証を要せずに規制し得るとしている。このような危険要件は、デジタルエコノミーに関連する事件において、競争当局等が迅速に規制し得るようにすることを目的としている³⁹⁾。

第 10 次改正政府草案理由書では、この危険要件は、不正競争防止法⁴⁰⁾（以下「UWG」という）の判例において示された「市場障害」（Marktstörung）の概念と類似の内容を有するとされる⁴¹⁾。すなわち、UWG に関する 20 Minuten Köln 事件⁴²⁾で、連邦通常裁判所は、ある行為⁴³⁾について、「それが一般的な市場妨害又は市場障害（allgemeine Marktbehinderung oder Marktstörung）の効果を生

37) Crémer/de Montjoye/Schweitzer, aa.O. (Fn. 34), S. 57f.; Cetintas, aa.O. (Fn. 32), S. 449.

38) 第 10 次改正政府草案理由書, S. 83.

39) 第 10 次改正政府草案理由書, S. 83.

40) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

41) 第 10 次改正政府草案理由書, S. 83.

42) BGH, Urteil v. 20. 11. 2003, I ZR 151/01, BGHZ 157, 55, 61.

じさせる場合」には、反競争的であると判示する。そして、そのような場合とは、ある行為が、「単独又は競争者の同様の行為との組み合わせによって、事業者の業績に基づく競争を著しく制限する重大な危険を生じさせる場合である」(下線筆者)とされる。

一部学説では、GWBのティッピングに関する優越的市場力規制の危険要件について、UWGの判例に基づいて規定されているとはいえ、UWGにおける判例でも危険要件の内容について十分に解明されているわけではなく、重大な危険性の程度、競争制限の強度及び業績競争概念の具体的な内容がGWBの事例などによって具体化されない限り、法的安定性が保たれないとの指摘がある⁴⁴⁾。もっとも、同学説では、ティッピング規制における早期介入の必要性に鑑みると、危険要件を必要以上に厳しく解すべきではないとしている⁴⁵⁾。一方で、一部実務家からは、競争に対する危険性がどの程度証明されることが必要なか不明確のままであって、危険要件において、非業績競争の手段によってティッピングがもたらされたか否かを判断するのは疑問があると指摘される⁴⁶⁾。その上で、このような要件においては、規制目的以外の行為についても規制がかかり、過剰規制となるリスクがあると指摘する⁴⁷⁾。

このように、危険要件は、競争に対する具体的な影響を立証することなく当局が介入し、迅速な規制を行うことを可能にしている。そして、この要件においては、UWGの判例を斟酌することで法的な予見可能性、透明性を確保しようとした。しかし、学界や実務界から指摘されるように、その具体的な内容は明確でなく、20条3a項の適用に必要な重大な危険性や業績競争が少なくない程度で制限されるといったことの程度や立証については、GWBの事件に係る事例の蓄積を待つ必要がある。

43) 20 Minuten Köln 事件は、新聞出版社が日刊紙(20 Minuten Köln)を無料配布したことが問題とされたが、判決では市場障害の観点から反競争的な行為には当たらないとされている。

44) Ackermann, aa.O. (Fn. 24), S. 113.

45) Ackermann, aa.O. (Fn. 24), S. 113.

46) Cetintas, aa.O. (Fn. 32), S. 450.

47) Cetintas, aa.O. (Fn. 32), S. 450.

さらに、危険要件は、UWG の分野において発展してきた業績競争概念をベースとするものである⁴⁸⁾。GWB においては、第 2 次改正で競争規約の規定（当時の 28 条、現在の 24 条）に「業績適合的競争」(leistungsgerechter Wettbewerb) という業績競争と同義と解され得る文言が用いられたが、20 条 3a 項では、GWB の濫用行為規制において初めて条文上、「業績競争」(Leistungswettbewerb) の文言が用いられた⁴⁹⁾。もっとも、従来から GWB の濫用行為に係る事件の判例では、妨害的濫用の不当性に関する判断において業績競争概念が用いられたケースがある⁵⁰⁾。すなわち、妨害行為が不当であるか否かについては、業績競争の保護と市場参入の開放性に向けられた GWB の目的を考慮した全ての当事者の利益の総合考慮及び比較考慮によるとされている⁵¹⁾。

20 条 3a 項において、業績競争は、禁止される行為と禁止されない行為を区分する規範的な判断基準として機能するものと位置付けられる。すなわち、そこでは、業績競争的な行為と非業績競争的な行為の区分が、競争の自由に向けられた

48) 業績競争概念は、我が国でも研究が積み重ねられている。業績競争概念は、その内容の理解が困難なものと思われるが、次の文献により我が国の主な学説を参考として業績競争のポイントを示すとすれば、業績競争とは、各事業者が企業努力の業績・成果（品質・価格・サービス・広告）を市場に提示し、取引の相手方は、それらの業績・成果を比較した上で選択し、それに見合う報酬を支払うことによって行われる取引における競争といえるのではないかと考えられる。業績競争は、有効な競争において期待される行為であるとの指摘や我が国の独占禁止法における能率競争に近似する概念とも指摘される。舟田正之「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之＝土田和博編著『独占禁止法とフェアコンミ』(日本評論社、2017 年) 9 頁、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(九)」(公正取引 393 号、1983 年) 55 頁、岸井大太郎「ドイツ競争法における「業績競争(Leistungswettbewerb)」理論(二)」(法学志林第 83 巻第 4 号、1986 年) 96 頁以下、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」(一橋大学研究年報 法学研究第 29 巻、1997 年) 30 頁、柴田潤子＝東條吉純「オンラインプラットフォームにおける搾取型濫用行為規制の理論」(CPRC ディスカッションペーパー、2021 年) 16 頁以下。その他に、業績競争に関する詳細な研究として、舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣、2009 年) 185 頁以下を参照。業績競争に関する歴史的展開を踏まえた詳細な研究として、岸井大太郎「ドイツ競争法における「業績競争(Leistungswettbewerb)」理論(一)・(二)」法学志林第 83 巻第 1 号(1985 年) 1 頁以下、法学志林第 83 巻第 4 号(1986 年) 61 頁以下を参照。

49) Cetintas, aa.O. (Fn. 32), S. 451; Herrlinger, aa.O. (Fn. 9), S. 329.

50) 例えば、Grossistenkündigung 事件 (BGH, Urteil v. 24. 10. 2011, KZR 7/10, WuW DE-R 3446 Rn. 37) 参照。その他、Einzelkostenerstattung 事件 (BGH, Urteil v. 12. 03. 1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 233f.) などが挙げられる。

GWBの目的の考慮の下での、個別事案に応じた比較考慮によって行われると考えられる⁵²⁾。もっとも、その具体的な内容は個別事案に応じて判断されるものであって、その判断基準は事例の分析及び蓄積によって明らかにされていく必要がある。

3 事例

2021年4月8日に、ベルリン地方裁判所が、民事訴訟である Immobilien-Plattform 事件の仮処分申立事案の判決 (Urteil) において、ティッピング問題に関する優越的市場力規制 (20条3a項) について判断を行った⁵³⁾。当該判決はベルリン上級地方裁判所 (Kammergericht) に上訴されたが、2022年2月11日に、同裁判所は、当該判決は正当であるとした上で、上訴を棄却した⁵⁴⁾ (ドイツ民事訴訟法522条2項)。

51) また、Facebook事件に係る2019年8月26日のデュッセルドルフ上級地方裁判所の決定 (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.08.2019, Kart 1/19 (V), Rn. 56 = WUW1315696) においても、濫用行為規制の目的を指摘するに当たって、市場支配者が業績競争以外の手段によって既存の競争を減殺すること又は競争の発展を妨害することを阻止することとしている。デュッセルドルフ上級地方裁判所のFacebook社の執行停止の申立てを認めた決定は連邦通常裁判所の決定において覆されている。当該業績競争に係る判示は、搾取的濫用における市場支配的地位と濫用行為の因果関係に関する検討の中で示されたものであり、デュッセルドルフ上級地方裁判所の因果関係に係る判断は必ずしも連邦通常裁判所で支持されたものではない。しかし、濫用行為規制の目的について、業績競争に触れて裁判所の判断を示している点は注目に値するのではないと思われる。

さらに、デュッセルドルフ上級地方裁判所の当該業績競争に係る判示においては、EUの市場支配的地位の濫用に関する Hoffmann-La Roche 事件 (EuGH, Urteil v. 13.02.1979, C-85/76, ECLI: EU: C: 1979: 36, Rn. 91) 及び Astra Zeneca/Kommission 事件 (EuGH, Urteil v. 06.12.2012, C-457/10 P, ECLI: EU: C: 2012: 770, Rn. 74) が参照されている。Hoffmann-La Roche 事件では、濫用行為とは、市場支配的事業者の存在自体によって競争が弱まっている市場の市場構造に影響を与えることができ、そして市場参加者の通常の業績 (Leistung) を基にした正常な商品又は役務の業績競争 (normalen Produkt-oder Dienstleistungswettbewerb) の手段とは異なる方法によって、市場にまだ残存する競争の維持又はその発展を妨害することと判示している。

52) Cetintas, a.a.O. (Fn. 32), S. 450f; 濫用行為規制現代化報告書, S. 63.

53) 仮処分の手続について、ドイツ民事訴訟法では、口頭弁論が行われた場合は終局判決 (Endurteil) により、それ以外の場合は決定 (Beschluss) によって、裁判を行うとされている (ドイツ民事訴訟法936条及び922条1項)。

54) KG Berlin, Beschluss v. 11.02.2022, U4/21 Kart. なお、ベルリン上級地方裁判所の決定も踏まえた検討は今後の課題としたい。

当該事件に係るベルリン地方裁判所の判断は 20 条 3a 項に関する裁判所の初の判断であり、また、当該事件に関連するその後の裁判所の判断においても重要になるものと思われる。そこで、以下では、ベルリン地方裁判所の判断について、(1)において事実の概要を確認するとともに⁵⁵⁾、(2)において判旨について 20 条 3a 項の各要件を中心に概観する⁵⁶⁾。

(1) 事実の概要

本事件における申立人ら (Immowelt 社 及び Immowelt Hamburg 社 [旧 Immonet 社]) 及び被申立人 (Immobilien Scout 社) の両当事者は⁵⁷⁾、不動産の販売又は賃貸を希望する者の不動産情報を掲載する一方、不動産の購入又は賃借を希望する者に対して不動産情報を提供する不動産の仲介サービスのウェブサイトを経営する事業者であり、不動産プラットフォーム事業者 (Immobilienplattformen) である。両当事者が掲載する不動産情報は、多くは販売又は賃貸を事業として行う不動産事業者の情報であり、主にそれらの不動産事業者が不動産プラットフォーム事業者である両当事者に不動産情報を提供する広告主として顧客となる⁵⁸⁾。

両当事者は、広告主から会員費を徴収しており、会員費の額は個別に交渉されている。不動産プラットフォーム事業者と広告主の契約期間は、最低で 1 年間であり、広告主から解約の申し入れがない限り自動的に更新される。一方で、不動産の購入又は賃貸を希望するサイトの検索者であるユーザーは、両当事者のサービスを無料で利用することができる。もっとも、被申立人は、有料サービスも提

55) 「(1) 事実の概要」については、LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471f.; openJur 2021, 22835, Rn. 6ff. を参照。

56) 「(2) 判旨」については、LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472ff.; openJur 2021, 22835, Rn. 42ff. を参照。

57) Immobilien-Plattform 事件以前の 2015 年に、当時の不動産プラットフォーム市場の市場シェア第 2 位の Immowelt 社と第 3 位の Immonet 社の企業結合が連邦カルテル庁において承認され、Immonet 社が Immowelt グループの傘下となっている (Bundeskartellamt, Fallbericht vom 25. Juni 2015: Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen - B6-39/15.)。企業結合の審査時において、不動産プラットフォーム市場は、本件事件の両当事者で市場の 4 分の 3 のシェアを占めていた。

58) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

供している⁵⁹⁾。

一般的に、情報提供者は、一つのプラットフォームで全ての情報を提供するいわゆるシングルホーミングを選択することも、複数のプラットフォームを通じて情報を提供するいわゆるマルチホーミングを選択することも可能である。さらに、複数のプラットフォームに情報を分割させる選択的マルチホーミングとすることもできる⁶⁰⁾。

2020年4月に、被申立人は、広告主に対して、リストオール・割引(List All-Rabatt)及びリストファースト・割引(List First-Rabatt)を導入した。リストオール・割引が適用された場合、通常、会員費が10%割り引かれ、両割引が適用された場合には、会員費が20%割り引かれる⁶¹⁾。

まず、リストオール・割引の適用条件は、次のとおりである。広告主は、自身がオンラインで公表している物件の少なくとも95%を被申立人のウェブサイトに掲載する。この条件に違反があった場合には、当該割引は遡及的に適用されなかったこととなる⁶²⁾。

次に、リストファースト・割引の適用条件は、次のとおりである。広告主は、自身がオンラインで公表している物件の少なくとも95%を、公開の当初7日間においては、被申立人のウェブサイトのみに掲載する(下線筆者)。もっとも、それらの物件について、広告主自身の事業上のウェブサイトやニュースレターに同時に掲載することは認められる。この条件に違反があった場合には、当該割引は遡及的に適用されなかったこととなる⁶³⁾。

申立人らは、2021年2月20日に、被申立人のこれらの割引について、反競争的であるとして差止めを求める訴えを提起した。申立人らは、リストオール・割引について、広告主の会員費の額は所有する物件数に応じて決められるため、同割引は、事実上、広告主を排他的に拘束し、広告主がマルチホーミングや選択的マルチホーミングを検討するインセンティブを失わせると主張した。また、リス

59) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

60) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

61) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

62) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

63) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471.

トファースト・割引についても、事実上、被申立人に有利となるような完全な排他的効果を生じさせるものであり、特に大都市の賃貸物件のように少数の不動産物件に多くの問い合わせがある場合、その効果が生じやすくなると主張した。さらに、申立人らは、これらの割引について、垂直的な独占的協定として、広告主の経済上の取引の自由を著しく害するものであると主張した。そして、このような排他的契約は、間接的なネットワーク効果の独自の獲得を妨害するため、申立人らにおける被申立人の競争者としての自由を制限し、オンライン不動産プラットフォーム市場が被申立人に有利に傾く（市場のティッピング）危険性があると主張した⁶⁴⁾。

(2) 判旨

ベルリン地方裁判所は、2021年4月8日に、被申立人は申立人らに対して優越的市場力を有しているとした上で、リストファースト・割引について20条3a項に違反すると判示した。そして、本判決は、リストファースト・割引については、仮処分の手続において措置を講じる緊急性を有するとして、被申立人がリストファースト・割引に係る契約を今後締結することを禁止した⁶⁵⁾(33条)。なお、本判決では、被申立人が既に締結しているリストファースト・割引についてまで遡及的に禁止されるものではないとしている。一方で、リストオール・割引については、排他性を有するものではなく、広告主は被申立人以外のプラットフォームにも同時に物件情報を掲載することができ、広告主の自由裁量が維持されているとして禁止の対象とはされなかった。

以下では、ベルリン地方裁判所がリストファースト・割引について判示した

64) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 471f.; openJur 2021, 22835, Rn. 13ff.

65) なお、本判決後に被申立人は、リストファースト・割引に係る条件を変更したが、申立人は、それらの条件についてもベルリン地方裁判所に仮処分の申立てを行い、禁止の判断が行われているとされる。(Richter, Westerhoff, First practical experiences with the private enforcement of the German 'tipping paragraph' (sec. 20 (3a) competition Act), 20.05.2022. HAUSFELD abrufbar unter <http://www.hausfeld.com/en-de/what-we-think/competition-bulletin/the-scania-judgement-of-eu-general-court-1/> [zuletzt abgerufen am 26.05.2022]).

20条3a項の各要件の具体的内容について紹介する。

ア 被申立人が優越的市場力を有すること

裁判所は、インターネットにおいて提供される不動産分野の仲介市場を検討対象とし、印刷広告や一般的なオンライン広告は検討対象から除外した。また、地理的範囲はドイツ国内全体とした。その上で、本件仲介市場は、不動産の物件情報を提供するグループと不動産の物件情報を検索するユーザーグループの2つのグループによって成り立っている点に特徴があるが、これらはまとめて一つの市場として取り扱うとした⁶⁶⁾。

裁判所は、本件市場において、被申立人は著しい市場力を有しており、申立人らは中小規模の競争者として位置付けている。裁判所は、「判断に当たっては、単に市場シェア等の数値の隔たりを見るだけではなく、両当事者の属する市場の状況を総合的に考慮する。すなわち、総合考慮において、ある事業者が、競争によって十分なコントロールを受けない特別な行動の自由を有しており、市場支配的事業者がもたらすような悪影響と同様の市場の妨害を引き起こし得ると結論付けられる場合に、優越的市場力があるといえる」と判示している⁶⁷⁾。

裁判所は、具体的には次のとおり市場の状況を見ている。申立人らと被申立人の2020年1月から9月の間における1か月当たりの広告件数を比べた場合、被申立人は申立人らよりも85%以上多い広告件数を有している。また、申立人らと被申立人の2020年1月から9月の間における1か月当たりのユーザーの訪問者数を比べた場合、被申立人は申立人らよりも83%以上多い訪問者数を有している。市場シェア（両当事者及びその他の競争者2社）で見ると、広告件数の市場シェアは、申立人らが21%であり、被申立人が40%である。訪問者数の市場シェアは、申立人らが22%であり、被申立人が41%である。裁判所は、広告件数と訪問者数は、仲介サービスにおいて相互に影響するとする。すなわち、広告件数が多ければ多いほど不動産プラットフォームはユーザーにとって魅力的となり、逆に、ユーザーの数が多いことは、多くの広告主が広告を掲載するようにな

66) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472.

67) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472.

ると期待できるとしている。その上で、裁判所は、申立人らと被申立人の広告件数と訪問者数の隔たりは、被申立人のプラットフォームに特別な魅力があるということを示すものであって、このことは、被申立人のみがユーザーへの有料サービスを提供することができているということにも裏付けられるとしている⁶⁸⁾。

また、本件市場における売上高の市場シェアは、申立人らが29.8%であるのに対して、被申立人は69.5%で第1位である。裁判所は、売上高は事業者の特別な資金力として考慮し得るものであって、売上高が多く資金力がある場合には、例えば、価格政策において、被申立人は申立人らよりも優位性を持ち、広告主及びユーザーをより増加させるような方針をとり得ると考えられるとしている。そして、被申立人が価格設定の自由を有していることについては、本件で問題となっている割引も価格設定の自由を利用しているものといえるとしている⁶⁹⁾。

さらに、裁判所は、被申立人の広告主は1年毎にしか解約することができないため、競争者が契約期間の途中で被申立人の広告主を引き抜くことはできないということも市場の状況に影響を与えているとする。また、少数の物件しか有しておらず、一つのプラットフォームの利用を望む中小規模の広告主は、プラットフォームの切り替えは行わず、市場の状況を硬直化させる傾向にあるとしている⁷⁰⁾。

以上のことから、裁判所は、「被申立人が、優越的市場力を有し、20条の適用対象となることは、十分に優越的蓋然性 (überwiegende Wahrscheinlichkeit)をもって認められる」と判示している⁷¹⁾。

イ 競争者のネットワーク効果の独自の獲得を妨害すること

裁判所は、「リストファースト・割引は、申立人らのネットワーク効果の独自の獲得を妨害するものである」と判示している⁷²⁾。すなわち、裁判所は、「リス

68) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472; openJur 2021, 22835, Rn. 43.

69) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472.

70) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 472f.

71) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

72) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

トファースト・割引は、広告主に対して、所有する物件の少なくとも95%を公開の当初7日間において独占的に被申立人のプラットフォームに掲載しなければならず、他の不動産プラットフォームの利用を禁止している。このことは、この期間において、事実上の独占そのものを生じさせるとともに、独占に伴った市場閉鎖をもたらす」と判示した⁷³⁾。

なお、被申立人は、販売物件及び賃貸物件の両方で、平均的な掲載期間よりも掲載期間が長くなっていると主張した。しかし、裁判所は、掲載期間の長さは、市場の状況に応じた広告主の裁量的な判断によって決められるものであり、プラットフォームの競争状況に関連するものではないとした。また、掲載期間の平均値は、地域差や、販売用か賃貸用かの需要の違いによって異なるが、被申立人は、販売用か賃貸用かの需要の比率を示していないとした。もっとも、裁判所は、リストファースト・割引は事業者の販売用不動産を主な対象としており、被申立人の経済的関心が事業者の販売用不動産にあることが推測されるとしている⁷⁴⁾。

裁判所は、「被申立人が割引の適用と共に7日間の排他的条件を付して利益を得るということは、営利的な判断に適合するものである。被申立人の利益が、主にこの7日間において生じていると考えられ、そうでなければ、このような期間設定は説明できないであろう」とする⁷⁵⁾。そして、裁判所は、「総合的に勘案すると、少なくともリストファースト・割引の主な対象となる不動産事業者の販売物件については、公開から7日間のうちに、広告主にとっては十分な件数の問い合わせが実際に行われていると考えられる。このことは、特に、手ごろな価格で人気の立地にある物件に当てはまることであり、さらに申立人らが主張するように全ての問い合わせの56%がこの期間に行われているということとも整合的である。ベルリンやその周辺地域の住宅市場では、不動産プラットフォームに広告を掲載して最初の7日間が経過した後問い合わせをしても、もはや成功（筆者注：契約の成立）は期待できないということは裁判所において顕著な事実である」としている⁷⁶⁾。

73) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

74) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

75) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

裁判所は、確かに、問い合わせの件数のみでは、実際に契約が成立しているかは分からないということは両当事者で争いがないとする一方、問い合わせが多ければ、広告主にとっては、販売又は賃貸の商談を開始する希望者が少なくとも一人は存在しているという蓋然性が高まることになるとする。その上で、裁判所は、「問い合わせの大部分が、被申立人が排他的に設定した期間内に行われる場合には、申立人らの独自のネットワーク効果の獲得が妨害されることになる」とした⁷⁷⁾。

本件では、当事者のプラットフォームは、不動産情報を提供するグループと不動産情報を検索するユーザーグループのネットワークである。裁判所は、当該ネットワークは、不動産情報が増えれば増えるほど検索者としてのユーザーが増える一方で、プラットフォームのユーザーが増えれば増えるほど情報提供者としての広告主が増え、正のネットワーク効果があり、不動産情報を提供するグループと不動産情報を検索するユーザーグループとの関係において間接的ネットワーク効果があると示した⁷⁸⁾。

そして、裁判所は、「被申立人は、リストファースト・割引によって、申立人らがネットワーク効果を独自に獲得することを妨害している。すなわち、被申立人は、有力な広告主である販売用住宅不動産を提供する事業者を、広告掲載から7日間拘束することによって競争を減殺している。広告掲載後7日間は、少なくとも申立人らにおいてはこの期間内に最も多くの問い合わせが発生する時期であり、不動産の仲介サービスにおいて特に重要な意義を有する。このように、被申立人は、当該割引なくしては可能とならないような方法によって、マルチホーミングを妨害している」と判示している⁷⁹⁾。

しかし、裁判所は、このような事情のみでマルチホーミングの妨害がもたらされているわけではないとする。むしろ、「被申立人の広告主は、物件情報の掲載に当たってこのような独占的な掲載を望むか否かを決定することができず、契約

76) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473; openJur 2021, 22835, Rn. 51.

77) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473.

78) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 473f.

79) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474.

上、広告主のほとんどの物件情報が被申立人に拘束され、その契約期間は最低でも1年間に及ぶということが重要である。このことによって、申立人らは、顧客拡大のための取組みを行ったとしても、1年間は被申立人の広告主を失う。確かに、7日間の経過後はマルチホーミングが可能となるが、広告主がこの期間内に十分に問い合わせを受けている場合には、その物件情報を他のプラットフォームに改めて掲載するようなことは、事務作業などの負担も生じることから、期待できない。その結果、申立人らは、競争的な環境下で実現されるような、新規で特に人気の高い物件を多く集めることができず、申立人らのプラットフォームのユーザーは限られた情報からしか選択することができなくなり、プラットフォームとしての魅力は減少する。このようなことから、申立人らは、正のネットワーク効果をほとんど獲得することができない」としている⁸⁰⁾。

ウ 業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性が生じること

裁判所は、前記イに係る被申立人の妨害によって、業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性が生じると判断した。裁判所は、「当該要件は、危険要件 (Gefährdungstatbestand) であるため、既に制限が生じている必要はなく、その危険性が、事実に基づくものであって、単なる理論上の可能性を超えている場合には、重大であるといえる」と判示した⁸¹⁾。この点に関して申立人らは次のことを立証している。すなわち、被申立人が2020年4月にリストファースト・割引を導入して以降、申立人らには前年の減少数を上回る会員数の減少が生じており、一方で被申立人は広告数を増やすとともに売上げを増大させていることである。裁判所は、確かに、被申立人の売上げの増大はリストファースト・割引以外の要因による可能性も考えられると指摘する。しかし、裁判所は、時系列で動向の変化を見ることも重要であり、両者の広告数を比較すると、被申立人においては、リストファースト・割引を導入した期間の2020年3月から6月にかけて急に広告数が増加している一方、申立人らについては、2020年4月から6月の間において継続的に広告数が減少していると指摘した。そして、裁判所は、

80) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474.

81) LG Berlin, Urteil v. 08. 04. 2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474.

このことは、被申立人がリストファースト・割引によって時限的にマルチホーミングを禁止し、その期間経過後もその広告主がマルチホーミングを採用しない場合に想定される動向と合致するとした。なお、裁判所は、被申立人の広告数の増加傾向がその後継続しなかったのは、新型コロナウイルス感染症の流行や不動産供給の減少などの全体的な市場環境等が影響していると考えられるとしている⁸²⁾。

裁判所は、広告掲載の制限が7日間という短い期間であることは、ティッピングのおそれと相反するものではないとする。裁判所は、「期間としては短い、新たな物件情報の掲載に自動的に適用されるものであり、契約期間の全期間に渡って繰り返される。そして、通常は、この独占的な7日間において、重要な問い合わせが行われている」と指摘する⁸³⁾。そして、申立人らにとっては、自身のプラットフォームの広告が他のプラットフォームで既に公開されている情報ばかりになると、ユーザーにとっての魅力が失われることになり、ユーザー数が減少するとプラットフォームの広告主である会員数にも影響を与えかねないとしている。このように、7日間という期間は、結果的に重大な排除効果を生じさせる可能性がある⁸⁴⁾とされている。

Ⅲ 検討

GWB 第 10 次改正において、デジタルエコノミーに対応した濫用行為規制の整備が行われた。20 条 3a 項は、19a 条に比べて、比較的規模の小さい事業者も対象とすることができ、事業者にとってはより適用される可能性の高い規制といえる。そのため、本稿で取り上げた Immobilien-Plattform 事件のように、民事訴訟でも多く適用されることが想定され、事業者の経済活動により身近な規制となる。

82) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474; openJur 2021, 22835, Rn. 56.

83) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474.

84) LG Berlin, Urteil v. 08.04.2021, 16 O 73/21 Kart, WUW1373515, S. 474.

Immobilien-Plattform 事件について見ると、本件事件以前の2015年に、連邦カルテル庁は、本件事件の申立人に相当する Immowelt 社と Immonet 社の企業結合を承認している⁸⁵⁾。企業結合の審査時において、本件事件の両当事者で不動産プラットフォーム市場の4分の3のシェアを占めていた。企業結合後も、Immobilien Scout 社（本件事件の被申立人）が当該市場の圧倒的な有力者であることには変わりなく、連邦カルテル庁は、企業結合によって、不動産プラットフォームでの企業結合の当事会社（本件事件の申立人ら）の重要性が高まり、マルチホーミングが促進されることや企業結合の当事会社（本件事件の申立人ら）のシングルホーミングが強化されることを期待していた。連邦カルテル庁は企業結合によって市場のティッピングに歯止めがかかり競争促進効果が期待されると承認に当たって指摘していた⁸⁶⁾。Immobilien-Plattform 事件では、企業結合によって連邦カルテル庁が期待した効果が、被申立人の妨害行為によって、阻害されていたといえる。

20条3a項では、規制対象となる事業者が優越的市場力を有すること、競争者のネットワーク効果の独自の獲得を妨害すること及び業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性が生じることの3つの要件が定められている。

まず、優越的市場力であるが、Immobilien-Plattform 事件では、市場シェアのほか、広告数やユーザーの訪問者数やその他の市場の状況を総合的に勘案して判断されている。20条3a項は、従来の優越的市場力規制（20条3項）とは異なり、中小規模の競争者に対する優越的市場力に限られないが、Immobilien-Plattform 事件では、申立人らが中小規模の競争者であることも認定されている。

また、競争者によるネットワーク効果の独自の獲得を妨害することについて、Immobilien-Plattform 事件では、被申立人が広告主に対してマルチホーミングを妨害していることが認定されており、その手段として割引が用いられている。前記Ⅱ2(2)で説明したとおり、マルチホーミングに係る妨害行為の手段として割引

85) Bundeskartellamt, Fallbericht vom 25. Juni 2015: Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen - B6-39/15.

86) Bundeskartellamt, Fallbericht vom 25. Juni 2015: Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen - B6-39/15, S. 3ff.

が挙げられており、Immobilien-Plattform 事件は、20 条 3a 項の典型的な妨害行為の事件と位置付けられる。なお、同事件では、割引によって広告主のほとんどの物件情報が被申立人に拘束され、契約期間が1年間に及ぶことがマルチホームिंगの妨害として重要な点であると指摘されている。

さらに、業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性が生じることについて、Immobilien-Plattform 事件では、割引の適用と合わせて排除効果のある7日間の独占的期間を設定していることが重視されている。前記Ⅱ2(3)で説明したとおり、危険要件については、重大な危険性の程度、競争制限の強度及び業績競争概念の具体的な内容について事例などによって具体化されない限り、法的安定性が保たれないと指摘されている。Immobilien-Plattform 事件では、割引の導入時期における申立人ら及び被申立人の会員数、広告数及び売上げの比較などが行われている。すなわち、同事件では、割引の導入時期に合わせて、申立人らの会員数や広告数が減り、反対に被申立人の会員数や広告数が増えていること、さらに不動産プラットフォームにおいて7日間の独占的期間は排除効果が大きいことが考慮されている。もっとも、同判決は、仮処分の手続(Eilverfahren)の中で判断されたものであり、また、業績競争の具体的内容を判示しているものではない。そのため、業績競争が少なくない程度で制限される重大な危険性に係る要件の内容については、今後の事例の蓄積が待たれる。

最後に、我が国の独占禁止法への示唆を若干考察しておきたい。Immobilien-Plattform 事件における割引は排他的リベートの性質を有していると考えられるため、以下ではリベートによる排除行為を前提に検討する。独占禁止法においても、リベートによる排除行為は、私的独占(独占禁止法3条)や不公正な取引方法(独占禁止法19条)により規制され得る⁸⁷⁾。リベートの供与による排他的取引によって、他に代わり得る取引先を容易に見い出すことができない競争者の事業活動を困難にさせる場合、そのような取引は、私的独占の排除行為に該当し(排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針⁸⁸⁾第2の3(3))、さらに、競争を実質的に制限する場合には私的独占(独占禁止法2条5項)に該当する。また、市

87) リベートによる競争者排除行為に関する詳細な研究及び独占禁止法上の検討として、早川雄一郎『競争者排除型行為規制の目的と構造』(商事法務、2018年)264頁以下参照。

場における有力な事業者が、リベートの供与によって、取引先事業者の事業活動について制限し、市場閉鎖効果が生じる場合、当該行為は、不公正な取引方法（一般指定11項（排他条件付取引）又は12項（拘束条件付取引））に該当する⁸⁹⁾（流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針⁹⁰⁾第1部第3）。

独占禁止法においても、Immobilien-Plattform事件のような排他的取引については、私的独占又は不公正な取引方法の規制に係る要件を満たす可能性が十分に見込まれる。一方で、GWBのティッピングに関する優越的市場力規制（20条3a項）は、早期介入の必要性により規定されたものである。GWBにおける早期介入が、独占禁止法における私的独占の対市場効果要件となる競争の実質的制限が生じる前の段階で行われるものとするれば、独占禁止法では、不公正な取引方法の対市場効果要件である公正な競争を阻害する「おそれ」（公正競争阻害性）（独占禁止法2条9項6号）があることをもって規制をすることが必要であろう。公正競争阻害性は、具体的に競争阻害の効果の発生やその高度な蓋然性があることが要件となっておらず、危険性があれば足りると解されており⁹¹⁾、土佐あき農業協同組合事件の東京高裁判決⁹²⁾では、「一般指定12項の『不当に』とは公正競争阻害性を表現するものであり、独禁法は、競争の実質的制限を生じさせる可能性が高い行為や、公正な競争秩序確保の観点から見て不適当な行為は、競争阻害の程度がさほど高くない段階であってもこれを禁止することになっているのであって、独禁法2条9項6号も公正な競争を阻害する『おそれがある』ものと規定しているように、不公正な取引方法の規制をするための要件としては、具体的に競争を阻害する効果が発生していることや、その高度の蓋然性があることまでは

88) 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成21年10月28日、最終改正：令和2年12月25日）。

89) また、取引先事業者が競争品を取り扱っているかどうか等によってリベートを差別的に供与する行為それ自体も、取引先事業者に対する違法な制限と同様の機能を持つ場合には、不公正な取引方法（一般指定4項（取引条件等の差別取扱い））に該当する（流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針第1部第3）。

90) 公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年7月11日、最終改正：平成29年6月16日）。

91) 金井貴嗣ほか編著『独占禁止法〔第6版〕』（弘文堂、2018年）267頁（川濱昇執筆）。

92) 東京高判令和元年11月27日公正取引委員会審決集66巻476頁。

要件になっておらず、公正競争の確保を妨げる一般的抽象的な危険性があることで足りると解される。」と判示されている。

このように、20 条 3a 項で規制対象とする行為や適時の規制介入については、現行の独占禁止法における不公正な取引方法でも、基本的には GWB と比べても遜色なく対応できるのではないと思われる⁹³⁾。そのため、我が国では、不公正な取引方法の規制を積極的に適用することによって、20 条 3a 項が規制対象とするティッピングに係る競争法上の問題に対処していくことが期待される。

もっとも、マイクロソフト非係争条項事件の審判審決⁹⁴⁾では、公正な競争を阻害する「おそれ」の程度について、「当該行為の競争に及ぼす量的又は質的な影響を個別に判断して、公正な競争を阻害するおそれの有無が判断されることが必要である」とされており、学説では、不公正な取引方法において自由競争減殺が問題となる場合には、当該行為の一般的傾向だけで判断することが困難な場合が少なくなく、具体的な市場状況の下で、当該行為がどのような影響を持ちうるかを明らかにして初めて公正競争阻害性の有無が判断できると考えると指摘されている⁹⁵⁾。20 条 3a 項の適用にあたり、いかなる分野で、いかなる行為に対して、いかなる競争上の効果に着目して、いかなるタイミングで規制が行われているかを見ることは、不公正な取引方法に係る規制の法執行・適用の際の参考になると考えられる。Immobilien-Plattform 事件は割引による典型的な排他的取引とみることができるが、そのような行為以外で特に新規性のあるものに関して 20 条 3a 項の妨害行為として規制が行われるならば、当該行為の具体的内容やその立証方法は、独占禁止法の適用においても参照すべきものとなるであろう⁹⁶⁾。

93) なお、リベートの供与によってティッピングが引き起こされる場合に、不公正な取引法の適用における公正競争阻害性の検討に当たって、競争手段の不公正さの観点をいかに位置付けることができるかについては検討課題として挙げられる。参照、早川・前掲 87) 286 頁以下。

94) 公取委審判審決平成 20 年 9 月 16 日公正取引委員会審決集 55 巻 380 頁。

95) 金井ほか・前掲注 91) 267 頁 (川濱)、金井貴嗣「不公正な取引方法をめぐる諸問題」(日本経済法学会年報 30 号、2009 年) 10 頁以下。

96) 新規性のある行為について、排他条件付取引 (一般指定 11 項) や拘束条件付取引 (一般指定 12 項) の行為要件に該当しない場合には、取引妨害 (一般指定 14 項) の適用も考えられる。

デジタルエコノミーにおける競争制限的行為は必ずしも GAFA のような巨大プラットフォーム事業者のみによって行われているものではなく、GAFA より小規模の事業者であっても競争法上の問題を発生させる可能性がある。我が国でも、必ずしも巨大とはいえないプラットフォーム事業者に対しても公正取引委員会による独占禁止法違反被疑事件の処理が行われている⁹⁷⁾。デジタルエコノミーにおける競争上の問題については、デジタルプラットフォームが経済活動の基盤となっている以上、その規模の大小にかかわらず、競争法の適用対象として検討し、公正かつ自由な競争を確保していくことが重要である。

おわりに

本稿では、GWB 第 10 次改正で導入されたティッピング問題に対処するための優越的市場力規制（20 条 3a 項）の検討を行った。GWB 第 10 次改正におけるデジタルエコノミーに係る濫用行為規制の全体像を把握するためには 19a 条のみならず、20 条に関する検討・整理も必要と考えたためである。もっとも、同改正の全体像を正確に理解するためには、19a 条に規定する濫用行為規制や 18 条 3b 項に規定する仲介力概念の検討が不可欠である。我が国の有力な学説では、デジタル経済における一定の地位に基づき一定の行為を禁止するという枠組みの規制が、競争法上の相対的な地位の濫用規制の原理と密接に関連しており、取引相手方の従属性・依存性から根拠付けられると指摘されており、注目される⁹⁸⁾。本稿を足がかりとしつつ、20 条 3a 項も含め、18 条（市場支配的地位）、19 条（市場支配的地位の濫用規制）、19a 条（競争において卓越した市場横断的な重要性を有する事業者に係る規制）及び 20 条（相対的又は優越的市場力規制）の体系的な検討については今後の課題としたい。

97) 例えば、みんなのペットオンライン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理（平成 30 年 5 月 23 日）や株式会社ユニクエストに対する独占禁止法違反被疑事件の処理（令和 3 年 12 月 2 日）がある。これらは、排他条件付取引（一般指定 11 項）に関連した事件である。なお、これらの事件では、当事会社の改善措置により審査を終了しており、公正取引委員会が命令等の法的措置を講じたものではない。

98) 柴田・前掲注 4) 428 頁。