

論數據蒐集行為於歐盟競爭法下之合法性

—以德國調查 Facebook 案為例

張安潔

摘要

德國聯邦卡特爾署 (Federal Cartel Office, FCO) 於 2016 年 3 月宣布對 Facebook 展開競爭法調查，認為其蒐集數據行為相關的用戶隱私服務條款，可能構成國內競爭法之濫用優勢地位。FCO 在 2017 年 12 月 19 日發布對 Facebook 的濫用優勢地位的初步法律評估報告，FCO 以進行初步認定 Facebook 有德國競爭法下濫用優勢地位之虞。若德國於最終裁決中仍維持此立場，Facebook 則有權向歐盟執委會提出審查。據此，隨即衍生出：Facebook 數據蒐集行為是否合致於歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 第 102 條之爭議。本文經以 TFEU 第 102 條的歐盟案例法分析後，應認為 Facebook 並未構成濫用行為，可知 FCO 在其法律評估中尚有需調整之空間。

德國聯邦卡特爾署 (Federal Cartel Office, FCO) 於 2016 年 3 月宣布對 Facebook 展開競爭法調查，其認為 Facebook 與蒐集數據行為相關的用戶隱私服務條款，可能構成德國競爭法下濫用優勢地位行為¹。FCO 並於 2017 年 12 月 19 日發布初步法律評估報告，Facebook 因具有其社交網絡市場上之優勢地位，而可無限制地蒐集各種類型之第三方網站資料，並將資料與 Facebook 使用者之帳號結合，故其初步認定 Facebook 有濫用優勢地位之虞²。雖然目前 FCO 之最終裁決尚未出爐，惟倘若 FCO 延續此初步之評估，最終裁決 Facebook 構成德國法下之濫用優勢地位，將衍生另一個值得思考的問題：倘若 Facebook 不服 FCO 之最終裁決而向歐盟執委會提出審查³，則 Facebook 蒐集數據的行為是否構成歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 第 102 條之濫用優勢地位？為了分析 Facebook 數據蒐集行為與 TFEU 第 102 條之合致性，本文先就德國調查 Facebook 案的背景與進展進行背景介紹；接著簡述歐盟過去在類

¹ BUNDESKARTELLAMT, Press Release, Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules, Mar. 02, 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

² BUNDESKARTELLAMT, Press Release, Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive (Dec. 19, 2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html.

³ COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003, of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance), 2003 O.J. (L1)1,12-13, 22.

似的案件中如何以 TFEU 第 102 條判斷濫用優勢地位之構成；最後分析本案是否有違反 TFEU 第 102 條之可能。

壹、Facebook 案事實及法律背景概述

為了解德國目前就本案調查之進展，以及歐盟競爭法與歐盟會員國之競爭法關係，本段將先簡介德國調查 Facebook 的事實背景及相關法律規範，以及可能衍生之後續爭議。

一、德國調查 Facebook 案的背景與進展

2016 年 3 月 2 日 FCO 正式宣布對 Facebook 展開調查，認為其在用戶條款中以同意 Facebook 蒐集並使用用戶之數據做為使用條件，該使用條款之條件使 Facebook 涉嫌構成濫用優勢地位⁴。

FCO 於 2017 年 12 月 19 日公布初步法律評估報告，其認為 Facebook 施加不公平的條件於其用戶條款中，使用戶需要接受 Facebook 全部的條件，包含廣泛揭露用戶個人數據，否則只能選擇不使用 Facebook⁵。FCO 將 Facebook 蒐集數據的來源分類為兩種，第一種為來自用戶使用 Facebook 所生之數據；另一種為來自非 Facebook 之其他來源的用戶使用數據⁶。FCO 表示其針對的數據蒐集來源為第二種的來源，而這種來源分類又可細分為兩種，一是數據源自 Facebook 所有之服務產品，例如 WhatsApp 或 Instagram，另一種源自第三方網站及應用程式⁷。若第三方網站有嵌入 Facebook 應用程式介面 (Application Programming Interface, API)，例如「讚」按鈕 (Like Button)、Facebook 登入或分析服務例如 Facebook 分析，只要用戶進入這些網站，用戶的數據就會立刻由 APIs 傳輸到 Facebook⁸。

FCO 以德國競爭法第 18、19 條規定作為其執法之依據，並且在判斷是否濫用市場地位時，將是否違反資料保護法作為其認定濫用的考量因素之一⁹。德國

⁴ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 1.

⁵ *Background information on the Facebook proceeding*, BUNDESKARTELLAMT, at 5 (Dec. 19, 2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ *Id.* 應用程式介面 (Application Programming Interface, API)：API 是程式設計師用來操作工具的介面。因應網路平台多樣性的發展，許多大型網站平台逐漸開放物件功能和資訊與其它網站進行串接、共享。大型平台將這些開放分享的資訊功能開發打包成可物件連結的應用程式介面，提供其它開發者進行應用串接，便是 API 的核心架構。API 是什麼？WEBDESIGNS，<https://www.webdesigns.com.tw/API.asp> (最後瀏覽日：2018 年 6 月 30 日)。

⁹ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 5, at 5; 本案所指之資料保護法主要是指歐盟 1995 年個人資料保護指令 (Data Protection Directive)，惟由於本案僅為法律初步評估，尚未做出最終裁決，故在後續的調查評估亦會是適用 2018 年 5 月 25 日生效之歐盟通用資料保護規則 (EU General

的競爭法與 TFEU 很相似，在濫用優勢地位行為判斷上，構成要件亦為認定相關市場、優勢地位，並認定濫用行為¹⁰。德國競爭法在優勢地位的認定規定上比歐盟競爭法更仔細，第 19 條第 2、3 項中列有德國認定具優勢地位之情形，包含無競爭者或市佔率達 50% 等，皆是 TFEU 第 102 條條文中沒有明文條列之內容¹¹。在濫用行為的認定上，德國競爭法有「關鍵設施原則 (essential facility doctrine) 之使用¹²」此一額外規定，而與 TFEU 第 102 條不同。

FCO 認為其有義務負責監督優勢地位公司的市場活動，而在數位經濟中，數據的蒐集和處理屬於一項企業活動，與公司的競爭績效密切相關，特別是在線上平台和網路相關的案件中，公司能獲取個人數據是一種具有市場支配力的認定標準¹³。基於此原因，FCO 認為數據處理行為是屬於競爭法的執法範圍，因此監督優勢地位公司處理數據的行為便是 FCO 的一項重要任務，而此任務數據保護機構並無法取代¹⁴。

FCO 在本案中界定的相關市場為德國境內的社交網絡服務 (social network service) 市場¹⁵。從地理市場的層面，劃分僅侷限在德國境內，因為 FCO 發現德國的用戶主要透過 Facebook 連繫德國境內的其他用戶¹⁶。從產品市場的層面，提供社交網絡服務的平台屬於該相關市場，除 Facebook 之外，尚包含 google+ 等提供社交網絡服務之平台¹⁷。至於提供專業特定服務的社群網站例如 LinkedIn、Xing，通訊服務例如 WhatsApp、Snapchat 或其他社群媒體例如 YouTube、Twitter 並不在該相關市場範圍內，因為 FCO 認為儘管這些服務從供給的角度上對 Facebook 來說是競爭替代品，從用戶需求的角度來看也好像提供了一種互補的需求，但因著網路效應 (network effect) 所帶來的鎖住效應 (lock-in)，使得消費者不會輕易移轉使用的服務，使得原本產品應具有的替代性就有了限制¹⁸。因此

Data Protection Regulation, GDPR)，以下將統稱歐盟資料保護法。BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 5, at 6.

¹⁰ Act against Restraints of Competition [hereinafter Competition Act – GWB], art. 19.

德國競爭法第 19 條係規範禁止優勢地位之禁止行為，第 1 項中規定：一事業或數事業濫用其市場之支配地位者，應禁止之。此外在第 2、3 項中進一步規範優勢地位之認定方式，第 4 項中規範禁止之濫用行為。德國競爭法在規範上整體而言，相較 TFEU 更為細節。

¹¹ Competition Act – GWB, art. 19 (2), (3).

¹² Competition Act – GWB, art. 19 (4). 關鍵設施原則 (essential facility doctrine)：依據德國競爭法第 4 條第 4 項第 4 款之規定，拒絕其他事業以適當之對價，進入使用其網路或其他基礎設施，且該其他事業基於法律上或事實上之理由，如不共同使用該等設施，即不可能成為市場支配地位事業在其上游或下游市場之競爭對手者，構成濫用優勢地位之行為，但該具有市場支配地位之事業如能證明，基於經營上條件或其他理由，共同使用該等設施係屬不可能或不合理者，不在此限。

¹³ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 5, at 2.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.* at 3.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

FCO 限縮了相關市場劃分的範圍。

FCO 在認定優勢地位上，分別就市占率及進入障礙判斷之。在用戶數量的統計上，Facebook 市占率超過 90%，因而被 FCO 視為準獨佔者¹⁹，而獨占地位又因網路效應而更加強化，進而導致進入障礙較高²⁰。Facebook 用戶朋友都在使用 Facebook 的情況下，他們不會移轉到其他社交網站，間接因為此社交網絡影響而提高新競爭者的市場進入障礙，產生鎖住效應的現象²¹。由於在社群網站上的廣告收入需要有一定數量的用戶，而間接的網路效應阻礙了市場進入，因此跟 Facebook 相比，新進入者要透過廣告營收來獲利是非常困難的²²。同時 FCO 沒有在社交網路服務市場找到多歸屬 (multi-homing) 的現象，即同一用戶同時使用多個數位平台，因此更加佐證 Facebook 的用戶在使用上有鎖住效應的現象，因此 FCO 認為 Facebook 在此相關市場中，具有優勢地位²³。

FCO 在判斷本案之數據蒐集行為之使用條款是否構成濫用行為時，係根據德國競爭法第 19 條作為其法律依據。對 Facebook 進行法律的初步評估，其認為 Facebook 可能構成剝削性的濫用行為 (exploitative abuse)²⁴。根據德國競爭法，使用剝削性商業條款屬於剝削性的濫用行為²⁵。剝削濫用禁止的規範旨在保護與具優勢地位公司締結契約的相對方，不會被具優勢地位的公司剝削²⁶。這種剝削條款有兩種形式：一種是濫用定價的形式，即商業條款的定價過高；另一種則是不公平商業條款 (unfair contract terms) 的形式²⁷。如果一具優勢地位的公司用戶服務使用條款中，讓用戶必須同意公司廣泛使用其個人數據，否則不得使用其服務，此種商業條款競爭管理機構可以將其視為剝削性商業條款 (exploitative business terms)²⁸。根據德國聯邦法院的判例法，民法的原則也可以用來確定商業條款是否具有剝削性²⁹。原則上，任何旨在保護談判地位居於劣勢當事方的法律原則，都可以用來判斷商業條款是否具有剝削性³⁰。這些原則常常來自不公平契約條款之相關規範或德國基本法 (Basic Law) 之規定³¹。FCO 依循聯邦法院的做法，在評估 Facebook 條款和條件時，將資料保護法納入考量因素，因為資料保護法與競爭法具有相同的目的，都是在防止個人的數據資料遭契約之對造濫用

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Id.* at 4. 德國競爭法 (Act Against Restraints of Competition) 第 19 條係規範具優勢地位事業之禁止行為，第 19 (1) 條即規定，具優勢地位之事業不得濫用其優勢地位。

²⁵ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 5, at 4.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

FCO 審查了根據德國競爭法第 19 條與歐盟資料保護法之間的關係³³。在評估大數據業務模式與競爭法的兼容性時，FCO 採用歐盟資料保護法及該法所蘊含憲法基本權保障的大原則，以評估該商業模式的數據處理條款之合法性。為此，FCO 與資料保護當局密切合作³⁴。

在本案中 FCO 在競爭法評估中採用歐盟 1995 年個人資料保護指令 (Directive 95/46/EC)，是根據德國聯邦法院過去關於禁止濫用優勢地位 VBL-Gegenwert II 案和 Pechstein 案的裁決³⁵。德國聯邦法院認定公司若使用剝削性商業條款亦會構成濫用優勢地位之行為。根據 VBL-Gegenwert II 案的判決，如果不公平條款是主導權或市場優勢地位的表現，並且此不公平條款無法通過德國民法中規定的一般不公平條款的法律原則的檢驗，則企業即可能構成濫用優勢地位³⁶。而在 Pechstein 案中，法院要求在平衡權益時，亦要考慮到憲法所保護的權利³⁷。因此為了保護憲法權利，禁止濫用優勢地位的規定必須適用於一個契約方強大到實際上能夠制定契約條款，並使另一方失去契約自主權的情況³⁸。如果法院認為，在這種情況下，具優勢地位的公司侵害其契約對造的憲法權利，法律必須進行干預以維護對造的憲法權利³⁹。

FCO 的部長表示，具優勢地位之企業需要承擔特殊的義務，亦即企業與消費者所訂定的服務契約條款內容須為適當，以免侵害消費者的權益⁴⁰。對於 Facebook 等收入來源來自廣告的網路服務而言，用戶數據扮演非常重要的角色⁴¹。因此基於此原因，從企業是否濫用市場力量的角度去檢視消費者是否充分了解所蒐集數據的類型和範圍也是至關重要的⁴²。目前 FCO 僅於 2017 年 12 月 19 日發布初步法律評估報告，預計於 2018 年下旬做出最終裁決⁴³。

³² *Id.*

³³ *Id.* at 5.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

BVerfG, Order/Judgment of Third Chamber of the First Senate of April 28, 2011–1 BvR 1409/10–, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/04/rk20110428_1bvr140910en.html [hereinafter VBL- Gegenwert II].

BVerfG, Order/Judgment of First Chamber of the Second Senate of May 2, 2016 - 2 BvR 1137/14 - https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/05/rk20160502_2bvr113714.html [hereinafter Pechstein].

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 1.

⁴¹ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 5.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

二、歐盟競爭法與會員國競爭執法之關係

自歐盟實施共同競爭政策，歐盟執委會即設有競爭總署 (Directorate-General for Competition)，行使競爭案件的調查權及處分權。歐盟執委會亦公布歐洲競爭網絡採分權新制，規範會員國競爭主管機關合作事宜，使會員國彼此交換執法上相關資訊及經驗，執委會也能更有效執行、及時監督會員國適用競爭法規的一致性⁴⁴。會員國競爭主管機關和國內法院得直接且全面適用歐盟競爭法，執委會決定具有優位性與直接適用性⁴⁵。依此新制，會員國並不得任意解釋歐盟競爭法，在適用國內競爭法時需與 TFEU 之解釋趨於一致⁴⁶。歐盟法院則具有司法管轄權，一旦涉及競爭法爭議，可由適格之原告向執委會提出檢舉，經執委會進行調查後作出決定，被告一方對該決定有異議，向歐盟普通法院 (General Court) 提起無效之訴，若被告仍不服普通法院判決結果，可再上訴至歐洲法院⁴⁷。

德國 FCO 在本案係以國內法而非 TFEU 作為執法依據，又在歐盟的共同競爭政策下，會員國的競爭執法機構所做出的裁決不得與歐盟競爭法之解釋不同，確實有必要審酌其與歐盟競爭法的合致性。又歐盟法院對歐盟境內之競爭法爭議有司法管轄權，適格之原告得向執委會提出調查要求。因此若本案 Facebook 不服德國 FCO 最終做出的裁決，認為其裁決有違歐盟競爭法時，得向歐盟執委會要求調查，屆時歐盟執委會將會以 TFEU 第 102 條作為執法依據，基於此原因本文將以 TFEU 第 102 條作為評析本案的基礎。

貳、歐盟競爭法下的濫用優勢地位規範—TFEU 第 102 條

TFEU 第 102 條對於在市場中具有優勢地位的事業賦予特殊的義務，即此些事業不得濫用其市場優勢地位破壞市場競爭，其中所指之濫用市場優勢地位的行為類型包含了：剝削行為、排他行為、歧視行為，以及報復性行為⁴⁸。本文將以剝削性濫用行為為討論之核心，以下將針對 TFEU 第 102 條主要之構成要件，「相關市場」、「優勢地位」和「濫用」等定義於本案之適用進行探討。

⁴⁴ 曾秀珍，歐盟 (區域) 競爭法相關之法律整合，公平交易委員會電子報，15 期，頁 1，4 (2014 年)。

⁴⁵ 同上註。

⁴⁶ 同上註。

⁴⁷ 同上註。適格之原告：根據第 1/2003 競爭法令施行規則第 7 條 2 款，具有法律利益的法人或自然人以及成員國競爭主管機關皆可成為適格之原告。Council Regulation (EC) No 1/2003, of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance), art. 7(2), 2003 O.J. (L1) 1, 9.

⁴⁸ TFEU 第 102 條規定：「在歐體共同市場內或某個重要區域，一個或數個事業濫用其市場優勢地位之行為，係足以影響歐體會員國間交易，與共同市場不相容，應予禁止。包括下列行為：(a) 直接或間接要求不公平價格或其他交易條件；(b) 限制生產、市場或技術發展，致消費者權益受損；(c) 對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利利益；(d) 以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約無關。」

一、相關市場的界定

評估優勢地位及是否濫用時，首先應確立案件當中相關市場的範圍。判斷反壟斷案件中涉及的相關市場為何，向來是一複雜的難題，之所以需要先釐清相關市場之範圍，原因在於透過確認相關市場的範圍，一方面可以辨認出潛在的受害競爭對手，另一面藉由評估市場動態，得以評估受影響的消費者範圍⁴⁹。若未先認定相關市場，則之後做成的判斷便無實質意義⁵⁰。

歐盟競爭法下關於相關市場的界定，雖然 TFEU 第 102 條並未對市場做出明確的定義，但歐盟執委會曾在 1997 年對此議題做出注意事項 (Notice)，並訂立了數項其認為在界定市場上的關鍵性要件和情況⁵¹。上述注意事項至今仍是歐盟執委會及各國之競爭主管機關，於定義市場時主要參考的依據⁵²。在判斷是否屬於相關市場時，可分別自產品 (product) 或是地理 (geographic) 的面向切入⁵³。

以產品面向而言主要有兩項標準，即「需求替代性 (Demand Substitution)⁵⁴」與「供給替代性 (Supply Substitution)⁵⁵」。所謂產品具有需求替代性，指的是產品必須基於其本質特性，能滿足相同的需求⁵⁶。所謂供給替代性，係指短期內生產者有能力將產能移轉至相關產品及市場，且不會耗費大量的成本和風險，而相對價格也僅微幅上漲之情形⁵⁷。由於只有當產品間或服務間之特性能滿足相同的需求時，才會發生競爭的情況，因此根據歐洲法院的見解，如果產品或服務不能有效替代相同的用途，就不能算在相同的市場裡⁵⁸。

至於地理面向的相關市場則是包含了競爭條件「大致相同 (sufficiently homogeneous)」的區域，且該區域因競爭條件與鄰近的其他地區存有顯著的差異，故能與其他地區作出明確的區分⁵⁹。在微軟/Skype 併購案中，歐盟執委會在區分微軟跟 Skype 所在的相關市場時也強調產品功能特性差異影響需求替代性。歐盟

⁴⁹ 吳俞慶、張安潔，試析搜尋引擎市場下的濫用市場優勢地位—以歐盟比價購物案為例，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，219 期，頁 1-10，頁 5，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no219/1.pdf> (最後瀏覽日：2018 年 7 月 11 日)。

⁵⁰ 同上註。

⁵¹ 同上註。

⁵² 同上註。

⁵³ Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law (97/C 372/03), 1997 O.J. (C 372/5) 5, at 7.

⁵⁴ 吳俞慶、張安潔，前揭註 49。

⁵⁵ 同上註。

⁵⁶ Case 31/80, NV L'Oréal and SA L'Oréal v PVBA "De Nieuwe AMCK", 1980 E.C.R. 3775, ¶ 25 [hereinafter Case L'Oréal v. PVBA].

⁵⁷ Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law (97/C 372/03), 1997 O.J. (C 372/5)7.

⁵⁸ Case 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, 1973 E.C.R. 215, ¶ 32; Case T-30/89, Hilti AG v Commission of the European Communities, 1991 E.C.R. II-01439, ¶ 64.

⁵⁹ WALTER FRENZ, HANDBOOK OF EU COMPETITION LAW 670 ¶ 1901 (2016).

執委會表示雖然微軟跟 Skype 的產品都提供具備通信的功能，主要包含即時訊息 (Instant Messaging)、聲音訊息和通話功能 (voice and video calls)，但實際上微軟跟 Skype 在產品的特性設計上因其目標客群不同而有所差異，因而分別屬於企業溝通服務市場和消費者溝通服務市場⁶⁰。微軟的目標客群主要為企業，而企業使用溝通服務產品的目的為任務導向，而且對失誤的容忍度較消費者低，因此微軟的溝通服務產品在特性上較複雜且更具可靠性⁶¹。反之，Skype 的目標客群主要為個人消費者，而消費者使用溝通服務產品的目的在於社交，因此產品的功能特性也不同於企業用的產品⁶²。在 Facebook / Whatsapp 併購案中，執委會認定 Facebook 跟 Whatsapp 同在消費者溝通服務市場中⁶³。執委會表示在劃分相關市場時不能以不同功能性質 (文字訊息、圖片、影片訊息或電話) 區別為不同市場，因為即使功能是不同的性質，其共同目的皆旨在促進消費者溝通⁶⁴。

此外，在科技業等變化快速的市場中，時間因素 (temporal factor) 也是界定相關市場時需要考量的重點⁶⁵。於 United Brands v. Commission 案中，法院支持納入時間因素的考量，表示具優勢地位之企業在一段時間內利潤的減少甚至虧損都不會影響其優勢地位⁶⁶。但在科技市場的競爭中時間因素往往產生負面效果，因為科技市場的競爭時常是以動態創新的形式進行，即所謂為市場競爭 (competition for the market) 而不是在市場內競爭的情況⁶⁷。因此市場上的競爭者要維持市場力並非容易，市場的劃分優勢地位也可能是浮動短暫的⁶⁸。

二、優勢地位的認定

在界定相關市場之後，需要認定企業是否在相關市場中具有優勢地位。歐盟執委會在認定企業是否具有優勢地位時，可以從市占率及進入障礙兩個層面去判定⁶⁹。

就市佔率而言，依據歐盟在 2009 年發布之歐洲共同體條約第 82 條準則 (Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings) 當中指出，

⁶⁰ Case COMP/ M.6281, Microsoft/Skype, Oct. 7, 2001, C (2011)7229, ¶ 10 [hereinafter Microsoft/Skype].

⁶¹ Microsoft/Skype, ¶ 14.

⁶² *Id.*

⁶³ Case COMP/ M.7217 Facebook/Whatsapp, Oct. 3, 2014, C (2014) 7239, at 4, ¶ 25 [hereinafter Facebook/Whatsapp].

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Case 27/76, United Brands Continental BV v. Commission, 1978 E.C.R., ¶ 126 [hereinafter United Brands v. Commission].

⁶⁷ Mario Monti, *Defining the Boundaries Competition Policy in High Tech Sector*, EUROPEAN COMMISSIONER FOR COMPETITION POLICY, UBS WARBURG CONFERENCE EUROPE 20/20, Sept. 11, 2001, at 2.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ 吳俞慶，張安潔，前揭註 49。

如果企業的市占率低於 40%，公司將不可能在相關市場上享有優勢地位⁷⁰。這表明歐盟執委會認為市占率達到 40% 以上的企業，即可能被視為占有優勢地位。在 *United Brands v. Commission* 案中，歐盟在判斷是否具有優勢地位時，需要判斷一個企業所享有的經濟力量是否足以使其行為不受其競爭者、客戶與消費者之影響，而可獨立於相關市場中的有效競爭之外，而歐盟認為市佔率是足以使企業行為獨立於競爭者、客戶與消費者影響之外的最重要因素⁷¹。惟在社群網路、通信服務等技術密集型市場中，高市占率可能並不一定是市場力量的指標⁷²。市占率僅僅提供了一個有用的初步跡象判斷，執委會尚需要根據市場狀況，特別是市場動態以及產品差異化程度來解釋市占率⁷³。在科技產業的市場上，過度依賴市占率可能導致太過輕易認定優勢地位⁷⁴。在歐盟過去的案例中，亦有案例支持此立場。在微軟/Skype 併購案和 Facebook / Whatsapp 併購案中，執委會承認市占率只能有限地代表競爭力，特別是在消費者通訊服務方面，由於產業具快速動態變化的性質，市占率在短時間內可能會迅速發生變化，因此不能作為分析是否具優勢地位的唯一判斷標準⁷⁵。

就市場進入障礙而言，一般來說有兩種情況可能產生市場進入障礙：第一種是源自高市占率；另一種則是因為具有經濟或技術上的優勢，使得公司即使沒有高市占率也有可能造成市場進入障礙，其中又以技術上優勢所形成的進入障礙更為明顯⁷⁶。歐盟執委會在認定公司在網路市場上的優勢地位時，也考量技術優勢的因素，在判斷進入障礙上也同樣重視網路效應所帶來的影響⁷⁷。在歐盟比價購物案中，歐盟執委會就從進入障礙而言，認為一般搜尋市場深受網路效應影響，擁有越多消費者之搜尋引擎更容易吸引廣告商，藉由廣告商所得到的利潤可進而用於吸引更多消費者⁷⁸。同時，搜尋引擎可以藉由消費者搜尋行為所產生的數據，進一步了解消費者的偏好，以提升搜尋結果⁷⁹。由此可知在網路效應的影響下，一般搜尋市場之進入障礙相當高⁸⁰。因此在網路市場上判定優勢地位時，網路效應所帶來的鎖住效應是重要的判斷標準⁸¹。所謂鎖住效應係指用戶在使用一個服

⁷⁰ Communication from the Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, C (2009) 864 final, Brussels, Sept. 02, 2009, ¶ 14, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

⁷¹ *United Brands v. Commission*, ¶ 207, 208.

⁷² *Microsoft/Skype*, ¶78.

⁷³ Communication from the Commission, *supra* note 70.

⁷⁴ *Microsoft/Skype*, ¶78.

⁷⁵ *Microsoft/Skype*, ¶78; *Facebook/Whatsapp*, ¶ 99.

⁷⁶ WALTER FRENZ, *supra* note 59, at 692, ¶ 1963-1964.

⁷⁷ 吳俞慶，張安潔，前揭註 49。

⁷⁸ 同上註。

⁷⁹ 同上註。

⁸⁰ European Commission Press Release MEMO/17/1785, Antitrust: Commission Fines Google €2.42 Billion for Abusing Dominance as Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service – Factsheet (June 27, 2017).

⁸¹ 吳俞慶，張安潔，前揭註 49。

務平台之後，因著移轉成本過高，而不願移轉使用另一個提供相同服務的平台，而網路效應往往會促成移轉成本的增加，因此產生鎖住效應⁸²。

三、濫用行為的評估

TFEU 第 102 條本身並未禁止事業具有優勢地位，惟其規範居於優勢地位的事業在競爭的過程中，不得從事濫用其優勢地位的行為⁸³。在 TFEU 第 102 條所限制的濫用行為中，與本案最密切關的即為剝削性濫用行為⁸⁴。根據 TFEU 第 102 (2) (a) 條關於剝削性濫用行為之規定，具優勢地位的企業不得直接或間接地施加不公平的購買、售價或其他不公平的交易條件。

在多種剝削性濫用行為型態中，又以不公平交易條件與本案最為相關。不公平條件判斷標準在條文中並未詳述，惟從歐盟法院過往的判決中可知其核心的判斷標準為檢視契約條款之內容是否為實現企業合法商業目的之必要條件⁸⁵。一個不至於構成剝削性濫用的契約條款，需要具備以下四個條件：第一、契約需要具有合法目的；第二、契約訂定的條款能有效達成該目的；第三、契約條款是達成契約目的的必要手段，且沒有替代方法可以達到相同目的；第四、契約條款所追求的合法目的不應超過其對交易方造成的剝削效果⁸⁶。例如，歐洲法院曾經針對關於著作權仲介集團 (collecting society) SABAM 對原始版權所有者施加不公平交易條件做出剝削性濫用的判決 (即 BRT v. SABAM 案)⁸⁷。在該案中，SACEM 的章程中規定了一項強制性要求，其要求所有作者的著作權必須毫無區別地歸屬給著作權集團⁸⁸。執委會認為，此著作權仲介集團很可能通過強制執行來濫用其優勢地位⁸⁹。歐洲法院認定濫用優勢地位的原因在於，其認為著作權仲介集團侵犯原始權利人的版權是不公平的行為⁹⁰。歐洲法院認為負責蒐集版權且具有優勢

⁸² Aysem Diker Vanberg, Mehmet Bilal Ünver, *The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?*, EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY Vol 8, No 1, 7(2017). at 6.

⁸³ 吳俞慶，張安潔，前揭註 49。

⁸⁴ 濫用市場優勢地位的行為類型包含：剝削行為、排他行為、歧視行為以及報復性行為。同上註。

⁸⁵ *United Brands v. Commission*; Case 311/84, *Centre Belge d'Etudes de Marche-Telemarketing (CBEM) v SA Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion (CLT) and Information Publicite Benelux (IPB)*, 1985 E.C.R. 3261; *Case T-83/91, Tetra Pak International SA v EC Commission*, 1994, E.C.R. II-755.

Pinar Akman, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, CCP Working Paper 09-1, at 20.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

著作權仲介集團 (collecting society)：由著作權人以外的機構來集中管理著作權，與著作權個別管理係為相對立之概念，簡單地來說是由著作權人以外的機構(著作權集體管理團體)來集中管理著作權，其目的在於當個別管理著作權已無法有效率地實現著作權時，藉由集體管理的方式促進著作權的實現。蔡明誠，陳柏如，「國際著作權仲介團體制度之研究」期末報告，經濟部智慧財產局，2003 年，頁 5。

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

地位的集團，對原始的著作權所有人所強加的義務，對其實現其目的並非必要，因此構成剝削性濫用行為⁹¹。

參、以 TFEU 第 102 條評析本案

以上簡介 TFEU 第 102 條之構成要件及歐盟過去審查裁決濫用優勢地位之案例後，本段將以 TFEU 第 102 條評析本案，在相關市場、優勢地位、濫用行為等構成要件下，綜合前面提及之歐盟競爭法案例及學者看法評析之，以探討 FCO 之初步法律評是否符合歐盟競爭之規範。

一、相關市場

本文認為，FCO 劃分 Facebook 所屬市場範圍過窄，理由有二：一則 FCO 在認定產品本身特性的時候，應以分享及娛樂的功能特性判斷產品替代性；再者，FCO 疏忽近年社交網絡服務的市場上實際的競爭情況。

在認定相關市場時，從產品面向檢視時須兼顧供給替代性及需求替代性之考量。在需求替代性上，歐盟過去案例中強調需要檢視產品本身的特性，是否能滿足相同的需求⁹²。從 FCO 劃分相關市場之結果觀之，可以推知其所認定定義 Facebook 作為社交網絡服務所提供的功能，特別侷限於允許個人在有限的論壇內構建公開或半公開的個人資料，並闡明與他們共享連接的其他用戶（例如 Facebook 上的朋友）的列表，以及查看系統中的其他連接列表之功能，並認為基於產品需求性不同而排除 Twitter、LinkedIn、Xing、WhatsApp、Snapchat 等其他廣義的社交網絡服務。但倘若這些社交網絡服務真與 Facebook 具有無法相互替代的產品需求性，則理論上這些社交網絡服務將不會產生相互競爭的情況。惟實際上卻不然，這些社交網絡服務之間的競爭其實相當激烈。

在社交網絡服務的市場中，近年來隨著 Snapchat 的崛起，開始改變年輕族群使用的社群網站偏好，不只是 Snapchat 還包含 YouTube 都跟 Facebook 具有競爭的關係⁹³。這或許可以歸因於，這些社交網絡服務對消費者而言有一個很重要的共同產品特性，即分享與娛樂的功能特性⁹⁴。因此在劃分 Facebook 的相關市場時，FCO 僅就其社交的功能特性劃分，恐有失偏頗，應就 Facebook 更重要的分享與娛樂的功能特性劃分之，較能反應真實的市場現況。

⁹¹ Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior*, 1974 E.C.R. 313.

⁹² Case L'Oréal v. PVBA, *supra* note 56.

⁹³ Monica Anderson Jingjing Jiang, *Teens, Social Media & Technology 2018*, PEWINTERNET, May 31, 2018, www.pewinternet.org/2018/05/31/teens-social-media-technology-2018/.

⁹⁴ Gebicka Aleksandra & Heinemann Andreas, *Social Media Competition Law*, 37(2) WORLD COMPETITION LAW AND ECON. REVIEW 149, 159 (2014).

二、優勢地位

如前闡述歐盟既往判定優勢地位所提及，歐盟過往案例在認定一企業是否具有優勢地位上，會從相關市場的市占率跟市場進入判斷之。FCO 也遵循同樣的方式，惟由於 FCO 所劃分的市場與本文所認為 Facebook 所在的市場有所出入，故需確認市占率是否仍然達歐盟所認定的市占率標準。就市占率的層面而言，由於本文認為在相關市場的劃分上應考量分享與娛樂的產品功能特性，不應過於限縮市場劃界，以致呈現出市占率很高，卻不完全反應市場真實情況之情形。如 FCO 從用戶數量統計上可知 Facebook 在德國境內的相關市場市占率超過 90%，無疑超過歐盟所認定的市佔率標準（40%）⁹⁵。根據相關統計顯示，在納入 Facebook、Pinterest、YouTube、Twitter、Tumblr、Instagram 等社群網站服務以計算市占率後，Facebook 的市佔率並未如 FCO 所言超過 90% 的市佔率，但在德國仍然有 61.4% 的市佔率⁹⁶，故就市占率而言仍然具有優勢地位。另就市場進入障礙的層面而言，FCO 強調網路市場會帶來網路效應的特性，闡述 Facebook 因著龐大的用戶數量，會吸引更多的廣告業者及用戶，使得新進者的市場進入障礙提高，此與歐盟於購物比價案中，歐盟執委會在審視 Google 是否具有優勢地位時之方式相仿。網路效應除市場新進者提高市場進入的困難，同時還對既有用戶產生鎖住效應，使用戶難以轉換至其他社群服務，也因此社交網絡服務市場中 FCO 找不到多歸屬的現象，這些原因都更加強了 Facebook 的市場力量。因此不論從 FCO 或歐盟過去判斷優勢地位的審視角度而言，Facebook 確實在德國境內的社交網絡服務市場具有優勢地位。

三、濫用行為

FCO 在認定本案是否構成濫用行為時分兩個層次討論，一為是否違反資料保護法，二為是否違反競爭法⁹⁷。FCO 認為 Facebook 有兩法都為違反之嫌疑，惟本文僅就競爭法層面探討，故本文暫不討論本案是否違反資料保護法，僅聚焦於競爭法之濫用優勢地位行為。

FCO 以 Facebook 用其市場力量侵害到用戶隱私權權利問題，因而構成剝削性的濫用行為之審視角度，與歐盟在過往案例強調的目的與手段關聯性有所不同。依歐盟在過去案例中檢視剝削性濫用行為構成與否的要件，必須企業條款之內容非達成其合法商業目的之必要手段，始構成剝削性濫用行為。

首先，本文認為 Facebook 之用戶契約條款之所以要求用戶同意數據蒐集，具有手段跟目的之間的關聯性。Facebook 作為一個提供網路社群服務的企業，其

⁹⁵ Communication from the Commission, *supra* note 70.

⁹⁶ *Social Media Stats Germany June 2017 - June 2018*, STATCOUNTER, <http://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/Germany> (last visited July 9, 2018)

⁹⁷ BUNDESKARTELLAMT, *supra* note 1.

服務本質之所在皆依賴數據協助其提供之。若用戶不提供其數據供 Facebook 蒐集使用，其甚至可能無法享受到 Facebook 原應能提供的服務品質，Facebook 基於追求服務之品質，為保障用戶之權益而蒐集數據之行為，尚難謂其有不合法之商業目的。再者，就其契約條款達到目的之必要性而言，Facebook 蒐集數據的來源及內容包含：用戶的行為和所提供的資訊、用戶的人脈網絡和關係鏈、付款方式的相關資訊、裝置資訊、從有使用 Facebook 服務的網站和應用程式取得的資訊、第三方合作網站提供的資訊及來自 Facebook 企業的資訊⁹⁸。透過蒐集到的這些資訊數據，Facebook 得以衡量並展示廣告及服務，並且改善開發服務。在提升品質跟進行商業活動之外，Facebook 也有義務促進用戶安全跟防護，這也無可避免需要藉助數據的資源為之⁹⁹。數據可謂 Facebook 提高其服務品質同時也是維護用戶權益所必備之資源，透過蒐集與運用用戶的數據，得以有能力提供用戶所期待之服務內容及品質。因此其契約條款要求允許數據蒐集，實為實現其商業目的之必要手段，綜上難謂其有構成剝削性濫用之行為。

肆、結論

FCO 在初步的法律評估報告與歐盟執委會過去案例的裁決判斷方式未有過多偏頗，但在判斷結果上有所出入。FCO 在相關市場及優勢地位認定上雖未完全反映市場實際現況，使得劃分的相關市場過於限縮，進而在優勢地位的認定上亦有偏頗。在濫用行為評估上，FCO 以侵害到用戶隱私權的角度審視，惟歐盟案例更以手段目的關聯性作為審查之基準，而 Facebook 之數據蒐集行為實與其保障用戶權益之目的具有關聯性，似乎應未構成 TFEU 第 102 條下之濫用優勢地位行為。從歐盟法的觀點來看，FCO 的裁決之妥適性，似乎仍有討論的空間。

⁹⁸ Facebook，資料政策，<https://www.facebook.com/privacy/explanation>（最後瀏覽日：2018 年 7 月 9 日）。

⁹⁹ 同上註。