

結合審查與潛在競爭

結合審查評估潛在競爭因素時，由於潛在競爭者與現有競爭者不同，其尚未正式參進市場競爭，無法運用產品價格或市場集中度等指標進行分析，須從創新與研發等因素加以考量。

■ 撰文 = 王性淵
(公平會資訊及經濟分析室視察)

前言

隨著科技技術不斷進步，加以數位平臺經濟快速發展，近年來各國競爭法主管機關對於結合案件審查，除了關注參與結合事業之相關市場地位、市場力量與結合後可能產生的限制競爭效果外，對於結合案可能影響相關產品的創新誘因以及潛在競爭(potential competition)等因素，也開始加以重視。2021年OECD競爭委員會即特別針對「潛在競爭」議題舉辦研討會，並針對潛在競爭做出如下定義：對於廠商的行為可能產生潛在的競爭限制，儘管他尚未真實地發生¹。

在評估潛在競爭因素時，會考量潛在競爭者是否具備有提供完整產品或服務之能力，以及是否具有足夠之生產規模，可輕易進入相關市場參與競爭之能力，不過相較於現存的競爭者而言，潛在競爭者提供的產品或服務可能並未正式開始銷售，所以尚無產品價格、銷售數量與市場占有率等產銷資料，導致在結合案件審查評估潛在競爭因素時，無法運用產品價格或市場集中度等指標進行經濟分析。再者因潛在競爭者尚未進入該相關市場參與競爭，評估潛在競爭之關鍵因素可能須從創新因素加以考量，例如潛在競爭者對現有產品進行創新或研發，但尚未提供該相關產

品。這種情形在製藥產業十分常見，本文乃介紹歐盟與美國近年來於水平結合與垂直結合案中，如何衡量潛在競爭之實務案例。

水平結合案例

在水平結合案件中，潛在競爭者尚未在相關市場提供相關產品或服務參與競爭，亦未對現有事業產生實質之競爭壓力，但現有事業若不進行此項結合，則其潛在競爭對手可能在未來參進該市場，並發展成為該事業強大的競爭對手，因此事業有誘因收購該潛在競爭者以排除競爭。

一、Bristol-Myers Squibb/ Celgene案²

2019年1月美商必治妥施貴寶公司(Bristol-Myers Squibb, 下稱BMS)宣布將以740億美元收購美商賽基公司(下稱Celgene)，美國聯邦交易委員會(下稱美國FTC)受理該結合案後調查發現，Celgene旗下的Otezla藥品為該公司之暢銷藥品，其主要用於治療牛皮癬等疾病，2019年該藥品之銷售額預計可達18.6億美元，而BMS正在研發的TYK2抑制劑新藥(BMS-986165)，雖然尚未正式取得美國食品暨藥物管理局(FDA)之核准，但其亦可用於治療牛皮癬，兩種藥品藥效相同。為防止參與結合事業可能於結合後，放棄

¹ "Potential competition could be defined as a competitive constraint on a firm's behavior that might potentially arise but has not yet actually done so." See OECD (2021), Concept of potential competition, OECD Competition Committee Discussion Paper.

² 詳見美國FTC (2020), Decision and Order C-4690, in the matter of BMS and Celgene, https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/191_0061_c4690_bms_celgene_decision_and_order.pdf.

BMS相關新藥之後續研發，減損牛皮癬相關藥品之潛在競爭，美國FTC於2019年11月有條件核准此項結合案，條件是要求參與結合事業BMS必須將Celgene旗下的Otezla藥品分割出售予第三方，以解決可能衍生的限制潛在競爭疑慮，最終BMS以134億美元將Otezla藥品出售予另一家藥廠Amgen，以完成其原本之結合案。

二、AbbVie/Allergan案³

2019年6月美商AbbVie Inc.(下稱AbbVie)宣布將以630億美元收購愛爾蘭商Allergan plc(下稱Allergan)，歐盟競爭總署受理該結合案後調查發現，AbbVie旗下的Humira藥品為該公司暢銷全球之明星藥品，2018年該藥品之銷售額達200億美元，在治療中重度潰瘍性大腸炎及克隆氏症藥品市場中，AbbVie之Humira藥品可提供良好之療效。而Allergan正在臨床試驗研發brazikumab藥品，雖然尚未取得藥品許可，但其亦可用於治療中重度潰瘍性大腸炎及克隆氏症，兩種產品藥效相同。為防止參與結合事業可能於結合後，終止Allergan相關新藥之後續研發，減損中重度潰瘍性大腸炎及克隆氏症相關藥品之潛在競爭，歐盟競爭總署於2020年1月有條件核准此項結合案，條件是要求參與結合事業AbbVie必須將Allergan正在研發之新藥品brazikumab產品分割出售予第三方，以解決可能衍生的限制潛在競爭疑慮。

此外，美國FTC也受理此項結合案，並於2020年9月宣布有條件核准，條件是要求參與結合事業AbbVie與Allergan必須將brazikumab、

Zenpep以及Viokase等藥品分割出售予第三方，以解決可能衍生的限制潛在競爭問題⁴。

垂直結合案例

事業進行垂直結合後可能會對其下游參與結合事業的潛在競爭對手進行投入封鎖或產出封鎖，以排除其參與相關產品市場之競爭，例如參與結合事業可透過拒絕供給中間原料給下游之潛在競爭對手，使其無法生產相關產品；或者大幅提高中間原料售價，及降低最終產品之售價，使下游潛在競爭對手無利可圖而退出市場。以下介紹Illumina/GRAIL案⁵。

Illumina公司（下稱Illumina）是全球唯一多種癌症早期檢測(MCED)的基因定序供應商，而GRAIL公司（下稱GRAIL）則是以液態生物檢體(liquid biopsy)技術而聞名，其可透過血液檢體，一次檢測多達50餘種癌症。GRAIL原本是Illumina的下游客戶，Illumina為了更深入臨床基因檢測市場，於2020年9月宣布將以約80億美元收購GRAIL，然而這項結合案受到歐盟競爭總署與美國FTC之關注與調查。美國FTC與歐盟競爭總署均認為這項結合案將減損美國或歐盟境內多重癌症早期檢測市場之創新，降低相關癌症測試的品質，並且可能使相關檢測價格上漲。特別是Illumina為相關檢測市場關鍵原料投入的唯一供應商，倘本案結合後，Illumina可以透過提高向Grail競爭對手收取相關儀器及耗材之售價，有效封鎖排除Grail潛在競爭對手參進市場。美國FTC已於2021年3月向美國哥倫比亞

³ 詳見歐盟競爭總署決定書European Commission (2020), M. 9461 Abbvie/Allergan, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9461_1187_3.pdf).

⁴ 詳參美國FTC於2020年9月4日公布之新聞稿<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/09/ftc-approves-final-order-imposing-conditions-abbvie-incs-acquisition-allergan-plc>.

⁵ 詳參歐盟競爭總署決定書European Commission (2021), M.10188 Illumina/Grail, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3844,以及2021年Illumina and Grail案美國FTC決定書, https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/case-document-search?title=illumina&field_document_description= . 本案目前在美國與歐盟仍在持續進行中，尚未有確切之最終結果，其後續發展值得關注。

特區法院提起訴訟，訴請法院阻止Illumina收購GRAIL。儘管面臨美國FTC與歐盟競爭總署之關切，Illumina仍於2021年8月完成了對Grail的收購，歐盟競爭總署則於2021年10月要求在本件結合案獲得歐盟正式核准前，兩家公司必須各自獨立。

識別潛在競爭者

在結合案件審查過程中，有效察覺潛在競爭關係及識別可能的潛在競爭者，對於判斷結合後是否具有潛在競爭的效果非常重要，且不同行業亦面臨不同的挑戰。例如前揭製藥產業案例中，潛在競爭對手相對容易識別，因為新藥研發時間冗長，在取得正式藥品許可前，新藥無法正式進入市場參與競爭，但新藥之療效與原有藥品相同時，兩者即構成潛在競爭關係。

然而，在數位平臺經濟相關市場中，相關產品之潛在競爭對手則不容易有效識別，這主要是因為提供各種創新技術或服務的新創事業一直不斷湧現，加上各種新創事業發展迅速，可掌握的資訊卻相對有限，且相關產品的需求變化與不確定性很高。

為有效識別可能的潛在競爭，部分學者建議可以針對參與結合事業的下游客戶進行訪查，以了解相關業者對於潛在競爭者參進市場競爭的可能性意見；此外，也可特別留意相關市場是否具有其他人為的參進障礙，使得潛在競爭者無法有效參進市場競爭；最後，亦可針對結合案之收購金額是否過高，以了解收購方高價收購是否可能隱含有封鎖排除潛在競爭之動機⁶。

我國實務執法情形

按市場上現有之競爭者如從事限制競爭或不公平競爭之行為，除了影響現有之競爭秩序及傷害其他競爭者之利益外，亦可能阻礙或排除其他「潛在競爭者」進入市場參與競爭之機會，進而影響到消費者因市場自由競爭所可享有之利益。故不論是現有競爭者或潛在競爭者，均應在結合案件審查過程中加以考量，始可達到公平交易法確保自由與公平競爭之立法目的。

目前本會所訂對於結合申報案件之處理原則中，於供給替代、參進程度、抗衡力量、法令管制改變、技術進步等因素考量時，皆有明確揭示應考量潛在競爭可能性。此外，我國法院亦曾於判決書中就潛在競爭加以定義，其認為所謂「潛在競爭者」，係指尚未加入但依已定之計畫、設備即將或可能加入市場，以及暫時退出但有計畫返回市場之事業而言，則潛在競爭者既可得自由參進與退出相關市場，並且能對相關市場內既有競爭者形成競爭，自可視為與其他競爭者有水平競爭關係⁷。

結語

本文主要彙整歐盟競爭總署與美國FTC近年來於審理水平或垂直結合案件中，考量潛在競爭因素之實務案例，部分相關案例仍未有最終結果，其後續發展值得關注。另就本會與我國法院實務執法情況而言，本會所訂定之結合申報案件處理原則中已有多處明確揭示應考量潛在競爭之可能性，而我國法院也已就潛在競爭有相當明確之定義，相關規定與判決書內容均可提供相關事業於申報結合案件之參考。



⁶詳參 Latham, Oliver, Isabel Tecu & Nikita Bagaria (2020), Beyond killer acquisitions: Are there more common potential competition issues in tech deals and how can these be assessed?, CPI Antitrust Chronicle, 2(2), 26-37.

⁷詳參100年4月28日最高行政法院100年度判字第603號判決。另107年2月8日智慧財產法院106年度民公上字第2號判決，及107年7月26日智慧財產法院107年度民著訴字第4號判決亦有針對潛在競爭有類似之定義與見解。