

《公平交易季刊》
第 32 卷第 1 期 (113/1), 頁 1-54
◎公平交易委員會

從歐美經驗看新興競爭之發展趨勢 ——以垂直結合為中心

蔡鏞宇*

摘要

本文在於探討目前 New Brandeis 運動的浪潮下，我國借鏡歐美經驗，如何能更有效辨識、審查涉及新興競爭者的垂直結合案例，以保障新興競爭？自 1980 年代以來，美國競爭法認為垂直整合有助於提升效率和消費者福祉，然而這種觀點在現今數位市場中存在許多問題，尤其數位市場難以自我修正。惟垂直結合相關的案例已經較為久遠，難以適用於數位競爭環境。川普政府以來對於合併案加強管控但面臨更多的質疑，例如 *AT&T/Time Warner* 案，美國司法部未能阻止系爭事業之結合。法院在該案中駁回了司法部主張之餘，並未提供明確的新指引，新創事業併購時因而面臨不確定性。歐美執法機關對於涉及新興競爭者的垂直整合案例都有積極、嚴格審查之趨勢。*Meta/Within* 案受到廣泛關注，因為聯邦貿易委員會第一次嘗試用實際潛在競爭原則來進行審查。儘管聯邦貿易委員會未能成功阻止，惟其損害理論獲得法院支持。在 *Illumina/Grail* 案中，聯邦貿易委員會則是重拾了對垂直結合較嚴格的 *Brown Shoe* 標準否決該併購案。歐洲方面也擔憂 *Illumina* 有排他性競爭的動機和能力，否准 *Illumina/Grail* 案。英國的 *Meta/Giphy* 案引發關注，因為從該案中可以看到英國競爭及市場管理局對於數位市場的垂直結合可進行干預，無論該案是否與英國有連繫因素或達到結合門檻。我國在新興科技的產業調查上，應有必要在平時就實施較為全面性之資料蒐集以及研究。

投稿日期：112 年 5 月 25 日

審查通過日期：112 年 12 月 25 日

* 靜宜大學法律學系助理教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士。本文初稿曾發表於靜宜大學法律學系 2023 年 4 月 28 日所舉辦「2023 年歐洲與台灣智慧財產權與競爭法學新挑戰研討會」，作者感謝發表場次主持人李素華教授、與談人廖嘉成律師的寶貴意見，同時感謝匿名審稿委員及編審委員精湛的修正建議，惟文責由作者自負。Iris 協助校稿事宜，在此一併致謝。

關鍵詞：新興競爭、垂直結合、實際潛在競爭原則、可感知潛在競爭原則、克萊登法案、休曼法案

一、前言

本文聚焦於垂直整合與新興競爭者之間的關係，觀察歐美在此領域的監管態度變遷及相關理論依據。學者 C. Scott Hemphill 及 Tim Wu 指出，新興競爭係指雖然前景未明，卻可能對既有企業造成威脅的創新產品或服務¹，而學者 John M. Yun 也採取了相同的定義²。新興競爭與垂直結合有其交會之處³。在新興技術市場中，由於市場的不確定性，新興競爭常受到垂直整合的威脅。然而長久以來，垂直整合被認為具有經濟效率因此很少受到質疑。

回顧關於涉及新興競爭之垂直整合案的文獻，近年來所討論的重點主要有下列數端：

（一）垂直併購新創事業的利與弊

支持寬鬆管制觀點者如 D. Daniel Sokol、David Emanuelson 等人，認為儘管大型科技公司收購新創公司會引發一些反壟斷問題，但它能促進效率，也是新創公司重要的獲利、退場機制，過度限制科技巨頭的併購，將損害新創事業的誘因⁴。Devin

¹ C. Scott Hemphill & Tim Wu, “Nascent Competitors,” *168 University of Pennsylvania Law Review*, 1880 (2020).

² Yun 對於新興競爭的定義做了考察。Yun 指出，「新興競爭者」這個詞相對比較晚出現，主要是從 1990 年代末期美國 U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) 案（下稱 *Microsoft/Netscape* 案）所發展出來。在此案中，新興指的是一種潛在替代品的新興技術，其中涉及到「產品的假設性技術發展」的關鍵元素。Yun 在其文章裡面，採納 Hemphill 及 Wu 之定義。John M. Yun, “Are We Dropping the Crystal Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust,” *104 Marquette Law Review*, 626-29 (2021).

不過 Yun 也提到，新興競爭一詞有不同的說法，例如 Paul Denis 提出，新興競爭暗示著目前已經感受到競爭，但尚未完全實現；收購新興競爭者會消滅現有的競爭和未來更大競爭的可能性。惟 Denis 這類的定義事實上仍然是傳統所說的競爭，與本文「六、新趨勢之下歐美新興競爭案例研析」所要討論的 *Meta/Within*、*Illumina/Graill*、*Meta/Giphy*、*Microsoft/Activision Blizzard* 等案不同，故而本文採 Hemphill 及 Wu 的定義。

³ Kevin A. Bryan & Erik Hovenkamp, “Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy,” *87(2) University of Chicago Law Review*, 340-41 (2020). See also Yun, *supra* note 2.

⁴ D. Daniel Sokol, “Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit,” *70(6) Florida Law Review*, 1371-73 (2018); David Emanuelson & Danielle Drory, “The Potential Chilling Effects of Lowering Standards for Tech M&A Enforcement,” *34(2) Antitrust*, 20-21 (2020).

Reilly 等人以英國為例，研究顯示這類收購可產生正面效果⁵。Brandon Wong 也贊同，而且相信凡是會使大型科技公司的併購行為被推定為反競爭的法案，例如 2021 年美國國會所提出的平臺競爭和機會草案（The Platform Competition and Opportunity Act）⁶，雖然阻止扼殺競爭的行為，但也有礙促進創新的併購，導致風險投資減少⁷。

然而主張加強管制者如 Connor Leydecker 認為，反壟斷法應更加重視防止大企業吸收新創事業，因為大型科技公司透過收購新創事業以消除新興競爭對手的策略，目前已造成科技產業集中化，故應修改反托拉斯法，以保護新創企業⁸。Gwendolyn J. Lindsay Cooley 也同樣贊成加強對此類併購案的審查，以避免大公司利用併購手段排除潛在競爭者⁹。Mark A. Lemley 和 Andrew McCreary 則表示，新創事業以被收購作為退場獲利了結的方式，其實並不健康，他們建議不要支持收購而是應該鼓勵永續經營，並持續觀察誰在收購新創事業¹⁰。Sean P. Sullivan 也建議在市場集中度已高且競爭不足時，應限制企業合併，以保護新興競爭，為未來競爭創造機會¹¹。Megan Case 主張應該注意平臺業者如何利用大數據獲利和打壓新興競爭對手，對這些公司的併購給予更嚴格的審查，因為平臺業者具有利用大數據「實時預報」（nowcasting）的能力，能提前偵測並併購或排擠新興競爭對手，例如 Google 可以藉由分析搜尋查詢資料，比政府部門更早預測流感疫情，Meta 也可以即時觀察使用者資料而得知哪些 app 正在快速增長，從而及早收購或模仿其功能¹²。

⁵ Devin Reilly, D. Daniel Sokol & David Toniatti, “The Importance of Exit via Acquisition to Venture Capital, Entrepreneurship, and Innovation,” *32(1) Minnesota Journal of International Law*, 170-93 (2023).

⁶ Platform Competition and Opportunity Act of 2021, H.R. 3826, 117th Cong. (2021), <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>, last visited on date: 2023/4/22.

⁷ Brandon Wong, “Freezing Innovation: How the Platform Competition and Opportunity Act Will Freeze Funds in the Tech Start-Up Market,” *50(2) Pepperdine Law Review*, 402-04 (2023).

⁸ Connor Leydecker, “A Different Curse: Improving the Antitrust Debate about ‘Bigness,’” *18 New York University Journal of Law & Business*, 892-94 (2022).

⁹ Gwendolyn J. Lindsay Cooley, “25 Years of State Antitrust Enforcement: Five Cases That Matter,” *29(4) George Mason Law Review*, 1001-06 (2022).

¹⁰ Mark A. Lemley & Andrew McCreary, “Exit Strategy,” *101(1) Boston University Law Review*, 61-72 (2021).

¹¹ Sean P. Sullivan, “Anticompetitive Entrenchment,” *68 University of Kansas Law Review*, 1151-63 (2020).

¹² Megan Case, “Google, Big Data, & Antitrust,” *46 Delaware Journal of Corporate Law*, 221-25 (2022).

（二）消費者福祉的取捨

Joshua D. Wright 等人提出，加強管制的主張仍應以消費者福祉為依歸，不應僅憑市場結構分析就推定其違法的看法¹³。James A. Keyte 亦持相同見解，並且認為 2023 年版結合指南草案¹⁴在垂直結合部分，過度擴張了現有法律解釋¹⁵。

（三）相關市場認定的存廢

Yun 認為應該廢除目前相關市場之認定，而是看效率是否與案件有關聯性，如果有關聯性，法院就應該考量這些效率，亦即應該建立「相關效率」的標準，允許法院在審查案件時考量與主要市場有關聯的各種效率¹⁶。Bar Atrakchi-Israel 和 Yifat Nahmias 也同樣認為傳統的反托拉斯分析過於注重相關市場，在規範大型科技公司時力有未逮，應該從更廣泛的角度，考慮整個線上生態系的總體集中度，高總體集中度會影響競爭和社會福利¹⁷。

（四）申報門檻的降低與舉證責任之轉換

Geoffrey A. Manne 等人指出，儘管許多具有影響力學術文章與報告指出，現行有關垂直結合的審查有著重大漏洞，特別是在科技或製藥領域之中涉及新興競爭者的收購，進而呼籲修改包括降低合併申報門檻與舉證責任倒置等規則，然而 Manne 等人認為這些主張的背後似乎沒有充足的證據¹⁸。Robert W. Crandall 和 Thomas W.

¹³ Joshua D. Wright, Elyse Dorsey, Jonathan Klick & Jan M. Rybnicek, “Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust,” *51 Arizona State Law Journal*, 362-68 (2019).

¹⁴ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2023), https://www.justice.gov/d9/2023-07/2023-draft-merger-guidelines_0.pdf, last visited on date: 2023/11/30 [hereinafter the Draft].

¹⁵ James A. Keyte, “The Draft Merger Guidelines: Interpretive Guidance or Ideological Advocacy?,” *37(3) Antitrust*, 8-9 (2023).

¹⁶ John M. Yun, “Reevaluating Out-of-Market Efficiencies in Antitrust,” *54 Arizona State Law Journal*, 1289-1303 (2022).

¹⁷ Bar Atrakchi-Israel & Yifat Nahmias, “Metaverse, Competition, and the Online Digital Ecosystem,” *24(1) Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 271-90 (2023).

¹⁸ Geoffrey A. Manne, Samuel Bowman & Dirk Auer, “Technology Mergers and the Market for Corporate Control,” *86(4) Missouri Law Review*, 1158-67 (2021).

Hazlett 也有相同的看法，但是卻也指出反對加強管制的主張同樣沒有充足的證據¹⁹。

Jonathan Sallet 認為，在 *Microsoft/Netscape* 案中²⁰，法院降低了政府在涉及新興競爭者的案件中舉證的責任，也就是被告的行為若是針對新興競爭技術的廠商，法院可以直接推定被告行為有反競爭效果，政府不需要提出大量證據加以證明²¹。Mark Glick 等人也贊成舉證責任倒置，蓋大型科技公司如 Meta 正在大量收購小型新創公司，但收購新興競爭的新創公司通常很難被認定為反競爭行為，渠等於是主張當大型科技公司收購相關市場中的小型新創公司時，應先假定其具有反競爭效果，由大型公司來舉證反駁這項推定²²。

Ronald Tittle 主張透過降低申報門檻以監測大公司的併購行為，加強對小型收購的監督，保護新興競爭²³。Eileen Li 也同樣認為，現行的 Hart-Scott-Rodino Act (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act) 對於低於一定門檻的新興競爭收購案未能發生作用²⁴。

(五) 質性證據與量化證據孰優

Ian Simmons 等人發現，美國法院對於政府在這類案件中所提出的質性證據，接受度仍然不高²⁵。Sarah Oh 認為全面的經濟數據和市場分析才能評估反競爭效果，儘

¹⁹ Robert W. Crandall & Thomas W. Hazlett, “Antitrust in the Information Economy: Digital Platform Mergers,” *65(6) Journal of Law & Economics*, 500-02, 515 (2022).

²⁰ 見前揭註 2。

²¹ Jonathan Sallet, “Antitrust Reform: A Litigation Perspective,” *36(2) Antitrust*, 17-18 (2022).

²² Mark Glick, Catherine Ruetschlin & Darren Bush, “Big Tech’s Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law,” *72(2) Hastings Law Journal*, 505-10 (2021).

²³ Ronald Tittle, “Are Current Regulations Toward Monopolization Effective in Preventing Anticompetitive Practices Towards Startups?,” *53 UIC John Marshall Law Review*, 699-703 (2021).

²⁴ Eileen Li, “Merger Review 2.0: Infusing CFIUS’s ‘Critical Technologies’ Approach into Antitrust Oversight of Nascent Tech Acquisitions,” *122(6) Columbia Law Review*, 1714-22 (2022). Li 因此主張 FTC 可學習美國 CFIUS (Committee on Foreign Investment in the United States, 類似我國投審會) 的做法來加強 FTC 對關鍵技術 (critical technologies) 領域 (其認定在我國屬國科會執掌) 的收購監管。不過，這樣的主張可能會混淆了競爭法新興競爭的概念以及國安法關鍵技術的概念。

²⁵ Ian Simmons, James A. Keyte & Brian P. Quinn, “Thou Art Weighed in the Balance—and Found Wanting? Evidence in Government Merger and Monopolization Litigation,” *37(1) Antitrust*, 14-15 (2022).

管國會從大型平臺業者取得大量內部郵件、備忘錄、簡報等文件，但是這些文件尚難以證明大型科技公司進行反競爭行為²⁶。

有鑑於科技演進常令人嘆為觀止，不論歐美主管機關在處理是類案件時皆必須洞悉新興科技發展趨勢及其商業策略，以有效維護競爭，因此強化識別、評估新興科技的能量對於我國可謂勢在必行。在綜覽上述各項議題以尋找研究缺口之後，本文的研究問題遂在於探討目前 *New Brandeis* 運動的浪潮下²⁷，我國借鏡歐美經驗，如何能更有效辨識、審查涉及新興競爭者的垂直結合案例，以保障新興競爭？

文中採用理論梳理與案例分析兩者相結合的研究方法，以探究歐美競爭法對於垂直整合態度之演變，蓋此等變遷直接催生了美國聯邦貿易委員會（*Federal Trade Commission*，下稱 *FTC*）下之科技處（*Office of Technology*）此一科技幕僚部門。在理論方面，本文考察了對於垂直整合較為寬容的傳統見解，亦即芝加哥學派，以及 *FTC* 主席 *Lina M. Khan*、經濟學家 *Carl Shapiro* 等學者對其之反思，而錯誤成本分析可印證反思的正當性。在案例方面，本文分析了 *AT&T/Time Warner* 案美國政府過往在處理垂直整合案時所面臨的問題，以及近年包括 *Meta/Within*、*Illumina/Grail*、*Meta/Giphy*、*Microsoft/Activision Blizzard* 等個案中，為了處理涉及新興競爭者的垂直整合案，歐美主管機關運用各種工具所做的嘗試。

本文首先在說明垂直整合和新興競爭的概念並提出了研究問題和方法之後，探究美國競爭法在垂直結合議題上自 1960 至 1980 年代的演變，而該演變與芝加哥學派的觀點有相當密切的關係。惟由於經濟環境的變遷，上述觀點至今面臨了許多質疑的聲浪，*U.S. v. AT&T Inc.* 一案帶動了近年對於芝加哥學派的檢討。在垂直結合的管制方式正在研議的同時，歐美對於涉及新興競爭的垂直整合案件都已經先反應出執法機關加強管制的態度。本文繼而對是類案件進行比較分析，最後提出建言。

二、1960 以及 1970 年代美國競爭法反對垂直結合

美國近代競爭法對於垂直結合支持與否，大致可以 1980 年代為分水嶺。在 1960

²⁶ Sarah Oh, “Is There Evidence of Antitrust Harm in the House Judiciary Committee’s Hot Docs?,” *37 Santa Clara High Technology Law Journal*, 196 (2021).

²⁷ *New Brandeis* 運動又稱為 *Hipster Antitrust* 運動，它挑戰傳統以消費者福祉為中心的模式，主張反托拉斯法應該更加積極地執行，以應對市場集中度的增加和大企業的市場支配。Wright et al., *supra* note 13, at 295.

以及 1970 年代美國競爭法通說認為，市場秩序應受到競爭法有力的監督。本說排斥大型的事業整合，不論這類整合能夠帶來多大的經濟效益，亦即本說並不樂見大型事業以經濟效率為由將整合正當化，並且認為這類活動具有較高的限制競爭可能，因而屬於當然違法²⁸。

美國聯邦最高法院有關垂直結合的案件並不多見，1962 年的 *Brown Shoe Co. v. United States* 為一著例²⁹。*Brown Shoe* 在當時不但是全美大型製鞋公司，本身也有經銷通路；*Kinney* 公司則是當時全美最大的鞋子經銷通路，然而卻沒有販售 *Brown Shoe* 旗下任何品牌的鞋子，兩者在合併之後，*Brown Shoe* 公司成為 *Kinney* 公司最大供應商，聯邦大法官的多數意見將該案的重點放在兩公司在垂直結合後將顯著具體排除競爭，繼而贊同聯邦政府否決此一併購案³⁰。

三、1980 年代迄今美國競爭法支持垂直結合

自 1980 年代起，懷抱著自由市場經濟理想的芝加哥學派開始挑戰前述見解並蔚為風潮。渠等主張垂直結合往往是利大於弊，不但不應該是當然違法，甚至應該是「當然合法」³¹。

芝加哥學派的 *Internalizing Complementary Efficiency* (ICE) 理論就主張，具有市場支配力的事業一般而言不會透過壟斷上、下游市場來增加其整體利潤，也就是具有市場支配力的事業通常沒有誘因去排擠上、下游業者造成無效率的競爭，畢竟該事業原本就可以透過向消費者收取更高的價格來達到增加利潤的目的³²。換言之，芝加哥學派認為具有市場支配力的事業會積極創新並且合理訂價，透過吸引上、下游業者的合作來增加價值。

²⁸ Christopher S. Yoo, "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective," *168 University of Pennsylvania Law Review*, 2148-49 (2020).

²⁹ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

³⁰ *Id.* at 346.

³¹ Christopher S. Yoo, "Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy," *19 Yale Journal on Regulation*, 178-79 (2002).

³² Joseph Farrell & Philip J. Weiser, "Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age," *17 Harvard Journal of Law & Technology*, 100-01 (2003).

上、下游的業者常會擔心若其競爭對手與平臺一旦進行垂直結合，平臺的市場競爭力會妨礙上、下游業者的競爭，也就是業者們往往顧忌當其競爭對手掌握平臺之後所產生限制競爭的現象³³。惟芝加哥學派主張，倘若垂直結合會使得上、下游市場的競爭停滯，事實上平臺業者有可能放棄垂直結合，以確保該市場能夠持續競爭，從而增進平臺本身的利益³⁴。

平臺業者在垂直結合的過程中會藉由模組化來達到追求創新的目的，也就是說，平臺業者會盡量避免自身的業務與內容供應商發生重疊、競爭，以避免效率下降，AT&T 在 1996 年將其本身設備製造部門獨立成為朗訊(Lucent Technologies, Inc.) 即為一著例，在平臺業者退守其核心業務的狀況下，該平臺會有更強的誘因與相互補的上、下游業者進行最有效率的整合，來提供消費者更具創新且價格合理的服務，達到互補效率的內化³⁵。

在芝加哥學派之下，市場力量的不對等在競爭的過程中並無可非難之處，市場上所在意的是能否提供創新的服務、app 或者影音內容，網路服務提供者因而似乎沒有理由刻意獨厚不受市場歡迎的服務、app 或者影音內容，進而使得受到市場歡迎的業者遭到排擠，在有利可圖的狀況下，理論上網路服務提供者應會擁抱這些受歡迎的業者，並就傳輸價格與其他條件進行談判³⁶。

換言之，即使該網路服務提供者為一垂直結合之事業體，市場亦無需擔心網路服務提供者會排擠其他競爭對手以扶植自家服務、app 或者影音內容，因為在商言商，網路服務提供者一般會就自身網路之價值以及垂直結合之服務、app 或者影音內容之價值加以權衡，若其垂直結合之事業未能獲利，網路服務提供者理應不會堅持摒除非自家、但能帶來利潤的服務或產品³⁷。芝加哥學派因此不贊成行政機關對於垂直結合進行管制，畢竟上、下游市場能否正常競爭與平臺業者之利益相關，平臺業者通常不至於反其道而行。

³³ *Id.* at 102.

³⁴ *Id.* at 103.

³⁵ *Id.* at 100-01.

³⁶ *Id.* at 102.

³⁷ *Id.* at 104.

四、垂直結合之經典案例——*AT&T/Time Warner*

AT&T/Time Warner 案為一重要垂直結合案件，且該案所體現者即是芝加哥學派之理論³⁸。約略自 1980 年代起美國競爭法認為垂直結合可增進效率及消費者福祉，是故垂直結合案件都能得到支持，已如前述。復以與垂直結合有關的美國聯邦最高法院案例已經較為久遠，難以適用在網際網路的競爭環境之中，使得司法部（Department of Justice，下稱 DOJ）在處理 AT&T 與 Time Warner 結合案時，想要提出有力的說法以說服法官成為相當棘手的工作。

很可惜法院在該案中沒有提出指標性的見解，FTC 與 DOJ 於是接手試圖提出新的指南，但是未能整合。在缺乏明確的指引的狀況下，特別是在垂直結合以及新興競爭方面，新創事業將面臨較高的不確定性³⁹。

此外，長久以來一般咸認為執法者應該保持對被告友好、不干涉的立場，不過這類偏向被告的觀點在現在卻有著許多問題，特別是數位市場不易自我修正⁴⁰，反而容易產生並持續強大的市場力量，以及複雜的反競爭行為，而這些行為常能逃過監管部門的注意⁴¹。再者，有鑑於數位市場的行為往往沒有顯著的抵銷效率（offsetting efficiencies）⁴²，因此增加干預的呼聲在數位市場此起彼落。

川普政府以降，行政部門對合併案之決定較以往面臨了更多的司法審查和懷疑，這反映了執法機關和各方對合併案分析的適當標準和證據存有許多分歧看法，例如著名的 *AT&T/Time Warner* 案，法院駁回了美國 DOJ 主張的損害理論（theory of harm）及其決定。話雖如此，川普政府的做法引發了關於結合案的執法目標和方法辯論，為變革奠定了基礎⁴³。現有的一些提議，例如降低執法機關挑戰結合案的舉證

³⁸ See Lina M. Khan, “The Separation of Platforms and Commerce,” *119 Columbia Law Review*, 1024-25 (2019). 其註 281 即提及 *AT&T/Time Warner* 案。

³⁹ Sokol, *supra* note 4, at 1377.

⁴⁰ 所謂自我修正係指，當市場力量存在，且現有事業所設定的價格高於平均成本時，潛在的新進者將會察覺到這獲利的機會並希望進入該產業，從而增加競爭、降低價格，並減少市場力量。Massimo Motta & Martin Peitz, *Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm—Expert Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool: Expert Study*, European Commission, 8 (2020), <https://data.europa.eu/doi/10.2763/487824>, last visited on date: 2023/11/30. 數位市場不易自我修正的原因，請參閱下文五、（二）對於芝加哥學派的反思。

⁴¹ John M. Newman, “Antitrust in Digital Markets,” *72(5) Vanderbilt Law Review*, 1522-23 (2019).

⁴² *Id.* at 1538.

⁴³ Andrea Agathoklis Murino, Peter Michael McCormack, Katherine Drummonds & Emily Hsu, “Populist

責任、將舉證責任轉移給相結合之事業、對某些類型的結合施加推定或禁止等，旨在減輕 DOJ 與 FTC 的舉證責任。畢竟執法成本，尤其資訊成本，實乃競爭法的界限⁴⁴。其他像是制定新標準或網路監管單位、不再以消費者福祉作為主要的價值觀等，也都值得持續關注。至於 *Brown Shoe* 案對於確立評估如本案之垂直併購中，由併購導致可能被排除競爭的可能性這一關鍵因素具有重要意義⁴⁵，目前已觀察到美國主管機關打算在垂直併購案中回到 *Brown Shoe* 案的標準。

根據 DOJ 當時（2017 年）所發布的新聞稿，AT&T 是全球最大的電信事業，同時也是全美最大多頻道視訊節目提供者（multichannel video programming distributor, MVPD），擁有 2,500 萬的訂戶；而 Time Warner 旗下最受歡迎的電視聯播網，則是在全美第四臺訂戶中有 90% 能收看到⁴⁶，AT&T 與 Time Warner 之併購案自然震撼全球。儘管 DOJ 試圖介入阻止該併購案，但最後法院予以放行。

（一）本案之主要爭點

DOJ 擔心 AT&T 與 Time Warner 合併後，即使不至於斷絕供給競爭對手，但還是會透過提高供給價格造成競爭對手之客戶流失繼而加以吸收，因而試圖阻止這項合併案⁴⁷。法官對於 DOJ 的經濟模型沒有抱持反對的立場，而是要求 DOJ 必須對於下列爭點盡到舉證責任，這些爭點包括：

1. 垂直結合之後 AT&T 與 Time Warner 是否果真會對於競爭對手提高價格

有關 AT&T 與 Time Warner 在合併後下一步是否即提高價格以打擊競爭對手的問題上，DOJ 認為這是勢在必行，而每年會造成競爭對手的訂戶付出至少多達 4 億 3,600 萬美金的費用⁴⁸。

Instincts: A Trump Administration Antitrust Merger Retrospective,” *35(3) Antitrust*, 115 (2021).

⁴⁴ Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust,” *63(1) Texas Law Review*, 4 (1984).

⁴⁵ Larry Bumgardner, “AT&T and Time Warner’s Vertical Merger: The Court Battle and Political Undercurrent,” *25 Journal of Law, Business & Ethics*, 41 (2019).

⁴⁶ U.S. Department of Justice, Press Release, “Justice Department Challenges AT&T/DirectTV’s Acquisition of Time Warner,” (2017/11/20), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-challenges-atdirectv-s-acquisition-time-warner>, last visited on date: 2023/11/30.

⁴⁷ United States v. AT&T, Inc., 310 F. Supp. 3d 161, 194 (D.D.C. 2018), 即 *AT&T/Time Warner* 一案。

⁴⁸ *Id.* at 225.

不過，法官對於 DOJ 的說法表示懷疑，因為 DOJ 及其所邀請的證人都沒有辦法說明何以 AT&T 與 Time Warner 整合後之議價能力（bargaining leverage）會大幅增強，使 Time Warner 能夠向 AT&T 的競爭對手提高價格、轉嫁其消費者，法官因而在此一議題上認為 DOJ 並未盡到舉證責任⁴⁹。

DOJ 也主張由於 Time Warner 所擁有的內容已達不可或缺（must have）的程度，因此 AT&T 與 Time Warner 有可能單方或聯合對於競爭對手實施封鎖，來大量吸納競爭對手的訂戶，然而法院認為 DOJ 其實是過度誇大 Time Warner 的影音內容在市場上的影響力，其目的是為了將 AT&T 與 Time Warner 整合後，使得「議價能力會大幅增強」這樣的見解合理化⁵⁰。

2. 合併後，AT&T 與 Time Warner 對於競爭對手之訂戶所造成的價格提升，是否大於自身訂戶因為消除雙重邊際化之後所享受到的價格下降

所謂雙重邊際化（double marginalization）係指上、下游的事業在未整合的狀況下，為了將自己的獲利最大化，會各自做加價，使得上、下游會有兩次的加成（markup）⁵¹。既然是以自身利益最大化作為考量，下游事業所採購的數量或是所採取的策略對於上游事業來說並不會是一個最適的選擇。而上、下游的兩次加成最後自然是由消費者來承擔。

在沒有垂直結合的狀況之下，倘若 AT&T 想要播 Time Warner 的影音內容自然要付出授權金。在併購之後，AT&T 不需要再負擔這筆費用，這也意味著 AT&T 在播放 Time Warner 的影音內容時，能夠降低成本以獲得更大的利潤。利潤既然增加，AT&T 於是有誘因地降低閱聽大眾的訂閱價格，而能進一步爭取到更多的訂戶⁵²。這便是垂直結合所能帶來的其中一項優勢：雙重邊際化的消除（elimination of double marginalization，下稱 EDM）。

(1) EDM 在本案中存在

DOJ 必須證明 EDM 不存在，然在這個爭點上之舉證責任也相當不易，因為即使

⁴⁹ *Id.* at 198-200.

⁵⁰ *Id.* at 203-04.

⁵¹ 胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司，380-381（2019）。

⁵² *AT&T*, 310 F. Supp. 3d at 198.

為 DOJ 建立經濟模型的知名經濟學家 Shapiro 也不否認在本案中有可能存在 EDM 所帶來的利益。根據他的估算，EDM 在本合併案中能為 AT&T 的每個訂戶每個月節省 1.2 元美金，每年合計省下 3 億 5,200 萬美金，而且在併購案過關後很快就能讓訂戶享受到⁵³。而法院對於 EDM 在本案中是否存在，也採取了肯認的態度⁵⁴。

(2)DOJ 無法證明消費者損失將會大於 EDM 所帶來的利益

在本合併案中既然有可能產生 EDM 的利益，DOJ 於是再試圖證明在併購之後，相關市場中消費者的損失將超過 EDM 所帶來的利益，從而擋下這樁合併案。DOJ 於是主張，在併購之後，Time Warner 有可能向 AT&T 的競爭對手（例如 Comcast，為美國全國性 ISP（internet service provider））收取更高的授權金，造成競爭對手不得不將成本轉嫁給他們的訂戶，而這樣的淨消費者損失（net consumer harm）據估計每年可高達數億美金⁵⁵。

DOJ 認為，Time Warner 在垂直結合之後取得更強大的談判優勢，因而可向 AT&T 以外的第四臺或是影音平臺收取更高的授權金。倘若授權金提高，AT&T 以外的第四臺或是影音平臺也不敢冒險下架（blackout）Time Warner 節目，因為失去 Time Warner 的節目之後便會更進一步失去廣告收入及訂戶⁵⁶。根據 Shapiro 教授的模型所模擬結果預估，AT&T 競爭對手的訂戶因為併購案成功，每年合計所受到的損失將遠超過前述 AT&T 為其自身訂戶所省下的 3 億 5,200 萬美金⁵⁷。Shapiro 教授因而主張，市場上的自由競爭將會因為 Time Warner 合併後所取得的談判優勢而受到顯著的負面影響⁵⁸。

不過 Shapiro 教授的看法並不為法院所採納，因為儘管 Shapiro 教授的模型預測市場上的自由競爭將因合併案受到不利影響，並且是遠大於合併案所帶來的好處，但是遺憾的是該模型並沒有提出一較為實際、可讓人信服的數據⁵⁹。換言之，Shapiro 教授的模型事實上是較為假設性的、欠缺實證的，此一缺陷造成法院認為 DOJ 未能

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* at 219-20.

⁵⁵ *Id.* at 225.

⁵⁶ *Id.* at 200-01.

⁵⁷ *Id.* at 219.

⁵⁸ *Id.* at 220.

⁵⁹ *Id.* at 234.

盡到舉證責任。DOJ 未能以數據證明併購之後對於競爭對手的訂戶所造成的損失將超過 EDM 所帶來的利益，因而成為 DOJ 敗訴的另一個原因。

（二）本案之綜合分析

DOJ 在前述各爭點上皆未能說服法官之原因，可從兩方面來加以分析。一是 DOJ 所倚重的經濟模型具有瑕疵，因而未能以該模型為各項論點提供有力的支撐，二是舉證責任的門檻較高，終成 DOJ 無法跨越的障礙。

1. 經濟模型不具說服力

歸根究底，DOJ 最後未能說服法官阻止這樁併購案的主要原因恐怕在於其所建立的經濟模型無法做準確預測，因此欠缺說服力。首先，該經濟模型未能確實掌握併購當事人之間之策略。DOJ 運用 Nash Bargaining 模型來預測合併案對於市場會造成什麼樣的影響，這其中也包括倘若未能達成協議時，那麼雙方接下來的策略會使得市場產生何等變化，也就是該模型的預測能否成功乃是受到在未能達成協議的狀況下，參與併購案之當事人將會採取什麼樣的作為所直接影響，畢竟併購案之當事人本身在談判過程中，會採取何種策略就是受到萬一併購失敗時的退場策略所驅使⁶⁰。故而 DOJ 的模型若是可以做到準確預測，那麼一定要適當地掌握參與併購案之當事人在未能達成協議時會採取何種策略作為備案、這些策略對於當事人之誘因等相關資訊，否則此一賽局理論模型勢必會將 DOJ 指向錯誤的方向。

DOJ 提供給法官的模型也的確因為未能掌握併購當事人談判策略而不能夠提供準確的預測，使得法官最終不反對併購案。舉例來說，在併購案談判過程中，AT&T 已經承諾 Time Warner，即使 Time Warner 轉而與 AT&T 的競爭對手 Comcast 談併購案，AT&T 仍然會依照與 Time Warner 所談妥的價格繼續提供 Time Warner 的影音內

⁶⁰ Janusz A. Ordover, J. Gregory Sidak & Robert D. Willig, “Is Professor Salop Right That Judge Leon Bungle United States v. AT&T?,” 3 *Criterion Journal on Innovation*, 255 (2018), <https://www.criterioninnovation.com/articles/professor-salop-and-us-v-att/>, last visited on date: 2023/5/2. Nash 均衡是賽局理論中的一個概念，描述了在一個賽局中，當每個玩家都知道其他玩家的策略且沒有動機改變自己的策略時，所達到的一種狀態。換句話說，當每個玩家的策略都是對其他玩家的最佳反應時，賽局就達到了 Nash 均衡。在這種均衡下，沒有玩家可以透過單獨改變策略而獲得更好的結果。

容，然而 DOJ 在模型中的假設是 AT&T 在併購不成功時，將以下架 Time Warner 影音內容的手段作為備案策略，使得該模型其後的預測可能產生誤導，從而未能阻止併購案⁶¹。除前述之缺陷之外，該經濟模型的尚有部分假設與系爭案例的事實並未相符⁶²。

相較於 DOJ 的主張，一般認為 AT&T 與 Time Warner 的說明是更具說服力的⁶³。AT&T 與 Time Warner 主張，為了能與大型科技公司在廣告收入上做競爭，垂直結合有其必要性，因為大型科技公司往往有能力蒐集閱聽大眾的大數據進而加以運用，也就是能夠針對閱聽大眾的需求更精準地投放廣告。由於廣告市場出現此等前所未見的變局，造成 AT&T 與 Time Warner 等被告在訂戶數以及廣告收益上出現了停滯甚至下滑現象，是故被告認為若能整合彼此的資源以有效運用閱聽大眾的大數據，對於廣告收益的增加將大有助益⁶⁴。

2. 高舉證責任門檻造成政府無法負荷

垂直結合雖然有可能帶來限制競爭的結果，但是也可以帶來促進競爭的好處。在利大於弊的狀況之下，垂直結合就應該被允許。由於正反因素都應該做評估，垂直結合自然不是當然違法 (*per se illegal*)，而是以合理原則 (*rule of reason*) 來判斷是否限制競爭。

(1) 舉證責任分配

目前競爭法多採合理原則作為判斷標準，在合理原則之下係由原告先舉證被告造成限制競爭的效果，然後由被告為自己提出正當理由，證明不會帶來原告所指陳之效果，或是設法削弱原告所提的證據⁶⁵。在 AT&T 與 Time Warner 案中，一審法院就是認為 DOJ 並未盡到舉證責任⁶⁶。

⁶¹ William P. Rogerson & Howard Shelanski, “Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms,” *168 University of Pennsylvania Law Review*, 1929-30 (2020).

⁶² Bumgardner, *supra* note 45, at 45-46.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ 支持判決的見解請見 Joshua D. Wright & John M. Yun, “Use and Abuse of Bargaining Models in Antitrust,” *68 University of Kansas Law Review*, 1090-92 (2020).

⁶⁵ *United States v. Baker Hughes Inc.*, 908 F.2d 981, 991 (D.C. Cir. 1990).

⁶⁶ *AT&T*, 310 F. Supp. 3d at n.16.

(2)垂直結合案中市場集中度之重要性未如一般水平結合案

DOJ 在垂直結合案中的舉證責任會比在一般水平整合案中的舉證責任來得更為吃重，主要原因在於市場集中度的重要性不同。在垂直結合案件中，政府部門要證明確有消費者福祉受到侵害的可能性，而不能像處理水平結合案那般可依賴市場集中度這樣的表面證據（*prima facie*），故要說服法官就會顯得相當不易⁶⁷。

蓋在水平結合案中，DOJ 只需要證明相結合的事業將會擁有過大的市場占有率（下稱市占率）以及過高的市場集中度來推定限制競爭，其舉證責任就能算是已經完成，但是在垂直結合的案件中，DOJ 則是必須能夠有特定事證（*fact-specific*）證明整合後的壞處的確大於益處，因為在這類的案件中，光是證明市占率過大以及市場集中度過高，並沒有辦法得出壞處大於好處的結論⁶⁸。

另外，由於市場集中度在垂直結合的案件中之重要性未如在水平結合的案件，隨之而來的結果就是垂直結合案件中的市場定義包括產品市場、地理市場等不需要相當精確，故在本案中法官以及被告也的確未對於 DOJ 提出的定義加以挑戰⁶⁹。

(三) *U.S. v. AT&T Inc.* 之後未來可能改革方向

如前所述，相較於水平整合案件，法官在本案亦即垂直結合案件中要求 DOJ 必須盡到更高的舉證責任，也就是 DOJ 必須能夠證明整合後的弊的確大於利，而不能只是證明相結合的事業將會擁有過大的市占率以及過高的市場集中度。

再者應注意的是，本案判決在第二審的時候受到二審法官的支持，使得 DOJ 確定無法阻止本垂直結合案，因此本案中有關舉證責任的框架在未來的司法審查上可能會繼續沿用，這是 DOJ 及 FTC 不得不面對的難題⁷⁰。

⁶⁷ *Id.* at 192.

⁶⁸ *United States v. AT&T, Inc.*, 916 F.3d 1029, 1032 (D.C. Cir. 2019).

⁶⁹ *AT&T*, 310 F. Supp. 3d at 195.

⁷⁰ 原告（聯邦政府）的舉證責任更加沉重的問題同樣也出現在雙邊市場上。雙邊市場常見者例如信用卡公司、拍賣網站（eBay）或者 Apple Music。一般來說，會引起限制競爭疑慮的行為乃是在短期之內以高價來造成消費者福祉之損害，也就是說限制競爭的分析通常是價格的分析。2018 年美國聯邦最高法院在 *Ohio v. American Express Co.* 一案中對於在雙邊市場之中應如何進行限制競爭分析做出說明。在該案中，法院認為原告不但一方面必須就著雙邊市場中的其中一邊證明該市場因為被告的行為而產生了限制競爭的效果，在另一方面，原告還必須證明被告的行為對於另一邊市場所帶來的好處無法彌補限制競爭所帶來的損害。相較於前述傳統上限制競爭案

有鑑於此，美國立法部門以及行政部門試圖提出未來幾個改革方向，茲略述之：

1. 國會方面

邇來美國國會議員對於競爭法所提出的修正草案旨在保護創新，避免大型事業尤其是平臺業者在降低成本或增進消費者福祉的口號下造成新創事業難以生存⁷¹。消

件中基本的價格分析，*American Express* 一案將原告的舉證責任加重。顯而易見，原告在未來意欲管理雙邊市場之限制競爭行為將更加困難。如同知名學者 Tim Wu 所指出，在法官可能不斷要求政府提供更多證據的狀況下，會導致政府不堪舉證之重擔最終放棄訴訟。Tim Wu, “The American Express Opinion, the Rule of Reason, and Tech Platforms,” *7(1) Journal of Antitrust Enforcement*, 127 (2019).

⁷¹ 各種草案中以美國選擇與線上創新法案（the American Choice and Innovation Online Act）曾獲得最多支持，American Choice and Innovation Online Act, H.R. 3816, 117th Cong. (2021), <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3816/text>, last visited on date: 2023/4/22. 本法案於 2022 年一直被認為有較高的通過可能性，旨在處理網路平臺之自我偏好行為，也禁止大型平臺利用從商業用戶收集的非公開數據，獨厚自家產品。

根據眾議院在 2020 年所提出的調查報告顯示，大型平臺包括 Facebook、Google、Amazon、Apple 在內，採取自我偏好或者歧視策略的現象相當普遍。大型平臺已將其優勢地位以槓桿效應（leverage）延伸到上下游市場，是故有時大型平臺既是其他事業賴以生存的關鍵設施，有時又是競爭對手。大型平臺於垂直結合後，常會以自己的偏好來決定何種產品或服務可以勝出，對於市場競爭造成嚴重影響。基於上述觀察，本法案尤其在第 2 條將重點放在禁止大型平臺使其他事業之產品或服務處於劣勢之行為，H.R. 3816, § 2.

本法案考慮的因素包括事業的市值、年營業額、活躍的用戶人數等，亦未完全禁止自我偏好行為，執法機關如欲處罰自我偏好行為尚須先負起舉證責任以證明大型平臺對於自由競爭造成顯著損害，大型平臺業者隨後可舉反證推翻，在罰金方面係以平臺違法期間在美國營業額的 15% 為上限，Bill Baer, “Why Amazon Is Wrong about the American Innovation and Online Choice Act,” Brookings (2022/6/14), <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/06/14/why-amazon-is-wrong-about-the-american-innovation-and-online-choice-act/>, last visited on date: 2023/4/22.

由於科技巨頭強力遊說反對以及眾議院人事更迭，美國選擇與線上創新法案並未進入表決，Brian Schwartz & Lauren Feiner, “Apple, Amazon, Google Will Likely Get a Reprieve from GOP-Controlled House on Antitrust Legislation,” CNBC (2023/3/15), <https://www.cnbc.com/2023/03/15/apple-amazon-google-will-likely-get-a-reprieve-from-gop-controlled-house-on-antitrust-legislation.html>, last visited on date: 2023/4/22.

除了上述法案之外，尚有降低政府對於損害之舉證責任者，讓政府在合併案中不必證明被告的合併案對於競爭市場帶來「顯著具體」（where the effect may be substantially to lessen competition）的損害，而是證明合併案具有「大幅削弱競爭的明顯風險」（an appreciable risk of materially lessening competition）即為已足，Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021, S. 225, 117th Cong. (2021), www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225/text, last visited on date: 2023/4/22；亦有從結構上禁止大型平臺在特定狀況下與上下游事業垂直結合，若是已經結

費者福祉一直是競爭法尤其是美國競爭法的核心價值，而降低成本、提高產能以及品質、將效率最大化等都是促進消費者福祉的途徑。在超過 100 年的實踐中，消費者福祉也幾乎成為唯一的價值。因此，有論者認為應該緩和在競爭法中獨尊經濟效率的現象，故在消費者福祉之外，競爭法也應將其他重要的價值觀一併列入考量，尤其是科技創新⁷²。

與新興競爭之併購較為相關者為平臺競爭和機會草案，該法案禁止大型平臺業者在交易金額超過 5,000 萬美金的狀況下收購各式競爭對手，其中包括新興競爭對手。惟該法案有許多問題因而未能獲得支持，例如該法案與美國實務上發展出來的潛在競爭理論難以整合、新興競爭如何界定、未能辨識有害的新興競爭併購等⁷³。

2. 美國 DOJ 以及 FTC 方面

(1) 2020 年版垂直結合指南之提出與廢止

有鑑於阻止 AT&T 與 Time Warner 併購案失敗經驗，DOJ 以及 FTC 遂於 2020 年 6 月聯合發布新版的垂直結合指南（Vertical Merger Guidelines）⁷⁴，其主要目的在於探索垂直結合之事業如何能夠封鎖在相關市場中的對手、如何會對於消費者造成損害，以及其誘因為何。

合者應進行拆解（divestiture），與上述美國選擇與線上創新法案相同，本法案之目的亦在打破大型平臺將其優勢地位以槓桿效應延伸到上下游市場的現象，但是採取了不同的辦法，且不論平臺之市場力，Ending Platform Monopolies Act, H.R. 3825, 117th Cong. (2021), <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3825/text>, last visited on date: 2023/4/22.

⁷² Heidi M. Siltan, Craig S. Davis & Halli Spraggins, “Congressional Antitrust Bills Seek to Regulate a New Internet Era,” *36(2) Antitrust*, 31-32 (2022). 科技創新係指具有與過去顯著不同技術特質之新進或升級的產品或製程。發明、創新、擴散這三者之間是一個循環的過程，而不是線性的過程。See OECD, *Technology Innovation, Development and Diffusion*, COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2003)4, OECD Environment Directorate and International Energy Agency, 12 (2003), <https://www.oecd.org/env/cc/2956490.pdf>, last visited on date: 2023/8/10.

⁷³ See Platform Competition and Opportunity Act of 2021, *supra* note 6. Congressional Research Service, *Antitrust Reform and Big Tech Firms*, CRS Report R46875, 69-70 (2023), <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46875>, last visited on date: 2023/11/30.

⁷⁴ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 2 (2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf, last visited on date: 2023/5/2 [hereinafter Vertical Merger Guidelines].

該指南於 2021 年 9 月遭到廢止⁷⁵。在該指南中，所謂垂直合併之損害與目前的認知相近，主要集中於下列兩效果：

a. 共同效果 (coordinated effects)

垂直結合的事業可透過對於控制相關市場中的產品或服務來打擊相關市場中未整合的事業，從而提升與相關市場中之競爭對手勾結 (coordinated interaction) 的可能性⁷⁶。

b. 單方效果 (unilateral effects)

單方效果則主要有下列兩種：

- (a) 封鎖以及增加競爭對手之成本 (foreclosure and raising rivals' costs)，以及
- (b) 取得競爭對手的敏感資訊 (access to competitively sensitive information)⁷⁷。

(2) 2020 年版垂直結合指南未竟全功

然而，該指南也凸顯 DOJ 以及 FTC 仍在摸索階段之處。由於各界對於部分議題未能達成共識，該指南因而未能提出突破性的解決方案，例如市占率之認定、市場集中度的計算、何為有效的矯正措施等，以下簡述之：

a. 該指南移除了低市占率的避風港條款

依照兩主管機關原先的規劃，當垂直合併事業之相關市場及相關產品之市占率低於 20% 時，主管機關將不介入該合併案，然而該門檻引起兩派見解相持不下，有認為 20% 之門檻過高，亦有認為該門檻過低，該門檻最終被移除以化解爭議。目前只能確定的是，市占率以及產品替代性等因素仍將持續影響主管機關對於垂直合併案之分析⁷⁸。

⁷⁵ See Ngoc Pham Hulbig & Joel Mitnick, Cadwalader, Wickersham & Taft LLP, “FTC Rescinds Vertical Merger Guidelines,” JD Supra (2021/9/21), <https://www.jdsupra.com/legalnews/ftc-rescinds-vertical-merger-guidelines-9658413/>, last visited on date: 2023/4/22.

⁷⁶ Vertical Merger Guidelines, *supra* note 74, at 10-11.

⁷⁷ *Id.* at 4-10.

⁷⁸ A vertical merger “would rarely warrant close scrutiny if rivals could readily switch purchases to alternatives to the related product, including self-supply, without any meaningful effect on the price, quality, or availability of products or services in the relevant market.” *Id.* at 5.

b. 該指南在市場集中度方面未有明確門檻

該指南雖然將水平結合指南（Horizontal Merger Guidelines）中有關市場集中度的做法套用於垂直結合中，然而與市占率同樣亦未設定一較為明確的門檻，僅言明高市場集中度可當作是主管機關在評估限制競爭效應之可能性、持續性以及影響之層面時之證據⁷⁹。

c. 該指南未提及矯正措施

處理垂直合併案時主管機關可採取的矯正措施為何，該指南在這重要議題的說明上很可惜地付之闕如。一般而言，競爭法主管機關之管制工具可分為結構管制（structural regulations）以及行為管制（behavioral regulations）兩類⁸⁰，DOJ 對於行為管制是否適用於垂直合併抱持著否定的態度⁸¹，而 FTC 則是向來採取對於結構問題採取結構管制、對於行為問題採取行為管制的立場，亦即 FTC 主張行為管制仍不妨作為矯正垂直合併的措施之一⁸²。有認為 DOJ 在前述 AT&T 與 Time Warner 併購案中不願採取行為管制，恐怕是招致敗訴的原因之一⁸³。因為 DOJ 以及 FTC 各自有偏好的管制方式而無法整合，終使該指南對於矯正措施保持沉默。

(3) 2023 年版結合指南草案

2023 年 7 月 19 日 DOJ 以及 FTC 共同頒布新的 Merger Guideline 的草案，目前在公眾意見徵詢階段，而這份草案中與垂直結合相關部分在指南 5 以及指南 6，草案中已經未再提到 EDM⁸⁴。

⁷⁹ *Id.* at 3-4.

⁸⁰ John E. Kwoka & Diana L. Moss, “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement,” *57 Antitrust Bulletin*, 982 (2012).

⁸¹ “[J]ust days before the DOJ fled its complaint against AT&T and Time Warner, Assistant Attorney General Makan Delrahim gave a speech in which he announced that the Antitrust Division would generally not accept behavioral remedies, even for vertical mergers. In his speech, Delrahim equated behavioral remedies with regulation, which in his view impinge on economic liberty.” Carl Shapiro, “Vertical Mergers and Input Foreclosure Lessons from the AT&T/Time Warner Case,” *59 Review of Industrial Organization*, 334-35 (2021).

⁸² Cooley, “New US Antitrust Merger Guidelines Focus on ‘Vertical’ Acquisitions,” (2020/7/7), <https://www.cooley.com/news/insight/2020/2020-07-07-new-us-antitrust-merger-guidelines-focus-on-vertical-acquisitions>, last visited on date: 2023/5/2.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ The Draft, *supra* note 14.

根據指南 5，合併不應是藉由設立一家控制其競爭對手可能用來競爭的產品或服務的公司，來大幅減少競爭；當合併涉及競爭對手用來競爭的產品或服務時，主管機關會調查合併事業是否有能力，以及是否有誘因控制系爭產品或服務，造成大幅減少競爭⁸⁵。值得注意的是，指南 5 並未要求主管機關對於價格上升、品質下降、創新減弱等反競爭的損害負舉證責任⁸⁶。

根據指南 6，垂直合併後不應構成一排除競爭的市場，主管機關會調查合併後將如何重組垂直供應鏈⁸⁷。在相結合事業能封鎖市場(*foreclosure share*)接近或達到 50% 時，即代表合併可能大幅減少競爭；在低於 50% 時，主管機關則是調查該合併是否剝奪了競爭對手公平競爭的機會，以致阻礙競爭⁸⁸。由於指南 6 在文字上引用了 *Brown Shoe* 案的文字，可見主管機關打算在垂直併購案中回到 *Brown Shoe* 案的標準，而在 *Illumina/Grail* 案已經見到主管機關採取此一標準⁸⁹。

Steven Salop 及 Jennifer Sturiale 認為，指南 6 在垂直合併案中封鎖 50% 的市場推定為反競爭，將有助於減輕政府就反競爭效果的舉證責任，因為缺乏可靠數據進行量化分析時，經濟模型有較高的風險會遭到質疑，因此指南 6 的推定反競爭可謂合理⁹⁰。

惟有學者反對上述草案，其意見包括：指南 6 的推定在經濟學和法律上均無依據⁹¹，應予刪除⁹²；EDM 是傳統上垂直併購提高相關市場競爭的正面效應，故應在指南 5 加入 EDM 一起考量⁹³；主管機關在草案中所列幾個附加因素(*plus factors*)並無參考價值等⁹⁴。

⁸⁵ *Id.* at 3.

⁸⁶ Steven Salop & Jennifer Sturiale, “Vertical Merger Enforcement in the Draft Merger Guidelines,” *ProMarket* (2023/7/28), <https://www.promarket.org/2023/07/28/steven-salop-and-jennifer-sturiale-vertical-merger-enforcement-in-the-draft-merger-guidelines/>, last visited on date: 2023/11/30.

⁸⁷ The Draft, *supra* note 14, at 3.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ Salop & Sturiale, *supra* note 86.

⁹¹ Alexander Raskovich, Bruce H. Kobayashi, Abbott B. Lipsky & John M. Yun, “What’s Gone Up Is Coming Down? Vertical Mergers in the 2023 DOJ-FTC Draft Merger Guidelines, Comment of the Global Antitrust Institute,” *23-17 George Mason Law & Economics Research Paper*, 11-13 (2023), <https://reurl.cc/x6R2pZ>, last visited on date: 2023/11/30.

⁹² *Id.* at 17.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.* at 14-16.

五、垂直結合在美國競爭法上之新趨勢

(一) 美國競爭法反對垂直結合主張之強勢回歸

芝加哥學派的主張促成垂直結合大量增加，而批評的聲浪於近年達到高峰，尤其是在數位市場。科技業進軍相關垂直市場扼殺新興競爭的案例其實在 1990 年代即已發生。Microsoft 將其作業系統的市場力擴張到瀏覽器市場，造成該市場之創新受到嚴重打擊，當時相當著名的瀏覽器 Netscape（網景）也不得不黯然淡出市場，DOJ 以及法院於彼時所做的決定保住了瀏覽器市場的創新⁹⁵。不過遺憾的是根據學者觀察，除了 *Microsoft/Netscape* 一案之外，美國法院嗣後似乎並沒有再以創新所需的動態分析來限制高科技業的垂直結合，反而回到了傳統的、靜態的競爭法分析⁹⁶，而且不斷提高政府部門的舉證責任，目前執法機關要處理這方面的案件時已經顯得捉襟見肘。

在傳統上，競爭法的分析乃是依賴價格以及產出的分析，一種靜態的效率分析，而不是科技創新所需要的動態分析。創新乃是長期、動態效率（dynamic efficiency）的核心，以消費者福祉分析為主軸的競爭法，因而往往忽略了創新的重要性。因此，或許網路服務提供者的作法從傳統的分析方式來看，並不違限制競爭法，甚至認為消費者得到利益，但是從長遠來看，如果競爭法主管機關對於網路服務提供者採取放任的作法，有可能反而對於科技創新造成負面影響。吾人可以合理懷疑，對於新興科技市場的秩序若繼續抱持應先放手任其發展的見解，是否終究能達到原本所期待的永續創新之目標，抑或反而造成大者恆大的結果。

全球趨勢目前增強對於結合案包括新興競爭、垂直結合的審查，美國亦正急迫尋求更嚴格的標準⁹⁷。在未來結合案的審查中，價格、效率分析等傳統因素將不再獨

⁹⁵ 儘管在微軟作業系統上搭配網景瀏覽器能增加多元選擇的機會、促進消費者福祉進而提升微軟作業系統的價值，從芝加哥學派的角度看來，微軟理應對於開放與各家瀏覽器相容表示歡迎，可惜因為當時微軟擔心瀏覽器業者在取得其作業系統之相關資訊後不但與自家 IE 瀏覽器產生競爭，長期更會對於作業系統這核心業務構成威脅，因而採取一系列的手段打壓網景瀏覽器。Farrell & Weiser, *supra* note 32, at 110-11.

⁹⁶ Kevin Caves & Hal Singer, “When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer-Welfare Standard,” *26(2) George Mason Law Review*, 398 (2018).

⁹⁷ FTC 主席 Khan 坦言，目前在處理與結合相關的議題上有強烈的緊迫感（fierce sense of urgency），尤其是在高科技領域之中。Lauren Feiner, “FTC Chair Lina Khan Says Agency Won’t

領風騷，非價格的效應（non-price effects），包括創新、就業市場狀況、勞工權益、結合案的誘因等因素，可能將扮演吃重的角色，因為美國政府已經觀察到對於結合案採取寬容的態度已經造成事業過度整合，進而發生侵蝕勞工薪資、產出（output）等問題⁹⁸。DOJ 反托拉斯部門主管 Jonathan Kanter 也指出，過往對於結合案所考慮的因素在目前網際網路環境下不見得能夠相容，因而在未來即使事業之間不具有競爭關係或者未達高市占率的標準，在擴張解釋限制競爭效應的浪潮之下，此等結合案仍會受到嚴格檢視⁹⁹。

時至今日，對於事業，尤其是掌握網路的大型科技公司加強管制，再度成為當代競爭法的主流思潮。2019 年，美國民主黨總統初選人 Elizabeth Warren 參議員既已提出將 Amazon、Facebook、Google 拆解之計畫¹⁰⁰，而 Apple 亦面臨限制競爭調查¹⁰¹。

網際網路之供給、需求雙方都必須依賴網路服務提供者，各式各樣的網路服務供應商即使具有如 Netflix、Spotify 或者遊戲開發商 Epic 之規模者，仍要透過網路服務提供者方能接觸到消費者。然而網路服務提供者在已經高度垂直結合卻不能保持中立的環境中，所攫取的利潤與優勢益發驚人，而相關市場由於沒有其他平臺可供選擇，遂無法再維持競爭與創新能力¹⁰²。歐盟認為，平臺業者應扮演好公平、無自

Back Down in the Face of Intimidation from Big Tech,” CNBC (2022/1/19), <https://www.cnbc.com/2022/01/19/ftc-chair-lina-khan-says-agency-wont-back-down-in-the-face-of-intimidation.html>, last visited on date: 2023/5/2.

⁹⁸ Herbert Hovenkamp, “President Biden’s Executive Order on Competition: An Antitrust Analysis,” *64(2) Arizona Law Review*, 389-92 (2022).

⁹⁹ U.S. Department of Justice, “Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks on Modernizing Merger Guidelines,” (2022/1/18), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-modernizing-merger-guidelines>, last visited on date: 2023/5/2. 向來用於計算市場集中度的 HHI 指數 (the Herfindahl-Hirschman Index)、界定市場範圍的 SSNIP test (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) 可能做調整俾利管制結合案。See U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, “Request for Information on Merger Enforcement,” 4-5 (2022), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1463566/download>, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁰⁰ MJ Lee, Lydia DePillis & Gregory Krieg, “Elizabeth Warren’s New Plan: Break up Amazon, Google and Facebook,” CNN (2019/3/8), <https://edition.cnn.com/2019/03/08/politics/elizabeth-warren-amazon-google-facebook/index.html>, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁰¹ 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會，表 1-5 歐盟、美國對 GAF A 反競爭行為的處理 (2022)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-acb6-6ff8c0811977.pdf>，最後瀏覽日期：2023/5/2。

¹⁰² Nikolas Guggenberger, “Essential Platforms,” *24(2) Stanford Technology Law Review*, 254-55 (2021).

我偏好的管理人角色，負起與其垂直結合的各項服務能夠無障礙互通的責任，並提升平臺營運的透明度¹⁰³。

以 Amazon 為例，Amazon 向以低於成本的訂價方式賺取微薄利潤，卻取得驚人的成長，早已成為許多企業賴以維生的重要基礎設施（essential infrastructure），該公司雖在結構上抑或行為上有限制競爭的疑慮，然而卻常能躲過競爭法的審查，由此可見過往以價格及產出作為評估限制競爭的標準並不適當：首先，掠奪性訂價會被合理化，但是更嚴重的是 Amazon 身為重要基礎設施故而有能力蒐集、使用其平臺之企業資訊（大數據），藉以削弱企業的競爭能力，使其不致與 Amazon 競爭，價格以及產出的分析方式在面對這樣的策略時，就會出現失靈的窘境¹⁰⁴。除 Amazon 之外，Facebook 於 2021 年亦遭 FTC 指控採取了與 Amazon 類似的「併購或埋葬」（buy-or-bury scheme）或稱「殺手併購」（killer acquisition）策略¹⁰⁵。

值得注意的是，新興併購和殺手併購雖有關聯，但有所不同：新興併購指的是收購那些處於初創階段、擁有未完全成熟的產品或服務的公司，這類收購的競爭影響具有較高的不確定性，因為被收購公司可能尚未進入市場或剛剛進入市場但尚未成熟；殺手併購則是一種特定的收購策略，收購公司的目的是終止被收購公司的創新產品，以阻止潛在競爭¹⁰⁶。換句話說，收購公司可能會關閉被收購公司的產品開發，而不是將其納入自己的產品組合，從而消除競爭威脅。

詳言之，殺手併購指的是一家公司收購另一家具有創新潛力的公司，以達到終止目標公司的創新產品、阻止未來的競爭之目的。現有事業可能會選擇殺手併購策

¹⁰³ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era: Final Report*, European Commission 71 (2019), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁰⁴ See Lina M. Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” *126 Yale Law Journal*, 710 (2017). 該文以網路巨擘 Amazon 為研究核心，在擔任 FTC 主席之前，Khan 即以該文聲名鵲起。

¹⁰⁵ See Federal Trade Commission, Press Release, “FTC Alleges Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition after String of Failed Attempts to Innovate,” (2021/8/19), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush-competition-after-string-failed>, last visited on date: 2024/1/15；公平交易委員會，前揭註 101，112-123。

¹⁰⁶ OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, OECD, 9-10 (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>, last visited on date: 2023/5/2.

略的原因可能在於，相對於忍受新興公司產品成熟時可能帶來的收入損失，或者在冒著自身銷售受到影響的風險下購買並繼續開發或經營該產品，收購並關閉新興公司的產品更具有利潤空間，其本質是透過水平結合以終止競爭對手的創新產品，這種策略涉及同類產品之間的競爭，導致了創新產品開發的停滯¹⁰⁷。

（二）對於芝加哥學派的反思

芝加哥學派似乎完美詮釋了垂直結合為社會所帶來的貢獻，然卻與實務可能有所落差。在平臺成立的初期，平臺與互補市場彼此間的正向回饋是平臺成功的必要因子，然而這樣的平衡關係在平臺開始具有市場支配力之後會受到破壞，因為規模經濟的重要性開始超越原本互補市場所提供的創新與品質¹⁰⁸。詳言之，由於網路效應（network effect）能促使平臺鞏固其主導地位，具有市場支配力的平臺在規模經濟的加持下能將競爭者或獨立事業擠出市場，以追求更大的利潤，互補市場中的創新與品質於是會受到傾壓¹⁰⁹。

雖然根據芝加哥學派見解，通常平臺業者之利益在於使其自身從各個內容及應用服務提供者獲得更多利潤，因此會設法與各業者相互合作、共生。然而不能否認的是，實際上有時平臺業者可能會透過幫助特定內容及應用服務提供者以翦除競爭對手，其目的即在於確保平臺業者自身的優勢。

簡言之，平臺業者不見得如芝加哥學派所主張，會與各家內容及應用服務提供者設法兼容並蓄以提高價值，有時反而會削弱其他內容及應用服務提供者，而僅向消費者提供特定內容及應用服務提供者，讓平臺業者自身或特定業者達到利潤極大化的目標¹¹⁰。

不僅如此，EDM 的價值也開始受到質疑。如同本文前述，EDM 的存在是垂直結合常受到支持的重要原因之一，因為一般認為 EDM 代表了效率的提升，增進消費者福祉。然而在拜登政府上臺之後局勢有了轉變，美國 FTC 目前已經不再採取前述通

¹⁰⁷ *Id.* 亦請參見公平交易委員會，前揭註 101，119 註 163，顏雅倫委員之意見。

¹⁰⁸ Nikolas Guggenberger, “The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: Dispelling Persistent Myths,” *23 Yale Journal of Law & Technology*, 342-43 (2021).

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ A. Douglas Melamed & Andrew W. Chang, “What Thinking about Antitrust Law Can Tell Us about Net Neutrality,” *15(1) Colorado Technology Law Journal*, 97-98 (2016).

說，轉而認為在個案中即使能證明 EDM 存在，亦未必能支持該垂直結合案之正當性¹¹¹。新任 FTC 主席 Khan 以政府應積極管制垂直結合之主張而聞名¹¹²。Khan 指出，Clayton Act 的宗旨在於阻止任何有大幅減少任何商業競爭之虞的合併案，即使併購案未構成壟斷，或者併購案對於市場競爭所造成的負面影響並不明朗，FTC 在 Clayton Act 的授權之下仍可阻止有大幅減少任何商業競爭之虞的結合案，畢竟 Clayton Act 的規範上並未明定以效率作為合併案的主要考量因素¹¹³。

Khan 強調，況且許多曾經在個案中所主張過的效率僅僅是理論，在併購案通過後事實上並未實現，例如 AT&T 在併購 DirecTV 前曾主張在併購案通過帶來成本降低、效率提升的激勵下，AT&T 於 2019 年前能增加 1,300 萬用戶的寬頻網路鋪設，然而 AT&T 不但終究只完成了 300 萬用戶¹¹⁴，甚至在併購案通過後未久即調漲價格¹¹⁵。

Khan 也指出，Clayton Act 在文義上也沒有特別優待垂直結合¹¹⁶。換句話說，目前 FTC 認為不論是垂直或水平整合，即使整合案能創造效率，包括 EDM，惟若有大幅減少競爭之虞，縱然損害未臻明確，FTC 仍不會通過結合案。因此可以預見的是，拜登政府將持續尋求控管垂直結合案。

EDM 重要性的式微與芝加哥學派的極簡風格有關。Shapiro 大力批評自 1980 年代以來芝加哥學派的法律經濟分析有許多主張、理論無法得到實證研究的支持。Shapiro 認為在該學派知名要角例如 Robert H. Bork、Richard Posner 的持續影響下，越來越多法院採納了芝加哥學派的見解，使得美國判決中充斥著大量支持被告的假設，大幅增加了執法單位的舉證責任，而這些假設事實上僅為理論性質，卻未能通過經濟學實證研究的檢驗¹¹⁷。

¹¹¹ 我國學者亦已有相同發現，魯亮君、邱永和、邱詩詠、黃桂英、陳相宇，「垂直結合實證分析法之應用——以 vGUPPI 為例」，*公平交易季刊*，第 31 卷第 1 期，162（2023）。

¹¹² See Lawrence J. Spiwak, “A Change in Direction for the Federal Trade Commission?,” *22 Federalist Society Review*, 307 (2021).

¹¹³ Federal Trade Commission, “Statement of Chair Lina M. Khan, Commissioner Rohit Chopra, and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter on the Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines,” 3 (2021), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596396/statement_of_chair_lina_m_khan_commissioner_rohit_chopra_and_commissioner_rebecca_kelly_slaughter_on.pdf, last visited on date: 2023/5/2.

¹¹⁴ *Id.* at n.17.

¹¹⁵ *Id.* at n.31.

¹¹⁶ *Id.* at 3.

¹¹⁷ Carl Shapiro, “Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It,” *35(3) Antitrust*, 36 (2021).

Shapiro 指出，芝加哥學派最常見的謬誤之一即是先提出一個只有在特定情境下才有效的論點，而後卻將該論點擴張套用至各式各樣的情境之中¹¹⁸。該學派對於垂直結合的分析正是運用了此等推論方式。Shapiro 以 Bork 的名著《反托拉斯的悖論》（*The Antitrust Paradox*）中第十一章「垂直併購」為例，指摘 Bork 在提出「垂直併購是一種創造效率的方式，而不是損害競爭的手段」（“Vertical mergers are means of creating efficiency, not of injuring competition.”）的主張之後¹¹⁹，雖試圖以許多經濟學上的論述做支持，惟僅能在特定的、過度簡化的模型中才能成立¹²⁰。

（三）垂直結合之錯誤成本分析

錯誤成本分析（error-cost analysis）適用於判斷當法規範若發生錯誤時，何種錯誤所造成的社會成本較大。換言之，錯誤成本分析乃是從降低社會成本的角度來評估何種競爭法規範較為妥適¹²¹。

Frank H. Easterbrook 指出兩種錯誤成本：錯誤地禁止實際上對競爭沒有負面影響的作為，亦即偽陽性錯誤（false positive），以及錯誤地允許限制競爭作為，亦即偽陰性錯誤（false negative）¹²²。Easterbrook 主張，如果在決策時錯誤地打擊到事實上能促進競爭、增進消費者福祉等有益的作為（偽陽性錯誤），其影響層面不但是在個案中而且是全面性的，因為所有事業都會受到該決定或是立法所嚇阻，使得社會可能永遠失去這樣的利益¹²³。相反地，如果在決策時讓限制競爭的作為錯誤地存在（偽陰性錯誤），則對於社會所造成的負面影響相對較小，因為限制競爭作為所引起的社會福利損失（welfare loss）在長期而言會逐漸消退¹²⁴。簡言之，Easterbrook 認為偽陽性錯誤對於社會所帶來的成本高於偽陰性錯誤。

¹¹⁸ *Id.* 相同見解 see Herbert Hovenkamp & Fiona Scott Morton, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis,” *168 University of Pennsylvania Law Review*, 1871 (2020).

¹¹⁹ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 2nd ed., Free Press, 226 (1993).

¹²⁰ Shapiro, *supra* note 117, at 36-37.

¹²¹ Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, 1st ed., Harvard University Press, 73 (2019). 錯誤成本除了包括偽陽性以及偽陰性的錯誤成本之外，還包括訴訟成本。訴訟成本涵蓋事業以及執法機構之成本，尤其是資訊成本、監督成本。

¹²² Frank H. Easterbrook, “Does Antitrust Have a Comparative Advantage?,” *23(1) Harvard Journal of Law & Public Policy*, 7-8 (1999).

¹²³ Easterbrook, *supra* note 44, at 2.

¹²⁴ *Id.*

惟本文有不同看法。本文認為，儘管過去 Easterbrook 認為偽陽性錯誤對於社會所帶來的成本高於偽陰性錯誤，然而此刻的環境恐怕與 Easterbrook 之主張正巧相反：雖有增加偽陽性錯誤的可能，但是在當前的市場中，因為輕放垂直併購而產生偽陰性錯誤其後果，較偽陽性錯誤嚴重得多。尤其例如數位市場常常加劇了市場力量而無法自我糾正，因此傳統的錯誤成本平衡其觀點可說是依賴於一個有缺陷的假設，使得社會因誤判成本所產生的負擔會高於個案中被告的預測¹²⁵。從而，我們應該更積極、主動地應對數位市場，以實施更有效的監管。

六、新趨勢之下歐美新興競爭案例研析

在新趨勢之下，未來垂直結合在美國有加強審查的趨勢，不若過往輕鬆。尤其如果垂直結合當事人擁有某種程度的市場力，或是垂直結合當事人是重要生產要素的唯一廠商，又或者垂直結合案會影響到其他新創事業或潛在競爭對手時，垂直結合案將更不容易過關。

目前可以觀察到，上述理論面的反思已經實踐在歐美涉及新興競爭者的垂直整合案例中。本節除探討美國應對新興競爭案例之途徑外，也附帶提及歐盟及英國之案例，從中可發現歐美目前態度可謂大致相同。

（一）美國法因應新興競爭之途徑

美國法上可用於處理新興競爭之工具包括 Clayton Act 第 7 條、Sherman Act 第 2 條以及 FTC Act 第 5 條。

1. Clayton Act 第 7 條

本條適用於收購，是劃分危險與良性合併的標準反壟斷工具，禁止可能大幅削弱競爭或傾向於建立壟斷的交易。第 7 條的實際潛在競爭原則（actual potential competition doctrine）可適用在新興競爭案例中，不過如何正確模擬出「若非」（but for）的世界是執法機關挑戰新興競爭併購時的難題。

¹²⁵ Newman, *supra* note 41, at 1522.

評估現有事業行為的反競爭效果需要與一個適當的假設情境（but-for world）進行比較，也就是假設若是沒有被指控的反競爭行為，原本可能的狀況是如何¹²⁶。在這個假設情境中，執法機關尤其要對於下列三點進行推演：(1)潛在競爭者未來可能採用的競爭策略；(2)未來所要競爭的產品市場和地理市場為何；(3)潛在競爭者進入市場的可能性及其時間軸¹²⁷。

2. Sherman Act 第 2 條

本條禁止獨占事業為維持該獨占地位而進行的排他行為或收購（包括新創事業）。標準石油案即是以收購達成獨占目的之典型案例。該條在執法對象上僅限於具有獨占地位的既有事業，這對保護新興競爭尤為重要¹²⁸。

一般認為執法機關在第 2 條之下的舉證責任不高，只需證明獨占事業有合理的可能性透過排他行為或收購以維持自身之獨占力量即可¹²⁹。兩條文主要有以下不同之處：

(1)行為類型

Clayton Act 第 7 條主要關注企業間的合併和收購，特別是那些可能損害市場競爭的交易。而 Sherman Act 第 2 條則更廣泛地關注排他行為，包括但不限於企業收購，同時也針對試圖維持或增強壟斷地位的行為¹³⁰。

(2)執法對象

Clayton Act 第 7 條適用於各種企業，而 Sherman Act 第 2 條主要針對具有壟斷地位的企業。

(3)競爭影響評估

Clayton Act 第 7 條主要關注特定交易對市場競爭的影響，而 Sherman Act 第 2

¹²⁶ 廖賢洲，「從 Verizon v. Trinko 案看電信市場之管制與競爭」，公平交易季刊，第 13 卷第 3 期，152（2005）。

¹²⁷ Andrew Elzinga, Nikhil Gupta, Margaret Kyle & Vivek Mani, “Economic Issues in Assessing Potential and Nascent Competition,” (2022), <https://www.cornerstone.com/wp-content/uploads/2022/02/Economic-Issues-in-Assessing-Potential-and-Nascent-Competition.pdf>, last visited on date: 2023/4/22。

¹²⁸ Hemphill & Wu, *supra* note 1, at 1900.

¹²⁹ *Id.* at 1898.

¹³⁰ *Id.* at 1900.

條則允許法院集體評估一系列行為，不僅僅是單一收購行為。換句話說，Sherman Act 第 2 條可以考慮多個行為的累積效果，而不僅僅是一個獨立行為的影響，第 2 條執法允許法院綜合評估更廣泛的行為，不像 Clayton Act 第 7 條只關注單一收購，Sherman Act 第 2 條執法上因而具有相當大的優勢，因為多個行為的累積效應可能比單一行為更大¹³¹。

(4)相結合之事業是否同處於相關市場

在 Clayton Act 第 7 條的情境下，相結合之事業較常處於相關市場，而在 Sherman Act 第 2 條之中，相結合之事業則是未必處於相關市場，甚至在 Clayton Act 第 7 條的併購案中進行類似於 Sherman Act 第 2 條的方法時，也同樣適用這一原則¹³²。

(5)舉證責任的高低

Sherman Act 第 2 條的舉證門檻應低於 Clayton Act 第 7 條¹³³。

(6)事前／事後審查之不同

Sherman Act 第 2 條為事後審查，Clayton Act 第 7 條為事前審查¹³⁴。

3. FTC Act 第 5 條

相較於 Sherman Act 第 2 條，FTC Act 第 5 條在適用對象上更為廣泛。2022 年 11 月 FTC 公布了聯邦貿易委員會法（the FTC Act）第 5 條（與我國公平交易法第 25 條相似）新的執法原則說明（Policy Statement），放寬了該條中所謂不公平競爭方法（unfair methods of competition）的定義，同時也讓 FTC 跳脫傳統的市場界定、市場力、合理原則分析、效率等諸如此類繁複舉證責任的束縛¹³⁵，更容易地處理新興競爭之結合案。同時，該執法原則也不再追求定義向來不明確的「消費者福祉」¹³⁶。

¹³¹ *Id.* at 1901.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.* at 1900.

¹³⁴ 因此有學者認為在處理新興競爭這類案件時，若要適用 Sherman Act 第 2 條，應謹慎與 Clayton Act 第 7 條有所區隔。Yun, *supra* note 2, at 638-40.

¹³⁵ Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 2022 WL 16948770, 5 [hereinafter Policy Statement].

¹³⁶ Hovenkamp, *supra* note 98, at 384.

新執法原則說明大致有以下重點：

(1) FTC Act 第 5 條在範圍上超越了 Sherman Act 和 Clayton Act

FTC Act 第 5 條旨在禁止可能對競爭產生負面影響的任何類型的不公平行為，是故不論是否有反競爭損害以及反競爭的意圖都不影響其執行¹³⁷。

(2) FTC 介入的時間點將提前

如果事業的行為浮現出可能違反競爭法的徵兆，雖尚未造成損害，FTC 亦可及早加以管制¹³⁸。

(3) FTC 可管制累積之後始損害競爭之個別行為

事業個別行為雖不至於危害市場競爭，然若市場中過多類似行為整體而言會導致市場競爭的損害時，FTC 仍可對於事業個別行為進行管制¹³⁹。

(4) 從手段及其影響評估效能競爭

在評估事業之行為是否逾越效能競爭（*competition on the merits*）時，FTC 著眼於以下兩方面：首先，事業所採取的手段為何？是否具有強迫性、剝削性、聯合性、權利濫用、欺騙性、掠奪性，或是否涉及使用市場力量；其次，FTC 則是評估該行為對競爭的負面影響，例如損害市場參進機會、降低競爭程度、選擇受限、損害消費者權益等¹⁴⁰。

須注意的是，在該執法原則中，事業所採取的手段及其所造成的負面影響兩者之間並不處於正相關的關係：儘管事業之手段在外觀上似未有不公平之處，惟對於競爭造成侵蝕的可能性時，無礙 FTC 採取管制措施，反之亦然¹⁴¹。

(5) 司法解釋以及質性的證據將占有決定性的份量

事業未來雖然仍可提出包括成本效益分析（*cost-benefit analysis*）等傳統上各式量化指標作為辯護，但僅具有參考價值¹⁴²。

¹³⁷ Policy Statement, *supra* note 135, at 1-2.

¹³⁸ *Id.* at 5.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.* at 4.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.* at 5-6.

(二) *Meta/Within* 併購案

潛在競爭被消除導致反競爭損害的理論有兩種，其中可用於處理新興競爭的實際潛在競爭原則早在 1970 年代即已出現¹⁴³，不過自 1980 年代起從芝加哥學派經濟理論蔚為風潮以來，美國執法機關未禁止垂直合併案件，在缺乏案例可依循的狀況下，DOJ 在前述 AT&T 與 Time Warner 垂直結合案中，並未採取實際潛在競爭原則¹⁴⁴。*Meta/Within* 案因此可算是在相隔半世紀之後，美國執法機關對於實際潛在競爭原則的測試。

在垂直併購案中，具有市場力的事業能夠透過併購新創事業來達到增加優勢，以致新進以及現有競爭對手都難以生存。尤其新創事業由於規模較小，因此被具有市場力之事業併購時，可能因尚未達到結合申報的門檻而被政府所忽略，競爭的可能性遂消失於無形。

自 2020 年起至 2022 年，Meta 每年投入數十億美金在虛擬實境部門 Reality Labs，也製造虛擬實境頭盔 Quest 等硬體設備，還自有 app 的銷售平臺以及虛擬實境 app¹⁴⁵。除此之外，過去三年 Meta 也併購了至少 9 家虛擬實境 app 業者¹⁴⁶，Meta 成為虛擬實境霸主的企圖心不言可喻。

在市場定義上，FTC 主張本案相關市場為虛擬實境健身 app 市場，由於系爭市場有其獨特的客群以及訂價策略，因此應排除其餘周邊市場，例如網路上的健身教學影片。Meta 與 Within 則反駁認為虛擬實境健身 app 的可替代產品相當多，FTC 的市場劃分方式過於狹隘。而法院則是採納 FTC 的見解，認為虛擬實境健身 app 市場相當不同。法院同時也觀察到目前現有的相關事業不論是健身中心或者虛擬實境業者，都沒有能力或設備跨入虛擬實境健身 app 市場。

在新興競爭的損害理論方面，本案中討論實際潛在競爭原則以及可感知潛在競爭原則（perceived potential competition doctrine），而以前者為主要討論對象。實際潛在競爭原則著眼於未來可能的競爭對手，在其進入市場之前就遭到收購，以致於

¹⁴³ United States v. Marine Bancorporation, Inc., 418 U.S. 602 (1974).

¹⁴⁴ Murino et al., *supra* note 43, at 114.

¹⁴⁵ Fed. Trade Comm'n v. Meta Platforms Inc., 2023 WL 2346238, at 1 (N.D. Cal. Feb. 3, 2023)，即 *Meta/Within* 一案。

¹⁴⁶ *Id.* at 2.

市場失去未來增強競爭的機會。換言之，若非（but for）該併購，則潛在的競爭對手原本是有足夠的動機、能力、「可用的可行辦法」（available, feasible means），在近期待期之內投入市場競爭。實際潛在競爭原則是目前常受到討論的新興競爭的損害理論。

至於可感知潛在競爭原則則是指在集中度較高的市場中，現有事業（以本案為例即是 Within）原採取因應措施，例如維持一具有競爭力的低價，以阻止已經浮現檯面強大的競爭對手（Meta）進入市場，倘若現有事業被該競爭對手併購，低價措施不復存在而市場價格將會上升以致造成市場中的競爭壓力消失，併購因而不合法¹⁴⁷。然而由以上的敘述可見可感知潛在競爭原則事實上已經有可能的競爭關係存在，因此並非真正的新興競爭的損害理論¹⁴⁸，非本文所討論對象。

本案之所以眾所矚目，乃是因為 FTC 以本案來第一次測試實際潛在競爭原則。FTC 著眼於本交易若是成功，將來 Meta 與 Within 不會是競爭對手，進而造成未來潛在的市場競爭消失。法院也認同 FTC 以未來潛在競爭的喪失作為一種競爭法上的損害，達到保護創新的目的¹⁴⁹。

若採取實際潛在競爭原則，則 FTC 必須證明下列要件：

1. 潛在競爭者是否具有「可用的可行辦法」進入市場？

潛在競爭者必須有辦法在不久的將來進入市場，並提高該市場之競爭。法官要求 FTC 證明 Meta 有「可用的可行辦法」在不併購 Within 的狀況下，獨力進入（*de novo entry*）虛擬實境健身 app 市場，蓋若 Meta 不具備此一條件，未來兩事業本即沒有競爭的可能性可言，FTC 現在阻止這樁併購案便不具有正當性。

在分析了 Meta 幾種進入市場的商業策略後，法院認為皆不可行，亦即認為 Meta 除併購之外別無他法進入市場。雖然 FTC 還向法院力陳無論如何 Meta 終究還是有可

¹⁴⁷ Hemphill & Wu, *supra* note 1, at 1894. 該文亦指出所謂可感知潛在競爭原則並非真正的潛在競爭態樣。

¹⁴⁸ OECD, *The Concept of Potential Competition*, OECD, 9 (2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/the-concept-of-potential-competition-2021.pdf>, last visited on date: 2023/4/22. OECD 因而將可感知潛在競爭原則認為已經是真實的競爭，而實際潛在競爭原則才是真正的潛在競爭。

¹⁴⁹ Meta 與 Within 曾主張 FTC 未能證明垂直結合交易造成共同效果（coordinated effects），請求駁回 FTC 向法院所訴請的初步禁制令（preliminary injunction）。儘管這的確是過往在結合案中的標準做法，然 FTC 在本案中所採乃是實際潛在競爭原則且獲得法院支持，Meta 與 Within 的主張在未能有效反駁 FTC 之主張的狀況下，未能得到法院採納。Meta, 2023 WL 2346238, at 18.

能找到進入虛擬實境健身 app 市場的辦法，惟此等主張由於過於空泛而無法得到認同¹⁵⁰。

2. 潛在競爭者是否具有能力？

儘管 FTC 證明了 Meta 的規模、資源、在虛擬實境方面的版圖，惟法院終究不採信 Meta 擁有獨力進入虛擬實境健身 app 市場的能力。法院指出，Meta 若要進入該市場則必須擁有結合了肌動學（kinesiology）、生物力學（biomechanics）以及虛擬實境專長的專業人士，但是目前看來 Meta 顯然並不具備。又 FTC 雖主張 Meta 能將既有的虛擬實境電玩 app 轉為虛擬實境健身 app，不過法院發現技術上並不可行，法院於是得出以目前 Meta 的軟硬體設備事實上還是無法開發出虛擬實境健身 app 的結論¹⁵¹。

3. 潛在競爭者是否具有動機？

在分析 Meta 的能力之後，法院繼而分析 Meta 是否有著進入虛擬實境健身 app 市場的動機。法院認為雖然 Meta 獨力進入該市場將有助於自身虛擬實境硬體的發展，但 Meta 不需要為了發展相關硬體而一定要獨力進入該市場¹⁵²。另外，法院也指出，儘管 Meta 計畫將虛擬健身市場作為其發展虛擬實境的核心，然 FTC 據此遽認 Meta 有動機獨力進入虛擬實境健身 app 市場稍嫌速斷，畢竟有意推展虛擬健身市場與獨力進入虛擬實境健身 app 市場之動機兩者間亦無必然關連¹⁵³。

4. 目標市場是否屬於競爭市場？

在實際潛在競爭原則之下，垂直結合之前的目標市場必須本即屬於高度集中市場（highly-concentrated market）¹⁵⁴，如此才能說明因為競爭併購案導致未來的市場競爭不存在，亦即兩者具有因果關係。

¹⁵⁰ *Id.* at 28-31.

¹⁵¹ *Id.* at 13.

¹⁵² *Id.* at 25.

¹⁵³ *Id.* at 25-27.

¹⁵⁴ *Marine Bancorporation*, 418 U.S. at 633.

為了推翻實際潛在競爭原則，Meta、Within 努力證明虛擬實境健身 app 市場是一個競爭市場。不過，由於法院審理時已經發現 FTC 在其他實際潛在競爭原則的要件上未能盡到舉證責任，於是決定將本爭點予以忽略¹⁵⁵。

5. 潛在競爭者獨力進入可促進市場競爭

潛在競爭者若未採取併購而是獨力進入市場，則其進入會顯著促進市場競爭¹⁵⁶。

綜上所述，法院贊同 FTC 在本案中以未來潛在競爭的喪失來試圖阻止 Meta 收購 Within。FTC 未能成功之處在於無法對 Meta 有動機、有能力在未來與 Within 成為競爭對手等要件上盡到舉證責任。FTC 在本案中雖然未能成功阻止兩事業結合，但是所嘗試的損害理論獲得法院支持則是頗具意義，其未來仍然非常值得吾人持續追蹤。

至於在 EDM 方面，Steven Salop 認為這項在垂直結合中常被主張的好處在本案中可能不會出現。因為在結合後 Meta 可能會調高健身 app 的使用費，造成消費者轉往 Meta 其他 app 從而使得 Meta 可能會在其他 app 上獲得更高的利潤，垂直合併帶來的效益因而可能被削弱¹⁵⁷。垂直合併不見得可以創造效益，從而在評估垂直合併的影響時，法院需要仔細審查這些潛在的效益以確保合併不會對競爭產生不利影響。

如何識別一新興競爭併購案有害未來競爭以及創新，質性證據扮演很重要的角色。在 *Meta/Within* 案中法院即審酌了 Meta 的內部文件，包括內部通信或收購方反競爭計畫的證據都相當具有證明力，因為由這些證據可以看出，收購方已經開始擔心目標公司未來可能構成的新興競爭並試圖透過收購來消除之¹⁵⁸。

須附帶一提的是，FTC 在本案未能成功阻止併購，可能也是促成其設立科技處的原因之一¹⁵⁹。現任技術長 Stephanie Nguyen 表示，FTC 一直處於新興技術的前沿以執行法律，而隨著商業模式與科技之間的界線越來越不明顯，科技處的成立遂變得

¹⁵⁵ *Meta*, 2023 WL 2346238, at 18-20.

¹⁵⁶ Steven C. Salop, *Potential Competition and Antitrust Analysis*, DAF/COMP/WD(2021)37, OECD Competition Committee, para. 27 (2021), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2021\)37/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2021)37/en/pdf), last visited on date: 2023/4/22.

¹⁵⁷ Steven Salop, “An Excessive Evidentiary Burden Sunk the FTC’s Case Against the Meta/Within Merger,” ProMarket (2023/2/22), <https://www.promarket.org/2023/02/22/an-excessive-evidentiary-burden-sunk-the-ftcs-case-against-the-meta-within-merger/>, last visited on date: 2023/4/22.

¹⁵⁸ *Meta*, 2023 WL 2346238, at 26.

¹⁵⁹ Rob Verger, “The FTC Is Trying to Get More Tech-Savvy,” Popular Science (2023/2/25), <https://www.popsoci.com/technology/ftc-office-of-technology/>, last visited on date: 2023/8/10.

相當重要；不僅如此，目前科技演進的步調快速、數量龐大，不能再如過往依個案才來做分析¹⁶⁰。根據 FTC 的新聞稿，於 2023 年 2 月所成立之科技處主要任務，就包括凸顯與競爭相關的市場趨勢和新興技術¹⁶¹。

(三) *Illumina/Grail* 併購案

本案在大西洋的兩岸皆有競爭法主管機關加以審查，以下分述之：

1. 美國方面：*Brown Shoe* 標準（Clayton Act 第 7 條）以及 FTC Act 第 5 條

Illumina 是 DNA 定序設備的製造商，而 *Grail* 之「多癌症早期檢測」（multicancer early detection test，下稱 MCED）能發現尚在早期階段的癌症，兩事業皆為美國企業¹⁶²。2020 年 *Illumina* 欲收購 *Grail* 時引起 FTC 的關注。FTC 認為 *Illumina* 在收購 *Grail* 之後有動機與能力對於其他公司所開發的 MCED 加以阻止，造成更先進的技術可能會無法問世¹⁶³。

Illumina 本身所擁有的 DNA 定序設備乃是各家 MCED 廠商所會用到的儀器，是故 *Illumina* 具備阻礙 *Grail* 競爭對手的能力，另外 FTC 認為 *Illumina* 也具有妨礙 MCED 市場競爭的動機，*Illumina* 若拒絕將 DNA 定序設備提供給其他 MCED 廠商，儘管會造成這部分的利潤減少，然而在 MCED 的獲利空間遠較 *Illumina* 本身的 DNA 定序設備來得更大¹⁶⁴。

Illumina 則反駁 FTC 的主張，因為 *Illumina* 認為在 MCED 的市場裡面除了 *Grail* 之外其他所謂的「競爭對手」事實上還不成氣候，能否成功研發具有競爭力的 MCED 還在未定之天，遑論 *Illumina* 有動機去妨礙 MCED 市場的競爭，況且 FTC 也忽略了 *Illumina* 與 *Grail* 的垂直結合能夠提升研發的效率¹⁶⁵。

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ Federal Trade Commission, Press Release, “FTC Launches New Office of Technology to Bolster Agency’s Work,” (2023/2/17), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/02/ftc-launches-new-office-technology-bolster-agencys-work>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁶² In the Matter of *Illumina, Inc.*, a corporation; and *Grail, Inc.*, a corporation, 2023 WL 2946882, at 9.

¹⁶³ *Id.* at 2.

¹⁶⁴ *Id.* at 16.

¹⁶⁵ *Id.* at 17.

2022年9月FTC行政法官（administrative law judge）D. Michael Chappell認為垂直結合具有促進競爭的效果，而主管機關又未能提出足夠的證據，證明系爭結合案會造成妨礙競爭的結果，因而認同Illumina的主張。首先，Chappell支持Illumina的說法，認為目前在MCED的市場上Grail仍是一枝獨秀，因而在短期內不會有競爭對手出現，即使有，產品之間的好壞仍然會有相當大的差距，所以在這樣的狀況之下要認為Illumina有動機來破壞市場競爭，恐怕是言之過早¹⁶⁶。在Illumina是否具有能力破壞市場競爭的問題方面，Chappell也認為Illumina自行提出的併購條件，例如其保證不會在併購後漲價、不降低服務品質、不濫用從Grail所得到與競爭對手相關之機密資料、不拒絕提供前述之DNA定序設備等，都已經足以大幅限制Illumina破壞市場競爭的能力¹⁶⁷。

FTC於2023年4月做出一致決定，推翻了上述Chappell作出的裁決，仍然認定Illumina收購Grail可能會實質上減少MCED測試的研究、開發和商業化市場競爭¹⁶⁸，FTC繼續維持與歐盟執委會（European Commission）一致的見解。

FTC這次再度回到*Brown Shoe*標準來分析本案，認為從以下四點可以看出Illumina/Grail垂直併購案會構成反競爭：

(1) 封鎖的可能性

Illumina目前市占率以及市場力相當大，且在短期之內仍可能是DNA定序設備的唯一供應商，而且可預期的是這樣的優勢還會持續一段時間¹⁶⁹。

(2) 交易的性質與目的

在本案中，一家獨家供應商（Illumina）全面收購了一家下游客戶（Grail），在收購之前，它只持有該客戶的一小部分股份¹⁷⁰。由於Illumina可排除下游Grail的競爭對手，對於FTC來說遂形成一反競爭的重要徵兆。

(3) 合併後公司所擁有的市場力量程度

在結合之後，由於上游的Illumina無人能取代，而下游Grail成為市場上唯一的

¹⁶⁶ *Id.* at 18.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.* at 2.

¹⁶⁹ *Id.* at 36.

¹⁷⁰ *Id.* at 38.

MCED 銷售商，FTC 認為，這一因素將增加相關市場因合併而不再具有競爭性的風險¹⁷¹。

(4)參進障礙

在 Illumina、Grail 結合前，開發和銷售 MCED 測試的障礙原本就已經不容易，在合併後，這些障礙可能會變得更高，畢竟開發需要昂貴又耗時的臨床試驗，其結果也不確定。倘若合併，競爭對手一方面要在銷售 MCED 時與 Illumina 競爭，同時還要依賴 Illumina 的 DNA 定序設備¹⁷²。

Illumina 向第 5 巡迴法院提出上訴¹⁷³，然而第 5 巡迴法院於 2023 年 12 月 15 日做出判決，認為 FTC 採用 *Brown Shoe* 標準分析本案並無違誤，因而支持 FTC 的見解認為 *Illumina/Grail* 併購案有害於新興競爭¹⁷⁴。這是美國近幾十年來首次有政府機構成功證明垂直併購的反競爭效果，對 FTC 以致於將來 DOJ 的反壟斷執法有積極意義。如同前述，*Brown Shoe* 標準對於垂直結合來說並非一友善的標準。

2.歐洲方面

歐洲方面同樣在 2022 年 9 月，Illumina 與 Grail 的併購案未能通過審查，因為歐盟執委會認為 Illumina 具有排除競爭對手的動機與能力。歐盟執委會發現 Illumina 所擁有的 DNA 定序設備在市場上具有不可替代性，且該市場有參進障礙高、轉換成本高等特性，因而認為 Illumina 有能力封鎖 Grail 的競爭對手。執委會也認為 Illumina 透過拒絕提供設備給 Grail 之競爭對手雖然會損失部分收益，但從 MCED 市場能囊括更大的利益，從而認為 Illumina 有封鎖競爭對手的動機¹⁷⁵。

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.* at 39.

¹⁷³ Mike Scarcella, “Illumina Wins Fast-Track Appeal of FTC Order to Offload Grail,” U.S. News (2023/4/19), <https://money.usnews.com/investing/news/articles/2023-04-19/illumina-wins-fast-track-appeal-of-ftc-order-to-offload-grail>, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁷⁴ *Illumina, Inc. v. Fed. Trade Comm’n*, 88 F.4th 1036 (5th Cir. 2023). 惟 *Brown Shoe* 標準與美國聯邦最高法院其後一系列判決並不相容，see Herbert Hovenkamp, “Did the Supreme Court Fix ‘Brown Shoe’?,” ProMarket (2023/5/12), <https://www.promarket.org/2023/05/12/did-the-supreme-court-fix-brown-shoe/>, last visited on date: 2024/1/15. 第 5 巡迴法院之判決能否具有指標性因此可能須要時間驗證。

¹⁷⁵ European Commission, Press Release, “Mergers: Commission Prohibits Acquisition of GRAIL by

儘管 Illumina 在歐盟也提出併購條件，包括開放部分專利授權、三年內在歐美不進行專利訴訟等，然仍不足以讓執委會相信相關條件能達到維持市場競爭的效果，因為執委會認為，Illumina 所開放授權的專利有即將到期的問題，而且也不算是核心的專利，此外有些讓利的條款卻必須等到 2033 年以後才生效¹⁷⁶。其餘例如 Illumina 是否保證併購之後不會藉由降低服務品質作為封鎖競爭對手的手段、結合後不會漲價等，在併購條件中付之闕如¹⁷⁷。

值得注意的是，執委會認為儘管 Grail 的競爭對手將來能否成功開發具有競爭性的技術仍有不確定性，但是 Grail 與其競爭對手之間確存有「創新競賽」(innovation race) 的關係，主管機關在現階段即應介入管制此一垂直結合案以預防性地保障創新¹⁷⁸。這不但與前述美國行政法官 Chappell 的態度迥異，也是執委會罕見地以保護創新這樣較難以用經濟學來描述的質性評估 (qualitative assessments)¹⁷⁹，包括事業內部的文件以及來自包括消費者與競爭對手的意見¹⁸⁰，作為市場損害理論的基礎而受到各界關注。

此外，Illumina 與 Grail 在歐盟其實沒有銷售金額、未達結合申報門檻，執委會首次援用新修訂之 EU Merger Regulation (下稱 EUMR) 第 22 條，將本案納入管轄範圍進而禁止兩事業之結合，在新的 EUMR 第 22 條通過之後，執委會對於結合案的管轄權可謂相當廣泛¹⁸¹。

Illumina,” (2022/9/6), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5364, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Nikolaos Peristerakis, Mélanie Bruneau, Francesco Carloni, Dr. Annette Mutschler-Siebert, M. Jur. (Oxon), Gabriela da Costa, Jennifer P.M. Marsh, Allen R. Bachman, Derek W. Kelley & Philip Torbøl, “Illumina/Grail: The Dawn of a New Era for Global Merger Control?,” K&L Gates (2022/10/27), <https://www.klgates.com/Illumina/GrailThe-Dawn-of-a-New-Era-for-Global-Merger-Control-10-27-2022>, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁷⁹ 有學者認為量化的證據容易在專家之間有不同的解讀，質性的證據在傳統競爭法上本即占有重要地位，此時此刻應該要扮演重要角色。Newman, *supra* note 41, at 1555.

¹⁸⁰ *Id.* at 1559.

¹⁸¹ Peristerakis et al., *supra* note 178. 原本 EUMR 第 22 條之規定旨在讓歐盟成員國之中，尚未具有審查結合案相關規範的國家，能夠將可能影響該國競爭秩序的結合案轉介至執委會處理。執委會於 2021 年新增規定，讓會員國在面對未達該國結合申報門檻的案件卻又擔心該案會影響該國創新或競爭秩序時，也同樣能將該案轉介至執委會處理。歐盟普通法院 (The EU General

2023年10月，對於 Illumina、Grail 未獲批准逕自結合的違規行為 (gun-jumping)，歐盟執委會要求 Illumina 必須在嚴格的期限內完成出售 Grail 以恢復其獨立性，並確保它與被收購前一樣具有生存和競爭力¹⁸²。參與結合之事業已提出上訴，執委會的見解是否能受到支持值得持續觀察。

(四) 英國 *Meta/Giphy* 併購案¹⁸³

本案之所以令人注目在於從本案可看出目前英國競爭及市場管理局 (Competition and Markets Authority，下稱 CMA) 在數位市場的垂直結合上，不論系爭案件是否與英國具有連繫因素，抑或是否達到結合門檻，都可能介入管制¹⁸⁴。

Meta 與 Giphy (開發 GIF 圖像的公司) 這筆超過 3 億美金的結合案已於 2020 年完成收購，Meta 在收購時由於自認在英國並未有收益，因而決定不向 CMA 主動申報結合，惟英國 CMA 仍下令要求兩事業不得結合，必須拆解¹⁸⁵。

Meta 主張，在收購之前 Giphy 已經發生財務困難，Meta 透過併購方得維持 Giphy 的競爭力。Robin C. Feldman 和 Mark A. Lemley 也發現，一事業之財務狀況發生困難的確是常見之併購原因，且實務上多予核准，然而 Feldman 和 Lemley 認為主管機關也應注意像是審查該事業是否實際上真的需要收購才能維持競爭能力，或者是否真的沒有其他事業提出可行的收購條件等狀況，來對於個案予以核准或核駁¹⁸⁶。

Court) 亦認為新法並未違法。Illumina 與 Grail 的結合案發生後，歐盟即有若干會員國提出轉介的要求，執委會遂對本案進行審查。

¹⁸² Foo Yun Chee, “Illumina Ordered by EU Antitrust Regulators to Sell Grail,” Reuters (2023/10/12), <https://www.reuters.com/markets/deals/illumina-ordered-by-eu-antitrust-regulators-sell-grail-2023-10-12/>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁸³ 本案若自前述美國法的角度分析，仍屬於涉及新興競爭者的垂直整合案例。Yun 認為 *Meta/Giphy* 案係一涉及新興競爭者的垂直整合案例，並從美國 Clayton Act 第 7 條的角度來分析。Yun, *supra* note 16, at 1304-06.

¹⁸⁴ Gabriela da Costa, Aurelija Grubyte, Michal Kocon, Niall Lavery & Jennifer P.M. Marsh, “CMA Blocks Meta/Giphy – It Might Be the Meta Universe but We’re Living in the CMA’s World,” JD Supra (2022/11/4), <https://www.jdsupra.com/legalnews/cma-blocks-meta-giphy-it-might-be-the-7746627/>, last visited on date: 2023/5/2.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ Robin C. Feldman & Mark A. Lemley, “Atomistic Antitrust,” *63 William & Mary Law Review*, 1924 (2022).

CMA 反對 Meta 的主張，認為 Meta 與 Giphy 的併購案會造成反競爭的效果，因為 Meta 有能力且有動機封鎖其他相互競爭的社群網站以致其無法使用 Giphy 之產品及服務¹⁸⁷。在網路效應之下，該併購案的反競爭效果會更形惡化。

法庭也贊成 CMA 的見解，因為既然本案所牽涉的是動態競爭，一般靜態競爭的概念包括市場定義、市占率、市場集中度等，在本案中比較難以發揮功能，而 CMA 不必等到結合案事後再來做觀察，反而應及早介入並適當地評估（未來）市場會受到何等影響¹⁸⁸。相較於過往 Meta 先後收購 WhatsApp 以及 Instagram，CMA 當時皆未強力反對且最後無條件過關，Meta 與 Giphy 的併購案遂成為英國一指標性案例。

（五）Microsoft/Activision Blizzard 併購案

2022 年 1 月 18 日，微軟（Microsoft）宣布收購動視暴雪（Activision Blizzard）的計畫，金額為 687 億美元，這筆交易將使微軟成為全球第三大遊戲公司，如果交易完成，這將是迄今為止最昂貴的與電玩遊戲相關的收購案¹⁸⁹。本案亦在大西洋的兩岸皆有競爭法主管機關加以審查，以下分述之：

1. 歐洲方面

由於微軟的承諾消弭了執委會所關注的競爭問題，歐盟執委會於 2023 年 5 月已率先正式批准微軟對動視暴雪的收購案。執委會對此次微軟收購動視暴雪的交易進行了深度的審查，發現微軟特別是在雲遊戲市場（cloud gaming market），有可能產生競爭風險。微軟因而特別針對歐盟雲遊戲市場中的競爭問題，提出了持續 10 年、廣泛的授權承諾，包括：

- (1) 允許歐盟經濟區內的消費者，透過他們所選擇的雲遊戲市場（不論電腦或遊戲主機），免費串流所有現有和未來的動視暴雪的遊戲。

¹⁸⁷ da Costa et al., *supra* note 184.

¹⁸⁸ Meta Platforms, Inc. v. Competition and Markets Authority [2022] CAT 26, [26] & [37] (appeal taken from UK), https://www.catribunal.org.uk/sites/cat/files/2022-06/20220614_1429_Judgment_FINAL%20%5b2022%5d%20CAT%2026.pdf, last visited on date: 2024/1/15.

¹⁸⁹ The Economist, “Why Microsoft Is Splashing \$69bn on Video Games,” (2022/1/22), <https://www.economist.com/business/why-microsoft-is-splashing-69bn-on-video-games/21807242>, last visited on date: 2023/11/30.

(2)同時，歐盟經濟區內的雲遊戲串流供應商也獲得免費授權，讓他們可以串流任何動視暴雪的遊戲，不論電腦或遊戲主機。

微軟的做法解決了執委會所關注的雲遊戲市場競爭問題，且市場回應頗佳，執委會遂確認此次收購不再有競爭疑慮，能為整體市場和消費者帶來利益¹⁹⁰。

2.英國方面

CMA 對於微軟欲收購動視暴雪一案原本在 2023 年 4 月決定予以阻擋，主要原因在於該交易將對新興的雲遊戲市場造成傷害。微軟一旦收購動視暴雪，將在雲遊戲市場擁有 60%至 70%的市占率，屆時微軟將有動機拒絕將動視暴雪的遊戲提供給競爭對手，顯著削弱雲遊戲這個重要新興市場的競爭¹⁹¹。

CMA 認為微軟的主機市場不會有太大的問題，因為微軟不至於完全禁止在其他平臺發行其收購的遊戲、放棄銷售收入，CMA 的調查於是將重心放在雲遊戲市場，蓋微軟在基礎設施和品牌上的優勢，若再加上動視暴雪的遊戲內容，將更容易在雲遊戲市場取得優勢¹⁹²。CMA 發現，若無此收購案，動視暴雪原本就會在可預見的將來透過雲平臺發行遊戲，倘若所有的動視暴雪遊戲未來都被鎖在微軟平臺上，將大幅減少雲遊戲市場的競爭。

不過，在 2023 年 9 月微軟修改了併購條件使得該案出現轉機，CMA 認為微軟修改後的交易大致上解決了原交易的問題。原交易中，微軟將完全收購動視暴雪，使得 CMA 擔心這會損害英國的雲遊戲市場競爭。但是在新的交易條件下，微軟不會收購動視暴雪的雲遊戲權利，而是出售給第三方育碧（Ubisoft），讓育碧成為雲遊戲內容的關鍵供應商，如此一來微軟就無法控制動視暴雪的雲遊戲內容、限制競爭對手獲取這些內容，而育碧可以自主選擇如何提供動視暴雪的遊戲¹⁹³。另外，微軟

¹⁹⁰ 不過，在 2023 年 9 月微軟承諾 CMA 將雲遊戲權利出售給第三方育碧之後，歐盟目前考慮要求微軟重新遞件、重啟調查，Emily Birnbaum & Malathi Nayak, “The Long, Winding Road to a Microsoft-Activision Deal,” The Washington Post (2023/9/29), <https://reurl.cc/OjVodg>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁹¹ Daniel Cooper, “UK Regulator Blocks Microsoft’s Activision Blizzard Merger over Cloud Concerns,” Engadget (2023/4/26), <https://www.engadget.com/uk-regulator-blocks-microsofts-activision-blizzard-merger-over-cloud-concerns-113517255.html>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Competition and Markets Authority, Press Release, “New Microsoft/Activision Deal Addresses

也會將動視暴雪遊戲移植到非 Windows 系統¹⁹⁴。整體而言，CMA 認為這大體上解決了其對原交易的顧慮，併購案通過的可能性大為提升。

3.美國方面

微軟、動視暴雪的併購案在美國業經法院審理，然 FTC 未能說服法官核發禁制令阻止併購案¹⁹⁵。FTC 主張微軟和動視暴雪之間的垂直合併違反了 Clayton Act 第 7 條和 FTC Act 第 5 條。而 FTC 未能勝訴的原因，有認為是 FTC 未能正確將焦點放在電玩的新興科技，亦即雲遊戲市場上¹⁹⁶。

與歐盟、英國不同的是，儘管 FTC 有提及雲遊戲市場，不過在該案中的主要辯論重點反而是聚焦於遊戲主機上，亦即「微軟於合併後是否會偏袒自家 Xbox 遊戲機」成為辯論的重點，雲遊戲市場的新興科技競爭議題因此未受到應有的重視，FTC 可謂忽視了微軟積極在雲遊戲市場建立的主導地位的策略¹⁹⁷。在未來，對於個案中可能崛起的新興技術加強辨識、審查，是各國主管機關所應注意的。

七、歐美經驗可供我國借鏡之處

在 *Meta/Within* 案中，FTC 試圖運用實際潛在競爭原則認定併購會扼殺市場中原本可能出現的競爭，但 FTC 未能對 Meta 有動機、有能力在未來與 Within 成為競爭對手等要件上盡到舉證責任，因而未能阻止併購。儘管 FTC 未勝訴，美國法院仍支持其以潛在競爭喪失作為損害理論，開創先例。未來 FTC 可在同類案件中，加強證明收購方的能力與動機以提高勝算。

Previous CMA Concerns in Cloud Gaming,” (2023/9/22), <https://www.gov.uk/government/news/new-microsoft-activision-deal-addresses-previous-cma-concerns-in-cloud-gaming>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Fed. Trade Comm’n v. Microsoft Corp., 2023 WL 4443412 (N.D. Cal. July 10, 2023).

¹⁹⁶ 又如 2013 年 Google 收購 Waze 一案，由於未達申報門檻，因此 FTC 當時未予以審查，自然也沒有注意到 Waze 是一個具成長性的、新興的「社交導航工具」（social navigation tool），並非只是另一個地圖 app。Joshua Gray & Cristian Santesteban, “The FTC Needs to Focus Arguments on Technological Transitions after High-Profile Losses,” ProMarket (2023/9/22), <https://www.promarket.org/2023/09/22/ftc-needs-to-focus-arguments-on-technological-transitions-after-high-profile-losses/#>, last visited on date: 2023/11/30.

¹⁹⁷ *Id.*

FTC 在 *Illumina/Grail* 案中以 *Brown Shoe* 標準分析該案獲得第 5 巡迴法院支持，該垂直併購案因而被認定有害新興競爭，成為美國政府機構數十年來首次成功證明垂直併購具反競爭效果之案件。歐盟執委會在 *Illumina/Grail* 案中，以預防性保護創新作為禁止併購的理由，實屬罕見，此案顯示歐盟大幅增加質性評估的重要性。

CMA 在 *Meta/Giphy* 案中主動介入，儘管該併購案與英國關聯不大，也未達申報門檻。CMA 以動態競爭角度，認為應及早介入評估結合對市場未來的影響，顯見 CMA 對於數位市場垂直結合採取更積極的管制立場。

FTC 在 *Microsoft/Activision Blizzard* 案中，主要關注傳統遊戲市場，可惜未充分考量新興的雲遊戲市場，此點與歐盟及英國不同。FTC 的科技處在未來可望強化 FTC 在新興競爭方面的敏銳度。

儘管歐美都有嚴格審查新興競爭結合案之態勢，惟有學者觀察到嚴格管制有時反而影響到部分新創事業企業主欲出售其事業之期望。垂直合併已成為新創事業常見的退場途徑，新創事業主有時期待透過垂直合併實現其投資報酬，也就是在業務發展到一定規模後，他們可以出售以獲得利益。是故，如果垂直合併政策過度限制大型科技公司在金融、製藥、醫療、代工等不同行業的收購，有時反而可能對創新誘因產生負面影響，並抑制新創事業的形成，畢竟如果新創事業在退出以求獲利了結時面臨困難，往後具有風險的投資項目將難以吸引新創事業投入¹⁹⁸。

另有學者認為在美國，或許限制收購新創事業是利大於弊，然而終究要視個案而定：例如具有市場力的事業其實能力較強、創新能力較弱或議價能力較高的情況下，限制收購反而不是較好的政策¹⁹⁹。

又如同前述，美國實際潛在競爭原則中的「*but-for*」世界是一種假設的情境，用來分析新興競爭問題，評估一個結合是否會消除或減少新興競爭。當一個具有市場力之事業收購新興競爭者時，執法機關會探究：如果沒有這項交易，新興競爭者是否會成為一個有效的競爭者，進而推出更好、更創新的產品或服務？它是否會促進市場的效率和福利？然而「*but-for*」世界的建構需要考慮多種因素，包括新興競爭者

¹⁹⁸ Sokol, *supra* note 4, at 1362.

¹⁹⁹ Christian Fons-Rosen, Pau Roldan-Blanco & Tom Schmitz, “Startup Acquisitions Have Undecided Effects on Innovation and Economic Growth,” *ProMarket* (2023/3/25), <https://www.promarket.org/2023/03/25/startup-acquisitions-have-undecided-effects-on-innovation-and-economic-growth/>, last visited on date: 2023/5/2.

的能力、動機、策略、資源、風險、市場需求、技術變化等，當然這些因素可能會隨著時間而變化，換言之，「but-for」世界不是一個靜態的概念，而是一個動態的過程，在分析「but-for」世界時，所需要的證據可來自於事業內部通訊、市場數據、行業報告、專家意見等²⁰⁰。

事實上，我國實務已經出現過類似案例。在臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1874 號判決中，原告 Microsoft 與原告 Nokia 於 2013 年 9 月 2 日簽署了一份協議，該協議涉及 Microsoft 購買 Nokia 大部分裝置和服務業務的股份和資產，包括設計團隊、生產設備的營運、銷售和市場活動等。該協議還包括 Nokia 向 Microsoft 提供 10 年非專屬專利授權，以及 Microsoft 為 Nokia 的 HERE 業務提供互惠授權。該合併為一垂直結合，其中 Microsoft 專注於開發和授權 Windows Phone 操作系統，而 Nokia 主要從事行動裝置的生產。垂直結合可以減少交易成本和雙重邊際化問題，降低價格並增加產量。在合併之前，Microsoft Windows Phone 在全球市占率僅約 3%，這使得吸引 apps 開發商為其開發 apps 變得困難，其 apps 商店中的 apps 數量僅為另外兩個生態系統的 15%。如果合併後 Microsoft 能夠成功地擴大 Windows Phone 的安裝基礎並吸引更多的 apps 開發商，那麼它可能成為 Google 和 Apple 之外的第三個生態系統，從而促使這些生態系統之間的競爭。由於這次合併不會顯著改變市場結構，也不會減損市場競爭程度，因此沒有根據公平交易法第 12 條第 1 項的規定進行禁止的必要。

主管機關在審查此類結合案時，實質上即是在預測相關市場未來可能的變化而這種預測存在許多不確定性和主觀因素，因為它取決於當事人申報內容的真實性、主管機關在收集市場資訊時所面臨的限制，以及對無形資產、資訊分析及掌握評估和利用等動態市場競爭價值的理解。此外，原告在簽署協議後，能否達到預期的經營利益存在很大的商業風險。

由上述可見，在新興科技的產業調查上，我國未來在平時就有必要實施較為全面性之資料蒐集以及研究。不過觀諸我國產業調查之現況，有學者發現「公平會以往產業調查大抵停留在瞭解行業目前經營狀況與銷售量、店舖數、集中度等市場結構，至於如同英國用以發掘競爭問題及潛在反競爭行為的產業調查，則一直要到 2021 年夏季公平會為瞭解大型數位平臺對國內所帶來衝擊，尋找具有違法嫌疑的個案調

²⁰⁰ Yun, *supra* note 2, at 659.

查對象，就 Google、Facebook 所提供各種線上服務進行的產業調查，才首次在國內出現²⁰¹。」因此，除了個案調查以外，公平交易委員會應有通案進行產業調查的強制性權利，若無相關的配套措施或是現行法規工具不足，應修法為妥²⁰²。

有鑑於此，本文建議我國可考慮仿效 FTC 成立科技處，俾便對於新興科技進行例行、通案的產業調查。成立科技處除了是為順應市場趨勢，另一相當重要的原因在於搶攻國際間規則制定的話語權。前美國 FCC（Federal Communications Commission）主席 Tom Wheeler 指出，美國在數位規範方面還落後於歐盟和英國：1. 歐盟已制定了相關規範來處理競爭和網際網路的問題，包括數位市場法案（Digital Markets Act, DMA）和數位服務法案（Digital Services Act, DSA），而英國雖然尚未通過相應的法案，但已經在準備實施數位監管，惟不論何者，其規模可達 150-200 人，遠超過 FTC 科技處現有僅約 10 幾人；2. 歐盟和英國的風險管理方法有所不同，歐盟採用立法者主導的模式，而英國則依賴 CMA 的裁量；3. 美國的主要數位平臺業者未來可能會面臨要遵守其他國家所定義的數位規範²⁰³。職是之故，提升國際能見度、掌握話語權，亦應是我國考慮成立科技處時的重要評估因素。

八、結論

競爭法較為關注的是經濟效益，首當要務自然是考慮價格效應。當然，價格效應具有重要地位，但非價格的效應包括競爭機會遭到剝奪、就業市場狀況、勞工權益等因素乃是不容忽視的。換句話說，競爭法具有低估特定策略行為破壞公平競爭的可能性。

美國近代競爭法對於垂直結合的支持與否，經歷變革。自 1980 年代以來在芝加哥學派的倡議之下，垂直結合一般被認為能夠提高經濟效率進而增進消費者福祉，故而與水平結合有所不同，垂直結合甚至是應該受到鼓勵。然而，有鑑於實務上相結合事業於垂直結合之後往往不見得能產生在結合前所宣稱的經濟效率以及消費者

²⁰¹ 王立達，「競爭政策之傳統與新興推動途徑——從競爭倡議走向市場調查」，*中研院法學期刊*，第 32 期，129-130（2023）。

²⁰² 公平交易委員會，前揭註 101，203 註 47，王立達教授之意見。

²⁰³ Tom Wheeler, “The UK and EU Establish Positions as Regulatory First Movers while the US Watches,” *Brookings* (2023/3/8), <https://www.brookings.edu/articles/the-uk-and-eu-establish-positions-as-regulatory-first-movers-while-the-us-watches/>, last visited on date: 2023/8/10.

福祉，反而可能衍生不合理的干擾或不利益，包括排他行為以及歧視行為，強大的抗議聲浪促使美國聯邦政府採取行動，對於垂直結合加強管制。

自川普政府時期以來，行政部門在審查合併案時面臨了更多的司法懷疑和挑戰。這源於各方對合併案分析適當標準和證據的看法分歧，例如 *AT&T/Time Warner* 案。然而，這也為討論結合案的執法目標和方法奠定了基礎。

如今，我們需要重新審視競爭法的分析方法。由於長期對於垂直結合僅採取輕度管制，相關判決因而難得一見，雖有少許早期判決惜與目前平臺經濟時代較不相容，在參考價值上就顯得薄弱。在缺乏劃時代的垂直結合處理原則之下，DOJ 力阻 *AT&T* 與 *Time Warner* 垂直結合案的努力終究未能得到法院的支持。目前 DOJ、FTC 以及美國國會正展開一連串立法以及修法工作。

美國、歐洲以及英國在處理涉及新興競爭者的垂直整合案例時，其分析上彼此近似，有加強管制的趨勢。FTC 並積極透過訴訟來測試法院對於不同管制途徑的接受度，以尋求強化管制可行之道。不過，為了避免過度管制並且兼顧我國國情，我國不妨仿照美國在主管機關之下設立科技處以及技術長，俾利事先掌握新興科技相關競爭法爭議，甚而擁有話語權。

參考文獻

中文部分

公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會(2022)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>。

王立達，「競爭政策之傳統與新興推動途徑——從競爭倡議走向市場調查」，中研院法學期刊，第32期(2023)。

胡祖舜，競爭法之經濟分析，初版，元照出版公司(2019)。

廖賢洲，「從 Verizon v. Trinko 案看電信市場之管制與競爭」，公平交易季刊，第13卷第3期(2005)。

魯亮君、邱永和、邱詩詠、黃桂英、陳相宇，「垂直結合實證分析法之應用——以 vGUPPI 為例」，公平交易季刊，第31卷第1期(2023)。

外文部分

Atrakchi-Israel, Bar & Nahmias, Yifat, “Metaverse, Competition, and the Online Digital Ecosystem,” *24(1) Minnesota Journal of Law, Science & Technology* (2023).

Baker, Jonathan B., *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, 1st ed., Harvard University Press (2019).

Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox*, 2nd ed., Free Press (1993).

Bryan, Kevin A. & Hovenkamp, Erik, “Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy,” *87(2) University of Chicago Law Review* (2020).

Bumgardner, Larry, “AT&T and Time Warner’s Vertical Merger: The Court Battle and Political Undercurrent,” *25 Journal of Law, Business & Ethics* (2019).

Case, Megan, “Google, Big Data, & Antitrust,” *46 Delaware Journal of Corporate Law* (2022).

- Caves, Kevin & Singer, Hal, “When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer-Welfare Standard,” *26(2) George Mason Law Review* (2018).
- Congressional Research Service, *Antitrust Reform and Big Tech Firms*, CRS Report R46875 (2023), <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46875>.
- Cooley, Gwendolyn J. Lindsay, “25 Years of State Antitrust Enforcement: Five Cases That Matter,” *29(4) George Mason Law Review* (2022).
- Crandall, Robert W. & Hazlett, Thomas W., “Antitrust in the Information Economy: Digital Platform Mergers,” *65(6) Journal of Law & Economics* (2022).
- Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, *Competition Policy for the Digital Era: Final Report*, European Commission (2019), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-e-en>.
- Easterbrook, Frank H., “The Limits of Antitrust,” *63(1) Texas Law Review* (1984).
- Easterbrook, Frank H., “Does Antitrust Have a Comparative Advantage?,” *23(1) Harvard Journal of Law & Public Policy* (1999).
- Emanuelson, David & Drory, Danielle, “The Potential Chilling Effects of Lowering Standards for Tech M&A Enforcement,” *34(2) Antitrust* (2020).
- Farrell, Joseph & Weiser, Philip J., “Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age,” *17 Harvard Journal of Law & Technology* (2003).
- Feldman, Robin C. & Lemley, Mark A., “Atomistic Antitrust,” *63 William & Mary Law Review* (2022).
- Glick, Mark, Ruetschlin, Catherine & Bush, Darren, “Big Tech’s Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law,” *72(2) Hastings Law Journal* (2021).
- Guggenberger, Nikolas, “Essential Platforms,” *24(2) Stanford Technology Law Review* (2021).
- Guggenberger, Nikolas, “The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: Dispelling Persistent Myths,” *23 Yale Journal of Law & Technology* (2021).

- Hemphill, C. Scott & Wu, Tim, “Nascent Competitors,” *168 University of Pennsylvania Law Review* (2020).
- Hovenkamp, Herbert, “President Biden’s Executive Order on Competition: An Antitrust Analysis,” *64(2) Arizona Law Review* (2022).
- Hovenkamp, Herbert & Morton, Fiona Scott, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis,” *168 University of Pennsylvania Law Review* (2020).
- Keyte, James A., “The Draft Merger Guidelines: Interpretive Guidance or Ideological Advocacy?,” *37(3) Antitrust* (2023).
- Khan, Lina M., “Amazon’s Antitrust Paradox,” *126 Yale Law Journal* (2017).
- Khan, Lina M., “The Separation of Platforms and Commerce,” *119 Columbia Law Review* (2019).
- Kwoka, John E. & Moss, Diana L., “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement,” *57 Antitrust Bulletin* (2012).
- Lemley, Mark A. & McCreary, Andrew, “Exit Strategy,” *101(1) Boston University Law Review* (2021).
- Leydecker, Connor, “A Different Curse: Improving the Antitrust Debate about ‘Bigness,’” *18 New York University Journal of Law & Business* (2022).
- Li, Eileen, “Merger Review 2.0: Infusing CFIUS’s ‘Critical Technologies’ Approach into Antitrust Oversight of Nascent Tech Acquisitions,” *122(6) Columbia Law Review* (2022).
- Manne, Geoffrey A., Bowman, Samuel & Auer, Dirk, “Technology Mergers and the Market for Corporate Control,” *86(4) Missouri Law Review* (2021).
- Melamed, A. Douglas & Chang, Andrew W., “What Thinking about Antitrust Law Can Tell Us about Net Neutrality,” *15(1) Colorado Technology Law Journal* (2016).
- Motta, Massimo & Peitz, Martin, *Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm—Expert Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool: Expert Study*, European Commission (2020), <https://data.europa.eu/doi/10.2763/487824>.
- Murino, Andrea Agathoklis, McCormack, Peter Michael, Drummonds, Katherine & Hsu, Emily, “Populist Instincts: A Trump Administration Antitrust Merger Retrospective,” *35(3) Antitrust* (2021).

- Newman, John M., “Antitrust in Digital Markets,” *72(5) Vanderbilt Law Review* (2019).
- OECD, *Technology Innovation, Development and Diffusion*, COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2003)4, OECD Environment Directorate and International Energy Agency (2003), <https://www.oecd.org/env/cc/2956490.pdf>.
- OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, OECD (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>.
- OECD, *The Concept of Potential Competition*, OECD (2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/the-concept-of-potential-competition-2021.pdf>.
- Oh, Sarah, “Is There Evidence of Antitrust Harm in the House Judiciary Committee’s Hot Docs?,” *37 Santa Clara High Technology Law Journal* (2021).
- Ordoover, Janusz A., Sidak, J. Gregory & Willig, Robert D., “Is Professor Salop Right That Judge Leon Bungled United States v. AT&T?,” *3 Criterion Journal on Innovation* (2018), <https://www.criterioninnovation.com/articles/professor-salop-and-us-v-att/>.
- Raskovich, Alexander, Kobayashi, Bruce H., Lipsky, Abbott B. & Yun, John M., “What’s Gone Up Is Coming Down? Vertical Mergers in the 2023 DOJ-FTC Draft Merger Guidelines, Comment of the Global Antitrust Institute,” *23-17 George Mason Law & Economics Research Paper* (2023), <https://reurl.cc/x6R2pZ>.
- Reilly, Devin, Sokol, D. Daniel & Toniatti, David, “The Importance of Exit via Acquisition to Venture Capital, Entrepreneurship, and Innovation,” *32(1) Minnesota Journal of International Law* (2023).
- Rogerson, William P. & Shelanski, Howard, “Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms,” *168 University of Pennsylvania Law Review* (2020).
- Sallet, Jonathan, “Antitrust Reform: A Litigation Perspective,” *36(2) Antitrust* (2022).
- Salop, Steven C., *Potential Competition and Antitrust Analysis*, DAF/COMP/WD(2021)37, OECD Competition Committee (2021), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2021\)37/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2021)37/en/pdf).
- Shapiro, Carl, “Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It,” *35(3) Antitrust* (2021).
- Shapiro, Carl, “Vertical Mergers and Input Foreclosure Lessons from the AT&T/Time Warner Case,” *59 Review of Industrial Organization* (2021).

- Silton, Heidi M., Davis, Craig S. & Spraggins, Halli, “Congressional Antitrust Bills Seek to Regulate a New Internet Era,” *36(2) Antitrust* (2022).
- Simmons, Ian, Keyte, James A. & Quinn, Brian P., “Thou Art Weighed in the Balance—and Found Wanting? Evidence in Government Merger and Monopolization Litigation,” *37(1) Antitrust* (2022).
- Sokol, D. Daniel, “Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit,” *70(6) Florida Law Review* (2018).
- Spiwak, Lawrence J., “A Change in Direction for the Federal Trade Commission?,” *22 Federalist Society Review* (2021).
- Sullivan, Sean P., “Anticompetitive Entrenchment,” *68 University of Kansas Law Review* (2020).
- Tittle, Ronald, “Are Current Regulations Toward Monopolization Effective in Preventing Anticompetitive Practices Towards Startups?,” *53 UIC John Marshall Law Review* (2021).
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2023), https://www.justice.gov/d9/2023-07/2023-draft-merger-guidelines_0.pdf.
- Wong, Brandon, “Freezing Innovation: How the Platform Competition and Opportunity Act Will Freeze Funds in the Tech Start-Up Market,” *50(2) Pepperdine Law Review* (2023).
- Wright, Joshua D., Dorsey, Elyse, Klick, Jonathan & Rybnicek, Jan M., “Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust,” *51 Arizona State Law Journal* (2019).
- Wright, Joshua D. & Yun, John M., “Use and Abuse of Bargaining Models in Antitrust,” *68 University of Kansas Law Review* (2020).

- Wu, Tim, “The American Express Opinion, the Rule of Reason, and Tech Platforms,” 7(1) *Journal of Antitrust Enforcement* (2019).
- Yoo, Christopher S., “Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy,” 19 *Yale Journal on Regulation* (2002).
- Yoo, Christopher S., “The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective,” 168 *University of Pennsylvania Law Review* (2020).
- Yun, John M., “Are We Dropping the Crystal Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust,” 104 *Marquette Law Review* (2021).
- Yun, John M., “Reevaluating Out-of-Market Efficiencies in Antitrust,” 54 *Arizona State Law Journal* (2022).

**Nascent Competition Trends from the European and American Experience:
The Issue of Vertical Mergers**

Tsai, Bo-Yu*

Abstract

This article explores how, under the current wave of the New Brandeis Movement, Taiwan can learn from European and American experiences to more effectively identify and review vertical integration cases involving nascent competitors, and thereby protect nascent competition. Since the 1980s, U.S. antitrust law has believed that vertical integration enhances efficiency and consumer welfare. However, this view poses many challenges in today's digital market, especially as digital markets struggle to self-correct. Moreover, cases related to vertical integration are dated and may not be applicable to the current digital competition environment. Since the Trump administration, there has been increased scrutiny of merger cases, coupled together with greater skepticism. For instance, in the *AT&T/Time Warner* case, the U.S. Department of Justice failed to prevent the merger. The court, while rejecting the Department's arguments, did not provide clear new guidelines, leading to uncertainties for startups during acquisitions. European and American enforcement agencies have increasingly become more active and strict when reviewing vertical integration cases involving nascent competitors. The *Meta/Within* case drew widespread attention as the Federal Trade Commission (FTC) attempted for the first time to conduct its review using the potential competition principle. Although the FTC failed to prevent the merger, its damage theory was supported by the court. In the *Illumina/Grail* case, the FTC reverted to the stricter *Brown Shoe* standard to veto the acquisition. Europe also expressed concerns about Illumina's motives and capabilities for exclusive competition, rejecting the *Illumina/Grail* case. The UK's *Meta/Giphy* case is noteworthy, indicating that the UK's Competition and Markets Authority might intervene in digital market vertical integration, regardless of the case's ties to the UK or merger turnovers. Our country should prioritize comprehensive data collection and research on nascent technology industries.

Keywords: Nascent Competition, Vertical Merger, Actual Potential Competition, Perceived Potential Competition, Clayton Act, Sherman Act.

Date submitted: May 25, 2023

Date accepted: December 25, 2023

* Assistant Professor, Department of Law, Providence University. S.J.D., Indiana University Maurer School of Law at Bloomington.