

《公平交易季刊》

第 29 卷第 2 期 (110/4), 頁 63-108

◎公平交易委員會

大數據發展下之 資料驅動事業結合與競爭法制政策

邱映曦*

摘要

事業要於數位經濟市場取得競爭優勢，能否掌握競爭所需要的「資料」為其關鍵。近年國際執法，著重在大型數位事業（如：GAFAM）於資料驅動市場取得競爭優勢之各項作為。尤其對於資料驅動事業多角化結合議題，包括歐盟之執法個案，及美國 2020 年對科技巨擘「殺手級併購」的關注，皆呈現出資料驅動事業結合於競爭執法之重要性。本文先將大數據價值鏈帶動的事業，以「資料」對於事業而言，屬於產品或服務（product），或作為產品或服務發展之資源（input）加以區隔。並以產業之資料應用，以及個案所涉資料特性，探討資料與市場力之關聯。從而進入資料驅動產業結合之探討，將相關結合案之執法歸納為 6 個重點，包括結合事業間資料蒐集與應用狀態與關聯、資料特性於結合審查之影響、結合事業整併之意圖與限制、結合對資料市場變動之影響、早期併購、以及資料驅動事業跨市場影響評估等議題。最後觀察國內外法制政策趨勢與發展現況，提出因應建議。認為國內資料驅動市場仍在發展中，法制政策應採漸進方式規劃。例如先透過指引，將「資料」納入市場力之判斷，累積個案以研議新興結合申報門檻，再透過建立結合審查要項，以及強化配套執法措施與資源，逐步建構適合大數據與數位經濟發展之競爭執法環境。

關鍵詞：大數據、資料驅動結合、殺手級併購、資料壟斷、競爭政策

投稿日期：110 年 1 月 21 日

審查通過日期：110 年 4 月 7 日

* 邱映曦為國立政治大學法學博士，現任資訊工業策進會科技法律研究所資深研究協理，銘傳大學財金法律系暨中原大學財經法律系兼任助理教授。本文改寫自公平交易委員會 109 年委託研究計畫報告「大數據發展下之資訊壟斷與競爭政策」（PG10903-0341）之部分章節。感謝世新大學戴豪君副教授、資策會科技法律研究所李姿瑩專案經理、阮韻蓀研究員、江啟菲研究員與劉徑綸研究員對本研究計畫之參與。

一、前言

數位科技及資訊基礎建設的快速發展與精進，運用數位科技的商業模式亦不斷求新求變，帶動數位經濟的整體發展。而在數位經濟的市場環境，事業是否能夠持續進行有效的商業模式創新，維持在動態競爭環境下之市場競爭力，能否掌握市場競爭所需要，足以協助事業創造市場競爭價值的「資料」，以及事業有無能力對於「資料」進行有效率的分析與應用，有其關鍵的影響。因此資料驅動之市場競爭，成為近年來國際競爭法制政策極為重視的議題。尤其針對大型數位資訊服務提供者，或國際數位科技巨擘（例如 Google、Apple、Facebook、Amazon 等，常簡稱為 GAFAM，近期部份執法調查亦會加入 Microsoft，合稱為 GAFAM）如何運用其對於市場競爭資料之取得優勢，運用大數據、演算法或相關反競爭行為之操作，鞏固其市場地位，更為近年國際競爭法執法機關與相關競爭法制政策關注的核心。

晚近備受關注的發展，為大型數位事業之殺手級併購（killer acquisition）議題，尤其美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）於 2020 年 2 月份對美國五大科技公司 GAFAM 發出特別命令，要求上述事業必須提出自 2010 年 1 月到 2019 年 11 月曾經進行但未經通報結合審查之結合案，以進行潛在反競爭行為之調查¹。並於 2020 年 12 月對 Facebook 提起訴訟，主張該公司係透過多年的反競爭行為，以維持其於個人社群網路的壟斷地位。其中即包括針對潛在競爭者、快速崛起之新創公司的併購行為，如 2012 年對具發展性之潛在競爭對手 Instagram 之併購，以及 2014 年對於 WhatsApp 的併購等，最終導致消費者對於個人社群網站之選擇機會明顯減少，並藉此降低潛在之競爭壓力²。對此，FTC 並向聯邦法院提出永久禁制令（permanent injunction）的請求，期望能夠對 Facebook 進行資產分割（divestitures of assets），分割標的包括 Instagram 及 WhatsApp。足見數位科技巨擘對潛在競爭者之早期併購問題，於國際競爭執法上的重要性³。

¹ Federal Trade Commission, “FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies,” <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>, last visited on date: 2020/11/11.

² Federal Trade Commission, “FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization,” <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>, last visited on date: 2020/12/23.

³ *Id.*

國際間對於資料驅動市場環境之競爭議題，近年來透過個案處分與政策文獻的陸續產出，對於資料市場的樣貌與競爭的特性，已逐步累積相當的討論，尤其在結合案的審理上，已有相當個案處理經驗的累積，並逐步擴張至不同面向之結合議題探討，部分國家甚至已嘗試投入法制配套的調整。然而，就相關法制政策應有的方向，以及個案處理應採用的原則、邏輯與態度，國際執法實務與學說上尚未形成共識。且資料驅動之競爭，與全球數位經濟競爭有密切關聯，相關執法見解，亦可能與各國整體數位政策之考量，或所屬產業於全球競爭市場上之特性與定位相連結，故對於法制調整或執法方向皆有相當的歧異。我們可以說對於大數據發展帶動的資料驅動市場競爭，在競爭政策上應該採取的態度或作法，仍屬於動態發展的議題。但從國際競爭法主管機關、產業界與學術界對於此議題的關注，加上國內政策環境亦進入重視資料經濟發展的階段，實有必要對於大數據引發之資料相關競爭政策議題加以探討，作為因應往後數位市場環境變化的準備。

事業強化資料運用以提升市場力於大數據蓬勃發展之前即已存在，於晚近受到重視之原因，基本上與大數據本身之特質與商業應用的特性、高速網路、行動載具與資通訊技術大幅躍進，以及目前國際資料驅動市場累積下來之發展狀態有關。故本文會先以「大數據」與「資料」作為切入點，先從大數據的定義及發展開端，探討資料驅動的商業模式。從而探討「資料」與市場競爭之關聯，如何運用大數據分析形成市場力。再以國際個案執法分析重點為基礎，針對大數據發展下資料驅動相關之結合議題進行探討。最終參酌國際相關政策、法制與執法的發展，以及國內產業現況，提出對於主管機關未來競爭法政策層面可參考之建議。

二、資料與市場競爭之關聯

關於「大數據」之定義，並無統一說法。Doug Laney 在 2001 年提出大數據為具備「3V」特色之資訊資產，即「數量」(volume)、「速度」(velocity)與「多樣化」(variety)，為目前較共通接受的定義⁴。2010 年 IBM 提出大數據除具有數量(volume)、速度(velocity)、多樣化(variety)，亦具有真實性(veracity)的特

⁴ Doug Laney, "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety," *Application Delivery Strategies*, META Group Inc. (2001).

性⁵，真實性指的是資料有一定程度的完整與正確性，而足以讓企業信賴而用以作為決策的依據⁶。Maurice E. Stucke 和 Allen P. Grunes 於 2011 年對於大數據更進一步提出大數據的「價值」(value)的特性⁷，認為大數據除了 3V 的特性之外，必須要透過大數據分析進行價值的轉換，才能實際發揮最大的綜效。2013 年 OECD 報告中，雖對於大數據無具體定義，但亦指出其應具備「數量」(volume)、「速度」(velocity)、「多樣化」(variety)與「價值」(value)的特性⁸。以本文主要核心在探究大數據發展與市場競爭關聯性切入，則此處相關之大數據特性應包括數量 (volume)、速度 (velocity)、多樣化 (variety)、真實性 (veracity) 與「價值」(value) 等 5V。也就是說，資料驅動產業之特性，扣合大數據運用，相關策略重點多與上述 5 個大數據特性息息相關，包括透過資料量與規模構築市場參進的門檻；強化取得資料之速度（含即時性）、多樣性與真實性，協助事業快速改善產品或服務品質，或進一步形成創新商業模式之能量；進而透過資料價值的創造，實際營造市場競爭優勢。

（一）資料驅動之商業模式

將大量資料 (Data) 轉變為有用的資訊 (Information)，再轉變為對事業競爭有價值的情報 (Intelligence)，需經過一定的過程，此一過程可以稱之為大數據價值鏈。學者對於大數據價值鏈的描述，為「大數據系統中的資訊流，作為從資料中產生價值和有用見解所需的一系列步驟」⁹，基本上分為「資料蒐集」、「資料處理」、「資料分析」、「資料應用」四大階段。國內實務上亦有將此四大階段進行切分，進行專業服務或產品之開發，形成以資料相關服務為核心之事業形態，或有充分利用資

⁵ IBM, "The Four V's of Big Data," <https://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>, last visited on date: 2021/1/10.

⁶ Villanova University, "What is Big Data?" <https://www.villanovau.com/resources/bi/what-is-big-data/>, last visited on date: 2021/1/18.

⁷ Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press, 16 (2016).

⁸ OECD, "Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by 'Big Data'," *222 OECD Digital Economy Papers*, 11 (2013).

⁹ Jose Maria Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster, *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, 1st ed., Springer, 30-31 (2016).

料做為產品或服務提升資源之事業形態等。以下簡單就大數據價值鏈，以及資料驅動產業兩大類型進行整理。

1.大數據價值鏈

(1)資料蒐集

即是與事業如何取得資料相關的方法或途徑，包括資料的來源、蒐集方法、管道、蒐集資料的類型、蒐集之效率等皆屬於資料蒐集的一環。若就資料取得之來源觀之，可以分為第一手資料蒐集與第三方資料蒐集。第一手資料的取得，又可區隔為透過相關技術設備之應用或偵測直接產製或取得資料，或自使用者端直接獲取資料（包括使用者主動提供或被動由機械、設備或技術取得使用者行為資料等）¹⁰。第三方來源資料之獲取，則是自當事人以外之第三方途徑取得資料，例如運用科技工具（如爬蟲技術）取得第三方網站資料，或透過各類資料來源（如政府開放資料、各類資料庫、企業各部門資料等）獲取他人保有之資料等¹¹。

(2)資料處理

即針對蒐集的資料，所進行資料清理、資料整合、資料標籤、資料轉換、資料整合等過程，又可稱為資料的預處理（data preprocessing）。通常指資料科學家以手動或自動方式，將原始資料轉換為機器可讀的形式，作為後續資料分析的前置作業。或是對於蒐集來源不同的資料進行整理、組織與分類，最後再進行如資料結構化與檔案格式統一等資料之再加工，包括後續資料平臺之規劃、建置與營運，皆涵蓋於資料處理之範疇¹²。此外，部分學者認為資料儲存（Data Storage），包括透過雲端儲存，或是運用相關技術進行關聯性或非關聯性（NoSQL）資料蒐集與儲存，亦屬於資料處理之範疇¹³。

¹⁰ 童啟晟，「台灣發展巨量資料產業之機會與挑戰」，證券櫃檯，第 174 期，45-47（2014）。

¹¹ 趙祖佑、周駿呈、涂家璋，物聯網應用發展趨勢與商機：資料經濟篇，初版，財團法人工業技術研究院產業經濟與趨勢研究中心，80-81（2015）。

¹² 同上註。

¹³ Jose Maria Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster, *supra note 9*, 32.

(3)資料分析

指完成資料蒐集、處理後，進行資料整合，並依據各類工具進行資料分析之過程。有論者將此一過程稱為探索資料，並將所設資料概念化及系統化，以建構出一套預測模型¹⁴。其主要功能在於發掘可用的描述性或預測性之知識、發現新的想法或對於現存之觀念或想法的確認¹⁵，通常涉及運用不同演算法自所得資料當中萃取出不同的資料模型¹⁶。提供此類服務之事業，並會將建構之資料模型，進一步分析的結果與觀點，提供給其他事業或組織，亦即將資料分析作為產品或服務的基本內涵。

(4)資料應用

指依使用者需求，進行資料加值應用服務開發。有稱為資料使用 (Data Usage)，用以形塑與強化企業在決策擬定、趨勢預測之能力¹⁷。有論者將之稱為資料的「商業化過程」¹⁸，指將資料分析的結果作為事業決策之情報與判斷依據，運用分析之資料模型，調整其商品或服務以提供最適合消費者的產品。

2.資料驅動產業基本型態

大數據價值鏈帶動了現今資料驅動產業之快速發展，產生多樣化產業型態與商業模式。若由不同類型之事業如何利用大數據開發產品或服務，或提升市場競爭力的內涵觀之，大致可將資料驅動產業區分為兩大類型：其一、以「資料」本身及其密切關連之周邊服務（如資料處理、分析等）為產品或服務的事業，以及其二、運用「資料」作為其他產品或服務發展或提升資源的事業。

(1)以「資料」或其密切關連之周邊服務為產品之事業形態

即以大數據價值鏈各項內涵為產品或服務核心的事業形態，可能是單一類型之產品或服務，或總和兩項以上功能之產品或服務。此類事業主要的客群，欠缺獨立進行大數據價值鏈之單一或全部過程之事業，或必須搭配或透過外部資料服務，方

¹⁴ 童啟晟，前揭註 10。

¹⁵ Soraya Sedkaoui & Mounia Khelfaoui, *Sharing Economy and Big Data Analytics*, 1st ed., Wiley-ISTE, 6.3, 88-90 (2020).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Jose Maria Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster, *supra note 9*, 33.

¹⁸ 童啟晟，前揭註 10。

能運用大數據於資料競爭市場環境獲取相關競爭利益的事業。國內此類產業刻正發展中，對應大數據價值鏈各項步驟或程序，可以歸納為四大類：「資料蒐集服務業者」：如各類資料庫，包括對於社群輿情分析之資料庫等；「資料處理服務業者」：提供對於大數據資料之預處理以利後續整合與分析之事業，例如提供 AI 資料預處理之智慧標籤平臺、標籤工具等；「資料分析服務業者」：運用資料科學、機器學習或其他專業技術與服務，提供特定產業透過資料分析，了解大數據背後隱含之商機，作出精準決策，例如，提供網路社群口碑分析等服務等¹⁹。

(2)運用「資料」作為其他產品或服務發展或提升資源之事業形態

此處指本身具備獨立進行大數據價值鏈各項步驟之能力，或得以透過與第三事業之合作，完成運用大數據進行資料價值應用，精進產品或服務品質，或進行創新產品或商業模式開發，以提升或鞏固市場競爭力之事業。近期國際執法關注之資料驅動之壟斷議題的相關事業，包括 Google、Amazon、Facebook、Microsoft 等，皆屬此類。而不同事業運用大數據之方法或目的亦十分多元，舉例來說，有透過機器學習持續提升演算法之精確度者，如 Google Search 透過累積使用者之關鍵字搜尋與對搜尋結果之點選情形，透過機器學習不斷提升演算法之精確度。或運用服務資料開發演算法，再透過在地化資料反饋提升服務效能者，如 foodpanda 以自全球服務獲得之配送資料回傳德國開發配送演算法，並於各地配置資料科學家，進行在地資料之探索優化，以透過演算機制的強化，使外送員能在最短時間取得餐點進行配送等²⁰。

將資料驅動之事業，區分為以「資料」及與其密切關連之周邊服務為產品（product）之事業，或以「資料」作為其他產品或服務發展或提升之資源（input）的事業，於競爭法之執法上有其實益。有助於主管機關於面對資料驅動產業之相關個案時，進行市場初步的區隔與事業特性的掌握，再切入個別事業所處市場之分析。例如，若個案所涉事業形態為以「資料」及與其密切關連之周邊服務為產品之事業類型，則由於所涉「資料」本身即為產品或產品的核心，故於產品市場界定上可以

¹⁹ Babak Bashari Rad & Pouya Ataei, "The Big Data Ecosystem and Its Environs," *17(3) International Journal of Computer Science and Network Security*, 39 (2017); 黃仕宗, 美日歐數據共享政策分析, 資策會產業情報研究所 (2019)。

²⁰ Chris, 「外送預測率高達 95%, foodpanda 怎從工人智慧走到人工智慧?」, INSIDE 硬塞的網路趨勢觀察 (2019/3/28), <https://www.inside.com.tw/article/15953-foodpanda-AI>, 最後瀏覽日期: 2020/10/1。

將所涉資料，或大數據關聯產品或服務，獨立進行產品市場界定，相較於以資料作為其他產品或服務提升資源之事業形態，更為單純。而若是以「資料」作為其他產品或服務發展或提升之資源（input）的事業，則由於所涉「資料」運用的層面較廣，且可能出現跨市場之資料蒐集、利用等相關影響，故於市場界定及市場力之評估上相對複雜。學說實務上對此類事業，如何進行更有效精確之市場界定，以及是否需要將此類作為發展資源之「資料」，獨立進行市場界定以精確掌握資料驅動市場的關聯性，皆有不同的看法。本文基於篇幅限制，暫不納入關於資料驅動市場之市場界定探討。然國際法制趨勢層面，尤其德國 2021 年 1 月通過之限制競爭防止法第 10 次修正當中，對於資料之跨市場影響即已施以關注，足見其重要性。

（二）資料與市場力形成之關聯與角色

於大數據發展下之資料驅動相關市場，產業之市場力形成或強化，如何與「資料」產生鏈結，以及「資料」於市場競爭可能扮演的角色，大致可以從兩個層面切入來看，其一、產業對資料之應用層面，包括其目的或功能；其二、則為個案所涉資料的特性。

1. 產業對資料之應用

對於「資料」如何與產業之市場力形成關聯，2017 年荷蘭經濟部委託歐洲研究組之 Ecorys 公布之報告²¹，有較為完整的綜整，歸類為 5 大項：排他性（exclusivity）、學習效應（learning effects）、網路交互效應（interaction on a network）、互補性資產（complementary assets）以及競爭商業模式（competing business models）²²。可以作為探討「資料」與市場力形成或強化之關聯性的討論基礎。

（1）排他性（exclusivity）²³

此處要判斷的是所涉競爭資料係僅能由單一事業所取得，或亦可由其他事業取得²⁴。於資料驅動市場常見之情形，為事業因具備特別的地位或運用排他行為，得以

²¹ Harry van Til, Nicolai van Gorp & Katelyn Price, *Big Data and Competition*, ECORYS Research Group, 11-12 (2017).

²² *Id.*

²³ *Id.* at 12.

排除其他競爭事業或潛在競爭事業取得或利用競爭所需資料。例如透過技術、契約或因為法律的限制，導致與競爭相關的資料無法由其他競爭者或潛在競爭者所取得，或使之無法取得足以產生有效競爭之資料規模，或取得資料需要支付過大的成本等。競爭或潛在競爭事業因無法獲取能夠與現存市場參與者（含現存具備市場控制地位之事業）對等，或是足資競爭之資料規模，使得該事業無法透過必要之競爭資料強化或增進其市場力，長期下來將使得相關事業市場力的差距日益擴大，無法形成有效之市場競爭而導致大者恆大的局面。

(2)學習效應 (learning effects) ²⁵

指事業使用該資料可以改善或提升商品或服務時，所涉資料即是得以形成或促進學習效應的資料。例如運用機器學習 (Machine Learning) 進行產品或服務之改善或精進的事業，所涉產品或服務能夠吸引的使用者愈多，其從使用行為所能獲得的資料反饋也愈多。事業透過對大量反饋資料的分析，能夠就其產品或服務加以強化改善，提出更貼近多數使用者需求的產品，形成產品提升的滾動循環。倘若所涉資料可以促成此一循環的發生，則可被認定為係得以促進學習效應的資料，該資料則可助益事業獲得或提升市場力。

(3)網路交互效應 (interaction on a network) ²⁶

指事業所擁有之資料，能夠建立或促進雙邊或多邊市場之直接或間接網路效應的形成。也就是說對於平臺類型的數位服務（如 Facebook），其資料的價值，很大的成分在於如何創造目標參與者間的互動連結，形成有效的網路效應。因此對於此類服務型態，能夠促成或強化網路效應的資料，對於其市場力的取得或提升則有其重要性，並可能是其市場競爭之關鍵資源。

(4)互補性資產 (complementary assets) ²⁷

此處所要探討的是，於市場上是否存在所涉資料以外之其他資產，可以助益競爭所需資料的效能。以及該類資產之取得是否具備排他性或有其他替代的資產可以取得。故此處所指的資產，可能是具備互補性或替代性之資料，亦可能係得以用來

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

強化資料價值的其他資產，如相關之技術或演算法。也就是說，資料驅動之相關事業，若要提出可相互競爭的產品，未必要取得同樣的資料，市場上若有其他可用於發展同類商品或服務之資料，亦可產生有效的競爭，因此若所涉市場上具備其他替代資源，則該資料對於事業的市場力提升效能則受到限制。然而，資料驅動的競爭，未必僅著眼於「資料」本身，依據個案的性質與特性，若有其他資產輔助，相同資料類型或規模亦可形塑出不同的市場力，而若該資產的取得或利用具備排他性，則更能強化持有事業的市場力。

(5)競爭商業模式 (competing business models)²⁸

指市場上是否存在採用不同之商業模式之事業，但與所涉事業具備競爭或潛在競爭關係。此處主要著眼於市場上同類服務的競爭情況，即便使用資料類型不同，但對於消費者而言相關服務具備替代性，而可能導致使用者多棲 (multi-homing)²⁹，則該事業因所涉資料應用而取得之市場力即會降低。

2.個案所涉資料特性

除了從產業對資料應用的層面，以及該產業所涉資料市場狀態探討資料與市場力之關聯外，個案所涉資料本身的特性，亦可能影響事業之市場力。影響市場力之資料特性，大致綜整如下：

(1)集中性 (concentration)

指競爭所需之資料集中控管於單一特定事業，或僅能由特定單一事業所得。美國學者 Jason Furman 於針對美國眾議院 2019 年 10 月 18 日關於線上平臺市場力聽證會準備之文稿中提出，主流數位平臺具備高度的集中性，而在沒有任何政策改變的情況下，該集中性會持續存在並對消費者產生不利的影響³⁰。此處集中性的經濟特徵，即包括市場上已存在事業之資料優勢。歐盟執委會 2019 年針對數位時代之競爭

²⁸ *Id.*

²⁹ 指使用者同時利用複數相同或相類服務而言，於數位網路服務或數位平臺服務之探討另有翻譯為「多點連結」、「多棲性」、「客戶多棲」、「多棲行為」等用語。

³⁰ Jason Furman, "Prepared Testimony for the Hearing 'Online Platforms and Market Power, Part 3: The Role of Data and Privacy in Competition'," <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20191018/110098/HHRG-116-JU05-Wstate-FurmanJ-20191018.pdf>, last visited on date: 2020/12/20.

政策委託研究報告中亦指出，以特殊資料來源（special data resources）為目標的併購行為，可能因為新服務讓資料設定更豐富，而有促進競爭效果。同時，也可能導致「具有價值（valuable）且無法取代（non-replicable）」的資料被併購者集中控管，使得併購者相較於其他市場競爭者有較好的資料近用（data access）機會，當併購者將不同資料，以有價值方式整合在一起，可能強化其優勢地位³¹。因此，具競爭價值資料若具備高度集中之特性，且該資料由具備利用能力之事業所掌握。無論該掌握是事業營運自然產生，或透過併購而形成，皆對市場力有所影響。

(2) 相互操作性（interoperability）

所謂的資料的相互操作性，指的是能夠將出自不同來源之資料，以標準化或情境化之方式整合。此處的整合並不僅指涉資料的結構或形式，亦包括是否得以用於解決問題的面向³²。基此，聯合國統計司（United Nations Statistics Division, UNSD）與永續發展數據全球合作夥伴（Global Partnership for Sustainable, GPSDD）於資料相互操作性指引當中，即指出資料的相互操作性為高品質資料之一種特性，其與廣泛的資料價值（value）、知識創作（knowledge creation）、協作（collaboration）和目的適切（fitness for purpose）等概念皆相關聯³³。因此資料是否具備相互操作性，對於不同的產業、事務或對象，亦具備不同的涵義。而事業可以透過技術、規格或相關機制的運作，限制或掌控所擁有之資料資源與其他事業之資源間的相互操作性，提高對於所涉競爭資料的控制力，連帶提高其於特定資料驅動市場之市場力。

(3) 不可模仿性（imperfect limitability）

Jay Barney 於「企業資源與可持續競爭優勢」³⁴一文中提出的「資源基礎理論」，提到不可模仿性的資源，係指符合其一或同時兼備以下理由：(1) 企業取得資源的能

³¹ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Directorate General for Competition (European Commission), 110-111 (2019).

³² Liz Steele & Tom Orrell, *The Frontiers of Data Interoperability for Sustainable Development*, Joined-up Data Standards, 5 (2017).

³³ Luis González Morales & Tom Orrell, “Data Interoperability: A Practitioner’s Guide to Joining up Data in the Development Sector,” Global Partnership for Sustainable Development Data, 9 (2018), <https://www.data4sdgs.org/resources/interoperability-practitioners-guide-joining-data-development-sector>, last visited on date: 2020/12/20.

³⁴ Jay Barney, “Firm Resources and Sustained Competitive Advantage,” *17(1) Journal of Management*, 105-107 (1991).

力仰賴獨特歷史條件（unique historical conditions）；(2)企業所擁有之資源和該企業持續競爭優勢之間因果關係模糊（casually ambiguous）；(3)產生企業競爭優勢的資源具複雜社會因素（socially complex）等，可以作為判斷個案當中所涉資料資源是否具備不可模仿性的參考。對於資料驅動之事業而言，無論是將資料作為產品或服務內涵之重要元素，或提升、改善或形成產品或服務創新之資源，皆不可避免需要探討與其產品服務相關之「資料」資源，於資源取得上是否有特殊的條件，讓所涉資料於取得或整合上無法由其他競爭者或潛在競爭者所複製或學習，而使得該資料符合不可模仿性資源的概念，提升其市場競爭的優勢。

(4)稀有性（rare resource）

指公司的競爭者或是潛在競爭者，尚未擁有、取得或形成有困難之「資料」資源³⁵。資料呈現稀有性，可能是該資料本身具備獨特性，為特定事業所獨有、資料取得途徑受到限制、或相關資料之整合，非競爭或潛在事業所能形成等。例如 Airbnb 和 Uber 此類共享服務平臺企業，其所擁有由供應方與需求方所組成的「雙邊資料資源」，為根基於其服務形成之網路效應，累積、整合並分析而得知資料，則可能具有「稀有性」，非其他競爭者或潛在競爭者可輕易取得。法德競爭法主管機關於 2016 年對於大數據與競爭報告（下稱法德研究報告）中亦提到「資料稀缺性」（scarcity of data）對市場競爭的重要性。認為即使是具備市場支配地位的事業，也無法從得以被廣泛取得之資料中獲得競爭上的利益。因為其他競爭者可以輕易獲得該資料，並藉此取得與市場先驅參進者相同的資料與競爭效能³⁶。

綜上，無論是從產業應用資料或個案所涉資料之角度，大數據發展環境下，資料驅動產業之市場力，與其市場競爭所需資料本身功能或特性、該事業所處市場環境、所涉資料之市場狀態，或資料取得、整合或利用之條件的差異等因素，而受到程度不等之影響。因此，於相關個案的處理上，必須將與個案競爭相關之資料、特性與市場狀態進行適度的識別與分析，以利適切評估資料驅動事業之市場地位，以及事業採取之競爭手段，包括與他事業之結合決策，對於市場競爭的影響。

³⁵ *Id.*

³⁶ Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, 36 (2016).

三、資料驅動相關產業之結合

就大數據發展於資料驅動事業市場競爭之影響，以及競爭法制政策在資料驅動相關市場環境下之衝擊，於國際執法實務之探討，主要源自於部分大型數位平臺之結合個案之評估。主要探討之個案，可以回溯至 2007 年 Google 收購 DoubleClick 公司之結合案³⁷，關注了大型數位服務事業多角化併購以資料為核心價值之小事業，對於未來潛在市場競爭限制之問題。其後陸續出現多項重要結合個案，尤其以 GAFAM 為主要併購主體之相關個案，探討了程度不等之資料驅動之競爭議題。著名的結合個案，包括 2014 年 Facebook 與 WhatsApp 之結合案³⁸，涉及大型社群網路平臺與通訊軟體服務結合涉及之個人資料集中可能涉及之隱私問題，FTC 於本案審理過程並曾提醒 Facebook 與 WhatsApp 必須對消費者之隱私保障作出承諾³⁹；以及 2016 年的 Microsoft 與 LinkedIn 之結合案，關注了多角化結合事業間，產生的資料重疊與資料互補關係，對於競爭市場之影響。Microsoft 與 LinkedIn 之結合案⁴⁰，更因適逢當年度歐盟一般資料保護規則（General Data Protection Regulation, GDPR）之通過，而探討了資料保護相關法制對於資料應用之限制，是否可能對於以個人資料為競爭資料核心之事業的市場力產生影響。最近備受關注的個案，則是 2020 年 12 月歐盟執委會附條件的同意 Google 與 Fitbit 的結合案，涉及了巨型數位服務提供者與資料蒐集科技設備產品製造事業（此處為穿戴式健康裝置）結合，是否可能造成特定市場（此處為廣告市場）之市場競爭或參進更加困難，以及是否可能透過設備之相互操作性

³⁷ Federal Trade Commission, “Statement Concerning Google/DoubleClick,” <https://www.ftc.gov/public-statements/2007/12/statement-federal-trade-commission-concerning-googledoubleclick>, last visited on date: 2021/3/25; Case COMP/M.4731, Google/Double Click, Commission Decision of 11.03.2008, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf, last visited on date: 2021/4/12.

³⁸ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf, last visited on date: 2021/4/12; Alexei Oreskovic, “Facebook says WhatsApp deal cleared by FTC,” <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp-idUSBREA391VA20140410>, last visited on date: 2021/3/25.

³⁹ Federal Trade Commission, “FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition,” <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed>, last visited on date: 2021/3/25.

⁴⁰ Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, Commission Decision of 6.12.2016, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf, last visited on date: 2021/4/12.

或競爭資料接取控制，對市場競爭形成不利益之問題⁴¹。基於近年來歐盟對於此一議題於結合個案審查、法制政策探討與研議的完整度，本文主要結合案之探討，將以歐盟處分資料為主，若有對應取得之其他國家資料（如美國）再予以補充，合先敘明。如同前言所述，FTC 於 2020 年開始亦對於 GAFAM 的早期併購展開行動，目前相關訴訟案並進行中，足見資料驅動之結合探討，除歐盟外，美國未來亦將有不同的探討與發展，值得後續持續研究追蹤，以尋求對於我國相關法制政策最適當的立場。

觀察主要代表性之執法個案，可以發現資料驅動之事業結合，以多角化結合居多。事業主要係透過多角化結合以及經營，擴大其資料來源，延伸其市場力之影響，優化其創新發展的動能，進一步鞏固其市場地位。然而，也由於是多角化結合之態樣，執法機關就結合對於市場影響的判斷上，極可能因為結合後對於原市場之市場占有率（下稱市占率）影響較小，甚至沒有影響，形成對於整體市場影響分析判斷上的不完整或誤判。而資料驅動之結合，巨型數位服務提供者（如 GAFAM），運用大數據分析得以發現潛在競爭者、具創新發展機會之事業、或擁有具發展價值之資料資源之相關事業所為之結合，亦時而出現結合對象之營業表現（如營業額）尚未達到需進入結合審查之門檻。或個案雖進入結合審查，於市場影響之判斷亦因相關技術或資料市場狀態之掌握或預測有相當障礙，而提高審查之困難度。因此，若能從已發生之代表性個案處理的經驗，歸納出資料驅動相關事業結合案處理應納入評估或可參考之執法要項、結合判斷可能產生的盲點、以及資料驅動相關事業進行結合可能具備之特性等事項，對於往後相關個案之執法以及市場之判讀應有助益。由近期國際實務較為重要之資料驅動相關結合個案之執法，大致可以歸納出以下幾個重點議題。

（一）結合事業間資料蒐集與應用之狀態與關聯性

提供數位產品或服務之相關事業，於現今之市場環境下，多半必須進行程度不等之資料蒐集、處理或利用。因此，對於涉及數位產品或服務的事業結合，應適度分析個案當中是否涉及與「資料」蒐集、處理與利用相關的產品或服務內涵。若有，

⁴¹ European Commission, “Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by google, subject to conditions,” https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484, last visited on date: 2021/1/14.

其「資料」相關元素於產品或服務之比重或角色為何，包括參與結合事業本身所涉及之資料蒐集來源、類型、範圍、市場狀態與實際上之應用等面向，皆有必要先行了解。再更進一步探討結合事業彼此間關於「資料」相關層面之關聯性，包括所擁有或利用之資料間是否重疊、互補或加成；結合事業所提供產品或服務，對於市場競爭必要資料之取得、利用、創新發展或市場地位之維持有無相互之影響或連動關係等。

於 Google/DoubleClick 案當中，Google 本身為多角化經營之數位服務事業，其多項服務與資料之蒐集或應用有直接的關聯，其中與 DoubleClick 市場相關度最高之網路廣告，更是需要透過大量而精確之資料取得與分析，以提供更為精準的廣告服務。本案屬於較早發生的資料驅動結合案，美國或歐盟之競爭法主管機關皆未將 Google 本身之資料取得與應用情形進行較為細緻地討論，而主要將目光擺放於 DoubleClick 對應 Google 服務相關的廣告市場。而 DoubleClick 所擁有之資料主要為透過提供給廣告主或廣告發行商的服務，由消費者行為自然產生的資料紀錄（consumer-provided data，下稱 CPI）⁴²，有助於協助利用其服務的廣告主或廣告發行商了解消費者對廣告點選的情形，掌握目標廣告的定位，以獲得更好的收益。若從 Google 的角度來看，廣告中介服務為 Google 重要的收入來源，雙方結合直覺會考量到的，即為 DoubleClick 所擁有之 CPI，結合後若能為 Google 所用，將促使 Google 於廣告中介市場取得高度的競爭優勢。確認結合事業間資料蒐集與應用確實有所關聯後，即需要對本案所涉資料加以進一步分析，評估雙方之結合是否如同表面所看到的需求相當，將產生因具高度競爭價值資料之挹注。抑或，實際上存在資料整合與應用上的限制，而未必可以達到預期的競爭效益等。此外尚須搭配對於個案所涉資料市場，是否會受到結合之影響而產生變動，從而瞭解個案結合於資料驅動之競爭層面，對於所涉事業之市場力消長與競爭狀態的影響。

Facebook/WhatsApp 案之結合雙方亦分別於資料驅動競爭層面有不同的優勢，尤其 Facebook 為匯集大量使用者資料為服務基礎的社群網站，故於國際相關個案之審理必然會將與「資料」相關議題納入評估，以期掌握個案結合實際之目的與影響。2014 年歐盟對於此結合案之審理，即先將 WhatsApp 與 Facebook 主要服務特性與持有之資料類型進行整理，發現 WhatsApp 於結合當時為單純之消費者通訊服務，主要

⁴² Case COMP/M.4731, Google/Double Click, Commission Decision of 11.03.2008, *supra* note 37, paras. 179-181; Federal Trade Commission, *supra* note 37, 2.

有價值之資料，為消費者之手機聯絡人，且由於服務必須透過消費者之手機進行驗證，故保有個別消費者之手機號碼⁴³。除此之外，該平臺不蒐集其他使用者資料，亦不保留任何消費者利用服務所傳輸之訊息資料⁴⁴。Facebook 為社群網路，其產品市場主要核心在於用戶個人資料(user profile)、動態消息(newsfeed)以及時間軸(timeline)⁴⁵等。雙方主要擁有與利用的資料皆屬於「個人資料」，但除了精確的手機號碼外，Facebook 所擁有的資料，無論是數量與類型皆較 WhatsApp 多且廣。因此與前述 Google 併購 DoubleClick 案不同，WhatsApp 本身的服務並未如同 DoubleClick 一樣，已具備現存、累積而已明顯可看與 Google 廣告服務相關的競爭資料。從此一分析結果可以推測，Facebook 併購 WhatsApp 的著眼點，可能並非 WhatsApp 現有的資料，而可能是與資料競爭相關之其他面向，例如擴大資料來源管道、強化使用者群體之組成或對未來其他競爭力利益的期待。故此類個案不能僅以個案原有資料狀況為主要之分析基礎，而需要擴大評估結合個案的其他資料策略，觀察個案過往之結合情形亦為可能的方向。

Microsoft/LinkedIn 案則是結合事業間無論在服務以及所擁有之資料類型皆有極大差異的個案。Microsoft 是透過主要之作業系統或軟體開發，獲取資訊產品或服務的研發資料，具備高度獨特性。LinkedIn 則為社群網站的一種，只是進一步屬於專業的社群網路，相較一般社群網站，更加著重於促使專業人士之間的連繫⁴⁶，但主要資料仍為「個人資料」。此類個案就個別服務與資料本身較難評估其結合之意圖，以及其結合與資料競爭相關層面的影響。可以推測的是，結合事業之一為高度資料驅動的服務型態—社群網站，故其結合某程度應與資料驅動之競爭有某程度的關聯。此時即需要對於結合事業間之資料優勢，是否能夠形成互補、雙方對於資料整合應用之意圖，或透過此一結合試圖消弭怎樣的競爭壓力等議題納入評估。

Google/Fitbit 案亦然，除了 Google 多角化經營之各類資料來源外，Fitbit 作為智慧穿戴式設備之開發、製造與經銷事業，所擁有之資料應為使用者利用其所開發之

⁴³ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, para. 102.

⁴⁴ *Id.*, para. 166.

⁴⁵ *Id.*, para. 48.

⁴⁶ Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, Commission Decision of 6.12.2016, *supra* note 40, para. 87.

穿戴式裝置追蹤的健康相關資訊⁴⁷。本案甫於 2020 年 12 月 17 日方由歐盟執委會以附條件方式作成同意結合之決定，美國司法部（United States Department of Justice, DOJ）則截至本文完成之日仍在調查中，即使如此 Google 仍於 2021 年 1 月 14 日對外宣布已完成併購⁴⁸。由目前歐盟執委會已公布資訊觀之，本案評估與資料競爭主要關注的重點，在於 Google 若取得 Fitbit 的使用者健康與健身資料庫，以及類似 Fitbit 資料庫之相關技術，是否會更加強化了 Google 可以用於個人化廣告的大量資料，可能造成其他競爭者更難與 Google 於網路廣告、網路廣告投放甚至整體廣告科技生態系等之發展競爭，提高網路廣告市場之參進障礙；或是否可能因為結合，造成現有透過網路應用程式介面（Web application programming interface，下稱 API）介接用戶健康或健身資料的其他數位服務之資料接取受到限制；或 Google 是否可能採取限制其他穿戴式裝置與搭載安卓（Android）系統之智慧型手機之相互操作性的作為等。因此，Google 也對於上述疑慮作出承諾以取得執委會對結合案之同意，包括針對廣告市場競爭部分，Google 不會將於歐洲經濟區（European Economic Area，下稱 EEA）境內透過穿戴式裝置以及其他 Fitbit 設備或感測器獲取的健康與健身資料，用於網路廣告等相關用途，並將透過技術將與 Fitbit 使用者相關之資料與 Google 用於廣告服務之資料進行區隔，確保 EEA 區域內使用者能有效選擇是否同意或拒絕提供存放於 Google 或 Fitbit 帳戶之資料予 Google 其他服務所使用。於應用程式資料介接部分，承諾將以使用者同意為前提，維持以免費方式提供 API 介接使用者資料之服務。至於其他穿戴式裝置與 Android 作業系統之相互操作性問題，Google 亦承諾將持續對 Android 設備商（OEMs）提供涵蓋現有穿戴式裝置核心功能當中需要與 Android 智慧型手機介接之公用 API，並依據 Android 開方原始碼計畫（Android Open Source Project，AOSP）維持核心相互操作 API 之提供。除 AOSP 涵蓋範圍之外，亦將同時確保穿戴式裝置製造商，得以連結未來將提供給 Android 智慧型手機應用程式開發商使用之 API，包括部分屬於 Google 行動服務的 API。其亦不會對於第三方穿戴式裝置設備進行差別待遇，以影響使用者之使用經驗⁴⁹。

⁴⁷ European Commission, “Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google,” https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1446, last visited on date: 2020/11/09.

⁴⁸ Rick Osterloh, “Google completes Fitbit acquisition,” <https://blog.google/products/devices-services/fitbit-acquisition>, last visited on date: 2021/3/25.

⁴⁹ European Commission, *supra* note 41.

由 Google/Fitbit 案可以看出，執委會對於該案多角化結合於資料層面的判斷，極為著重結合雙方所涉資料與跨領域市場之應用及影響。其中尤其考量到 Google 本身於網路廣告相關市場於資料層面已具備的高度市場支配力，於擴張多元資料類型及來源之結合案操作下，對於現有特定產品市場競爭可能形成的不利益。並關注其他設備系統介接與資料取得機會的維持，避免形成資料壟斷。惟目前文獻無法看出執委會為何獨獨挑出網路廣告之相關服務作為跨領域資料資源擴張與影響分析的主要服務。是否著眼於 Google 透過 Google 帳戶於各項服務取得之資料，最終係透過個人化廣告服務為主要獲利來源，或有其他層面的思考。從兩者之服務與資料取得之差異性可以推測，Google 似乎在拓展新興、多元而具備未來可能性的資料來源，其結合之目的可能涉及創新市場或新興領域業務之開發，執委會以目前雙方現存之產品或服務作為考量，對於市場影響之判斷是否充足，恐有疑問。

綜上，相關個案的發展實際上亦呈現出國際執法對於如何判讀是否為資料驅動之結合案，以及個案間關於「資料」之取得與應用於結合後可能的發展，以及對市場的影響等分析，逐步累積相當的經驗與看法。尤其在所涉資料之影響層面，已由明顯相關之服務類型，逐步演進至可能相關之跨市場資料利用影響的分析。足見個案的判斷已逐步將「資料」可能產生的競爭價值進行更為分離或獨立的判讀，可以說是執法機關對於資料利用之多元化與創新價值的回應。

（二）資料特性對結合審查之影響

除結合事業間資料蒐集與應用之狀態與關聯性外，事業所涉競爭資料之特性亦可能對於結合後之資料驅動競爭狀態有所影響。尤其是於大數據環境下，幾乎所有經營數位網路相關服務之事業，皆已透過資訊科技廣為蒐集程度不等之各類資料。其資料類型與來源亦或有重疊，例如皆透過網路爬蟲技術進行網路公開資料的爬取，或透過會員制度、搜尋引擎或其他得以主動或被動取得使用者資料之機制獲得使用者相關資料等。網路服務的使用者多棲現象，亦助長了使用者相關資料取得之重疊情形，使得一般消費者資料（如姓名、聯絡電話、電子郵件等）的取得，對於多數以個人資料為資料核心的事業形態，並具備稀有性或獨特性。歐盟執委會於 Facebook/WhatsApp 案，即因而認定結合事業即使結合，市場上仍有許多未受到結合

事業控制之資料，可供競爭者取得⁵⁰，故其結合對於 Facebook 市場地位之提升未必有幫助。

然而，歐盟執委會於 Facebook/WhatsApp 案僅以該事業所取得之資料不具備獨特性，而市場許多替代資源可供取得作為結合後結合事業市場力之判斷基礎，並不完整。其忽略了資料蒐集主體本身與資料蒐集層面具備的條件或優勢，亦可能導引出其他的資料特性，而對市場參進或競爭產生影響。例如本文前述提到 Jay Barney 主張之企業資源的「不可模仿性」，即認為企業取得資源的能力若仰賴特定的歷史條件，則該資源對於企業而言則是必須妥善發展而可能形成競爭優勢的資源⁵¹。Facebook 為社群平臺經營之早期參進者，不但已成功建立平臺使用者間之高度網路效應，長期累積來自不同需求之多邊使用者與其他串聯之應用服務之資料，因而具備資料累積之時間優勢，並可藉由多元資料之整合，形成具備「稀有性」之資料。故澳洲數位平臺調查報告⁵²認為 Facebook 以使用者帳號整合多方資料，使其掌握的資料具有一定的價值，而造就市場力的形成。若將「稀有性」或「不可模仿性」納入歐盟對 Facebook/WhatsApp 案之探討，則歐盟執委會對於雙方結合所涉資料對市場的影響，應會有不同的看法。因此單一的資料特性，不足以用來評判個案整體於資料驅動競爭之角色與影響力，仍應綜合不同特性，方能進行有效的判讀。

此外亦尚有其他資料特性於個案所屬市場之競爭可能產生影響，例如市場上是否具備替代性資料可供競爭事業取得為其一。Google/DoubleClick 案當中 FTC 就雙方資料替代資源是否存在即認為，Google 或其他網路廣告的服務提供者即使沒 DoubleClick 的資料，仍有其他替代資料來源，因此認定此一併購對於 Google 是否未來會濫用市場力，沒有直接的關聯⁵³。Facebook/WhatsApp 案歐盟執委會如前述，亦認定在市場上仍然有不受 Facebook 控制之大量資料，可供競爭者取得，故資料集中之影響不大⁵⁴。Microsoft/LinkedIn 案則是以系爭個案替代服務是否存在切入判斷，認為因市場上仍有許多資料或開放介接之平臺，而 LinkedIn 所屬「智慧銷售解決方案」

⁵⁰ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, paras. 187-189.

⁵¹ Jay Barney, *supra* note 34, 105-107.

⁵² ACCC, *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, ACCC, 58 (2019).

⁵³ Federal Trade Commission, *supra* note 37, 12.

⁵⁴ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, paras. 187-189.

(sales intelligence solution, 下稱 SI) 服務之市場參進門檻不高，市場上有相當替代服務存在⁵⁵。故對於競爭者或潛在競爭者而言，仍有其他不受結合影響之替代性或補充性資料可以利用，故結合尚不至於對於市場競爭產生不利的影響等。然而，如前所述，市場上有替代性資料存在，雖然可以作為判斷資料對市場力影響之其中一個特性，然仍需要考量市場的替代資料之品質、競爭者取得替代資料之能力、以及是否有其他歷史或市場因素可能影響市場力之落差，以及其他資料特性等併同考量。

(三) 結合事業資料整併之意圖與限制

基於大數據之多樣化特性，事業取得資料可能按其資料屬性，有其對應適用之法制規範。除此之外，為保障事業就資料運用之優勢，事業亦可能透過契約、服務規約，於資料提供者、中介者或利用者之間，建構相關之權利義務關係，形成對資料取得與利用的限制，或搭配技術的約制，影響資料之相互操作性。除此之外，大數據從蒐集到最終利用，有其技術上或資源上必須進行的整合。因此，即使結合可能導致競爭資料集中的結果，然結合事業若不具備足夠之能力、動機及資源，促使資料整合價值的發生，亦未必能夠實際提升其市場力，故涉及資料驅動事業之結合審查，必須考量所涉資料之轉換或應用是否具備相當之法律或契約限制、技術整合之可行性、需要投入之成本、結合事業整合資料的動機或可能之資料策略方向與相關能力等綜合評估。

Google/DoubleClick 案，FTC 與歐盟執委會皆注意到 DoubleClick 所取得之消費者資料，實際上具備與既有客戶間之契約限制，即使 DoubleClick 於結合前亦無法任意利用所蒐集的消費者行為資料，故各該資料結合後未必可由 Google 所用⁵⁶。然而，契約基本上為相對性的約定，並非堅不可摧的限制。故此時則有必要從事業的策略規劃、意願、動機以及競爭事業的看法進行綜合判斷，Google 於結合後是否可能進行資料運用策略之改變，促使原有客戶契約之變更，或有其他可能的利用模式。而歐盟執委會對於此處的看法，認為對於 DoubleClick 的經營型態而言，保障資料的機密性，為維持其能夠持續經營的重要元素⁵⁷，故雙方打破契約限制的可能性因而降

⁵⁵ Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, Commission Decision of 6.12.2016, *supra* note 40, para. 225.

⁵⁶ Case COMP/M.4731, Google/Double Click, Commission Decision of 11.03.2008, *supra* note 37, paras. 183, 255-257; Federal Trade Commission, *supra* note 37, 12.

⁵⁷ *Id.*, para. 276.

低，其資料集中導致的競爭影響亦會隨之減少。然，其並未進一步探討若 Google 並非著眼與 DoubleClick 現存具備競爭價值之資料，是否有其他結合目的需要高價併購 DoubleClick，而基於其目的與 Google 本身之市場力與資源，是否足以讓 Google 打破資料應用的限制或以其他方法獲取資料競爭利益。抑或僅是為打擊潛在競爭事業，削弱未來市場競爭壓力所為之併購。

Facebook/WhatsApp 案歐盟執委會則提出了技術面整合的難度與雙方結合策略方向的探討。認為，雙方結合於資料之分享利用層面，必須透過隱私權條款的修改，並進行雙方平臺就使用者個人資料某程度的整合。整合的難易度，雖然 Facebook 的聲明與第三方意見有所歧異，但因雙方對使用者認證機制不同，故資料整合仍應有相當的技術障礙⁵⁸。至於 Facebook 是否可能具備於結合後整合使用者帳戶之動機，執委會則是從 WhatsApp 服務的特性來看，認為若讓使用者知悉 Facebook 將會自 WhatsApp 蒐集使用者資料的事實，可能會導致部分使用者立即移轉至其他應用程式，此一情形應降低了 Facebook 自 WhatsApp 使用者端蒐集資料的動機⁵⁹。此一推論於 2016 年由 Facebook 直接推翻，宣布 WhatsApp 將與 Facebook 共享使用者資料，以利推動目標式廣告⁶⁰，WhatsApp 並於網頁隱私和安全條款當中，明確說明其將與 Facebook 分享資料⁶¹。致歐盟執委會於 2017 年 5 月對 Facebook 作出 1.1 億歐元高額罰鍰的處分，主張其於結合審查過程提供執委會關於資料整合技術面誤導的資訊⁶²。足見與數位市場環境，技術面障礙並非不可突破的絕對障礙，結合事業本身若能透過資料的整合、多角化服務與資料取得觸角之延伸，獲取更大的競爭利益，仍然可能突破現存技術障礙或經營方針。

⁵⁸ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, paras. 160, 185.

⁵⁹ *Id.*, para. 186.

⁶⁰ Natasha Lomas, “WhatsApp to share user data with Facebook for ad targeting - here’s how to opt out,” <https://techcrunch.com/2016/08/25/whatsapp-to-share-user-data-with-facebook-for-ad-targeting-heres-how-to-opt-out/>, last visited on date: 2020/11/11.

⁶¹ WhatsApp, “How we work with the Facebook Companies,” <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/how-we-work-with-the-facebook-companies?eea=1>, last visited on date: 2020/11/11.

⁶² European Commission, “Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover,” https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369, last visited on date: 2020/11/15.

而 Microsoft/LinkedIn 案亦對於結合雙方進行資料整併之意圖與可能性進行探究，並進一步指出，若即使雙方看似沒有資料整合之意圖或有技術上的難度，但若因為結合，而使得雙方事業原先在市場上，以資料為基礎的競爭問題，因為雙方的結合而消失，則仍應納入評估⁶³。至於資料應用限制的部分，則由於本案審查已面臨 GDPR 生效的時間點，而 LinkedIn 屬於專業的社群網站，其所擁有之資料多半為個人資料，故結合後若要是有所利用，必須受到個人資料保護相關法制的限制⁶⁴。此處也帶出了個案所涉資料可能因為適用之法律，影響其未來資料的轉移與利用的問題。然而，如同前面 Facebook 與 Google 的個案，無論是契約條款、技術障礙甚至此處的個人資料保護限制，皆有可以突破障礙的路徑與方法。以個人資料保護法制為例，其法制規範的核心在於保障個人之資訊自決權，並非限制個人資料之利用。故只要依循所涉事業適用之個人資料保護法制相關規定操作，結合後事業亦能對於原受到法令限制之資料，以新的方式納入應用（例如重新取得使用者對新利用目的之同意）。故必須要更仔細檢視所涉資料的整合，對於結合事業之利益何在，同時參考競爭事業與專業技術或市場分析的情報或意見，進行綜合考量。

（四）結合對於資料市場變動之影響

資料驅動相關事業之結合案，在判斷結合對於市場之影響時，初步的探討可能落在資料集中與資料壟斷是否會導致限制市場有效競爭。然而，事業未結合前資料市場的狀態，以及結合資料市場可能產生的變化，亦有納入考量之必要。例如 Facebook/WhatsApp 案當中，歐盟執委會分析了 Facebook 就其所取得之資料的利用，發現其本身並未將所得資料對外販售⁶⁵，WhatsApp 亦未對外提供資料服務，故認定雙方結合並不會對所涉資料市場之現況產生影響。Microsoft/LinkedIn 案亦如是，個案涉及客戶關係管理（Customer Relationship Management，下稱 CRM）之產品市場的競爭者，雖然擔憂對 CRM 機器學習極有價值之 LinkedIn 的 SI 服務資料，會因為兩者結合而導致資料壟斷，形成競爭資源之垂直封鎖⁶⁶。然而個案於結合前，亦未將

⁶³ Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, Commission Decision of 6.12.2016, *supra* note 40, para. 179.

⁶⁴ *Id.*, paras. 177-178.

⁶⁵ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, para. 70.

⁶⁶ Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, Commission Decision of 6.12.2016, *supra* note 40, para. 246.

其完整資料集或子集提供給第三方事業進行機器學習，僅有將部分 SI 資料子集提供第三方作為 CRM 服務應用之資料。故歐盟執委會於此即認為雙方即使未為結合，完整資料集能否由第三方 CRM 服務取得利用，亦須視 LinkedIn 後續營運之策略而定。且由於 LinkedIn 資料來源為其服務使用者，有大量之個人資料，故其可否開放近用，以及開放近用是否可能引發使用者之反感而對服務產生負面效益亦須評估⁶⁷。

故結合事業所擁有之資料若於結合前並未進入資料市場，於未有結合案發生時，競爭者或潛在競爭者皆可能無法利用該資料。事業結合後，所涉資料是否會進入市場，需仰賴事業決策評估。且即便未來有機會開放，該資料是否仍有結合案審查當下所認定的價值，皆有極大之不確定性。而事業於結合前，單純基於資料驅動之商業特性，於市場上取得資料優勢，並不會因而使其產生競爭法上之可非難性，而競爭者或潛在競爭者無法取得相關資料，與結合案發生與否並未有因果關係。然而，若結合後事業為鞏固其市場力，運用契約或相關機制，阻絕競爭所需資料由競爭事業或潛在競爭事業取得之機會，而該資料具備競爭關鍵性時，則仍有必要納入審查。或事業雖未採取契約或其他機制限制資料由第三方取得，但所涉個案資料類型或性質（包括整合其他結合事業資料後之資料集）於特定技術開發或市場競爭具備高度價值或關鍵性，則仍應對於可能之影響有所評估，甚或考量是否採取附條件的方式允許結合，以確保關鍵資料資源之利用可能性。

（五）排除潛在競爭之早期（殺手級）併購

大數據發展下資料驅動相關事業之結合，尚有一個極為困難的部分需要進行判讀，即具備競爭優勢的事業，是否憑藉資料的掌握與大數據分析，發現潛在競爭者之存在，而於其尚未形成威脅前，先行併購，以降低未來可能的市場競爭壓力之問題。本文前言提及 FTC 對 GAFAM 之特別命令，以 10 年作為基準要求提報未進入審查之結合行為，實際上也呈現出原有之結合申報機制，要避免資料驅動相關數位產業進行早期併購的作為，有其難度。尤其資料驅動產業草創之初，多採取免費策略以累積資料規模，營業額可能不高，且即便其已獲得具一定價值之資料，或具備某種具未來競爭力之資料分析優勢，亦可能尚未有適當的獲利或表現，而容易被結合

⁶⁷ *Id.*, paras. 247-248.

審查所忽略。2016 年法德研究報告⁶⁸即指出於大數據發展之際，為了獲取有價值的大量資料以取得競爭優勢，合併市場上新生的潛在競爭事業似乎已成為常見的商業策略。

於 Google/DoubleClick 案以及 Facebook/WhatsApp 案之審理當中，無論 FTC 以及歐盟執委會實際上皆有針對 DoubleClick 或 WhatsApp 是否為 Google 或 Facebook 之潛在競爭者進行調查，然而就涉及資料驅動之競爭的層面，皆得到類似的結果，即兩者於資料整合或利用上有障礙（契約障礙或技術障礙）彼此間並沒有潛在競爭關係。然而卻無法解釋為什麼 Google 願意以數十億⁶⁹，或 Facebook 願意以 190 億美金之高價⁷⁰，併購 DoubleClick 或 WhatsApp，而未關注被併購事業於資料驅動競爭層面可以帶來的價值。若要了解並能夠適時、適當處理大數據競爭環境下之早期併購問題，實際上需要一定程度個案的累積，最直接的方法就是讓相關新興個案進入結合審查。也就是說，若依照現行結合審查門檻，相關結合個案可能成為結合審查漏網之魚，而可能對資料驅動競爭市場產生不利的衝擊時，必須思考應如何讓相關個案依法進入結合申報之事前審查程序。德國限制競爭防止法第 9 次修正即採取此一立場，將於本文後續針對國際法制變化部分加以探討。

（六）資料驅動事業跨市場影響之評估

資料驅動相關之事業結合，常走向多角化結合的方向，個案對於市場的影響亦可能並非僅限於單一市場，而可能有跨市場之影響。前述之 Facebook/WhatsApp 案、Google/DoubleClick 案、Microsoft/LinkedIn 案、Google/Fitbit 案等皆為多角化結合之型態。可以看出資料驅動的數位事業，如何透過多角化經營的方式，擴大其演算法與創新發展所需資料來源與類型，藉由強大的大數據分析能力開發新興服務，並延伸跨市場的影響力。因此對於此類事業之結合，亦須考量其進行多角化結合之目的，與其市場力之延伸、服務創新、資料來源的擴張等與資料競爭事項之關聯性，將個

⁶⁸ Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *supra* note 36.

⁶⁹ Federal Trade Commission, “Dissenting statement of commissioner Pamela Jones Harbour in the matter of Google/DoubleClick,” https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf, last visited on date: 2020/11/20.

⁷⁰ Case COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, Commission Decision of 03.10.2014, *supra* note 38, para. 4.

案所涉市場，以及結合後預定的市場策略併同評估，方能更精確分析個案結合對於相關市場的影響。

四、競爭法制政策發展與因應

晚近針對大型數位平臺或資料驅動之數位事業相關競爭議題的探究，除了實際個案的審理之外，法制或配套政策、措施層面，亦有相當的討論與進展。部分國家採取調整競爭法執法部門之組織或任務編組方式因應數位環境市場競爭的相關問題，例如澳洲競爭及消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission，下稱 ACCC）成立之專業數位平臺部門（Digital Platform Branch），職司數位平臺相關之競爭執法案件的審查⁷¹。英國亦認為應於競爭及市場管理局（Competition and Markets Authority，下稱 CMA）轄下設置數位市場任務小組，針對數位平臺相關市場之發展，研議新興之促進競爭制度（pro-competition regime）⁷²。德國卡特爾署 2019 年則對於一般政策處（General Policy Division）進行改組，獨立出一個「數位經濟單位」（Digital Economy Unit），以協助各決策小組處理數位經濟相關的業務⁷³等。

組織面之外，國際執法層面之發展重點，另從現有法制規範或判斷原則之調整，以及是否得以開發或搭配其他工具或作法強化執法之有效性等兩個主要面向切入探討。前者於競爭法制本身之著重點，包括對於資料驅動數位市場地位判斷、結合審查門檻與判斷原則以及資料驅動事業多角化經營應考量之影響等議題；此外，部分國家或國際組織並就數位市場演算法與資料應用之不透明及不公平競爭行為，以及數位平臺基於網路服務中介地位之角色於市場競爭所應承擔之責任等，訂定相關新興法規。例如歐盟、日本相繼提出針對數位中介服務透明度揭露之規範，以及歐盟

⁷¹ ACCC, *supra* note 52.

⁷² CMA, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Interim Report*, CMA, paras. 117-120 (2019).

⁷³ Bundeskartellamt, “Bundeskartellamt publication on ‘Algorithms and Competition’,” https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/16_01_2020_Algorithmen%20und%20Wettbewerb.html, last visited on date: 2021/1/12.

於 2020 年 12 月提出的數位市場法 (Digital Market Act)⁷⁴草案，試圖於競爭法之事後管制邏輯以外，對於該當該法案所稱守門人 (Gatekeeper) 地位之事業，基於其地位與行為可能導致之市場不公平競爭進行事前的規制，以確保歐洲數位市場之公平與競爭⁷⁵等。後者，也就是執法工具或配套作法部分，主要著眼點在於資料驅動市場反競爭行為發現與評估之困難，尤其涉及演算法與聯合行為調查層面，需要建構適度的調查指引，甚至引入新興執法工具等。足見對於數位市場競爭之法制規範與執法，將為往後年度競爭法制政策發展重點，值得持續關注與研議。基於本文主題是針對資料驅動之結合相關的法制政策探討，故以下謹就本文相關，涉及結合之法制政策層面之變化重點，以及我國可評估發展之方向進行探討，但數位市場之相關法制仍有許多面向值得持續追蹤探究。

(一) 國際主要法制或判斷原則之變化

與資料驅動事業結合之相關法制調整，以德國對於限制競爭防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，下稱 GWB) 之修訂為發展的先驅。其第 9 次修正，主要著重於參酌數位市場競爭之特性，補充市場地位判斷應考量之原則；調整結合審查門檻，促使數位市場併購小型潛在競爭事業，或併購小規模但具備資料競爭價值之事業等相關個案，得以進入結合審查程序。2021 年之第 10 次修正，並加入對於多邊市場中介者角色重要性以及跨市場影響等議題之探討。此外，國際上亦有部分國家 (如：日本) 針對資料驅動結合審查應關注之重點，有對應的討論；而自累積的國際個案當中，若可萃取可參考之判斷原則或要素，對於往後資料驅動之結合審查亦有其助益。故以下以國際規範或判斷原則與本文相關之重點進行議題式綜合整理，期可作為我國法制政策評估的參酌。

1. 資料驅動數位事業市場地位之判斷

⁷⁴ European Commission, Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on contestable and fair markets in digital sector (Digital Market Act), Brussel, 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

⁷⁵ *Id.*

德國 GWB 第 9 次修正，並非針對全部的資料驅動的產業型態，而是針對涉及多邊市場與網路的相關事業，新增市場地位評估的要項。故於適用上必須注意部分要項僅適用於個案涉及多邊市場之情形，並非所有資料驅動之個案皆有其適用。所涉條文為 GWB 第 18 條第(3a)項之規定，新增五點市場認定之考量要項⁷⁶：

- (1)直接與間接的網路效應
- (2)使用者同時使用多種服務及轉換至其他服務的成本
- (3)網路效應相關的規模經濟
- (4)獲取競爭的相關資料
- (5)創新競爭的壓力

第 9 次修正之內容實際上是把歐盟個案實務與學說上曾經對於雙邊市場或多邊市場之討論，摘選重要的項目先行列入，並未窮盡關於資料對市場力全部之影響。而第 10 次修正，則是認為，應該要新增第 18 條第(3b)項，強調於多邊市場中之中介者的重要性評估，也就是說，多邊市場的使用者對於所涉個案中介者的依賴性，應納入市場地位的探討⁷⁷。

德國聯邦卡特爾署於 2019 年對於 Facebook 濫用市場支配地位之處分案⁷⁸，即已運用第 18 條第(3a)項之規定，對於 Facebook 之市場地位進行判斷。因此關於何謂「競爭的相關資料」，觀察卡特爾署於本案之評估，係先分析 Facebook 之獲利型態，識別與其獲利型態最相關之資料，並分析相關資料於其營業當中具備之重要性或功能，以確立個案當中那些資料為與競爭相關之資料。故以本案而言，德國卡特爾署

⁷⁶ GWB, § 18(3a)

Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

⁷⁷ GWB, §18(3b)

Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, ist insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen.

(Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021, 3)

⁷⁸ Bundeskartellamt, Facebook Decision B6-22/16 (6 February 2019).

認為，Facebook 最主要之獲利來源，為利用所取得的使用者資料，向廣告商行銷其目標式廣告服務，因此使用者資料屬於 Facebook 此類營業型態之「競爭的相關資料」⁷⁹。卡特爾署並指出，對於消費者、使用者或第三方當事人之個人資料進行商業利用，於多邊市場的各邊競爭皆有其重要性，故事業會窮盡可能獲取更多的資料，作為改善產品或提供個人化服務或目標式廣告的基礎⁸⁰。德國聯邦最高法院於 2020 年對於卡特爾署處分是否續行之裁定當中，亦肯認卡特爾署對於 Facebook 於德國境內市場地位認定之評估⁸¹。因此對於 Facebook 而言，甚至許多網路服務亦然，與服務之發展、精進及獲利相關的資料，應可被認定為係「競爭的相關資料」，而得以作為判斷市場地位之要素。

2. 結合審查門檻與審查評估要項之調整

(1) 調整結合審查門檻，提高資料驅動結合個案進入審查之機會

國際競爭實務曾經處理過的案例，執法機關如歐盟執委會或美國 FTC，都曾經對於所涉個案結合之目的是否在消弭或減少市場競爭壓力，以及所涉事業是否為潛在競爭者之問題進行探究。然而，就事後對個案之回顧而言，可以發現預測潛在競爭於資料驅動之市場確有相當的難度。不但如此，由於過往結合審查門檻主要以個案事業之營業額為基準（我國公平交易法第 11 條則是以市占率及銷售額為基準），資料驅動的新創事業，通常無法達到需要進入結合審查之營業額、銷售額或市占率。甚至為擴張資料來源與使用率，一開始以免費方式提供服務（如 WhatsApp 服務一開始為免費，其後才改為收費制度），更無法達到進入結合審查之基準門檻。故可以推測，被大型資料驅動數位事業早期併購的事業數量，應遠多於實際進入結合審查的案件數量，此亦為美國 FTC 要求 GAFAM 提報過去 10 年未申報之結合案的原因。

因此是否有必要透過結合審查門檻的調整，促使相關個案得以進入審查，於國際法制雖尚未產生共識，但德國 GWB 第 9 次修正，對於如何讓早期併購之個案進入

⁷⁹ *Id.*, paras. 379-382.

⁸⁰ *Id.*, para. 380.

⁸¹ Bundesgerichtshof, “Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook,” <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>, last visited on date: 2021/3/24.

結合審查部分已加以回應，新增第 35 條第(1a)項⁸²之規定，認為結合當時可能尚未達到一定程度的營業額甚至尚無銷售額之事業可能仍然具備影響市場競爭之能力或發展潛力，需納入結合管制。亦即除原先第 35 條第 1 項所規定的全球營業額總計超過 5 億歐元且國內至少一家結合事業之營業額超過，且另一個參與事業之營業額超過 500 萬歐元的門檻外，以下情況亦須適用結合審查之規定：a. 達到第 35 條第 (1) 項第 1 款之全球整體總營業額達 5 億歐元門檻；b. 合併前於德國境內的上一個財政年度至少一家合併事業之營業額達 2,500 萬歐元，其他參與公司營業額未達 500 萬歐元；c. 結合之交易價值超過 4 億歐元且 d. 符合本項第 2 款之合併事業於德國境內已具備相當程度的運作時，亦納入結合管制範圍。其中第 4 款之結合交易價值，即是回前述應 Google/DoubleClick 案與 Facebook/WhatsApp 案的情形，藉由結合事業彼此對於併購價值的判斷為基礎，而期望能夠對於早期併購之發現，或事業限制潛在市場競爭之情況能有所掌握。也就是說，即使個案結合之營業額並未達到門檻，但結合交易價值明顯與其營業額不相當，可以推定受合併的事業必然對於併購者而言有特別的價值或期待⁸³。且資料驅動之數位市場變化快速，產業透過大數據分析所為之市場預測，或對於不同資料與技術間可能之交互搭配與創新應用之可能性與創新思維，並非執法機關基於個案偶然之介入或參與所能掌握。調整結合審查門檻，可讓相關個案有機會接受審查。不但賦予主管機關介入維持市場競爭之機會，亦有助於競爭法主管機關對於資料驅動或其他新興事業發展保有一定程度的了解。

⁸² GWB, § 35(1a)

(1a) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn

1. die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 1 erfüllt sind,
2. im Inland im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss
 - a) ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat und
 - b) weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mehr als 5 Millionen Euro erzielt haben,
3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt und
4. das zu erwerbende Unternehmen nach Nummer 2 in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

⁸³ Maurice E. Stucke 及 Allen P. Grunes 曾對於歐盟執委會就 Facebook/WhatsApp 之結合案的審查結果提出批評，認為歐盟執委會於網路效應之評估並未完備，直言殊難想像 Facebook 會花費巨額資金收購 WhatsApp，卻沒有任何想要改變 WhatsApp 隱私規則或強化雙方營運連結關係的意願。而資料驅動的結合個案，勢必存在結合事業於競爭利益上的期待，此部分並未被執委會重視。See Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *supra* note 7, 82-84.

(2) 累積活用相關結合審查評估要項，優化個案分析效能

目前國際上對於資料驅動之結合審查應納入判斷之項目，並未有統一的原則或作法。歐盟之執法，亦是透過相關個案的出現，經由對於大型數位平臺相關個案之調查與分析，以及透過執法機關及學界之對相關個案審理結果之交互探究，逐步累積審理之經驗與評估之重點。以政策文件對資料驅動事業結合考量重點明確加以探討的，為日本 2017 年發布的資料與競爭政策相關檢討報告，提及關於資料驅動之事業的結合，應將資料是否缺乏、有無取代可能性以及隱私問題皆納入考量，包括涉及演算法之事業形態，必須將所涉資料是否具備提升產品或服務品質之效能納入評估⁸⁴。尤其於涉及隱私之資料部分，提出免費的數位平臺（例如社群網站），對於使用者隱私的保護為品質競爭重要的項目，因此若結合後更改隱私保障的程度將會降低其服務品質，並影響使用者權益，對於結合事業的市場力也會帶來負面的影響。因此主張於此類結合，必須將隱私保障的變化與否納入結合案之評估⁸⁵。並基於消費者保護之立場，主張對於需要將隱私納入考慮的個案，應採用相當作法避免結合事業未來過度運用個人資料以建立、維持或強化其市場力。例如，透過附條件方式，要求結合事業於其後不得更改隱私條款或為個人資料的交互利用者是。

對於日本 2017 年檢討報告認為執法機關應採取積極之態度，介入事業未來對於與隱私相關之個人資料利用的看法，本文並不完全認同。因為不同使用者或消費者對於隱私保障之感受極為主觀。且目前國際對於個人資料保護之法制趨勢，實際上係以尊重當事人資訊自決權（或自主權）為核心，即使嚴格如 GDPR，亦以保障資料主體於充分認知且自主⁸⁶為基礎，允許事業於符合 GDPR 規範之原則與條件下依循合法正當的程序取得資料利用的機會。澳洲 ACCC 於 2017 年提出的消費者資料權（Consumer data right, CDR）概念，亦著眼於賦予消費者對於特定事業（目前適用於銀行）保有與其相關之資料的自主控制權利，正向鼓勵競爭事業對消費者提供更高

⁸⁴ Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center, “Report of study group on data and competition policy,” 61-65 (2017), https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf, last visited on data: 2021/1/18; 公正取引委員会競争政策研究センター，「データと競争政策に関する検討会報告書」，52-54（2017），https://www.jftc.go.jp/cprc/conference/index_files/170606data01.pdf，最後瀏覽日期：2021/1/18。

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ GDPR Article 7, 4 (11).

品質或創新的產品或服務⁸⁷。其所強調的，亦非限制事業對於消費者資料之利用，而是透過給予消費者更強大地資料控制權，促使事業為保有市場競爭力，需要更加尊重消費者，並提供足以鞏固或擴大其客群之商業策略。這其中亦隱含著讓消費者於得以充分掌握資料利用之前提下，更願意相信並將其資料提供給企業，以獲取更高品質之服務的思維。尤其在大數據或 AI 發展的環境下，利用資料形成或提升事業之競爭力或經濟地位，為未來資料經濟發展必然的方向。以執法機關的角度強行限制事業對於資料之利用，包括對於隱私條款的調整，未必即是於數位市場發展下對於消費者權益最好的保障，亦未必有助於資料驅動市場之創新及活絡。

日本 2017 年檢討報告關於結合案之資料審查部分，另一個較為特殊的討論，在於技術研發的資料利用。尤其是必須仰賴大量資料之大數據或 AI 相關技術的研發，由於其未來發展具備高度的不確定性，無法於結合審查當時即確定對於市場可能的影響，故須試圖將可能發生之風險盡可能納入評估。至於個案所涉產品係以演算法之開發與持續發展為基礎，則須所涉資料是否能夠促進機器學習，或強化產品功能改善的循環納入評估⁸⁸，亦即須評估學習效應可能帶來的市場力變動。此一概念，亦可搭配德國前述「競爭的相關資料」呼應，也就是說，涉及演算法開發與機器學習之產品或服務型態，能夠促進機器學習則可被認定為與競爭相關之資料。

此外，對於早期併購的議題，澳洲 ACCC 於前述 2019 年之數位平臺調查期末報告則明確建議，必須於競爭法之結合審查部分，納入結合是否可能導致排除潛在競爭者之疑慮，以及直接被收購者所擁有之資料或技術的價值⁸⁹。至於個案若資料為產品及服務發展資源的事業類型，該資料是否為所涉市場之關鍵資源⁹⁰，結合是否會導致該關鍵資源之取得受到限制，亦需予以關注。例如 Microsoft/LinkedIn 案之調查當中，相關市場之競爭者對於 LinkedIn 的 SI 資料是否可能會因為事業結合被壟斷提出憂慮，其理由在於 LinkedIn 之 SI 資料對於 CRM 之機器學習極有價值。執委會對於此部分之探討，係依循歐盟非水平結合準則中關於原料封鎖之條款，評估所涉資料

⁸⁷ ACCC, “Consumer data right (CDR) project review,” <https://www.accc.gov.au/focus-areas/consumer-data-right-cdr-0>, last visited on data: 2021/1/18.

⁸⁸ Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center, *supra* note 84.

⁸⁹ ACCC, *supra* note 52.

⁹⁰ *Id.*

是否為下游產品之重要原料⁹¹作為認定，並同時關注所涉資料現在與未來於市場上之情形。德國 GWB 第 10 次修正，於第 19 條第（2）項第 4 款亦將「資料」納入關鍵基礎設施的判斷，規定若具備市場地位之產品或商業服務之提供者或購買者，拒絕讓其他事業以合理的對價取得資料、網路或其他基礎設施，而上述資源的取得，客觀上係於該市場進行有效競爭所必要時，為濫用市場支配地位的行為⁹²。因此，於資料驅動結合個案，對於所涉資料之是否具備競爭的關鍵地位，須納入考量。必要時，應得透過附負擔的方式，參考德國對於關鍵資料與濫用行為關聯性之討論，要求結合事業對於所涉關鍵競爭資料保有讓競爭者以合理對價或管道取得的機會。

(3)資料利用與所涉資料類型的差異性評估有其必要

數位相關服務所涉資料類型繁多，不同的服務模式、產業型態與技術，可以取得或利用之資料亦有所不同，相同資料類型於不同產業之重要性，以及對於競爭之影響亦各有歧異，故須以個案為基礎進行分析。歐盟「數位時代的競爭政策」專家報告書當中亦提及，若要正確分析個案所涉資料於市場競爭之角色與影響，必須以個案為基礎切實分析其所處市場、所涉資料的類型與資料的利用情形一併納入考量⁹³。此一評估於大數據環境下之競爭更需予以關注，因大數據其中一個特性即在於資料的多樣化，而不同的資料可能從蒐集到利用所需要的資源或利用上的限制皆不相同，可能成為競爭者市場參進或擴張的門檻。例如個人資料或非個人資料，其蒐集的途徑即有差異，前者可能必須要透過產品之使用者直接參與，或取得合法之第三方資料來源，其取得與利用並受到個人資料保護相關法制的規制；後者，則類型多

⁹¹ European Commission, Guidelines on the assessment of non-horizontal merger under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2008), OJ C 265/6 (Non-horizontal merger guideline), §34.

⁹² GWB, §19(2)

4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit die-ser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zu-gang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu ge-währen, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszu-schalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt.

(Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr.1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021, 3)

⁹³ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *supra* note 31, 74.

元，可能是必須要經由感測技術的開發與佈建，或透過機械設備的直接反饋等方式取得等。

此外，事業獲取資料之目的亦會影響其對資源的投入，以及所涉資料價值與重要性的認定。例如取得資料係用以訓練特定演算法，或發展特定面向之 AI 技術，或需要透過資料分析進行客製化服務或目標式廣告的推展，或用以作為市場參進分析的參考等，其所需要的資料型態與數量也會因而有所差異。故適度對個案所涉資料與用途的差異性進行分析，可協助執法機關對於個案面臨之資料競爭環境有更完整的掌握，亦有助於進一步評估結合事業是否有動機及能力打破既有資料整合應用之限制，以及未來資料市場可能的發展。

3.資料驅動相關事業之多角化發展與跨市場影響

至於針對資料驅動相關事業之多角化結合發展，以及結合審查於跨市場影響之評估必要，目前國際法制發展尚未有直接的規範。然而，德國 GWB 第 10 次修正當中，於第 19a 條針對具備跨市場重要性之事業的濫用行為新增相關規制，雖是針對濫用市場力之行為，但於結合案當中亦可納入考量，以更完整評估結合對於個案所涉相關市場之影響。而所謂具備跨市場重要性事業之認定，依據該條第（1）項之規定⁹⁴，可以從五個面向來判讀：(1)該事業在一個或多個市場具備市場支配地位；(2)該事業之財

⁹⁴ GWB, §19a (1)

Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

(Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr.1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021, 4)

務實力或取得其他資源之管道；(3)於相關聯市場中之垂直整合能力及其活動情形；(4)對於競爭相關資料近用之管道；(5)事業活動對於第三方事業進入市場之重要性，以及對於第三方事業業務之影響力等。此一規範特別針對競爭資料近用管道列入評估，即在於資料驅動事業，對於掌握之資料的運用與影響，未必僅及於獲取資料的市場，而可能基於多元資料利用與創新，於其他市場獲得競爭上的優勢。

對於此類具跨市場重要性之事業，該條文亦提出 5 項應禁止之行為，其中與資料競爭相關者有兩個部分包括：(1)第 19a 條第 (2) 項第 4 款，利用於另一邊支配市場取得的競爭相關資料，與自非支配市場取得之競爭資料整合，而於其他市場建立或增加市場參進障礙，或以任何方法阻礙其他事業，或要求同意得以採用同意前述行為之條款或條件；(2)第 19a 條第 (2) 項第 5 款否認或讓產品或服務之相互操作性或資料的可攜性更加困難，從而阻礙競爭⁹⁵。此一規範之評估方向已涵蓋了涉及資料驅動之數位平臺於多角化經營或進行跨市場運作主要需要判斷之重點，尤其涵蓋了資料的流動、整合與跨市場影響，可作為後續主管機關對類似個案評估的參考。

4. 引入跨部門或外部資源，提高執法之效能

於執法工具或作法強化層面，目前國際實務主要關注於與演算法運用有關之反競爭行為，尤其是運用大數據與演算法進行勾結等聯合行為相關事件之發現，是否能夠透過新興執法工具或調查指引之建立作為輔助⁹⁶等。就結合案之審查部分，並未有如同聯合行為類似而直接之探討。然而，觀諸國際實務就資料驅動結合案之審查，部分問題的存在實際上為競爭法執法上共通的問題。例如所涉個案高度具備跨領域

⁹⁵ GWB, §19a (2)

Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,
4. durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen,...

5. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;

(Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr.1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021, 4)

⁹⁶ ICN, “Big data and Cartels: The impact of digitalization in cartel enforcement,” <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/CWG-Big-Data-scoping-paper.pdf>, last visited on data: 2021/1/18.

影響力及資料應用之特質；或其商品或服務與演算法之開發、運用與機器學習密切相關；或對個案所處市場之產業、技術或商業模式發展趨勢有預測及評估上的困難等。若由此一角度觀之，用於探討大數據環境下聯合行為之政策措施，亦可能有其參考的價值。

國際競爭網路（International Competition Network，下稱 ICN）於 2020 年 4 月於大數據與聯合行為的研究計畫，提出一份對於數位化在聯合行為執法上之影響的範圍報告（Scoping Paper）⁹⁷，認為於執法調查層面，引入外部資源或合作，有助於獲取更完整之資料以進行個案的分析。前述德國卡特爾署於組織層面改組之「數位經濟單位」（Digital Economy Unit）其運作亦須與其他內部支援部門（如資訊科技鑑識或資料科技部門）相互合作，並與其他機構進行必要的交流⁹⁸。本文以為，關於內外資源之充實與合作，實際上應屬於資料驅動相關個案執法上共通的需求。故亦應納入資料驅動結合政策措施之參酌。

（二）國內法制政策因應之探討

對於大數據發展下資料驅動產業之市場競爭，法制政策或執法方式是否有必要有所調整或補充，以使相關規範或措施符合數位時代資料驅動競爭趨勢的發展之問題，各國競爭法主管機關的看法未必一致。故於前述國際法制政策趨勢之整理，可以看出實際僅德國，直接進行 GWB 之修法。歐盟、日本近期雖有法制層面的進展，但並非針對競爭法制本身，而係以新興法制的建立，搭配整體資料政策的考量（例如歐盟 2020 年提出之「歐洲資料戰略」⁹⁹），就所關注之大型數位平臺等數位服務提供者進行規制。競爭法之執法層面，除德國以外之其他國家，包含日本、英國或澳洲等國，則是透過政策研究或指引之建立，進行現有執法原則或方式之補充或調整。再以美國近期對於 GAFAM 壟斷與殺手級併購議題之重視，以及相關訴訟案件之陸續進行，可以推測大數據涉及之資料驅動市場競爭議

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Bundeskartellamt, *supra* note 73.

⁹⁹ European Commission, “A European strategy for data,” https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_en.pdf, last visited on date: 2021/1/18.

題，尤其涉及大型數位服務事業之反競爭行為於競爭法制政策面之因應議題，將持續發展並有相當之變化空間。

基本上資料驅動之數位競爭議題，於未來數位經濟發展的趨勢下，確實為各國皆需面對的問題。惟各國基於產業結構、技術能量、法制以及歷史文化背景之差異，資料驅動產業與市場環境發展狀態與進程亦不相同。故於法制政策因應層面，仍需依據國內產業現況，以及國內產業與國際資料驅動事業或市場環境之關聯，進行適度的考量。而國內目前提供大數據價值鏈各項服務之事業，亦即前述以「資料」或其密切關連之周邊服務為產品（product）之事業形態，皆尚在發展中，規模不大並部分仰賴政府政策及配套計畫之鼓勵與協助。至於運用「資料」作為其他產品或服務發展或提升資源（input）之事業形態層面，則因產業別而有相當的落差。然而，即使是本身即具備高度資料匯集與演算法運用之電子商務相關服務，國內亦尚未出現如同 Amazon 等大型跨國電子商務平臺規模之事業，遑論更未出現如同 Google 或 Facebook 等大型之數位服務平臺。若就我國產業（尤其中小企業）與國際大型數位服務之關聯來看，則多半立於對服務依賴之地位，實際上與日本或歐盟之產業處境較為相當，屬於服務利用者的角色。

因此，美國現階段試圖透過回溯之方式，研究大型數位平臺運用早期併購方式降低市場競爭壓力之議題，並採取較為強硬之訴訟機制，期望對於巨型資料驅動數位平臺進行拆分等相關發展，雖有關注的價值，但就法制政策層面之於我國現況尚無參酌之可能或必要。而基於產業市場發展的狀態與需求，部分來自歐盟之法制方向或累積之執法經驗，或可提供國內未來面對相關個案評估之參酌。考量資料驅動市場環境仍處於變動的狀態，對於資料驅動事業結合執法之相關法制政策配套，宜採取漸進式的做法，以部分觀察、部分累積、部分先行的方式規劃。

1. 「資料」影響納入市場地位或市場力認定，採取指引先行策略

我國公平交易法（下稱公平法）之立法模式與德國 GWB 並不相同，除了在第 7 條規範了獨占地位的認定，並無如同德國將相對市場優勢地位入法的情形，多透過第 25 條處理關於相對市場優勢地位的議題。故現階段而言，要將「資料」或所謂「競爭的相關資料」之獲取，以法律修正方式納入市場地位之評估，有其難度，且於國內產業發展現況而言，亦尚無必須入法之急迫性。然而，國內目前已有涉及資料驅

動之產業個案陸續出現，應可考量將「競爭的相關資料」之獲取等涉及「資料」影響市場地位或市場力判斷之相關要項，以指引方式先行建構。其內涵可以包括：「競爭的相關資料」界定的原則，以及「資料影響市場力之判斷要素」等。

2. 累積案例評估新興結合申報門檻之研議

以德國 GWB 第 9 次修正之第 35 條第 (1a) 項關於結合審查門檻之修訂來看，其設置結合交易價值超過 4 億歐元之新門檻，主要目的是希望能將新創產業（包括小型具發展性的資料產業）被高價併購的相關個案，不會因為資本額或營業額未達結合申報門檻，而無法進入結合審查程序，由競爭執法機關把關審理，導致早期併購或殺手級併購過度猖獗，扼殺新創發展，並使得大型數位平臺等事業因缺乏有效競爭而呈現大者恆大的情形。其第 35 條第 (1a) 項另一部分著眼於大型事業併購小型事業之做法，將大事業併購於德國境內具備相當程度運作但營業額未達門檻之事業，亦能納入結合審查。此一作法使得執法機關有機會可以了解個案實務發展之情形，適當的踩剎車或基於未來發展的不確定性，透過負擔的設置，降低結合對市場競爭可能產生的不利益，實有其必要。然而，基於各國產業結構與市場狀態之差異，結合交易價值之門檻設計必須符合國內實務之發展，德國設定交易價值超過 4 億歐元，未必適合國內產業實務，故需累積適當之個案或進行一定期間之市場狀況分析與調查，再行研議。或可評估於公平法第 11 條結合申報事由，將對市場有一定影響力之事業，併購新創事業或小型具潛力或競爭價值之事業（包括具備資料競爭價值）預留進入結合審查的機會，或嘗試考量資料驅動相關產業之多角化經營特性，進行規範的研議。例如，於參與結合事業之核心產品或服務，市占率或前一年度營業額達到某一設定門檻，而此一門檻應為未達現行公平法第 11 條第 1 至第 3 款規範門檻，但透過累積個案認定於市場上已具備一定影響力者，若與於國內已具備相當程度運作之事業，或符合國內對於新創事業認定之相關原則¹⁰⁰之事業為結合者，亦應先向主管機關提出申報。並建議於條文中保留主管機關得另行公告「具備相當程度運作之事業」的認定基準之相關規定等。

¹⁰⁰ 可參酌經濟部中小企業處新創事業獎作業要點（110 年 01 月 29 日中企創字第 11003000660 號令）第 2 點，參加獎項選拔資格之認定標準，為須符合中小企業認定標準，且在 5 年內成立之新創事業；或可參酌經濟部頒布之「具創新能力之新創事業認定原則」（110 年 03 月 17 日經授企字第 11020390540 號令）。

3. 建立結合審查參考要項

國內對於結合案之審理，主要以「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」（下稱結合申報處理原則）作為輔助，使結合審理對於事業而言具備預見可能性。關於多角化結合之審理，目前結合申報處理原則第 12 點亦已涵蓋跨業經營影響、技術進步之跨業經營可能性、跨業發展計畫及其他潛在競爭可能性因素的判斷等必要項目，應已符合資料驅動產業多角化結合判斷的需求。惟結合申報處理原則係針對一般性之結合審查訂定之原則，至於資料驅動相關事業之結合，應有哪些需要納入判斷的要素，則有必要另為整理，或可參酌國際實務累積之經驗，以及相關法制修訂或研議之重點，建立案件審查之指引，以協助主管機關進行相關個案之審理。可參考之指引可能包括：

(1) 資料驅動結合個案判斷參考要素

此部分可以從「個案所涉資料特性」以及「結合案本身之特性」兩個面向切入建構。

就個案所涉資料特性部分，可參考本文前述整理之資料與市場力形成之關聯部分，從產業對資料應用之特性，以及個案所涉資料之特性著手。考量結合事業分別擁有之資料類型、規模、特性、市場狀態、結合後資料市場可能的變動，以及結合事業相關資料利用限制（如法律、技術、契約等）。

於結合個案特性層面，則可搭配評估結合事業突破資料利用限制之誘因與可能性、結合事業特性與過往競爭策略、結合事業未來規劃之資料利用目的，以及受合併事業之未來發展性與競爭可能性等要素綜合判斷。

(2) 常見個案判斷盲點

對於資料驅動之結合，由國際個案累積之經驗，可知第一步會考量的為個案擁有大量的資料，結合會使資料集中而走向壟斷。然而，資料的量與規模，是大數據本身的特性，為進入資料驅動競爭相關市場的基本門檻，其市場力的取得尚須就其他因素綜合判斷。尤其必須注意到，於資料驅動的市場環境，對於資料利用的限制，無論是法律面、技術面或契約面的存在，多數具備突破的可能性。由歐盟處理 Facebook/WhatsApp 案之經驗即可看出，案件審理當時看似困難的技術限制，於結合事業具備強大競爭利益，並有足夠之能力的情況下，仍然會予以突破。

再者，資料驅動的商業模式有多元發展的可能性，主管機關很難直接確認該結合案所涉事業實際期望的結合價值為何，可能著眼於結合事業目前的資料優勢，亦可能是拓展未來的資料來源，抑或有其他目標策略（如降低競爭壓力、跨市場參進需要等）。此時要考量的是面對資料驅動相關市場的動態發展，執法機關想要採取的態度為何。是寧可錯殺一萬也不可放過萬一（誤殺），或是為維持產業創新的動力，而傾向「錯放」，也許必須以國內資料經濟發展狀態，以及執法機關所要維護之市場競爭價值間取得一個平衡。

(3)個案輔助評估要項

接續前述資料驅動商業模式有多元發展且難以預測之特性，主管機關於結合審查時，需考量其他輔助評估之要素，以使相關判斷更符合市場或技術之現況或可能的趨勢走向。德國 GWB 第 9 次修正所提出的結合整體價值，可作為參考要素之一。其他亦可輔以第三方對結合事業採用之技術及其可能之發展或預測、國際類似之技術或商業模式發展情形、相關市場所涉產業或競爭者，對於市場趨勢之預期與相關意見等，進行個案之輔助評估。

4. 配套執法措施或資源之強化

由國際實務觀之，競爭法主管機關面對大數據環境之資料驅動市場競爭，除了法制政策層面之研商外，由於此類市場競爭，無論是資料本身應用發展的彈性，以及相關演算法或技術之開發與應用，提高了主管機關對於商業模式的特性、所涉市場之界定、市場現況與未來發展趨勢之判讀、跨領域產業間之關聯與潛在競爭可能性等問題之掌握，產生相當的困難。

現階段國內結合審查，依據公平法第 11 條第 10 項之規定，主管機關得徵詢外界意見，必要時委託學術研究機構提供產業經濟分析意見。故若個案所涉事業類型新穎，或對其市場狀態與影響有疑慮時，主管機關則依法函請相關單位或學者專家提供諮詢意見。惟諮詢函文除提供簡短之基本背景資料外，所諮詢之問題對於受諮詢對象而言，時而出現範圍太大無法掌握問題重點，或並無現有之產業調查等相關資料可取得，而無法於函文限制之時限內進行適度調查或分析之情形。追本溯源亦是在於此類產業變化極大，主管機關對於相關商業模式與市場無法適度的掌握，且尚未建立適當的審查方向，故亦無法提出更具體之諮詢問題。且第三方產業調查分

析機構，其既有之技術或產業調查重點，於主管機關未為事前委託之情況下，未必擁有符合競爭法主管機關以執法角度所需要了解或分析之資料。因此，若要對資料驅動之事業結合等數位經濟環境下之個案審理，應可對於配套執法措施或資源的強化加以考量。大致有以下幾點可作為參酌：

(1)運用指引與技術工具之搭配，強化個案諮詢機制

對於資料驅動相關產業之分析，需要有一定時間或一定廣度的調查資料積累，方能建立更明確之問題導向，以有效取得與結合案更直接或精確之相關產業、技術與市場態樣分析建議。故可考量是否得以調整諮詢之方式或建立輔助之工具，協助主管機關對於個案設計更為具體、有引導性之問題或問卷，或輔以公開意見徵詢之機制或工具，以取得其他意見來源，補充針對性之意見徵詢可能產生的盲點。

可考慮以個案類型化的方式，搭配建立適當的審查要項指引（如前述對於資料驅動事業結合設置之審查要項指引），或可搭配資訊系統的規劃，協助執法機關對個案產製初步的諮詢引導文件，再由主管機關人員秉持專業及對個案初步分析的結果予以調整，應有助益。未來並可進一步建立之諮詢題庫，並藉由滾動檢視的機制，將新個案或產業型態發展出之資料納入補強（包括採用機器學習的概念），促使相關問題的導向與產業市場實際發展，不致有太大的偏離。

(2)當事人參與概念融入個案審查流程之思考

實務上於結合審查之過程，主管機關亦會對於個案可能影響之競爭者或利害關係人之意見進行一定程度之蒐集。而資料驅動之相關產業所提供之服務，常搭配演算法或其他數位技術，執法機關除透過主動諮詢外，要獲取具關鍵性之判斷資訊，常有其困難。若可於個案審查流程當中，設計相關機制反向促使當事人或其競爭者主動揭露重要之判斷資訊，或許可以緩解主管機關判斷資料取得之難題。例如，規劃當事人自我揭露之機制，或於程序上讓結合事業與可能之競爭者或利害關係人有機會就對方提供之意見或資料提出質疑，使競爭者不待主管機關的要求，主動提供必要的資料，以協助主管機關形成心證等。

(3)內外部資源強化，提升執法效能

從前述 ICN 之意見以及德國卡特爾署就所屬「數位經濟單位」就個案調查的要求可知，與數位經濟相關的案件，由於資料相關之技術應用與商業模式變化極大，

無論在市場資料、技術層面與發展趨勢的分析，皆有必要與內外部單位相互合作。尤其為避免如同 Facebook/WhatsApp 案，執法機關因高度仰賴結合事業提供之資訊，導致對於結合事業資料整合可能性之誤判。有必要建立內外部合作之程序或機制，以於個案審查保密的邏輯下，充足主管機關於此類高度技術性與變動性之案件的審查能量。例如引入專業產業分析能量，協助建立必要之產業資料庫；並強化內部資料分析人才，以利就個案所需的資料進行有效的分析，或於引入外部人才資源的情況下，對於外部分析的方式與結果得以適度的篩選或指導等。

五、結論

資料驅動之事業結合，為大數據發展下探討競爭政策與執法發展最早之類型。因此國際法制政策或執法實務上，亦具備較多之經驗累積，以及法制政策配套之變化。於國內亦逐步推展資料經濟之此時，可預見未來國內涉及資料經濟之結合個案出現可能性將會提高。若能對應國內法制、執法實務與市場運作之需要，進行相當之整理與規劃，將有助於協助主管機關因應個案審查可能之需求。故本文首先以大數據之定性與商業競爭或商業模式發展之關聯作為前導，接續整理國際實務就資料與市場競爭關聯性之看法，並從國際執法個案當中整理出資料驅動結合案，於審理與執法判斷上重要的議題與執法機關的看法，輔以整理國際上與資料驅動結合相關之主要法制或判斷原則之變化，最終對應國內執法現況提出對國內法制政配套可能思考方向之建議。

資料經濟的推動雖為全球共通的發展趨勢，然各國基於產業結構、技術能量、法制以及歷史文化背景之差異，資料驅動產業與市場環境發展狀態與進程亦不相同。故法制政策因應層面仍需要考量國內產業現況，以及國內產業與國際數位市場環境爭關聯。法制建構層面，由於國內案件累積尚不充足，故無法如同德國直接以結合交易價值作為提高個案進入結合審查之彈性門檻。然而，鑒於資料驅動之結合案，多數案件無法達到傳統著重市占率或營業額之門檻之情形，導致相關個案無法進入結合審查，使得主管機關無從累積對此類個案審理之經驗，亦無法透過實務發展，掌握國內資料驅動競爭環境切實之發展。故本文以為，未來實有必要考量於公平法第 11 條結合申報事由，為大型事業併購新創事業或小型具潛力或競爭價值之事業（包括具備資料競爭價值）預留進入結合審查的機會，或針對資料驅動相關產業

之多角化經營特性，進行必要規範的研議。除此之外，於執法能量之累積與強化上，基於資料驅動市場仍處於高度變動之狀態，國際法制實務基於個別國家或國際組織本位之政策立場，就相關法制政策之規制與執法之態度亦尚未形成共識。建議現階段，國內可先採取指引先行之策略，建立對於資料驅動結合個案審查與執法之輔助工具，並強化執法機關內外部資源之整合與連結，以部分觀察、部分累積、部分先行的方式，逐步奠定審理相關個案之基礎。

參考文獻

中文部分

- 童啟晟，「台灣發展巨量資料產業之機會與挑戰」，證券櫃檯，第 174 期（2020）。
- 趙祖佑、周駿呈、涂家瑋，物聯網應用發展趨勢與商機：資料經濟篇，初版，財團法人工業技術研究院產業經濟與趨勢研究中心（2015）。
- 黃仕宗，美日歐數據共享政策分析，資策會產業情報研究所（2019）。

外文部分

- ACCC, *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, ACCC (2019).
- Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt (2016).
- Barney, Jay, "Firm Resources and Sustained Competitive Advantage," *17(1) Journal of Management* (1991).
- Bashari Rad, Babak & Ataei, Pouya, "The Big Data Ecosystem and Its Environs," *17(3) International Journal of Computer Science and Network Security* (2017).
- Cavanillas, Jose Maria, Curry, Edward & Wahlster, Wolfgang, *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, 1st ed., Springer (2016).
- Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, *Competition Policy for the Digital Era*, Directorate General for Competition (European Commission) (2019).
- CMA, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Interim Report*, CMA (2019).
- Laney, Doug, "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety," *Application Delivery Strategies*, META Group Inc. (2001).
- OECD, "Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by 'Big Data'," *222 OECD Digital Economy Papers* (2013).

Sedkaoui, Soraya & Khelifaoui, Mounia, *Sharing Economy and Big Data Analytics*, 1st ed., Wiley-ISTE (2020).

Steele, Liz & Orrell, Tom, *The Frontiers of Data Interoperability for Sustainable Development*, Joined-up Data Standards (2017).

Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P., *Big Data and Competition Policy*, 1st ed., Oxford University Press (2016).

Van Til, Harry, Van Gorp, Nicolai & Price, Katelyn, *Big Data and Competition*, ECORYS Research Group (2017).

Data-driven Merger and Competition Legal Policy under the Development of Big Data

Chiu, Ying-Hsi *

Abstract

In the era of the digital economy, if a company expects to gain a competitive advantage, it must have the ability to obtain essential data to effectively compete and achieve a better market position. Recent trends in international legal enforcement have mainly focused on how giant digital platforms, for example GAFAM, use various strategies to gain competitive advantages in data-driven markets, in particular the diversified merger policies adopted by data-driven businesses. In recent years, the European Commission has already made many important decisions related to the merger cases of data-driven companies, and the US government has also paid much attention to “Killer Acquisition” cases involving Big Tech since early 2020. This article first divides businesses driven by the big data value chain into two categories: first, companies that create “data” and the related services as a “product”, and second, companies that use “data” as an “input” to develop or enhance their products or services. After making such a classification, it is then possible, through the analysis of the way in which each company uses data, and the characteristics of the data involved in each case, to explore the connection between the data received by companies and their market power.

This article then discusses the essential merger issues of concern in the main cases and summarizes those discussions into six key concepts, including: (1) issues related to the connection between the data collection and the usage by the merging companies; (2) the impact of the data characteristics during merger reviews; (3) the intention and possible restrictive activities between the merging parties; (4) the impact on the data market after the merger; (5) issues of early acquisition; and (6) the cross-market impact assessment of data-driven businesses. Finally, this article provides suggestions for domestic legal policies

Date submitted: January 21, 2021

Date accepted: April 7, 2021

* Chiu, Ying-Hsi, J.S.D., College of Law, National Chengchi University, Taiwan; Senior Research Director, Science & Technology Law Institute, Institute for Information Industry; Adjunct Assistant Professor of Law, Department of Financial & Economic Law, Chung Yuan Christian University & Department of Financial Law, Ming Chuan University.

on the basis of observations regarding the trends of international legal policies and legal enforcements. The opinions in this article suggest that, since the domestic data-driven market is still developing, our legal policies should be planned in a gradual manner. For example, our competent authority could begin by establishing suitable guidelines and incorporate elements of “data” into the assessment of market power, and then accumulate sufficient cases to develop a new threshold for merger declaration. After that, our competent authority could set up requirements for a merger review related to data-driven businesses, and strengthen legal enforcement measures and necessary resources to build up a competitive legal environment that is suitable for the development of big data and the digital economy.

Keywords: Big Data, Data-driven Merger, Killer Acquisition, Data Monopoly, Competition Policy.