

競爭法之結合管制適用於虛實結合之初探——

以 Amazon 併購 Whole 案為例

李文秀

摘要

去 (2017) 年 8 月 23 日，美國聯邦貿易委員會發布正式官方聲明，針對亞馬遜公司擬收購全食物超市公司案，該會調查結果決定停止審查以許可此收購案。美國聯邦貿易委員會是否須對此收購案為進一步之審查，各界看法不一。本收購案恰代表網路事業與實體事業相結合之市場趨勢，故擬依據美國實質之結合審查基準，判斷該案是否有實質減損競爭之疑慮，以闡明競爭法之結合管制如何適用於虛實結合之網路經濟，進而評析美國 FTC 之執法態度是否適切。

去 (2017) 年 8 月 23 日，美國聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission，以下簡稱 FTC) 發布正式官方聲明，指出針對亞馬遜公司 (Amazon.com Inc.，以下簡稱亞馬遜) 擬收購全食物超市公司 (Whole Foods Market Inc.，以下簡稱全食超市) 案，其已調查該併購案於「克萊登法案 (Clayton Act)」第 7 條¹規定下，是否有實質減損競爭之情形，抑或構成「聯邦貿易委員會法」第 5 條²所謂不公平的競爭方法³。經調查後，FTC 決議許可此收購案而停止進一步審查⁴。

自去年 6 月 16 日亞馬遜對外宣布，其已與全食超市達成最終協議，將以現金 137 億美元收購全食超市之時起，即引發各界高度關切⁵。因網路產業與實體產業相結合，已成網路經濟沛然莫禦之趨勢，美國競爭法執法機關對網路經濟愈來愈多虛實結合之併購案究持何執法態度，本案自具指標性意義。亞馬遜作為最大網路零售商，該收購是否會產生未來亞馬遜操控網路零售市場之威脅，而違反競爭法？換言之，FTC 何以停止進一步審查此併購案？顯有深加究明之必要。

¹ The Clayton Antitrust Act of 1914 § 7, 15 U.S.C. § 18 (2012).

² Federal Trade Commission Act of 1914 § 5, 15 U.S.C § 45 (2012).

³ *Statement of Federal Trade Commission's Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc.*, FEDERAL TRADE COMMISSION (Aug. 23, 2017), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>.

⁴ *Id.*

⁵ *Amazon's Bid to Acquire Whole Foods Gains FTC Approval*, FUNG GLOBAL RETAIL & TECHNOLOGY (Aug. 24, 2017), <http://www.deborahweinswig.com/wp-content/uploads/2017/08/Amazon%E2%80%99s-Bid-to-Acquire-Whole-Foods-Gains-FTC-Approval-August-24-2017.pdf>.

本文首先敘明本案事實背景，其中特別強調與市場界定有關者，如亞馬遜及全食超市雙方原有之經營項目及相關市場之占有率；繼之說明美國各界反對 FTC 對該併購案停止審查之意見及理由；由於本文認為該等反對意見皆未從競爭法管制結合之目的出發，且未實際藉由檢視結合案所涉相關市場及結合雙方之市場地位，故擬進一步探討本結合案如何適用美國結合規範，以論究 FTC 執法態度之妥適性。

壹、本案背景事實介紹

本收購案將使亞馬遜擴張原有企業組織規模，是否可能減損市場競爭，皆會引發競爭法之關切。下擬先介紹亞馬遜收購之基礎事實，包含該結合案之交易雙方原本之經營狀況及該結合案收購之交易金額、結合雙方事業相關市場之界定、結合後之市占率，以及本結合案對亞馬遜之經濟效益等。

一、亞馬遜收購之基礎事實

本結合案之收購方亞馬遜係跨國電子商務企業，其以經營電子書之線上販售發跡，爾後產品走向多元化⁶。目前是全球最大的網際網路線上綜合零售商，去年在北美地區的淨銷售額達 798 億美元⁷。被收購方全食超市則成立於 1978 年，係天然和有機食品超市業者，其於美國、加拿大和英國計擁有 460 多家門市。2016 會計年度銷售額約為 157 億美元，收入中有 97% 來自美國，係美國第十大食品超市連鎖店⁸。亞馬遜公司於 6 月 16 日對外宣布其與全食超市所協議收購之條件，係由亞馬遜支付現金 137 億，以每股 42 美元之收購價向全食超市股東收購其股份，並約定由全食超市之原營運長，亦為創辦全食之原始合夥人約翰·麥基 (John Mackey) 繼續擔任全食超市營運長之職務⁹。該收購協議業於 8 月 23 日經全食股東會決議許可。

二、預估結合後相關市場之占有率

本結合案是否會引發競爭法之關切，在於本併購案之交易雙方結合後是否會因市場集中度之增加而減損競爭，故結合後相關市場之占有率實為關鍵。然市場占有率之計算及預估，又與市場之界定息息相關，故以下擬針對本結合案闡明其所可能界定之相關市場，並預估其市占率。

⁶ Mark Hall, *Amazon.com*, ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, <https://www.britannica.com/topic/Amazoncom> (last visited Sept. 25, 2018).

⁷ FUNG GLOBAL RETAIL & TECHNOLOGY, *supra* note 5.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

本結合案之收購方亞馬遜為網際網路線上綜合零售商，其銷售項目繁多，食品百貨亦包括在內；至於被收購之全食超市則專營食品百貨超市，在天然和有機食品超市業居領導地位。二事業銷售型態雖分別為網路銷售及實體門市，然銷售對象皆為最終消費者，所銷售產品範圍於食品百貨部分重疊，故本結合案可能造成原處競爭狀態之相同營業項目之兼併，而構成水平結合。值得注意的是兩事業固然在食品百貨部分的業務有所重疊，但若不以「美國食品百貨市場」作為本案的相關市場，而以較窄的「美國有機食品市場」作為本案的相關市場，則本結合對市場競爭影響的評估截然不同。

復根據美國人口普查局 (US Census Bureau) 統計，2017 年「美國食品百貨市場」總營業額約 6000 億美元，其中本結合案收購方亞馬遜的食品項目銷售總額於 2017 年第一季為 3.5 億美元，預估相當於全年 (4 季總和) 營業額 14 億美元¹⁰。被收購方全食超市於 2016 會計年度銷售額約 157 億美元來併計。兩家公司結合後，其食品項目銷售將可超過 170 億美元¹¹。其至多僅占「美國食品百貨市場」總營業額的 4%，遠低於食品百貨類的兩家領先企業沃爾瑪 (Walmart) 和克羅格 (Kroger) 的市場占有率¹²。另一方面，如在總合約營業額 470 億美元之「美國有機食品市場」，全食超市和的亞馬遜公司則可合計擁有約 33% 的市占率¹³。主要貢獻當然來自於全食於有機食品市場之領導地位。事實上，正因為全食此種領導地位，導致先前其擬併購另一有機超市野燕麥超市 (Wild Oats Markets Inc.) 之結合案遭到 FTC 之否決¹⁴。於該結合案，FTC 界定全食及野燕麥超市之相關市場為所有食品百貨超市下之獨特子市場：「優質天然有機超市」(premium natural and organic supermarkets)，並認定二者結合將實質減損美國國內「優質天然有機超市」之市場競爭¹⁵。

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *FTC Seeks to Block Whole Foods Markets Acquisition of Wild Oats Markets*, FEDERAL TRADE COMMISSION (June 5, 2007), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/06/ftc-seeks-block-whole-foods-markets-acquisition-wild-oats-markets>.

¹⁵ *Id.*; 美國 FTC 之裁決最終為上訴法院支持，判定該等事業相關市場確實應界定為「優質天然有機超市」。2009 年全食超市與美國 FTC 行政和解，同意出售 Wild Oats 連鎖店。Federal Trade Commission v. Whole Foods Market, Inc., No. 07-cv-01021, slip op. at 20-21 (D.C. Cir. July 29, 2008); Diane Bartz, *Whole Foods, FTC Settle on Wild Oats Merger*, REUTERS (Mar. 6, 2009), <https://www.reuters.com/article/us-wholefoods-ftc-idUSTRE5253AL20090306>.

三、本結合案對亞馬遜之經濟效益

本結合案對於亞馬遜最主要之效益，應在於原屬網路零售業之亞馬遜，藉由併購具有實體門市及自有品牌產品之全食超市，獲得來自於全食超市之「消費者數據」及全食超市所經營銷售之自有品牌產品，且得以整合網路零售技術服務於實體門市，使其得以產生經營綜效，提升經濟效益及增加消費者整體福祉，相關探討如下。

(一) 亞馬遜可獲取全食超市之「消費者數據」

「消費者數據」係指透過消費者消費行為所顯示累積之資訊。廠商得將之去識別化及量化後，藉以分析消費者購買之習慣和模式、購買產品之優先順序，以及消費者所購買之相異產品項目及種類間之相關性¹⁶。全食超市之「消費者數據」對亞馬遜而言，具珍貴之高經濟效益，主因有二：(1) 來自於超市之消費者購買行為資訊，相對於其他電子商務採購之資訊，更有助於業者掌握消費者整體之日常消費模式、習慣性及週期性；(2) 典型的全食超市客戶平均每月可支配所得超過 1000 美元，亞馬遜若能獲得全食超市高消費能力群之「消費者數據」，即可得知從哪些顧客可獲取高利潤之銷售機會。

(二) 亞馬遜可取得全食超市旗下之自有產品

全食超市為居領導地位之天然和有機食品超市業者，擁有 365 個自有品牌，自有許多忠誠之消費者。身為最大之網路零售業者之亞馬遜若與全食超市之結合，將能銷售更多自有產品，加深其垂直整合¹⁷，降低成本及提高效率。

(三) 亞馬遜得以整合網路零售技術服務於實體門市

本結合案可使亞馬遜透過全食超市實體門市商店，拓展其科技服務¹⁸。尤有甚者，本結合案亦將會促進現有之實體零售業者追趕亞馬遜之網路技術知識，帶動整體零售業之競爭，提升全體消費者之福祉。

¹⁶ Greg Petro, *Amazon's Acquisition of Whole Foods is about Two Things: Data and Product*, FORBES (Aug. 2, 2017), <https://www.forbes.com/sites/gregpetro/2017/08/02/amazons-acquisition-of-whole-foods-is-about-two-things-data-and-product/#6aa79dc2a808>.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Kate Taylor, *Here Are All the Changes Amazon is Making to Whole Foods*, BUSINESS INSIDER (Mar. 2, 2018), <https://www.businessinsider.com/amazon-changes-whole-foods-2017-9>.

四、FTC 對本案終止進一步調查之官方聲明

於亞馬遜收購全食超市之協議經全食股東會決議許可之同日 (2017 年 8 月 23 日), FTC 亦於官網宣佈不再續行對本案是否實質減損市場競爭之調查¹⁹。不過聲明中亦表示未來若有必要, 仍得再調查反競爭行為²⁰。

貳、本結合案所引發競爭法之關切

本結合案雖引發不少社會關切, 但工會代表²¹及國會議員²²之訴求較偏向社會面或政治考量, 與競爭法關係較遠, 故於此處不討論。以下僅就本結合案所引發之競爭法關切, 說明各界相關立場。具體而言, 或可能更加鞏固亞馬遜於網路零售業原已十分龐大的市場地位, 進而形成壟斷; 或排除與食品百貨實體業者合作之現有或潛在線上服務業者之競爭; 或促使亞馬遜有能力進行差別待遇。

一、更加鞏固亞馬遜本身於整體網路零售業之龐大市場地位, 可能壟斷網路銷售領域

亞馬遜原本於網路零售業就擁有龐大市場力, 透過本結合案得進一步擁有超市業者之實體店面, 對其鞏固其於網路零售業之市場力, 自有相當助益。例如新美洲開放市場計畫智庫 (Open Markets program at New America) 的負責人貝里·林恩 (Barry Lynn) 即主張亞馬遜「已經主宰了網路商業的各個角落, 且在美國的書籍和音樂市場上享有太多影響力」²³。

二、排除與食品百貨實體業者合作之現有或潛在線上服務業者之競爭

結合之一方全食超市, 正如其他實體食品百貨業者, 雖非網路零售業者, 但原就有自身網站, 與亞馬遜結合後, 勢必終止與原有網站之線上服務業者的合作關係, 如線上訂購及配送系統服務業者等以往與全食超市合作之線上服務業者, 勢必得被排除²⁴。且本結合案將使亞馬遜增強於網路百貨之市場力量, 更有能力得以排除現有或可能與其他食品百貨業者合作之線上服務業者競爭, 並阻礙該等線上服務業者提供競爭性服務或排除其市場通路²⁵。

¹⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION, *supra* note 3.

²⁰ *Id.*

²¹ Danielle Paquette, *Why This Group is Trying to Stop Amazon from Buying Whole Foods*, THE WASHINGTON POST (July 17, 2017), https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/07/17/why-this-group-is-trying-to-stop-amazon-from-buying-whole-foods/?utm_term=.aea4415d0ff0Wonkblog.

²² David Shepardson, *Senator Questions Quick Approval of Amazon's Whole Foods Purchase*, CHANNEL NEWSASIA (Aug. 25, 2017), <https://www.channelnewsasia.com/news/business/senator-questions-quick-approval-of-amazon-s-whole-foods-purchase-9158936>.

²³ Melissa Lipman, *Amazon's Whole Foods Buy Unlikely to Face Antitrust Hurdles*, LAW 360 (June 19, 2017), <https://www.law360.com/articles/936085?scroll=1Analysis>.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

三、促使亞馬遜有能力進行差別待遇

本結合案亦將使亞馬遜有能力於全食超市門市有限之上架空間，透過其龐大之電子商務數據之運用，進行普遍之差別訂價及客製化服務²⁶。同時亞馬遜亦可促銷自身品牌產品，不利於其他非亞馬遜自有品牌之生產業者及供應商²⁷。

綜觀上開有關減少競爭之主張雖言之鑿鑿，但多源自於對亞馬遜此網路巨擘之恐懼，而欠缺具體之統計依據。事實上，全食超市於百貨零售市場並未具有顯著之市場地位，如何得大幅增加亞馬遜之壟斷力不無疑問。況亞馬遜具有網路零售業者之強大市場力本就存在，如遽認其與實體業者之結合將不當加強市場力，則網路零售業併購實體店之市場必然趨勢豈非成原罪？

參、本結合案適用美國結合規範之探討

美國「克萊登法案 (Clayton Antitrust Act)」第 7 A 條²⁸規定，超過一定門檻之企業結合，必須經過聯邦主管機關之審查。以下將根據該法之主要規定說明審查本結合案應考量之重點：亦即於水平結合及非水平結合層面對市場競爭之影響。

一、禁止結合之主要標準

依據「克萊登法案」第 7 條規定，結合行為可能「實質減損其競爭 (substantially to lessen competition)」或有「形成獨占之虞 (tend to create a monopoly)」時，不得為之。美國競爭法執法機關並據此發布相關結合處理原則，將執法標準透明化，俾利外界依循²⁹。

上述處理原則用以判斷結合案是否實質影響競爭所考量的證據主要是消費價格之變化、以及市場集中度 (market concentration)³⁰。然而要進行市場集中度之分析，不界定市場顯然無以為功，故以下有關本結合案適用結合處理原則之分析，著重於市場界定。

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ 15 U.S.C. Code § 18 (2012).

²⁹ HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION 1992), available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf> (last visited Sept. 25, 2018). 其中最新修訂及現行適用之原則為 2010 年 8 月所發布「為 2010 年水平結合處理原則」。HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION 2010), available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (last visited Sept. 25, 2018).

³⁰ HORIZONTAL MERGER GUIDELINES § 2.1 (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION 1992).

另外，值得注意的是，同一市場內之事業結合，即所謂的水平結合，固然可能提升市場集中度；但不在同一市場之非水平結合，雖未提升市場集中度，仍有可能產生減損競爭的效果³¹。故競爭法執法機關亦將以類似於水平結合之審查標準，但更為寬鬆之結構來評估結合是否會引起潛在的競爭問題³²。

二、水平結合層面對市場競爭之影響

就本結合案之併購雙方言，確實存在某程度之直接競爭，即相當程度屬水平結合。如上所述，水平結合案對市場競爭之影響，分析重點仍在於相關市場之界定，而於本案則可界定為較廣之「美國食品百貨市場」或較狹之「優質天然有機超市」。

若界定為較廣之食品百貨市場，鑑於結合後至多僅占美國食品百貨市場總額的 4%。該微不足道之市占率既低於百貨類的兩家領先企業沃爾瑪和克羅格的市場占有率，顯無法產生消弭競爭之力量。則何來產生亞馬遜壟斷食品百貨之競爭法關切？更無須憂慮亞馬遜可能排除現有或潛在線上服務業者之競爭。

惟如所界定之市場為總合約 470 億美元之美國有機食品市場，則因全食超市和現在的亞馬遜公司合計擁有約 33% 的市占率，市場集中度仍值得關切。事實上，全食超市於本結合案 10 年（2007 年）前與另一有機食品超市：野燕麥超市之結合案，當時所以被禁止的理由，正因主管機關所界定之市場為較狹之「優質天然有機超市」。

肆、對本案之評析

FTC 排除各界對本結合案競爭之關切，逕為停止調查之原因，雖未對外說明，然如上述有關本案適用美國結合規範之探討，顯然其是基於較廣之市場：「美國食品百貨市場」作為判定基準，因為依此基準，兩者結合後之市占率僅為 4%，難謂對市場競爭有負面影響。然而全食超市於 2007 年擬與野燕麥超市結合時，美國 FTC 卻是以較窄之「優質天然有機超市」劃定市場，進而否決了該結合案。

細究此種反差，即結合的一方同樣是全食超市，但兩案中認定其所處之市場卻有異，或可推論 FTC 選擇的市場乃以能夠更全面涵蓋結合雙方業務之最小市場為基準。故當與同樣是以優質有機食品銷售為主要業務的野燕麥超市結合時，最小且能涵蓋兩者主要業務之市場自是優質有機超市；但與銷售項目包羅萬象之亞馬遜結合時，若不選擇較廣的食品百貨市場顯然不足以涵蓋亞馬遜的大部分業務。

³¹ *Id.* § 4.1.

³² *Id.*

事實上，若選擇有機超市界定市場，而認為兩者結合達 33% 值得關切，亦會產生荒謬的判斷，因為誠如上述，此 33% 的市占率主要是來自於全食超市；換言之，若因此市占率而否決本結合案，意謂擔憂的是全食超市本身市場地位對競爭之影響，而非結合對競爭之影響，則顯然錯置了結合案應審查的重點。

綜上所述，FTC 於本結合案的判斷，並未因社會上對網路巨擘亞馬遜在網路世界無遠弗屆的影響力之強烈抨擊，而背離一貫在競爭法中應有的市場界定準則，應該是可茲贊同的。

