

與國際接軌-認識國際反托 拉斯法規範

陳志民

公平交易委員會副主任委員

2023年11月21日

大綱

- 導論
- 數位科技與市場競爭
- Covid-19與危機下的事業競爭規範
- 全球性通膨與競爭政策
- 戰爭、抗中及地緣政治-競爭與國家安全與利益間之取捨
- 永續發展-競爭與綠色經濟
- 結論

導論

- 影響近年來國際間反托拉斯規範走向的主要因素
 - 數位科技的快速發展與產業運用，創造了新的商業模式及市場競爭議題
 - Covid-19疫情下，企業因應作為與競爭法規範圍間之衝突
 - 全球性通膨，企業擲節成本確保獲利之競爭法規風險
 - 戰爭(俄烏、以巴)、抗中及地緣政治 / 自由競爭與國家安全與利益間的取捨
 - 永續發展(sustainability)-以競爭實現「綠色經濟」的可行性?

數位科技與市場競爭：事前(ex ante)管制與事後(ex post)規範的爭議

- 反托拉斯法本質是「事後」規範
 - 個案性/議題導向
 - 落實在對具體競爭行為的違法評價
- 事前管制之理由
 - 經濟面: 明顯、普遍存在且事後規範手段無法正本清源的「市場失靈」傾向
 - 非經濟面: 基於非經濟面政策之考量(公共衛生、社會安全、國防...)
- 制定有效的事前管制，有賴掌握足夠的管制資訊，方能設定具體可被遵守的「門檻」(threshold)及可以對症下藥的管制措施，否則有可能出現「政府失靈」！

數位科技與市場競爭：事前(ex ante)管制與事後(ex post)規範的爭議

- 針對數位(平臺-GAFAM)競爭採行事前管制之理由
 - 數位平臺席捲市場絕大部分的利潤
 - 演算法(algorithm)的設定不透明
 - 雙邊(多邊)市場及「間接網路效應」/ 市場「傾斜」(tipping)
 - 使用者不可能不使用，地位實質等同公用事業
 - 對有意加入市場競爭的新進平臺，有難以克服的市場進入門檻，特別是取得競爭所需資料數據(data)之能力
 - 濫用資料數據(data)，侵害使用者隱私，及妨礙市場競爭

數位科技與市場競爭：事前(ex ante)管制與事後(ex post)規範的爭議

- 「事前」或「事後」之核心爭點：
 - 與傳統採行「事前」管制產業有本質上的不同 / 「事前」管制的理由，很可能是競爭後的「分配」問題，不是競爭問題
 - 「創新」利益被平衡考慮的必要性更高
 - 高度的「動態」競爭，難以正確掌握制定管制措施所需資訊
- 採行「事前」管制的主要國家：
 - 歐盟: Digital Market Act (DMA)
 - 日本: The Transparency and Fairness Act
 - 德國: 2021年修正GWB
 - 澳洲: News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code

數位科技與市場競爭：事前(ex ante)管制與事後(ex post)規範的爭議

- 歐盟「數位市場法」(Digital Market Act)內容簡介

- 立法目的在避免大型數位平臺取得過大的市場力量

- 歐盟執委會得指定特定平臺為「守門員」(gatekeepers)，認定標準：

- 年營業額，及至少在3個歐盟會員國中提供服務
 - 用戶數(個人或企業)，且
 - 最近3年符合第2項門檻

- 2023年9月歐盟公告「守門員」名單，包括Google, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft

數位科技與市場競爭：事前(ex ante)管制與事後(ex post)規範的爭議

- 「守門員」在DMA下的主要義務
 - 「相互可操作性」(interoperability)義務
 - 允許商業用戶得近用其在守門員平臺上所創造的資料與數據
 - 提供在「守門員」平臺上刊登廣告的用戶，得以獨立確認平臺上廣告內容的工具和資訊
 - 允許商業用戶得以在「守門員」外的其他平臺進行促銷或與其客戶締約
 - 不得採行特定的不公平競爭行為，如禁止使用者解除安裝預載應用軟體、搭售等

數位科技與市場競爭：數位化加深競爭疑慮

- 數位技術的4V(volume, velocity, variety, value)特色加深交易安排的限制競爭疑慮：
 - 殺手併購(killer acquisition)
 - 自我偏好(self-preferencing)
 - 演算法與市場勾結(algorithm and market collusion)
 - 差別性個人化訂價(discriminatory personalized pricing)

數位科技與市場競爭：數位化加深競爭疑慮

- 殺手併購

- 就問題本質而言，其實就是限制「潛在競爭」(potential competition)的議題

- 數位科技提升事業預測未來競爭對手的可能性與準確度

- 扼殺小但創新能力高的事業參與競爭的機會，特別是新創(startup)公司

- 併購金額可能低於結合申報門檻，競爭主管機關無法進行審查

數位科技與市場競爭：數位化加深競爭疑慮

- 殺手併購之法規因應

- 德國

- 奧地利

- 南非

- 中國

- 歐盟

數位科技與市場競爭：數位化加深競爭疑慮

- 殺手併購之個案介紹

- 英國: Meta/GIPHY案

- 歐盟:

- Illumina/Grail案

- Towercast案

- 美國:

- Illumina / Grail案

- Visa / Plaid案

2023/10/1 下午4:00

Lina Khan Blocks Cancer Cures - WSJ

This copy is for your personal, non-commercial use only. Distribution and use of this material are governed by our Subscriber Agreement and by copyright law. For non-personal use or to order multiple copies, please contact Dow Jones Reprints at 1-800-843-0008 or visit www.djreprints.com.

<https://www.wsj.com/articles/lina-khan-blocks-cancer-cures-illumina-grail-early-stage-blood-detection-anitrust-6e2738c1>

OPINION | COMMENTARY [Follow](#)

Lina Khan Blocks Cancer Cures

Illumina's acquisition of Grail would save lives, and it's crazy for the FTC to call it a monopoly.

By John Tamny

April 27, 2023 12:52 pm ET



Galleri test samples in Grail's Durham, N.C. lab. PHOTO: GRAIL INC.

數位科技與市場競爭: 新「競爭損害」理論

- 非水平結合案件受重視的程度增加
 - 數位平台跨域建立生態系的案件增多
- 美國2023年「結合處理原則」(Merger Guidelines)修正草案
 - 系列結合(serial merger; roll-up merger)的整體審查原則(第9點)
 - 在涉及競爭買方之結合中，將考慮是否影響勞動市場的競爭(第11點)
 - 以「結構面推定」(structural presumptions)取代結合淨競爭效果的評估
 - 垂直結合任一事業市占率超過50%即可認為會「實質影響市場競爭」(第6點)
 - 不論結合類型，結合當事人之一市占率超過30%，推定為具支配地位(dominant position)(第7點)
 - 將審查該結合是否有「穩固」(entrench)或「延伸」(extend)該支配地位的效果
 - 最近案例: Amgen / Horizon結合案

數位科技與市場競爭: 新「競爭損害」理論

- OECD 「數位結合的競爭損害理論」會議背景說明(Theories of Harm for Digital Mergers, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2023年6月)
 - 以生態系為基礎的理論(Ecosystem-based theories)
 - Meta/Kustome案(德國 2022)
 - Microsoft / Activision Blizzard案(英國, 2022)
 - 引入較長期效果理論(Theories incorporating longer-run effects)
 - 聚焦創新理論(Innovation-focused theories)
 - 聚焦隱私理論(Privacy-focused theories)

數位科技與市場競爭：新「競爭損害」理論

- 「隱私」侵害與競爭法

- 隱私傳統上不屬於競爭法考量的因素

- 在以「數據資料」為競爭核心的數位經濟下引發關切

- 可能分析架構(1): 「隱私保護」作為一項非價格的競爭元素

- 可能分析架構(2): 連結個資保護法規與競爭法

- 德國Meta案(2019)

- 2023年歐盟法院(Court of Justice of the European Union)對該案的先決判決

數位科技與市場競爭: 新「競爭損害」理論

- 競爭法與廣告分潤議題

- 數位平臺巨擘取得多數廣告利潤

- 傳統媒體經營面臨嚴重挑戰，不利言論市場與民主社會的發展

- 解決模式

- 著作權模式
 - 促進協商模式
 - 立專法解決(澳洲、捷克、加拿大)

Covid-19與危機下的事業競爭規範

- 疫情所帶來的國家治理危機
 - 公共衛生與健康問題(如確保醫療資源的供給與公平分配)
 - 事業因原物料供給短缺所生的經營困境
 - 經濟衰退與失業問題
- 對競爭法的總體(macro)面議題
 - 非常時期的非常措施(如「國家隊」、「特定產業補貼或租稅減免」等)所產生的競爭議題
 - 疫情後如何「畢業」這些特別措施?
- 對競爭法的個體(micro)面議題
 - 事業面對「黑天鵝」所採行的集體因應安排與限制競爭效果

OECD Competition Policy Response to Covid-19

- 政府介入及競爭政策的角色
 - 政府: 應要求競爭主管機關提供競爭意見，確保所採行的臨時措施是必要、符合比例、暫時性、且避免出現差別待遇
 - 競爭主管機關: 提供政府專業的協助(如優先審查與疫情控管有關之案件)，評估暫時性措施對市場的影響、是否有對競爭限制較少的作法、必要時並應對政府進行競爭倡議
- 疫情對事業行為之短期衝擊
 - 注意有疑慮之訂價行為
 - 審慎評估事業間申請合作行為豁免的案件，如危機卡特爾(crisis cartel)

OECD Competition Policy Response to Covid-19

- 疫情對市場結構的中期衝擊

- 應審慎審查「垂危事業」抗辯

- 「因疫情而被迫退出市場」是最常見之結合抗辯
- 競爭主管機關需謹慎審查是否「疫情」是事業退出市場的因素
- 沒有結合外的其他限制競爭較少的可行交易或公司改組方案
- 判斷失準將對市場結構有長期的負面影響

- 對在競爭審查程序中的「公共利益」(public interest)的主張應仔細評估

- 特別是以「公益」為由，質疑傳統結合分析中愈來愈強調的動態效率評估

全球性通膨與競爭政策

- 通貨膨脹與競爭之關係

- 競爭程度降低雖非通膨的主要及直接因素，但對通膨壓力的惡化的確扮演著一定的角色 / ex. 高的成本轉嫁率及高企業利潤的推升

- 通膨對競爭程度的影響: 在價格資訊較不易取得的產業，通膨會提高消費者的價格搜尋成本，企業也有更高的提高價格的誘因

- 對消費者的影響

- Kitchen-table 議題更為迫切

- 競爭政策可扮演的角色: 降低消費者的價格搜尋成本

全球性通膨與競爭政策

- 供給端的因應與競爭議題(1)

- 成本轉嫁

- 聯合訂價

- 通膨期間，市場價格變化資訊的公告與流通對消費者比價及聰明消費有其重要性，但也提高了業者間價格訊息分享與勾結的便利性
 - 消費者預期價格會上漲，對於市場價格的往上變動警覺性較低
 - 各國更積極的執行聯合訂價行為的查處
 - 中國2022年反壟斷法修法，增訂組織或促進聯合協議者的個人責任

全球性通膨與競爭政策

- 供給端的因應與競爭議題(2)

- 以購併實現規模或範疇經濟來降低生產成本

- 與危機下的結合案審查重點同

- 以降低生產原物料成本來因應

- 具買方力量事業的壓低採購價格行為，如要求遵守「最惠國待遇條款」(MFN)

- 以降低人力資源成本來因應

- 具買方力量事業的操縱勞動力流動及壓低薪資行為，如事業間的「不挖角」協議(no-poach agreement)

戰爭、抗中及地緣政治-競爭與國家安全與利益間之取捨

“半導體產業全球化已死，自由貿易雖還沒死透，但也已經瀕危了。...在不傷害國家本身的安全及科技領先等條件下，才能允許既有的全球化運作。”

(張忠謀，轉引自梁志豪，「貿易自由化的前景與挑戰，產業雜誌，2023年10月號)

- 將自由競爭搭配科技進步本想創造的無國界(borderless)市場，又逐漸推向區域化

戰爭、抗中及地緣政治-競爭與國家安全與利益之取捨

- 反映在競爭法與競爭政策(1): 結合案件之非競爭考量因素

→ 中國:

- Qualcomm / NXP結合案(2018) / Yonghui Superstores/Zhongbai Holdings結合案(2019)
- 「外商投資安全審查辦法」(2021年1月生效)

→ 歐盟:

- Siemens / Alstom結合案(2019) (德法立場)
- EU Regulation 2019/452 (the "EU FDI Regulation")

→ 英國:

- National Security and Investment Act 2021 (the "NSIA")
- Nvidia收購ARM案(2022)

戰爭、抗中及地緣政治-競爭與國家安全與利益間之取捨

- 對競爭法與競爭政策的影響(2): 競爭法規移植與整合的挑戰
 - 競爭法與政策的執行與被重視程度，將因各國地緣政治及考量其他非經濟因素而出現更大的差異
 - 國際間競爭法的融合更加困難
 - 移植他國競爭法時所需評估的因素更加複雜，所需考量的面相也更多，需更加謹慎。
 - 「管轄競爭」(jurisdictional competition)的功能重新被重視?!

永續發展-競爭與綠色經濟

- 競爭與綠色經濟間之關係

- 反向: 價格競爭使企業不願投入或擲節發展環境永續的成本

- 正向: 技術「創新競爭」大幅降低永續發展的成本

- 正向: 「綠色消費」成為市場消費主流與企業競爭的重要面相

- 不少國家對競爭法納入永續發展考量持保留態度

- 巴西: 競爭主管機關的職責在促進市場競爭，而非其他政策目標

永續發展-競爭與綠色經濟

- 持較積極態度者

- 荷蘭

- 是此一議題的先驅
 - Guidelines on Sustainability Agreements

- 歐盟

- Revised Horizontal Merger Guidelines (2023，增訂sustainability agreement的審理原則)
 - Exemptions of Certain Specialization and R&D Agreements (2023)

- 日本

- Anti-Monopoly Act Approach to the Activities of Business Operators, etc. towards the Realisation of a ‘Green Society’ (the Guidelines)

永續發展-競爭與綠色經濟

- 永續發展與競爭行為

- 集體制定不利永續發展的產業標準

- 「汽車製造商集體合意不採行較先進環保技術案」(歐盟、韓國)

- 漂綠(green wash)

- 可能有不公平競爭的議題(不實廣告、比較廣告)
 - 結合案-過度膨脹結合的永續利益

- 濫用市場力行為

- 具買方市場力之回收業者就廢棄物回收價格採行差別訂價

謝謝聆聽，歡迎交流指正!

andy.acchen@gmail.com