

## 創新與結合管制(下)

■演講人：顏雅倫委員  
(公平交易委員會)

### 肆、歐盟結合管制與創新

#### 一、 歐盟水平結合準則中的創新

在歐盟水平結合準則中明文承認，減少創新亦為結合案增強事業市場力量的指標之一。如市場上創新是重要競爭動力，事業透過結合能增強引進創新的能力與誘因。如為兩個重要創新者之結合案，則會顯著阻礙競爭。事業若擁有頗具潛力之研發中產品，即使市場占有率甚小，仍為重要的競爭力量，不會使用簡化申報程序。創新如果為市場競爭重要因素，此在審查結合案的共同效果上是有利因素，因較多的創新，產品多樣性就高，產品多樣性高則會使各家廠商競爭條件不同，事業間會更難以彼此協調。故若參與結合事業包括獨行俠公司，則可能會消滅多元性，對審查結合案共同效果是不利因素。歐盟的非水平結合準則也認為，所謂增強市場力量，係指包括一個以上事業能減少創新但仍能獲利的能力。在非水平結合案件，若結合後新事業在每一相關市場之市場占有率低於30%且結合後HHI指數低於2000，即較無限制競爭疑慮。但結合案如涉及近期顯著擴張之公司，例如因近期創新等，即屬特殊情況，則須考慮較多因素，並不因參與結合事業較小，仍看不出潛力，而採簡易措施。

#### 二、 2016（含）年以前歐盟執委會之執法傾向與政策

##### （一）概說

在2016年以前，歐盟執委會會衡量系

爭結合案是否會移除市場中能對參與結合事業施以顯著競爭壓力的開發中產品，尤其是開發中產品會不會在參與結合之後，直接被終止或放棄。但是當時納入評估的產品，多為開發晚期之特定產品，亦即該等產品預估會在短期內約2-3年即進入市場。2014年至2016年間，歐盟執委會更明確評估創新誘因，包括系爭交易對創新誘因之一般影響，以及參與結合事業是否可能減少研發競爭。

##### （二）代表案例

2016年以前的代表案例包含Intel/McAfee案（2011）、Medtronic/Covidien案（2014）、Novartis/GSK案（2015）、Pfizer/Hospira案（2015）與GE/Alstom案（2015），在當時歐盟雖然是評估既有商品，與接近商業化商品重疊的部分，但是在Pfizer/Hospira案可以發現，歐盟執委會開始將納入評估創新損害的產品研發階段往前推。

##### 1. Novartis/GSK案（2015）

在此案，歐盟執委會採取較擴張之審查觀點，分析所有參與結合事業之研發努力，且不僅針對特定產品，更評估開發中產品得否成功進入市場。歐盟執委會在此案對創新損害的評估則與美國類似，包含評估結合對參與結合事業創新誘因、是否對創新競爭產生寒蟬效果，以及結合案內部化相互競爭之開發中產品間預期銷售競

爭，導致參與結合事業減少研發投資。即使是在這個案子，歐盟執委會雖考量參與結合事業內部研發減少，但所評估之創新損害仍與既有產品有關。

## 2. Pfizer/Hospira案（2015）

本案則將評估時程更加向前推移，通常潛在競爭的評估以2-3年會進入市場的產品或服務為準，雖然本案Pfizer開發infliximab生物相似藥之時程可能長達6-8年，但歐盟仍將此納入潛在競爭之評估。此案跟Dow/DuPont案相似，同屬製藥產業，存在管制法規，能預估藥品研發進入到哪個階段有明確資料，較能抓出時程。

## 三、2016年以後：Dow/DuPont案的變革與影響

### （一）歐盟執委會於Dow/DuPont案的主要見解與認定

本案最重要是提出創新空間（innovation spaces）的概念，創新本身非一市場，而為上游技術市場與下游產品市場之投入活動。歐盟執委會於評估創新空間時，著重於參與結合事業研究路線（lines of research）以及早期開發中產品（early pipeline products）間的重疊部分，以及參與結合事業之一的研究路線與早期開發中產品將與另一參與結合事業既有或潛在產品於市場中相互競爭部分。就該案對整體產業之創新競爭的影響，歐盟執委會所考量的，包含參與結合事業相關全部研發機構，即用於研發、登記新活性成分資源、人員、設備以及其他有形或無形資產，並可透過相關事業所持有之專利組合（patent portfolio）與專利引證數（patent citations）作為衡量指標，而非創新支出費用。

歐盟執委會認為，本案所處產業具有寡占創新競爭（oligopolistic innovation competition）特性，參與結合事業於系爭結合案前，其就創新競爭之活躍性與重要性，更甚於其下游產業市場占有率與其創新支出占比所示。參與結合事業在其大多數現有之研究路徑與早期研發中產品上，彼此均為密切競爭者，參與結合事業減少創新努力，將可能顯著影響多數創新空間，且因而於此等創新空間顯著減少有效創新競爭。除參與結合事業外，剩餘之3家研發整合業者，因其等資產、能力與強度有所差異，且面臨研發前後之生產能力限制，以及不具於市場中積極競爭之誘因等因素，無從增加其研發努力以彌補參與結合事業所減少之創新競爭。

### （二）Dow/DuPont案的創新損害理論

歐盟執委會於Dow/DuPont案中的評估因素，包含創新競爭（innovation competition）、產品市場競爭（product market competition）以及專屬利用能力（appropriability）。歐盟執委會認為，此案為重要競爭者間的結合案，於參與結合事業專屬利用能力高且無結合特定效率時，即可能會減少產品創新（product innovation）。參與結合事業產品間可能的銷售移轉（the diversion of sales），會影響既有產品與未來產品的競爭。歐盟執委會認定，此結合案會使參與結合事業間喪失創新競爭，停止既有開發中產品、減少未來研發努力以及未來產品市場競爭。

綜合前述，歐盟執委會認為若創新多數係屬受有效智慧財產權保護之產品創新，則提升專屬利用能力所增加的創新誘因，即不會扮演重要角色。而增強專屬利用能力或經

濟規模所生之促進創新效果，應被當作結合相關效率，而由參與結合事業舉證證明。

### (三) Dow/DuPont案引發之爭論

#### 1. 結合審查範疇之過度擴大與高度不確定性

歐盟執委會於Dow/DuPont案中的「創新空間」分析方式，進一步擴張審查範圍，不但包含特定潛在未來產品，亦涵蓋結合案對創新之早期效果，亦即參與結合事業尚未有具體產品成形、尚未界定或尚需數年才能上市之概念或產品的早期研發努力。

與美國早期創新市場（innovation market）的不同，弱化創新競爭與一或多個下游市場之消費者損害間的因果關係為何，並不清楚，故據此評估結合案有顯著或實質減少競爭，更形困難。此外，歐盟執委會並未為量化分析，以證實該案之創新轉換率（innovation diversion ratio），有論者批評歐盟執委會於該案之創新競爭損害理論具高度猜測性，可能產生結合管制執法過度的問題。

#### 2. 價格單方效果理論適用於創新競爭？

從歐盟執委會的前述見解，有論者批評，未來參與結合事業若只要有任何研發努力是重複的，就可能直接被推定限制競爭，然而應考量事業結合後得整合研發活動可以提升研發投資與創新效率。

創新轉換效果（innovation diversion effect）非絕對負面，若屬導向水平差異化之創新（亦即該等創新能讓創新者吸引非競爭者之客戶），反而可能舒緩價格競爭而使競爭者可能得獲取更多銷售。

#### 3. 參與結合事業難以舉證效率抗辯

歐盟執委會未以任何明確指標衡量市場力量或量化與任何實際市場相關之限制競爭損害，參與結合事業難以判斷如何提出綜效評估並說明結合案整體促進競爭。

於歐盟結合管制實務中，歐盟執委會未曾單獨以結合特定效率能彌補消費者損害為由准許結合案。歐盟執委會於Dow/DuPont案所操作之評估模式，實際上會導致只有限制競爭層面的單向評估。

再者，智慧財產權強弱並不完全等同創新專屬利用能力，市場上仍可能有不侵害其智慧財產權之創新模仿或他事業利用其自身智慧財產權於市場競爭等空間；另一方面，即使處於智慧財產權較弱的市場，事業對其創新亦可能有高專屬利用能力。

#### 4. 證據資料與救濟手段

批評者也認為，歐盟執委會並未分析開發中產品的成功機會與其能成為有意義競爭者的可能性。而不論是參與結合事業之內部資料或第三方資料或證言，其代表性、正確性或可信度，均有一定爭議。且由於歐盟執委會之競爭損害評估相當抽象，如何設計救濟手段也高度困難，亦難以評估其有效性。

### 四、Bayer收購Monsanto案

本案係屬寡占市場，歐盟執委會在本案採取與Dow/DuPont案相同的分析方式，即套用評估價格單方效果之模式來分析創新效果，但更細緻化區分潛在競爭與創新競爭。如果是潛在競爭，則適用傳統分析方法即可，如果是更長期的創新

競爭，則做進一步分析結合後事業是否會終止、延後或變更開發中產品之研發計畫，以及結合案是否會降低整體產業之創新誘因。本案最後亦是採取結構救濟，歐盟執委會要求Bayer出售參與結合事業重疊之種子與殺蟲劑市場的相關營業與資產（包括研發部門）予BASF，更要非專屬授權相關程式、數據與演算法。

## 五、 歐盟執委會於Dow/DuPont案後的執法態度

### (一) 結合案中之創新因素評估

若參與結合事業之一的開發中產品（pipeline products），如其完成度高、已可能達到商業化之程度，又與其他參與結合事業之既有或開發中產品重疊，歐盟執委會認為此時主要競爭顧慮為未來價格效果。特別是如系爭結合案可能導致終止該開發中產品，則系爭結合案會降低產品多樣性與導致相關產品價格提高。

### (二) 創新與效率

當參與結合事業主張系爭結合案可使其更有效分享知識因而增加創新誘因，則須評估結合案能否提升結合後事業專屬利用能力或內化非自願性知識外溢，而抵銷限制競爭之不利益。在某些產業，因有效之智慧財產權或產品生命週期管理技巧等因素，結合前已有得對抗模仿之強大保護，此時系爭結合案就較不可能藉由內化非自願性知識外溢，而增加創新誘因。

### (三) 救濟手段的設計與落實

涉及創新之案件，若欲要求參與結合事業之一移轉相關創新以維護競爭，通常需要充分範圍與規模之營業活動或資產處分救濟，原則上此等處分必須涵蓋可獨立存續之研發機構、單位。

## 伍、我國結合管制與創新因素評估

### 一、 公平會論及創新之結合管制相關規定與規範說明

公平會目前尚未在結合審查辦法或處理原則中，說明或論及結合審查應如何納入創新因素之評估以及相關評估架構的基本方向。

### 二、 公平會過往結合案件決定書關於創新的論述

目前公平會的結合決定書多未特別著重創新，論及創新者的案件有以下幾案，有將創新放在限制競爭的不利益中進行討論者，亦有放在整體經濟利益裡面評估者。如果參與結合事業因結合而取得獨占地位，公平會認為此會因缺乏競爭壓力而降低創新誘因。而規模經濟、資源整合對創新之正向效果，則是列入因結合所生綜效予以評估。因時間因素，以下只先就其中幾個案件簡短說明。

#### (一) 雅虎公司以現金收購無名小站結合案

本案雖是早期案例，但是在本案中有特別提及新進業者因技術創新進入市場並無障礙，且此結合案係對網路創新者之鼓勵。

#### (二) Hitachi Ltd.等6家事業共同經營One-Blue, LLC 結合案與LG Electronics, Inc.等4家事業共同經營One-Red, LLC 結合案

於該等案件中，公平會特別提及非專屬回饋授權可避免降低被授權人研發誘因而有助創新。

#### (三) 遠傳電信股份有限公司與亞太電信股份有限公司擬於3.5GHz頻段進行頻率與網路共用合作結合案

本案為近期案例，公平會認為此結合得減少經營成本與重複投資、提升使用效能而

得刺激業者開發垂直應用等創新業務，但整體而言評估創新因素的篇幅較少，且係列在整體經濟利益層面為綜合評估。

## 陸、結語

參照前述說明，評估結合案對創新之影響，大抵會從參與結合事業結合前後之創新誘因變化、專屬利用能力強弱、以及個別產業與事業所處之市場結構與研發投入等面向切入。從過去結合案件中可知，公平會已經開始採用向上定價壓力（upward pricing pressure, UPP）分析結合案，將來是否參考向上定價壓力模式以分析創

新因素，必須要先累積足夠了解與支持向上定價壓力理論之法院判決。而市場占有率在評估結合案對創新影響之重要性，會日趨弱化，而需納入其他指標與分析架構為輔助。從公平會之相關規範、執法實務以及國內既有研究論之，我國有必要積極思考如何在結合案件中評估創新因素的基本原則與架構，包括如何設計與執行可能的救濟手段。

（本文係講座民國111年12月8日於公平會發表之演講內容，經政治大學風險管理與保險學研究所黃佑婷同學摘要整理並經講座審訂） 