

《公平交易季刊》  
第 27 卷第 1 期 (108/1)，頁 113-168  
©公平交易委員會

## 歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、 現狀及展望

楊宏暉\*

### 摘要

本文探討歐盟競爭法中關於垂直協議之相關規範與實務，除了就規範沿革予以介紹之外，對現行歐盟的垂直協議集體除外規則，則予以詳細的說明，因垂直協議涉獵範圍很廣，所以本文僅就垂直協議集體除外規則中黑名單條款之轉售價格維持，以及獨家銷售和加盟協議，予以特別說明，並介紹歐盟法院之相關判決。大致而言，歐盟對於垂直協議的執法傾向是越來越放寬，從早期非難品牌內限制，到注意到品牌內限制的促進競爭因素，而訂定個別的除外規則，再轉向到品牌間限制的重視，進而訂定集體協議除外規則，再進一步修訂放寬對垂直協議的管制，允許事業提出效率抗辯、防止搭便車、保護品牌形象或其他正當理由，採取更多經濟的分析方法，而朝對垂直協議管制自由化的方向前進，不過，還是維持市場占有率作為安全港的設計，以避免個案全面經濟分析所產生之執法成本過高及法律不安定的結果。而歐盟近年來也鮮少對垂直協議有執法案例，此或可歸因於事業對於垂直協議執法及相關處理原則的瞭解所致。但近年來的執法案例，則較偏向於網路銷售限制，故本文以這部分的發展論述，作為展望以代結論。

**關鍵詞：**歐盟競爭法、垂直協議、垂直交易限制、目的性限制競爭、效果性限制競爭、限制轉售價格、獨家經銷、加盟、網路銷售

投稿日期：107 年 6 月 28 日

審查通過日期：107 年 12 月 21 日

\* 國立中正大學法律學系教授，國立政治大學法律學系法學博士。本文曾發表於台灣公平交易法學會 107 年度第 1 次學術研討會，會後再修改而成，感謝與會學者和與談人提供之專業意見，以及匿名審查人的寶貴建議，謹此致謝。當然，一切文責仍由作者本人自負。

## 一、前言

垂直協議（Vertical Agreements）係指上游事業與下游事業之間，就關於商品或服務銷售相關事項所為之約定，包括價格、銷售方式、銷售地區、經營型態等等，又稱為「垂直交易限制」（Vertical Restraints），學理上對於垂直協議的競爭效果，雖有不同意見存在，但一般普遍認為其不如獨占事業濫用市場力或競爭者之間水平聯合的反競爭效果來得嚴重，歐盟法院亦表示垂直協議對於競爭的傷害，在本質上時常是不如水平協議（Horizontal Agreements）的<sup>1</sup>，故傾向於跟水平協議作不同的對待處理。垂直協議對於競爭並非一定產生負面影響，於某些情形之下，對於競爭秩序與社會經濟，可能更有助益，故應予以寬待。

事業的垂直整合可產生經濟效率，對於某一事業（製造商）要擴張其營業範圍及於上下游階段時，其在法律上有幾個選項可用，一是自行建立起經銷分店，投入創建成本、經營管理成本及人力，並承擔經營不善的風險，這部分，法律會視其為自然擴張之內部成長，而無競爭疑慮；另一是併購下游的經銷商，進行垂直結合之外部成長，因涉及不同階段的市場，並未改變既有的競爭結構，除非造成重大的參進困難，否則通常也不易有競爭法上的疑慮，雖然公平法上的結合規定，予以事前把關，但只要結合案一經過關，即形同納入事業本身，事業只要投入收購成本、經營管理成本及人力即可；但是，若是透過契約關係與既有的經銷商締結垂直協議而為外部合作，則會受到法律上較多的事後檢視，一方面，協議的他方經銷商係一獨立的事業體，其營業自由固應予尊重，同時也要考慮相競爭事業的參進可能，是否因垂直協議的存在而受到封阻，對於上游事業，雖無須承擔經營風險，但也要投入對下游事業的監控成本，以避免發生代理問題與投機行為。若從這三種選項所要達成的目的，最終都是一樣的，但在法律對待態度上，即有寬嚴的不同，自力展店最寬、垂直結合居中、垂直協議較嚴，若以投入的成本來看，自力展店的成本會是最髙、垂直結合居中、垂直協議是較少的，從鼓勵投資的立場，垂直協議因投入較少，故會受到較少的保護，但以效益來說，垂直協議會是最大的，因其可善用既有

---

<sup>1</sup> Case C-32/11 - Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, para. 43. (While vertical agreements are, by their nature, often less damaging to competition than horizontal agreements, they can, nevertheless, in some cases, also have a particularly significant restrictive potential.)

行銷網路的專業而非自行創造<sup>2</sup>。大體上來說，垂直協議具有整合垂直行銷資源以控制「垂直外部性」（vertical externality）問題的正面功能，在經濟效果上與「部分垂直結合」（partial vertical merger）相當，但垂直協議相較其他二者，受到法律的制約，相對來得多，其分界或許在於自己資源的自由性與他人資源的共用性，因其他事業對於他人資源（經銷商）的使用，亦有期待可能性，從而，垂直協議備受監督。但是，從法律規範的實際面向來看，歐盟近年來也很少非難垂直協議，此或許可歸功於垂直協議集體除外規則公布所生之指引作用所致，但也可能是歐盟執委會及歐盟法院對於垂直協議的經濟效果，有新的體認所致，故對這方面的發展，有必要從其沿革與現狀的觀察，進而推敲將來可能的發展，又本文主要是以歐盟垂直協議集體除外規則作為主要的討論範圍，而不及於有其他特定集體除外規則的領域，如技術授權議題，另有技術移轉協議規則<sup>3</sup>可資適用，在此併先敘明。

## 二、垂直協議之意義與規範

### （一）垂直協議之意義

競爭法上對於事業與事業之間的關係，區分水平關係和垂直關係，涉案事業若屬同一產銷階段的競爭者之間，落入水平協議的範疇，若非屬同一產銷階段之上下游間的關係者，如製造商與經銷商，則屬垂直協議的射程，如經銷協議、轉售價格維持協議、地域或顧客區分、搭售、加盟協議。一般而言，這二者在競爭法的評價上，嚴寬有別，若屬水平的競爭限制，違法成分較高，而垂直協議，多適用「合理原則」（rule of reason），權衡其限制競爭的反效果與促進競爭的正效果，進行利益衡量。以歐盟競爭法為例，「微小不罰」（de minimis）的市場占有率（下稱市占率）門檻，即寬嚴有別，推定為不足以影響市場競爭者，在水平協議為 10%，在垂直協議為 15%<sup>4</sup>。

<sup>2</sup> Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 657 (2015).

<sup>3</sup> Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements.

<sup>4</sup> Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty establishing the European Union (De Minimis Notice) (2014/C 291/01), para. 8.

垂直協議依其類型，可分為價格與非價格的垂直協議，前者主要為轉售價格的維持，包括固定價格、最低價格和最高價格，也包含建議售價；後者則如獨家銷售、獨家購買、選擇性經銷、搭售、加盟等等。

## (二) 歐盟對垂直協議之規範

### 1. 歐盟競爭法沿革

歐盟的競爭法，現行規範基礎係以「歐盟運作條約」（Treaty on the Functioning of the European Union，下稱 TFEU）的第 101 條及第 102 條為基礎，分別規定「事業與事業之間的協議」與「優勢市場地位的濫用」，而競爭規範的源頭，可追溯至 1951 年的「巴黎條約」（Treaty of Paris），又稱「歐洲煤鋼共同體條約」（Treaty establishing the European Coal and Steel Community），該條約的第 65 條（事業間協議的規範）及第 66 條（事業結合規範）有關市場競爭的規定，可說是歐盟競爭法的濫觴；其後，1957 年「羅馬條約」（Treaty of Rome）<sup>5</sup>建立「歐洲經濟共同體」（European Economic Community，EEC），其第 85 條及第 86 條規定，分別針對「事業間協議」與「優勢市場地位濫用」而為規範<sup>6</sup>，之後於 1997 年被「阿姆斯特丹條約」（Treaty of Amsterdam）的第 81 條及第 82 條所繼承，雖然，1993 年在荷蘭的馬斯垂克（Maastricht）簽署「歐盟條約」（Treaty on European Union）而成立歐盟（European Union），並將歐洲經濟共同體改為歐洲共同體（European Community，下稱 EC），但競爭法規定仍存於歐體條約中，直至 2007 年歐盟成員國於葡萄牙里斯本簽訂「里斯本條約」（Treaty of Lisbon），歐洲共同體融入歐盟，上開規定即成為現今歐盟運作條約的第 101 條及第 102 條。歐盟競爭法的主要目的有二，一為確保歐洲內部市場得以妥適地運作，避免受競爭扭曲所害，二為使消費者能夠享受自由市場經濟所帶來的好處<sup>7</sup>。

<sup>5</sup> 又稱「歐洲經濟共同體條約」（Treaty establishing the European Economic Community，TEEC）。

<sup>6</sup> D.G. Goyder, *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 15-31 (1993).

<sup>7</sup> European Commission, *The European Union Explained: Competition*, Luxembourg Publications Office of the European Union, 3 (2014). 謝國廉，「歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨占地位之規範為中心」，*歐盟法之基礎原則與實務發展（下）*，初版，臺大出版中心，12（2015）。

## 2. 歐盟競爭法對垂直協議之規範

由於垂直協議屬於事業與事業之間的協議，故適用 TFEU 第 101 條。

### (1) 條文規定

TFEU 第 101 條規定：「（第 1 項）下列行為被視為與共同市場不相容而被禁止：所有可能影響會員國間貿易、以及係以妨礙、限制或扭曲共同市場內之競爭為目的或效果之事業間協議、事業協會決定和一致性行為，特別是：a.直接或間接訂定買賣價格或其他交易條件；b.限制或控制生產、市場、技術發展或投資；c.分配市場或資源之供給；d.就相同之交易，對不同交易對象適用差別的條件，而使其處於競爭上之劣勢；e.就契約之締結使他方當事人接受其他附加之義務，而此附加義務，依其本質或商業習慣，與該契約之標的並無關聯。

（第 2 項）本條所禁止之任何協議或決定，應自動無效。

（第 3 項）第 1 項規定於下列情形得被宣告不適用：

- 任何事業間之協議或類別協議；
- 任何事業協會之決定或類別決定；
- 任何一致性行為或類別一致性行為；

上列行為須有助於改善商品之生產銷售或有助於科技或經濟之進步，並使消費者得公平分享因此產生之利益，且不得有下列情形：a.對相關事業施加與達成上列目的所不必要之限制；b.使相關事業就系爭產品之重要部份有排除其競爭之可能。」

此一規定涵蓋水平協議與垂直協議，若其對競爭造成限制、阻礙或扭曲者，即受禁止，但如能符合第 3 項規定之要件者，則可獲得除外豁免<sup>8</sup>。

上述規定的各款例示，對於垂直協議而言，a 款係指限制轉售價格約定，b 款係指專賣店制或地區授權制，c 款則指專屬批發商制，d 款則指差別待遇，e 款則是指搭售安排<sup>9</sup>。

<sup>8</sup> 王泰銓，歐洲事業法（二）—歐洲競爭規範，初版，五南圖書出版公司，15-16（2000）。

<sup>9</sup> 顏廷棟，「我國公平交易法垂直交易限制行為執法實務之檢討—兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範」，公平交易季刊，第 8 卷第 2 期，48（2000）。

## (2)條文適用

對於條文中的事業間協議，是否包括垂直協議，早期曾有爭議<sup>10</sup>，蓋垂直協議係存在於不同相關市場中的事業，未必會影響到相關市場上的其他業者，而與處於同一相關市場之水平協議不同，其反競爭性往往不如水平協議，甚至於不會有任何的負面影響。不過，歐盟法院早於 1966 年的 *Consten and Grundig* 指標性案例中<sup>11</sup>，即認為垂直協議亦有該條的適用，該案涉及獨家經銷問題，德國的家電製造商與其法國的經銷商約定，後者取得在法國的獨家經銷權利，德國製造商承諾其絕不提供其產品給法國的其他經銷商，另一方面也承諾位於法國之外的其他經銷商，也不會提供產品給法國的其他經銷商，但要求法國經銷商不得銷售德國製造商其他競爭對手的家電產品，後因 *Consten* 的銷售受到平行輸入的影響，在法國法院起訴主張不正競爭及侵權，平行輸入商則向執委會反應該獨家銷售有限制競爭之疑慮，而 *Consten* 則申請除外，但執委會採取事後觀點，認為經銷商已在市場上存在，絕對的地域保護將阻礙市場參進，拒絕提供除外豁免並宣告該協議違法。歐盟法院指出自由競爭原則涉及不同階段的競爭，競爭的扭曲，不只會發生在競爭者之間，也會發生在上下游間及第三人之間，故系爭垂直協議，應有競爭法的適用。

## (三) 垂直協議之適用要件

在垂直協議的適用上，其要件如下：

### 1. 事業間協議

協議通常是指雙方就某一特定事項，達成共識的行為，從而只要上下游的不同事業，就商品轉售價格或銷售方式達成約定或一致，即屬垂直協議。

### 2. 影響歐盟會員國間之貿易

除了協議的存在之外，尚須該協議可能影響會員國間的貿易，若只有影響某一

<sup>10</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 122.

<sup>11</sup> Joined cases 56 and 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission*, [1966] ECR 299.

內國的競爭秩序，尚無歐盟競爭法的適用，而應適用該內國的競爭法解決<sup>12</sup>。此要件主要是在確認管轄權，而非檢視協議是否限制競爭，惟有確認該協議可能影響會員國間貿易後，執委會始有執法權限。

### 3. 須行為之目的或效果影響競爭

限制競爭的協議，須其目的或效果已發生對共同市場的競爭影響時，才會落入歐盟競爭法的射程，目的、效果係處於「擇一條件」而非累積條件。協議之目的或效果的影響競爭，判斷因素有別，即若一協議界定為目的在限制競爭者，即無須考慮其對競爭結果的影響，直接論以違反競爭法（相近於美國法上的「當然違法」<sup>13</sup>）；若協議目的非在限制競爭，則檢視其效果是否影響競爭（相近於美國法上的「合理原則」）。判斷順序上，首先考慮目的，其次才是效果。

#### (1) 目的性限制競爭

至於何謂目的性限制競爭（restriction on competition “by object”）、何謂效果性限制競爭（restriction on competition “by effect”），執委會認為歸類於目的性者，係針對協議本質（nature）對競爭具有高度的負面潛在影響者，相關的評估因素包括協議內容、協議目的、該協議產生之背景以及相關事業在市場上的實際行為，除了客觀檢視協議字裡行間之意義外，個案所處之特別時空也必須納入考量，即使協議並未有限制競爭效果的明文，但若實際上執行會顯露此等目的，亦屬目的性限制競爭。目的係一客觀可確定的約定意向，而非當事人內心的主觀意圖，不過，當事人主觀意圖的證據，仍是一個相關判斷因素，但非必要條件<sup>14</sup>。如果反競爭目的已獲得證明，即無須再去深究其效果<sup>15</sup>。較具體的個案指引，多數時候會參考執委會公布之規則、指導原則及通知而定，以垂直協議為例，若屬黑名單條款（black listed

<sup>12</sup> 關於此要件的詮釋，可參閱 European Commission, Guidelines on the effect on trade concept contained in Article 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07)。

<sup>13</sup> 但目的性限制競爭與當然違法仍有不同，後者，當事人不容證明協議未限制競爭而免責，但依前者，協議雖構成 TEFU 第 101 條第 1 項，仍允許當事人依同條第 3 項予以正當化。See Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 129.

<sup>14</sup> European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para. 21-23. 許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，9（2017）。

<sup>15</sup> Robert Lane, *EC Competition Law*, 1st ed., Pearson Education Limited, 77-78 (2000).

clauses) 或核心限制 (hardcore restraints) 者，往往會歸類為目的性限制競爭，如限制最低轉售價格條款或絕對的地域保護條款<sup>16</sup>。目的性限制競爭的作法，可以減輕執法機關及法院的資源成本，並可建立起法律明確性，讓市場參與者得以相對應地調整其行為。

## (2) 效果性限制競爭

另一方面，若一協議非屬目的性限制競爭者，則必須考慮其對競爭的實際和潛在影響，而為充分的市場分析，亦即協議必須具備很有可能的反競爭效果，但是，並無反競爭效果的推定，必須證明該協議確實或很有可能對市場之價格、產出、創新、種類或品質，有一定合理程度的影響，而且負面影響必須達可感的程度 (appreciable)，從而需要適當的經濟分析，若當事人的市占率超過微小不罰的門檻，尚不足夠，而協議超過集體除外規則的安全港者，亦不必然該當，仍然需要對協議所造成的影響為個別的評估，其中，當事人的市場力量、系爭協議對於創造、維持或強化市場力量或允許當事人運用該市場力量，是重要的判斷因素，從而，相關市場的界定，就變得很重要，此外，產品性質、當事人的市場地位、競爭者的市場地位、買方的市場地位、潛在競爭的存在、市場進入障礙程度等，也都是重要的效果分析因素<sup>17</sup>。若事業不具市場力量，則其可藉助垂直協議來改善其產銷過程，降低其成本以增加獲利，因為垂直協議常會產生效率，但垂直協議也可能因封阻既有的銷售通路，而導致較高售價及效率損失，而該當反競爭行為<sup>18</sup>。

目的性限制競爭或效果性限制競爭的分類，因危害程度有別，連帶也會影響個案分析方式、舉證責任密度、罰鍰額度，及尋求集體除外或個別除外的機率高低等方面的差異<sup>19</sup>，如後述之限制轉售價格案 (參本文頁 152)，因落入目的性限制競爭類型，固定價格協議，都構成違法，故原告或執委會只要證明該協議的存在即已足夠，至於言論自由的保護理由，最多只能在適用 TFEU 第 101 條第 3 項個別除外時予以考慮，並由涉案事業提出證明；而獨家經銷因屬效果性限制競爭，故原告或執委會應證明協議客體之種類與數量所形成之結果、相關事業的市場地位等因素 (參

<sup>16</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 125.

<sup>17</sup> European Commission, *supra* note 14, para. 24-27.

<sup>18</sup> Georg-Klaus de Bronett, in: Josef Schulte & Christoph Just (Hrsg.), *Kartellrecht*, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag, S.798 (2012).

<sup>19</sup> 魏杏芳，「論網路經銷的價格限制」，*公平交易季刊*，第 26 卷第 2 期，161 (2018)。



本文頁 153)。儘管，有認為這樣的形式區分並不妥當，而應朝向效果評估的方式予以適用，但在司法實務上，因條文的字義是清楚且明確的，所以，法院在判決中仍然維持這樣的作法<sup>20</sup>。

#### (四) 垂直協議之除外

當該協議滿足上開要件後，認定為具有限制競爭性格之後，始考量該協議是否依 TFEU 第 101 條第 3 項規定，而可被宣告不適用，而除外類型上，依第 3 項規定，係指「個別除外」而言，但因個別的申請案太多，致執委會工作量不堪負荷，遂於 1980 年代起發展出「集體除外」制度，將符合特定類型的協議，逕推定含有促進競爭因素超過限制競爭效果，無須事先申請，即可當然豁免，大幅降低執委會的工作壓力。據此，歐盟競爭法現今設有「集體除外」與「個別除外」的制度，針對垂直協議，歐盟設有集體除外規則，以供業界遵循適用，符合該規則之行為，無須向執委會提出申請，即可自動獲得除外；後者，則是若垂直協議不符集體除外規則的適用時，亦可申請個別除外，即事業於滿足第 3 項規定之以下二個積極條件與二個消極條件之後，仍然可以先向執委會提出申請，透過執委會的決定、舒慰函 (comfort letter) 等方式獲得個別除外<sup>21</sup>。簡言之，若垂直協議所產生之促進競爭效果超過限制競爭效果時，該協議即可能受到豁免。除外條件論述如下：

- (1) 系爭競爭限制有助於改善商品的生產或分配，或有助於技術或經濟的進步：意指若垂直協議客觀上確能帶來促進競爭之效率利益，而垂直協議通常有助於經濟效率的達成<sup>22</sup>；
- (2) 消費者可以適當地分享獲利：意即消費者對限制競爭所帶來或可能帶來的不利益，至少必須能得到某種程度補償，如價格下降或產出增加的好處<sup>23</sup>；
- (3) 競爭限制係為達成目標所不可或缺的：意即應檢驗個別的限制是否使得商品的生產銷售，相較於協議不存在時，更有效率，從而，應評估市場條件及當事人所面對的真實環境，事業必須說明為何較少限制之替代方案是較無效率的<sup>24</sup>；

<sup>20</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 123.

<sup>21</sup> D.G. Goyder, *supra* note 6, 126-140.

<sup>22</sup> Guidelines on Vertical Restraints (2010/C 130/01), para. 124.

<sup>23</sup> *Id.*, at para. 126.

<sup>24</sup> *Id.*, at para. 125.

(4) 系爭約定不會重大地排除相關商品的競爭：意即垂直協議不會使當事人有足以排除競爭之可能性，從而對於現存競爭壓力的分析及協議對於市場競爭的影響，是必要的，從而，若市場上無剩餘競爭或無可預見的參進威脅時，保護競爭者及競爭過程的需求，便會超過效率，從而若垂直協議會導致市場地位的創造、維持或強化時，即無法以其同時創造效率而被合理化<sup>25</sup>。

### 三、垂直協議之經濟效果

對於歐盟學界及實務而言，並非採取如芝加哥學派（The Chicago School）認為垂直協議具促進競爭的觀點，其認為芝加哥學派的論點與現實市場脫離太遠而有點不切實際，而傾向於觀察動態考量（如資訊不對稱與策略行為）的重要性<sup>26</sup>。是故，垂直協議的經濟效果，對於競爭而言，不外乎是限制競爭效果，如促進勾結或設置參進障礙等妨礙正常的競爭，另一方面，亦可能有促進競爭效果，如垂直協議作為處理代理問題及機會行為所產生之效率增進，尤其是可增加品牌間競爭。不同的結果，即可能影響不同的法律上評價<sup>27</sup>。

#### （一）限制競爭經濟效果

垂直協議首先會限制品牌內競爭，以獨家銷售為例，則在該特定地區內，實質上消除了競爭，其目的可能在維持較高的價格，避免因經銷商增多或銷售量增加，而導致降價可能性的增加。此外，也會導致市場力量的集中，從而引發獨占性定價及公共福祉的減少，垂直協議所生之市場失靈，特別容易發生在集中度高的市場當中。

其次，是為了封鎖市場，增加市場參進障礙，如獨家銷售會限制了貿易自由流動，經銷商透過獨家銷售取得了產品的壟斷，其他同類產品的經銷商無法進入該市場。對於新進業者而言，則須建立其所屬之銷售管道，因而多出資金成本或增加投

<sup>25</sup> *Id.*, at para. 127.

<sup>26</sup> Doris Hildebrand, *Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self-Assessment*, 1st ed., Kluwer Law International, 11-12 (2005).

<sup>27</sup> *Supra* note 22, para. 100-109. Jochen Ehlers, in: Günther Hirsch, Frank Montag & Franz Jürgen Säcker (ed.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, 1st ed., Sweet & Maxwell, 528-530 (2008). 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度委託研究報告，36-37（2004）。顏廷棟，前揭註 9，41-43。

資風險。

其三，是為了促成價格聯合。如果製造商限制其經銷商的最低轉售價格，其結果將使經銷商階段不能進行價格競爭，而在其間形同建立一個價格卡特爾。而下游價格僵化與高透明度，也會增加上游供給者間的勾結機會，使製造商間的價格聯合更為穩定。

其四，為妨害消費者主權，獨家交易安排使經銷商僅能提供一家商品資訊，此顯然侵害消費者知的權利，而且由於市場價格僵化，導致消費者無從透過市場價格機能，將對商品之訊息傳達給生產者。

其五，在製造商市場與經銷商市場均不競爭的情況下，相較於製造商直接與消費者進行交易，會有因「雙重邊際化」(double marginalization)造成產品售價過高的問題。

## (二) 促進競爭經濟效果

垂直協議具有防止搭便車的效果，以轉售價格維持為例，會讓經銷商有誘因去提供售前服務，而不用擔心其他經銷商的搭便車。

其次，減低投資風險，促進市場參進，對於新進業者而言，因垂直協議具有產品差別化的功能，藉以取代過多的促銷費用時，相對降低投資風險。而且保障經售商有一定利潤可提供較佳服務及較佳的行銷販售，促進新產品進入市場，增加品牌間競爭。

其三，防止市場之爭奪。垂直協議亦有防止經銷商間互奪市場之功能，有經銷商為防止其市場精華地帶被侵奪，因此主動要求事業實施垂直限制者。通常，透過將經銷地區統合安排下，確有使經銷商從相互惡性競爭轉而各自致力開拓其所屬市場之效果。

其四，有利於穩定價格，如限制最高轉售價格的約定，具有遏止抬高價格的作用。

其五，解決資訊不對稱難題，蓋供應商通常對其產品較買方為熟悉，買方通常無法為市場比較，為了避免逆選擇，供應商會致力於維持高品質的品牌形象，而採取選擇經銷或加盟的方式。

其六，有助於消費者導向活動及技術的投資，蓋這類的投資往往是長期的、特

定關係取向及不對稱的沉沒成本性質，為了避免投資風險，某些垂直協議可以被接受，如不競爭條款、一定採購數量、排他性地域或顧客條款。

其七，規模經濟的作用，製造商為利用規模經濟降低其產品售價，亦可藉由獨家銷售或獨家採購契約，將產品銷售集中於某一經銷商而予以達成。

其八，解決資金市場的不完備，垂直協議也是救濟資本市場失靈的方法之一，對於有意從事商品經銷，卻無法向銀行貸款者，亦可能經由接受獨家供應或採購數量約定而從其供應商處獲得融資。

其九，激勵事業投資，垂直協議可對投資跟創新提供誘因，對於某些新產品可能需要耗費鉅額資金去行銷，從而可利用短暫的壟斷，讓事業有利可圖，藉以激勵投資誘因。

## 四、歐盟對垂直協議規範之沿革與立場

### （一）規範沿革

在適用歐盟競爭法之初的 1960 年代，龐大的申請案件累積，使得執委會工作量難以負荷，從而，引發集體除外的規範需求，藉由豁免某些類別的協議，無需再個別申請除外，讓執委會得從龐大的案件量中脫身，集中有限資源於重大案件上，而且集體除外規則也能為事業提供一定程度的法律安定性。

#### 1. 四個有關垂直協議的集體除外規則

歐盟關於垂直協議之重要規範，現今為 2010 年垂直協議集體除外規則，而在本規則實施前，歐盟針對垂直協議，曾分別針對獨家經銷協議（exclusive distribution agreements）<sup>28</sup>、獨家採購協議（exclusive purchasing agreement）<sup>29</sup>、加盟協議（franchising agreements）<sup>30</sup>、汽車經銷協議（motor vehicle distribution agreements）<sup>31</sup>訂有集體除外規則<sup>32</sup>。這些集體除外規則，在架構上均先規定協議的

<sup>28</sup> Regulation 1983/83, [1983] OJ L 173/1.

<sup>29</sup> Regulation 1984/83, [1983] OJ L 173/7.

<sup>30</sup> Regulation 4087/88, [1988] OJ L 359/46.

<sup>31</sup> Regulation 1475/95, [1995] OJ L 145/25.

適用範圍，其次列出可被除外之限制競爭行為類型，即所謂的「白名單」（white lists），接著列出不被除外的限制競爭行為類型，即所謂的「黑名單」（black lists），而有些集體除外規則尚存在不屬於白名單與黑名單之「灰名單」（grey lists）條款。最後，並訂有執委會得撤銷除外之規定。

第 1983/83 號規則係以獨家經銷協議為主而制定之集體除外規則，凡符合規則所定要件之獨家經銷契約，可免除向執委會提出申報之義務，即自動除外。獨家經銷協議係指二事業間所訂之協議，供應商同意只提供協議中的產品給已選定特定地區的經銷商，自己不直接在該地區銷售。而獨家經銷契約中的不競爭條款（non-competition clauses）、獨家購買義務條款、限制區域外活動條款，均屬白名單；而互惠的獨家經銷、非互惠獨家經銷中一方的規模很小、使用者沒有其他產品供應來源、限制平行輸入，則屬黑名單<sup>33</sup>。

第 1984/83 號規則係以獨家採購協議為內容之集體除外規則，所謂獨家採購協議係指二事業所訂立，就經銷商基於轉售之目的而銷售之特定產品，僅得向供應商，或其關係企業，或供應商授權銷售該產品之其他供應商購買之契約。因獨家採購協議可促進品牌間競爭，也可使供應商有較明確較長期的銷售計畫，經銷商也可獲得穩定的供應來源，故有必要制定集體除外規則。黑名單條款與獨家經銷協議大致相同，但多了不得有搭售行為之規定，目的在防止生產不同產品之大規模產業團體藉此要求大型百貨公司購買其所有的產品<sup>34</sup>。

第 4087/88 號規則係有關加盟協議的集體除外規定<sup>35</sup>，所謂加盟，係指為銷售商品或提供服務給消費者，而使用智慧財產權，如商標、商品名稱、商店招牌、新型、新式樣、著作權、Know-how 或專利權的總稱。因加盟涉及獨家經銷、獨家購買、技術授權等事項，歐盟原有之集體除外規則不足以規範，故有另外規定之必要。加盟協議中的地域限制係為了保護加盟者投資所不可或缺的，其跟獨家交易約款，可適用除外（第 2 條），而屬「白名單」，還包括：(1)限制加盟業主不得為下列行為：a. 授予第三人部分或全部之加盟；b. 自行以相似之方式利用加盟方式銷售加盟產品或提供服務；c. 提供其產品予第三人；(2)限制主加盟者不得於其協議地區外

<sup>32</sup> 這些規則的詳細內容，可參閱王泰銓，前揭註 8，78-110。

<sup>33</sup> 同上註，82-84。

<sup>34</sup> 同上註，85-89。

<sup>35</sup> 楊宏暉，「加盟契約中垂直限制競爭約款之適法性」，國立中正大學法學集刊，第 48 期，213-216（2015）。

授權加盟予第三人；(3)限制加盟店僅得於特定協議地點利用加盟方式；(4)限制加盟者不得於協議地區外尋求顧客銷售加盟產品或提供服務；(5)限制加盟者不得製造生產，或於提供服務過程中，使用與加盟產品有競爭關係之產品。而歸類為「黑名單」條款者（第 5 條），包括：(1)針對消費者依特性、價格及用途視為係相同產品之製造商或提供商，就該等商品或服務所訂立之加盟協議；(2)禁止加盟者自其他供應者取得與加盟業主提供之商品具同等品質之商品；(3)限制加盟者銷售或於提供服務過程中使用加盟業主或其指定之人生產之產品，而加盟業主非基於保護智慧財產權或維護加盟體系一致性之理由，拒絕加盟者指定第三人為製造產品者之要求；(4)限制加盟者於加盟終止後使用加盟業主已廣為人知或可輕易取得之專門技術，且此專門技術之流傳非因加盟者違反協議所致；(5)加盟者被加盟業主直接或間接限制加盟商品或服務之價格決定權，但建議價格，不在此限；(6)限制加盟者質疑加盟業主智慧財產權之效力。但加盟業主得於加盟者質疑時，終止加盟協議；(7)限制加盟者不得提供予特定最終消費者加盟產品，而該限制係基於最終消費者之所在地及住所。最後，則是「灰名單」條款，即對於其他限制，如係為了保護加盟業主的智慧財產權跟維持加盟體系的統一形象和商譽所必要者，亦可適用除外，諸如<sup>36</sup>：(1)加盟者於銷售或提供服務之過程中，應使用合於加盟業主規定之最低客觀品質標準的產品；(2)加盟者於銷售或提供服務之過程中，只能使用加盟業主或其指定第三人之產品，但僅限於基於產品性質無法依客觀品質標準規定之情形；(3)加盟者不得直接或間接於一地域中從事任何類似加盟協議中規定之商業活動，而與加盟體系中之其他加盟者或加盟業主從事競爭，此一限制得持續至加盟協議終止後一年內，並限於原經營區域；(4)不得投資於與加盟業主相競爭之事業，以免加盟者影響該事業之經濟活動；(5)僅得銷售產品予消費者、其他加盟者或其他獲得許可銷售之零售商；(6)規定加盟者應盡最大努力銷售加盟產品或提供服務，銷售一定數量之產品，維持一定數量以上之存貨並提供客戶服務跟擔保服務；(7)於加盟者收益中提撥一部分為加盟業主廣告使用，而加盟者之廣告應取得加盟業主之同意。其他的限制條款，雖非保護加盟主的智慧財產權跟維持加盟體系的統一形象和商譽所必要者，亦可合法，如保密條款、經驗通知、侵權通知、員工訓練、商業方法及智財權的使用、設備標準及據點陳列方式的遵守、加盟業主檢視權、店址變更的同意、加盟權利義務的轉

<sup>36</sup> 參閱規則第 3 條第 1 項規定。

讓同意<sup>37</sup>。

第 1475/95 號汽車經銷協議集體除外規則，是針對供應商與經銷商的限制協議作為規範對象，主要是提升中小企業與製造商交易的商業獨立性，使獨立的零件製造商與經銷商較容易進入製造商所提供的銷售地點，改善消費者地位。其會直接影響到消費者對於汽車維修保養的選擇，由於維修保養服務和零配件分銷市場通常具有針對特定品牌的性質，這些售後市場上的競爭，本來就不像新車銷售市場上的競爭激烈。在零配件市場上，原廠零件會與面臨來自原裝設備供應商和其他經營者產品的競爭，而維修保養在消費者的汽車總支出中占有很高的比例，故另設規定，以解決汽車售後服務市場上所發生的特殊問題<sup>38</sup>。此一規則，後來被 461/2010 號規則所取代<sup>39</sup>，雖獨立於垂直協議集體除外規則而有適用，但對於新車的購買、銷售或轉售，仍有垂直協議集體除外規則的適用（第 461/2010 號規則第 3 條）<sup>40</sup>。

## 2. 綠皮書與白皮書

上述各種集體除外規則雖能使事業明白何種行為能被除外，亦即只要符合規則中所定之形式，均可獲得自動除外的適用，然而，垂直協議因具有促進競爭與限制競爭的可能效果，事業為避免其他類型的協議也可能會因違反競爭法致發生無效，紛紛向執委會申請個別除外，申請案件量遠超過執委會所能處理者，而且先前之各集體除外規則，也存在一些適用上的問題，例如：過於形式化的適用標準，根據限制競爭條款的形式，作為是否除外的判斷標準，形成「緊身衣效果」（*strait-jacketing effect, Zwangsjacken-Effekt*），事業為符合除外規定，紛紛量身訂作相關條款，以求擠進除外規則的窄籠裡，其也忽視市場力量的影響，使得不具市場力量之事業受到過度的管制，而具備市場力量之事業，於使用特定契約條款類型時，則享受到除外適用的特權，產生可能的規範漏洞，此外，也讓得許多有利之垂直協議，無法取得集體除外之特權，讓垂直協議受到不必要的管制<sup>41</sup>。

<sup>37</sup> 參閱規則第 3 條第 2 項規定。

<sup>38</sup> 王泰銓，前揭註 8，94-95。

<sup>39</sup> Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector.

<sup>40</sup> Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H.Beck, S.108 (2012).

<sup>41</sup> 魏杏芳，「歐洲共同體管制垂直協議的新里程——一個全新的群體除外規則」，*月旦法學雜誌*，第 79 期，119（2001）。

從而，執委會開始檢討上述各項規則的形式認定方法，是否妥當，而且各該規則的內容，也隨著時間的經過，而顯得陳舊與僵化，不足以因應針對商品銷售在現今共同體的快速發展，因為製造商愈來愈少直接銷售商品給消費者，導致此一議題對於各個產業變得更重要了。針對批評，執委會於 1997 年提出「綠皮書」(Green Paper)，將改革原因歸納為三點<sup>42</sup>：(1)原集體除外規則均即將到期；(2)為了使貨物能在會員國境內自由流通，達成單一市場整合之目的，有必要對於傳統之垂直協議規範加以檢討修正；(3)歐體零售市場的產業結構已發生變化，已不再由製造商主導。

綠皮書提出後經過學界、產業界各方之探討，執委會歸納出以下結論<sup>43</sup>：(1)垂直協議具有正面效果與負面效果，並非當然違法，應針對個案因素之不同，加以分析決定；(2)結合數個垂直協議之契約，並非一定具有較強之限制競爭效果，由於垂直協議的市場效果，難以事前預測，數種垂直協議的結合，不必然會增加反競爭性，在某些情形下，反而較單一垂直協議對競爭具有較佳之效果；(3)重視限制競爭效果，而不再拘泥於契約類型。條款對於競爭的影響，應重在該行為對於市場競爭所造成的影響，而非條款的形式；(4)涉案之商業行為若需重大投資、或新進入事業所締結之契約，應採取較為寬鬆之態度，以鼓勵參進；(5)執委會於處理個案時，應多方考量各項因素，如產品性質、所需服務、投資、消費者需求、市場結構等因素，以決定垂直協議對於競爭的影響。如產品性質若需服務者，則有以垂直協議防止搭便車之必要，如需投資以獲得效率者，垂直協議亦可以利潤的保證來鼓勵投入資本。

最後，綠皮書提出改革的四個選項建議：(1)維持目前的規範體系，不改變既有的除外規則<sup>44</sup>；(2)採行較寬廣的集體除外規則，但仍維持既有的程序規則，其缺點則是仍舊只有特定契約的某些約款可獲除外<sup>45</sup>；(3)採行更聚焦的集體除外，而以市占率作為門檻（如 40%）<sup>46</sup>；(4)將未超過市占率門檻（如 20%）的垂直協議推定為合法，但仍留有例外，如維持轉售價格約定、限制平行輸入或限制被動銷售<sup>47</sup>。大

<sup>42</sup> Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, para. 6-7.

<sup>43</sup> *Id.*, at para. 85.

<sup>44</sup> *Id.*, at para. 281.

<sup>45</sup> *Id.*, at para. 282-283.

<sup>46</sup> *Id.*, at para. 286-288.

<sup>47</sup> *Id.*, at para. 293-295.



體而言，係朝向更經濟面基礎分析，建立市占率門檻、惡性重大限制之類型、所有垂直交易類型一體適用、得撤銷集體除外之利益等方向修法。

在程序上，歐體自成立以來，競爭政策的執行都委由執委會負責，中央集權的執法，對於共同市場上競爭文化的創建，固然功不可沒，但也造成龐大的工作負荷，依理事會第 17/62 號規則，當事人得向委員會請求證明該項協議不構成違法之「反面釋疑」（negative clearance）。另外對於可個別除外之協議，事業須事先通知執委會，結果導致大量通知堆積如山，造成執委會極大的負擔，現行的程序規則，讓執委會必須費時數年的審查，使得事業尋求除外的利益，受到長期的拖延，而且減損法律的明確性。執委會雖然運用其他的行政措施，如舒慰函來處理大通知案件，或是發布公告（Notice），針對市場影響輕微案件免於申報，但終究無法消化大量的案件<sup>48</sup>，從而，1999 年白皮書建議，改由執委會與內國競爭主管機關得分別受理除外之申請<sup>49</sup>，採取事後控制模式<sup>50</sup>。另建議擴大第 17/62 號規則第 4 條第 2 項之適用，就垂直協議，採市占率門檻制的思維，不必事先通知，即使當事人對於契約是否限制競爭有所疑義，亦得於事後通知，增加法的安定性<sup>51</sup>。

### 3.1999 年垂直協議集體除外規則

#### (1) 背景

由於先前之集體除外規則，過於僵硬的類型化立法，不能反映經濟面的真實性，又因採事前通知制及個別除外集權制，導致執委會工作量大，不能集中心力於較嚴重之卡特爾案件，而垂直協議事實上並非都具有反競爭效果，更確切地說，大部分其實是有利於競爭，僅當品牌間競爭不足時，才會發生問題，因此宜採事後審查制，廢除通知義務，僅於有人檢舉，或因案得知該垂直協議有妨礙競爭時，始介入進行調查。

1997 年提出之綠皮書，廣徵各界意見後，執委會於 1999 年 12 月 22 日正式提

<sup>48</sup> 魏杏芳，前揭註 41，116。

<sup>49</sup> White Paper on Modernization of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, para. 137.

<sup>50</sup> *Id.*, at para. 138.

<sup>51</sup> *Id.*, at para. 71-72.

出「垂直協議集體除外規則」（第 2790/1999 號規則）<sup>52</sup>，係為取代先前的獨家經銷、獨家購買、加盟協議等除外規則，唯仍保留汽車經銷集體除外規則，使特定產業之銷售活動的特色也能獲得考量。統一的垂直協議集體除外規則，目的在簡化歐盟競爭法的規定，而先前的集體除外規則僅適用於商品販賣，服務或其他階段之商品，使得許多有利之垂直協議，無法取得集體除外的特權，讓垂直協議受到過多的不必要管制。自此之後，所有的垂直協議都有此一規則的適用，不再限於獨家經銷、獨家購買及加盟協議三種類型，而選擇性經銷<sup>53</sup>也納入適用。

基於市場力量往往是決定垂直協議違法與否的關鍵因素，乃以「安全港」（safe harbor）方式架構新的垂直協議集體除外規則，若事業之市占率未達 30% 時，其所遂行之垂直交易限制，不管其類型為何（黑名單條款除外），應認為此一協議可改善生產或銷售，並使消費者分享其所產生之利益，而被推定為合法，但若事業市占率超過 30% 時，亦不當然認定為違法，而是需要深入的經濟評估，才足以作出決定。而本規則特別重視經濟效果的處理方式，加強經濟分析的使用量，執委會認為垂直協議可促進參與事業間的更佳協調，可減少交易成本，提升生產及銷售效率，而效率增進是否能超過限制競爭效果，視事業之市場地位及替代產品的競爭強度而定<sup>54</sup>。另外，本規則廢除了先前的白名單條款，以避免規則的強大引導作用，致生緊身衣效果的批評<sup>55</sup>。簡言之，集體除外規定的規範立場，係先宣示所有的垂直協議都可適用集體除外規則而獲豁免，再以列舉條款的方式，將個別垂直協議予以排除而不受豁免，並更加關注經濟面及市場環境，而非約款形式，是政策上的重大轉變。

## (2) 適用客體

1999 年集體除外規則之適用客體係涵蓋所有的垂直協議，而不再進行類型化，所謂的垂直協議，依規則第 2 條規定，係指兩個或兩個以上事業間之協議、參與協

<sup>52</sup> Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices.

<sup>53</sup> 選擇性經銷中，供應商負有義務將契約標的之商品或服務，僅供應給基於一定質量標準所挑選出來的經銷商，而此經銷商負有義務，不得將上開商品或服務銷售給未經允許之經銷商。See Article 1 d) of Regulation 2790/1999.

<sup>54</sup> 廖義男主持，前揭註 27，112-113。

<sup>55</sup> Roger Van den Bergh & Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 227 (2006).

議之事業係於不同產銷階段從事商業活動、協議以購買、出售或轉售商品或服務之交易條件為內容。

### (3)安全港規則

執委會在此規則中採用了市占率的指標，為垂直協議關建了一個安全港，係建立在簡單基本的假設前提上，即認為垂直協議的反競爭效果主要建立在參與協議事業的市場力量上，特別是供應方的市占率，亦即事業在相關市場的占有率低於 30% 者，其垂直協議尚無違法疑慮（不包括黑名單條款），於超過 30% 時，才會落入違法的個別檢視與充分評估，但並非當然違法（第 3 條）<sup>56</sup>。蓋當供應者在相關市場之占有率未達 30%，一般得假設此等協議具有提高生產或經銷之效率，並得將此利益與消費者分享，此一市占率的計算，原則上是以供應方為主，但當垂直協議中含有獨家供貨義務時，則以需求方之市占率作為決定該協議對於市場效果之要素<sup>57</sup>。符合安全港規定者，即自動享有集體除外的利益，不必再為個案審查，但垂直協議不得含有規則所定嚴重限制競爭之黑名單條款的存在。此一安全港的採用，顯然是基於明確性及適用法條便利的理由<sup>58</sup>。超過安全港門檻的垂直協議，若能符合個別除外要件時，亦可享受除外利益，若不能滿足條約第 3 項之要件時，則該垂直協議會受到法律的禁止<sup>59</sup>。

### (4)條款類型

本規則將垂直協議區分為「核心限制黑名單條款」（hardcore restrictions; black lists）、可分離的「排除限制」、「除外條款」<sup>60</sup>，這部分跟 2010 年規則大體相同，將於後面再為詳述，此處只約略一提。

屬於黑名單條款者，包括：限制轉售價格（第 4 條 a 款）、限制經銷區域及顧

<sup>56</sup> 第 3 條：「(1)除本條第 2 項之規定外，本規則第 2 條所規定之除外乃於供應者在相關市場銷售涉案商品或服務之市占率未超過 30% 為適用條件。(2)當垂直協議中含有獨家供應義務時，第 2 條所規範之除外乃以需求方於其所購買涉案商品或服務之相關市場，市占率未超過 30% 為適用條件。」

<sup>57</sup> 參閱規則前言第 8 點。

<sup>58</sup> 魏杏芳，前揭註 41，120。

<sup>59</sup> Roger Van den Bergh & Peter Camesasca, *supra* note 55, 226.

<sup>60</sup> 陳志民主持，公平交易法對於加盟契約適用之研究，公平交易委員會 90 年度合作研究報告，70-75（2001）。

客（第 4 條 b 款）<sup>61</sup>、選擇性經銷系統之限制（第 4 條 c、d 款）、限制賣方將零件直接賣給最終消費者或獨立修理業者之原料零件之供貨禁止（第 4 條 e 款），歸類為這樣的核心限制條款者，系爭協議全部無法被除外適用，並無可分性可言，而且也不可能申請個別除外，也不考慮其市占率的大小。

屬於排除限制條款者，即協議中包含以下約款時，僅該約款不被除外，其他約款則不受影響，這類條款又被稱為是「灰名單條款」<sup>62</sup>。包括：超過 5 年或未定期限之競爭禁止條款（第 5 條第 1 項 a 款）、後契約限制條款（第 5 條第 1 項 b 款）、禁止銷售特定競爭對手產品之條款（第 5 條第 1 項 c 款）。

如果施行垂直協議之事業，在相關市場的占有率未超過 30%，且協議中未包含有第 4 條與第 5 條之條款者，該協議即可享受除外適用的特權，而屬除外條款，但若該垂直協議普遍被事業使用而涵蓋相關市場的 50%以上時，即可能無法享受到除外的利益。

#### (5) 合法推定的撤銷

若市場上類似的垂直協議，其平行網路的累積效果（cumulative effect of parallel networks），已重大地限制了相關市場的進入，執委會得撤銷其已得的除外利益，並宣告為違法，此時，執委會應證明該協議當事人的市占率已對競爭發生可感的影響時，才得行使撤銷權（第 6 條及第 7 條）。

#### (6) 宣告不適用

若市場上類似的垂直協議，總合已涵蓋相關市場的 50%以上，且已讓相關市場的進入或競爭受到可感的影響時，執委會得以發布規則之方式，宣告含有該等特定限制的垂直協議，不適用本規則，其結果是將之移出集體除外規則的適用，而依歐盟競爭法處理（第 8 條）。

#### (7) 垂直協議處理原則

針對垂直協議，歐盟執委會另於 2000 年公布「垂直協議處理原則」

<sup>61</sup> 本款規定並不及於供應商，故約款約定供應商不得在特定區域內銷售或不得對特定客戶為銷售者，非屬惡性限制黑色條款。

<sup>62</sup> Wolfgang Fritzemeyer, "Auswirkungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung auf die Gestaltung von Franchiseverträgen," *33 Betriebs-Berater*, S. 1663 (2002).

(Guidelines on Vertical Restraints)<sup>63</sup>，幫助事業自行評估其垂直協議，指導原則所定之標準，必要依個案的條件及具體事實予以適用<sup>64</sup>，若事業市占率未超過 10% 者，適用當時的「微小不罰原則」，不構成歐盟競爭法的違反，但不適用於核心限制約款<sup>65</sup>。如果市場上存在品牌間競爭不足的情形，亦即供應方或需求方或雙方間具有相當的市場力量時，才會引發限制競爭的注意，如果品牌間競爭不足時，品牌間及品牌內競爭的保護，就變得重要<sup>66</sup>。此外，處理原則中針對具體個別之垂直協議，如單一品牌 (single branding)、獨家經銷、排他性顧客分配、選擇性經銷、加盟、獨家購買、搭售、轉售價格維持等垂直協議，均詳細羅列評估時的重要因素，為實務上重要的參考指引。

## 4.2010 年垂直協議集體除外規則

### (1)沿革

依據 1999 年垂直協議集體除外規則第 13 條規定，規則的有效期限只到 2010 年 5 月 31 日。有鑑於上開規則整體上的正面經驗，在 2008 年初，歐盟執委會即通過新的除外規則 (Commission Regulation No. 330/2010 of Vertical Agreements and Concerted Practices)，1999 年規則的規範內容，原則上大致都被承接下來，採取統一及跨產業別的規範方式，故又被稱為「庇護傘集體除外規則」(umbrella block exemption regulation, Schirm-GVO)<sup>67</sup>。並主要集中於「網路銷售」(Internet-Vertrieb) 的討論，強調每一個經銷商都有在網路上從事商品銷售的自由，蓋網路銷售使事業能夠比傳統方式更加容易地接近顧客，有助於競爭的促進，因而規定了有關於網路銷售的新規定<sup>68</sup>，2010 年的規則，最重要的改變為市占率門檻，改採「雙重門檻制」，而非僅以供應方市占率為依據<sup>69</sup>。除此之外，2010 年的除外規則並未作出原則性的重大變更，在規範的結構上與內容上，跟 1999 年的規則，相異不大

<sup>63</sup> Commission Notice: Guidelines on Vertical Restraints (2000/C291/01).

<sup>64</sup> *Id.*, at para. 3.

<sup>65</sup> *Id.*, at para. 9.

<sup>66</sup> *Id.*, at para. 6.

<sup>67</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen, S.154 (2016).

<sup>68</sup> *Supra* note 22, para. 52.

<sup>69</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, *Vertikal-GVO*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Rn. 10-12 (2011).

<sup>70</sup>，相較於 1999 年規則對既有規範架構的大幅改變，是較為緩和的法律改革。新的除外規則，有效期間亦為 10 年，預計將於 2020 年 5 月 31 日屆期。

## (2) 適用客體

2010 年集體除外規則之適用客體，涵蓋所有的垂直協議，而不再進行類型化，所謂的垂直協議，依規則第 2 條第 2 項規定，係指兩個或兩個以上事業間之協議、參與協議之事業係於不同產銷階段從事商業活動、協議以購買、出售或轉售商品或服務之交易條件為內容，換言之，雙方事業必須是分處二個經濟階層（zwei Wirtschaftsstufen）。惟若垂直協議是由事業協會及其成員所簽訂或事業協會與其供應商所簽訂，則只有當所有的成員都是零售商且個別成員之年度銷售金額未超過 5 千萬歐元時，才有集體除外規則的適用（第 2 條第 2 項）。

## (3) 安全港規則

由於某些垂直協議可以藉由促進事業間的協調來改善生產鏈或經銷鏈上的經濟效率，特別是可降低交易成本及經銷成本，並促進銷售和投資達到最佳化，而這些效率增進因素必須有超過反競爭因素的可能，這將取決於當事人的市場力量及事業面臨的競爭情境<sup>71</sup>。垂直協議的競爭疑慮係來自於品牌間競爭的不足，亦即當市場上的事業具有市場力量，才会有此疑慮，從而，市場結構是一項重要的評估因素<sup>72</sup>。

事業的市占率為安全港的適用門檻，此一規則仍被延續，但採取雙重門檻制，垂直協議之雙方事業在各自之相關市場上，其占有率低於 30% 者，其垂直協議尚無違法疑慮（第 3 條）。蓋若各該事業在其相關市場之占有率未達 30%，且垂直協議未含有特定嚴重影響競爭之限制條款時，一般得假設此等協議具有提高生產或經銷之效率，並得將此利益讓消費者分享<sup>73</sup>。將市占率門檻納入下游的需求方，是執委會認知到需求方的市場力也能對市場競爭產生潛在的負面影響，而且垂直協議不必然是上游對下游所為，也可能是由下游對上游為之，且自第 2790/1999 號規則適用

<sup>70</sup> Tobias Lettl, "Die neue Vertikal-GVO (EU Nr. 330/2010) – Unter Einbeziehung der Änderungen der Vertikal-Leitlinien im Hinblick auf den Internetvertrieb insbesondere in selektiven Vertriebssystemen," *Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 808 (2010).

<sup>71</sup> Regulation 330/2010, para. 6-7.

<sup>72</sup> Doris Hildebrand, *supra* note 26, 21.

<sup>73</sup> *Supra* note 71, para. 8.

之後，下游經銷商的市場力量也大幅增加了。

縱使涉案事業之市占率（不管是供應方或需求方）超過 30%時，並非即是當然違法，仍須依 TFEU 第 101 條第 1 項規定，為具體的檢驗<sup>74</sup>。又縱使滿足第 1 項要件，仍須再進一步檢驗是否滿足第 3 項的除外規定。

相較於 1999 年的規則只考慮供應商的市占率應低於 30%，但未考慮需求方的市占率，2010 年規則採取「雙重市占率門檻」，亦即供應方與需求方在各自市場上的市占率，均必須低於 30%，才可適用除外，這是比較重大的修改<sup>75</sup>。此一市占率門檻的方法，是對垂直協議評估的強烈簡化方式，藉由可操作性及法律安定性來代替差異化的除外標準<sup>76</sup>。

此外，若事業市占率最初符合低於 30%的安全港規定，取得除外適用的特權之後，因市場環境的變化，其市占率有所增加時，只要二年內未增加超過 5%（即 35%）時，或超過 5%但時間未達一年時，其已取得之除外利益，不受影響，但加起來不得超過二年（規則第 7 條 d 款、e 款及 f 款規定）。

不過，對於核心限制條款（hardcore restrictions，第 4 條）及排除限制（excluded restrictions，第 5 條）所列之各項約款，事業市占率縱使低於 30%時，仍屬違法<sup>77</sup>。

#### (4)分析步驟

對於垂直協議的分析，一般分為四個步驟：

##### a. 界定市場

市場的界定，依據執委會發布之相關市場界定通知，主要是以商品或服務的需求替代可能性作為衡量指標，並分為相關產品市場、相關地理市場，及必要時的相關時間市場<sup>78</sup>。

##### b. 計算市占率

界定市場之後，因集體除外規定訂有市占率門檻的安全港，所以須進一步計算各相關事業的市占率，計算基礎主要是依據銷售額比例而為認定，當銷售額資料不

<sup>74</sup> *Id.*, at, para. 9.

<sup>75</sup> *Id.*, at, para. 8.

<sup>76</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S.161.

<sup>77</sup> *Supra* note 22, para. 110 (b). Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S.154.

<sup>78</sup> *Supra* note 22, para. 88-89.

易取得時，才會改以數量計算<sup>79</sup>。

c. 適用第 101 條第 1 項

若事業之市占率超過 30%的安全港門檻時，除了涉及核心限制及排除限制之外，並不表示系爭約款即屬違法，執委會須對該協議進行充分的競爭分析，需考慮下列相關因素，進行整體綜合的判斷，才能決定其適法與否。相關因素諸如<sup>80</sup>：

- (a) 協議的性質：如限制之期間與對市場影響之比例等。
- (b) 當事人的市場地位：如市占率或競爭優勢，如占據最佳地點、掌握重要的專利或優越的技術等。高市占率通常是市場力量的指標，但若有低參進障礙時，則又不同。
- (c) 競爭者的市場地位：如競爭者的強度或數量等。競爭者愈強或數量愈多，事業個別行使市場力量及封阻市場或弱化競爭的風險就愈低；競爭者可能部署之及時有效的策略，也是相關的考慮因素。如果競爭者的數目與市場地位變得愈小時，這樣的市場結構即有可能促進勾結。市占率的急遽波動或改變，通常是市場強烈競爭的指標。
- (d) 買受人的市場地位：如其市占率或在轉售市場上的地位等。顧客的市占率反映出其對潛在供給者的需求重要性，而顧客在轉售市場上的地位，諸如其通路的地理範圍、自有品牌及其在最終消費者心中的品牌形象。在有些情況下，買方力量可避免事業行使市場力並解決競爭問題，特別是愈強的買方，在小而持續的價格提升時，有能力及誘因引入新的供給源，但若強的買方只是為自己爭取有利條件或是將漲價轉嫁給消費者時，其市場地位即無法防止事業行使市場力量。
- (e) 進入障礙：進入障礙意指既有事業得提高其價格超過競爭程度而不吸引新的參進者，缺少進入障礙時，將使事業的提價變得無利可圖。進入障礙通常源自規模經濟或範疇經濟、政府管制的專屬權、國家補助、智慧財產權、稀少資源或基礎設施的掌控、先行者優勢及密度廣告所造就的消費者忠誠度等。而垂直整合或垂直協議，也會因排除競爭者或使市場進入變得困難，而被視為一種進入障礙。是否構成進入障礙，取得於沉沒成本的承擔，例如：用以建立消費者忠誠度的廣告成本，通常即屬沉沒成本，沉沒成本愈高，擬參進事業愈必須評估進入市場的風

<sup>79</sup> *Id.*, at para. 93.

<sup>80</sup> *Id.*, at para. 110-121.



險，也會使既有事業不易脫離既有市場。

- (f) 市場的成熟度：如涉及的是既存市場或新興市場。亦即如果是成熟的既存市場，使用的技術廣泛周知且不常改變，並無重大的品牌創新，需求相對穩定，在此市場中的負面影響，是明顯超過動態的新興市場。
- (g) 交易層級：如交易標的係半成品或最終產品。半成品的買方通常是資訊充足的顧客，有能力自行評估品質而甚少依賴品牌與形象；最終產品是直接或間接銷售給最終消費者，渠等通常對品牌與形象較為依賴。由於經銷商必須回應最終消費者的需求，從而，如果經銷商被禁止銷售某一品牌時，會比半成品的購買者無法從某些供應源購買競爭產品，使競爭受到更大的影響。
- (h) 產品性質：如同質品或異質品、價格昂貴或便宜、一次性購買或重複購買等。一般而言，產品是異質、便宜及重複購買者，垂直協議可能更具有負面效果。
- (i) 其他因素：如市場上類似協議的累積作用、協議是單方施加或雙方同意、管制的環境、或是促進勾結的行為，如市場的價格領導或預告調整價格、正確價格的討論、反應過度生產之價格維持、價格歧視及過去的勾結行為等。

歐盟對於垂直協議所可能產生的限制競爭效果，所關切的包括：提高市場參進障礙門檻，導致對競爭之供應商或需求方產生封鎖競爭之效果；弱化供應商與其競爭者之競爭或促進勾結，降低品牌間競爭；弱化品牌內競爭或促進勾結；創造不利於市場整合之障礙<sup>81</sup>。

#### d. 適用第 101 條第 3 項

又縱使系爭協議有限制競爭之虞，但若有足以平衡或超越之促進競爭效果時，亦足以使該協議合法，此時即應針對該項所列之四個案件，累積式地予以適用。

首先，垂直協議必須會產生客觀的經濟效益，簡言之，即「效率」，對於垂直協議所可能產生的促進競爭效果，如：非價格競爭的促進、確保產品品質，故促進競爭的因素，例如：解決搭便車的問題、開放或進入新市場、解決專屬性投資之套牢（hold-up）成本、解決垂直外部性問題、實現經銷市場的規模經濟、克服資本市場的不完美性問題、有助於標準化品質與一致性的建立等優點，使得垂直交易限制多帶有增進效率與新市場開發的好處，而可抵銷可能產生的負面效果<sup>82</sup>。

<sup>81</sup> *Id.*, at para. 100.

<sup>82</sup> *Id.*, at para. 106-108.

其次，效率的產生必須跟限制協議約款有密不可分的關係，從而，會檢驗限制約款存在或不存在時，相關效率的變化情形，而且要具體說明為何較少限制之選項是較無效率的<sup>83</sup>。

再者，消費者必須可以適當地分享獲利，亦即消費者在垂直協議下的負面影響，必須至少獲得補償，而表現在價格、產量或其他相關因素上<sup>84</sup>。

最後，是系爭協議不會重大地排除相關商品的競爭，從而，若垂直協議對既有或潛在競爭，並未產生重大消除者，即可該當，事業的敵對是經濟效率的重要驅動力，從而，動態效率之創新因素，也會加以考慮，於缺少敵對性時，支配事業即欠缺誘因去創造及分配效率成果，從而，缺乏剩餘競爭及可預見的市場參進時，對競爭對手及競爭過程的保護，即會超過可能的效率增進，而垂直協議若有維持、創造或強化市場力量時，即難以因效率增加而被合法化<sup>85</sup>。

### (5) 條款類型

本規則將垂直協議區分為「核心限制黑名單條款」（全部無效）<sup>86</sup>、可分離之「排除限制」（*excluded restrictions*）（部分無效）<sup>87</sup>、除外條款。

#### a. 黑名單條款

規則第 4 條規定 5 種惡性限制的垂直協議，即使當事人的市占率低於 30%，仍屬違法。被歸類為核心限制條款者，系爭協議全部無法被除外適用，並無可分性可言，即所謂的「全有或全無原則」（*Alles-oder-Nichts-Prinzip*），而且也因很難滿足 TFEU 第 101 條第 3 項之要件而不可能申請個別除外。蓋這類協議的契約目的，基於其顯著特性與過往經驗，足以對品牌間競爭產生不利的影響，具有高度限制競爭的潛在性質。此一核心限制的規定內容，大致上跟 1999 年垂直協議集體除外規則相同。這類約款有：

#### (a) 限制轉售價格

直接或間接限制交易相對人關於產品售價決定權之「固定售價」（*Festverkaufspreise*）或「最低售價」（*Mindestverkaufspreise*）之協議，係被禁止

<sup>83</sup> *Id.*, at para. 125.

<sup>84</sup> *Id.*, at para. 126.

<sup>85</sup> *Id.*, at para. 127.

<sup>86</sup> *Id.*, at para. 70.

<sup>87</sup> *Id.*, at para. 71.

的。但是，若是「限制最高轉售價格」（Höchstverkaufspreise）或無拘束力的「建議售價」（Preisempfehlungen），則是被允許的，不屬於核心限制<sup>88</sup>。所謂無拘束力的建議售價，是指供應商單方面地標示商品售價，但無拘束力，需求方仍可作低於或高於的訂價。但不管是最高轉售價格限制或是建議售價，都不能因壓力（如警告或遲延供貨）或誘因（如折扣）的施加，而實際上導致如同固定價格或最低價格的結果（規則第 4 條 a 款）。

固定轉售價格或限制最低轉售價格，除直接明定之外，亦可用間接方式達成，如限制最高折扣、實施價格監控制度、使用最惠顧客約款（most favoured customer clause）、警告、斷貨、遲延供貨或終止契約威脅，這類協議的形成，雖是在經濟壓力之下，但亦屬協議的一部分<sup>89</sup>。但是，若僅是供應商單方面的行為，而經銷商不願接受時，即不屬於核心限制範疇，因其未構成協議或互為一致行為。

#### (b) 限制經銷區域及顧客

直接或間接限制交易相對人只能在某特定區域（絕對的地域保護）或只能向某特定顧客群提供商品或服務之「區域及顧客限制」，係受禁止的，蓋其會造成依據區域或顧客群所形成的市場劃分，導致品牌間競爭減損（第 4 條 b 款）。如以條款直接約定不得向特定顧客群或特定區域內的顧客為銷售或須將收到的訂單轉給特定的經銷商，或是以間接方式，如減少紅利、折扣、拒絕供貨、減少供貨量、終止契約、拒絕提供產品保固等方式，以達成限制銷售之目的，均皆有本款之適用。蓋因地域限制和顧客限制具有減少品牌內競爭與助長市場劃分的效果，而且若當市場上有多數不同之供應商採行相同作法時，將有造成水平聯合之風險，而地域限制也可想像為是以該地域為範圍的顧客限制。惟此一規定之對象，並不包括對供應商的限制，故若約定供應商者不得在特定區域內或對特定顧客為銷售者，尚不屬於本款的惡性限制範圍。

地域限制及顧客限制之禁止，存有例外（第 4 條 b 款），第一個例外，是供應方得在契約中約定不在特定需求方經營區域為主動銷售行為，如：供應方為自己或特定需求方保留特定銷售區域，並禁止需求方於此一區域內為「主動銷售」（active sales）之協議。所謂「主動銷售」，係指以郵件、電子郵件、派遣業務員、發傳

<sup>88</sup> *Supra* note 71, Article 4(a).

<sup>89</sup> *Supra* note 22, para. 48.

單、廣告、另開店鋪等方式，主動與在專屬於其他經銷商區域內之顧客進行接觸。此一限制之意義及目的，係為促進經銷商能集中其銷售努力於該地區，並確保經銷商免於遭受投資或權利金支出之財務損失。但是，不得禁止其他需求方的「被動銷售」(passive sales)，所謂「被動銷售」，係指回應來自個別消費者的訂購及發送貨物或服務，而該消費者非事業針對性且積極訴求的對象，一般在媒體或網路上的廣告或促銷，其雖可接近在其他需求方專屬區域或顧客團體的消費者，但對接近那些特定區域或顧客團體以外的消費者而言，例如接近在非專屬區域或自己區域的消費者，仍是合理的方法，而這些屬於被動銷售，比如說消費者造訪某一經銷商自己的網站，並與該經銷商訂約。儘管透過網際網路，使經銷商得突破地域限制及顧客限制，但這是拜科技本身允許世界各地得輕易連結所賜，故網際網路被視為是被動銷售的一種形式，如在自己網頁中的廣告或自動發送訂閱戶相關資訊，多數情況是由顧客主動接觸事業的<sup>90</sup>，但是，若支付搜尋引擎或線上廣告商以一定費用、或在他人網頁中安插廣告、或廣告是針對某些特定地區或特定顧客為之者，則屬主動銷售<sup>91</sup>。

第二個例外，是限制批發階段之需求商對最終消費者所為的銷售，或稱「跳躍銷售」(Sprungverkäufen)，允許這樣的銷售禁止，是有其歐盟競爭法上的長期傳統，蓋藉此可建立數階層的銷售系統及商業分工<sup>92</sup>。

第三個例外，是限制選擇性經銷系統的成員，在保留地域內，銷售給非授權之經銷商，或簡稱為「對外部人銷售的禁止」(Verbot des Verkaufs an sog. Außenseiter)，蓋在選擇性經銷系統內，經銷商的交互供貨是不受禁止的，故得禁止對非成員之外部人的銷售<sup>93</sup>。

第四個例外，是限制需求方銷售零件給會用於製造同類商品之客戶，避免供應商的競爭者用以製造相競爭的商品，以保護品牌間競爭，從而，代工廠的供應契約

---

<sup>90</sup> 依垂直協議處理原則第 52 點，經銷商有自由使用網路或廣告銷售商品的權利，在一般的情形，使用網路銷售並不會被認為是主動銷售，蓋其是合理接近客戶的方法，透過科技，可以從各地輕易地進入，如果顧客造訪經銷商的網站並與經銷商訂約者，被認為是被動銷售，至於網站使用何種語言，並不相關。只要網站不是特別針對已專屬分配給其他經銷商之地區或顧客團體內的顧客，如使用標示或連結吸引該顧客者，皆不認為是主動銷售的型態。

<sup>91</sup> *Supra* note 22, para. 53.

<sup>92</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S.169.

<sup>93</sup> *Ebd.*, S.169f.

有其適用<sup>94</sup>。

### (c) 選擇性經銷系統之限制

第 3 種是有關「選擇性經銷」(selektives Vertriebssystem)的約定，限制經銷商不得主動或被動售貨給最終消費者(第 4 條 c 款)；第 4 種是在選擇性經銷中，限制系統內經銷商的「交互供貨」(Querlieferung)(第 4 條 d 款)<sup>95</sup>。但此一限制有其例外，即限制大盤商銷貨給消費者之協議、在選擇性經銷系統中，禁止供貨給非系統內經銷商之協議<sup>96</sup>、限制買方將成品之零組件出售給利用該零組件製成同類產品之顧客<sup>97</sup>，是例外有效的。

選擇性經銷係對授權經銷商的數量及其轉售予以限制的一種經銷系統(第 1 條第 1 項 e 款)，依歐盟法院見解，其必然會影響共同市場的競爭，但在一定條件下得不受歐盟競爭法禁止，選擇性經銷系統主要有「品質」與「數量」的選擇二種，品質的選擇性經銷，涉及經銷商的挑選係依標準化的準則而定，諸如經銷商所提供之售後服務、產品數量、員工品質等，只要準則是透明且一致的，且選擇性經銷是確保產品品質與正確使用所必要的，且標準並非不合理的，即屬合法，選擇性經銷常運用於電子娛樂設備、攝影器材、個人電腦、香水等產業，通常不會違反 TFEU 第 101 條第 1 項規定；若當事人同意的標準非屬上開品質的標準時，即屬數量的選擇性經銷，例如限制經銷商的數目或要求最低的營業額<sup>98</sup>。選擇性經銷可能導致品牌間競爭受到限制，限制其他經銷商進入市場、增加供應商間限制競爭行為的可能性，但其也會有促進競爭的利益，如經驗財商品的銷售，以及新品上市的產品形象，也會有助於解決搭便車的問題<sup>99</sup>。選擇性經銷系統具有二大要素，即供應商是依據一定標準挑選經銷商，且體系內經銷商不得向體系外之經銷商銷售商品或服務。

### (d) 原料零件之供貨禁止

第 5 種是禁止製造商約定只能供應原料零件給特定事業(如供應方)，而不能

<sup>94</sup> Ebd., S.170.

<sup>95</sup> 交互供貨之禁止，亦屬顧客限制之一種，即限制不得對同一階層的需求方進行供貨，經銷商只能向最終消費者供貨。

<sup>96</sup> 依此，禁止加盟店供貨給非加盟店之約定，係屬合法。

<sup>97</sup> 此一限制，係在保護零組件製造商的利益，而被允許。

<sup>98</sup> Jochen Ehlers, *supra* note 27, 531.

<sup>99</sup> *Id.*, at 531-532.

供應給需求方（第 4 條 e 款）。據此，需求方亦得直接向該原料零件製造商購買，以確保獨立之售後服務體系具有穩定的零件來源，維持售後服務市場的一定競爭。

#### b. 排除限制

承襲 1999 年垂直協議集體除外規則，如協議中包含以下約款時，僅該約款不被除外，其他約款則不受影響，這類條款係以符合一定要件才屬合法，故又被稱為是「灰色條款」<sup>100</sup>。

#### (a) 競爭禁止條款

競爭禁止（Wettbewerbsverbot）或不競爭（non-competition）條款，係指任何直接或間接使需求方不製造、購買、銷售或轉售與供應方競爭的商品或服務，或需求方有義務向供應方購買約定商品或服務的數量，占其購買總量的 80% 以上（第 1 條 d 款）。

競爭禁止條款涉及單一品牌限制類型，具有限制品牌間競爭及相當的閉鎖市場效果，為確保進入市場的管道與防止市場上的聯合行為，因此，應對競爭禁止條款作時間上的限制，以免造成嚴重的參進障礙，同時也保護供應商的長期投資，亦即供應商無容忍在其營業場所中銷售競爭者產品的義務，是故，超過 5 年或未定期限之競爭禁止條款，係屬違法（第 5 條第 1 項 a 款）。而實務上常出現之自動續約條款，則被視為是未定期限的競爭禁止，亦屬違法。蓋這類的約款，可能會對其他競爭者或潛在競爭者，產生封鎖，在具累積效果之市場下容易助長聯合行為。

競爭禁止條款分為二類（第 1 條第 1 項 d 款），一是直接或間接禁止需求方生產、購買或銷售與契約商品相競爭之商品。二是涉及限制採購對象者，即直接或間接限制需求方，就所需之原物料或商品，必須向供應方或其指定之第三人購買，且要求採購數量必須達到前年交易金額的 80% 者，則屬違法，蓋限制最低購買數量，雖未直接影響需求方之購買、銷售相競爭商品的自由，但最低額的限制，使需求方只剩些許空間購買相競爭商品時，即等同限制需求方不得從事競爭商品之交易行為，從而應讓需求方保留有 20% 的採購金額，可向競爭者採購，從而，80% 的採購義務，依據除外規則之規定，尚不構成競爭禁止。競爭禁止跟採購義務，具有形成單一品牌強制的危險，易使競爭者或潛在供給者的競爭受到消除，助長共謀勾結之

<sup>100</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S.154.

機會，故應加以設限<sup>101</sup>。此外，此一禁止是針對需求方的義務，對於供應方，並無這樣的限制。

但若需求方營業場所或使用土地，係供應方所有或向跟供應方有經濟上一體性之第三人承租時，則競爭禁止期間得超過 5 年，但不得逾需求方租約期間（第 5 條第 2 項）。此項例外之理由在於，在未得到供應方同意下，而期待其允許在營業場所及土地上銷售相競爭之產品，是不合理的。

#### (b) 後契約限制條款

事業間限制契約終止後之製造、提供、銷售之約款，係屬違法（第 5 條第 1 項 b 款）。但若符合以下要件者，則例外允許之：I. 為涉及競爭的商品或服務；II. 為須限於需求方於契約期間的營業地點；III. 為系爭義務係保護供應商之 Know-how 所不可或缺的；IV. 為限制之期間不得超過契約終止後一年。本規定目的在於保護供應方交付給需求方的 Know-how。

#### (c) 禁止銷售特定競爭對手產品之條款

任何直接或間接限制選擇性經銷體系成員不要銷售競爭對手產品的條款（第 5 條第 1 項 c 款），以防止數個供應商利用其銷售網路，集體杯葛特定競爭對手，增加其進入市場的障礙。

### (6) 除外條款

如果施行垂直協議之事業，在相關市場的占有率未超過 30%，且協議中未包含有第 4 條與第 5 條之條款者，該協議即可享受除外適用的特權，但仍會受到下述「宣告不適用」的拘束。此一規則，亦無白名單條款的存在，亦即不再有「當然合法」的護身符。

### (7) 合法推定的撤銷

集體除外規則係一合法推定的結果，適用除外規則的條款，在民事上是有效的，從而，執委會於個案中若考慮個別協議或類似協議的累積，認為其落入 TFEU 第 101 條第 1 項且未滿足第 3 項之要件時，才會啟動撤銷程序（*withdrawal procedure*），撤銷集體除外規則所提供的豁免效果，此時，執委會負有舉證責任，

<sup>101</sup> *Supra* note 22, para. 129.

撤銷具有向後效力（*ex nunc effect*）<sup>102</sup>，故撤銷前協議的效力不受影響<sup>103</sup>。

### (8) 宣告不適用

若類似垂直協議的平行網路，累積起來涵蓋超過 50% 的相關市場者，執委會得另發布規則宣告該協議不適用除外規則（規則第 6 條），而回復 TFEU 第 101 條第 1 項及第 3 項的適用。蓋同類約款的累積作用<sup>104</sup>，也會產生市場參進的限制或排除<sup>105</sup>，經由網路效應而強化競爭限制的結果。執委會於宣告不適用規則時，必須明確規定其不適用的範圍，包括：相關產品市場、相關地理市場、哪些垂直協議，均須加以明確界定。

### (9) 垂直協議處理原則

#### a. 背景與內容

歐盟執委會於 2010 年 5 月 19 日公布「垂直協議處理原則」（*Guidelines on Vertical Restraints*），以協助事業自行評估其垂直協議的合法性，處理原則所揭露之標準，不能夠機械式的運用，而是必須適當考慮每一個案的特殊狀況及事實，處理原則的存在，只是提供事業自行評估之用，無損於法院就垂直協議依 TFEU 第 101 條所為的適用<sup>106</sup>。蓋處理原則並非具規範效力的法律，其也無一般拘束力，但仍提供了價值非凡的解釋指引，並使相關事業得以知悉執委會的觀點。

由於處理原則只處理落於 TFEU 第 101 條的協議，從而，若屬於微小不罰的協議，自無本處理原則的適用<sup>107</sup>，但其前提是系爭協議中未包含有核心限制條款<sup>108</sup>，若涉案事業之市占率未超過 15% 者，通常會認為無 TFEU 第 101 條的適用，但並不意味超過 15%，即被推定為違反 TFEU 第 101 條，而是須依本指導原則所揭露之判

<sup>102</sup> Karsten Metzloff, “Franchisesysteme und EG-Kartellrecht – neueste Entwicklungen,” *24 Betriebs-Berater*, S. 1204 (2000).

<sup>103</sup> *Supra* note 22, para. 77. “A withdrawal decision can only have *ex nunc effect*, which means that the exempted status of the agreements concerned will not be affected until the date at which the withdrawal becomes effective.” 從而，撤銷一詞，具有向後效力，而不同於我國法上具溯及效力的撤銷用法。

<sup>104</sup> 累積作用，意指當市場上只有少數事業採行特定限制時，通常不會違反歐盟競爭法規定，但當市場上多數事業或主要事業採行相同或類似之限制時，將會造成市場閉鎖效果。例如當市場上最大供應商的市占率超過 30% 或前五大事業之市占率超過 50% 時，渠等採取相同之垂直限制，即可能產生累積作用。

<sup>105</sup> *Supra* note 22, para. 81.

<sup>106</sup> *Id.*, at para. 3-4.

<sup>107</sup> *Id.*, at para. 8.

<sup>108</sup> *Supra* note 4, para. 14.



斷標準，進行法律和經濟的分析。對於核心限制條款，即使市占率低於 15%，只要其對共同體的市場競爭造成可感的影響時，仍有 TFEU 第 101 條的適用可能，並評估其正反效應而定<sup>109</sup>。除了核心限制跟累積效應之外，中小企業間的垂直協議，很少會落入 TFEU 第 101 條第 1 項的限制競爭協議範圍，除非這些企業個別或集體該當市場優勢地位<sup>110</sup>。

關於具體垂直協議約款的競爭評估，本文擬以較常被討論之轉售價格維持及獨家經銷，作為價格與非價格限制之代表，以及通常混合多種垂直限制約款之加盟協議，特別是智慧財產權保護必要性及品質聲譽維護之競爭禁止條款及後契約限制約款，茲分析如下。

#### b. 轉售價格限制

固定或最低轉售價格限制被歸類為核心限制，從而推定違反 TFEU 第 101 條第 1 項且未滿足同條第 3 項的除外，原則上不適用集體除外，儘管在規則修訂時，美國聯邦最高法院在 2007 年的 *Leegin* 案<sup>111</sup>已對最低轉售價格改採合理原則之處理模式，雖在修訂時有擁護之聲，但集體除外規則仍未直接採納<sup>112</sup>，不過，執委會在指導原則中仍允許事業可以用效率抗辯作為訴求，尋求個別除外<sup>113</sup>。又此一價格限制，係指上游對下游所為者，若是下游對上游業者的價格形成自由予以限制時，非屬核心限制，故當其市占率未逾安全港門檻時，仍可獲得除外<sup>114</sup>。

限制轉售價格主要會產生二種負面效果：減少品牌內價格競爭及增加價格透明度。而價格透明將使製造商或經銷商間的水平聯合，變得更加容易，增加背離偵測的機會，使聯合行為之成員，無法透過零售商低價銷售提高銷售量，自然不會降低批發價格，故具有促進聯合行為的進行，而且因為品牌內競爭的減少，導致商品較小的價格滑落，故對品牌間競爭的減少有間接的效應，特別是在寡占市場中，限制轉售價格涵蓋相當比例的市場時；而經銷商要求供應商將轉售價格固定在競爭水準之上，可以穩定勾結的結果，減少價格競爭；此外，也會減緩製造商跟零售商之間的競爭、降低品牌內的價格競爭，導致價格上升，最後，限制轉售價格也會減少經

<sup>109</sup> *Supra* note 22, para. 10.

<sup>110</sup> *Id.*, at para. 11.

<sup>111</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

<sup>112</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O.(Fn.69), Rn. 519.

<sup>113</sup> *Supra* note 22, para. 223.

<sup>114</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O.(Fn.69), Rn. 520.

銷階段的創新與動態競爭，影響有效率之經銷商的進入市場，阻礙低價銷售之經銷商的擴張市場<sup>115</sup>。

雖然固定或最低轉售價格約定仍被視為核心限制，不同於舊規則的完全禁止，執委會在新規則的指導原則中指示，事業仍可以主張及舉證「效率抗辯」（*efficiency defense*），推翻違法推定，以尋求 TFEU 第 101 條第 3 項個別除外的可能性，並且提及三種可能的例外情事<sup>116</sup>，(a)是加盟或類似之行銷體系的最低價格而非最高價格的限制，所以協調在 2 至 6 週短期內的低價競爭，是有利於消費者的，對於加盟體系的建構也是有其必要的<sup>117</sup>；(b)是新品上市階段的價格限制，維持最低轉售價格可以激勵經銷商努力銷售，而使商品得以成功上市，帶來正面效率，新上市包括全新商品及既有商品新地理市場的引進<sup>118</sup>；(c)是消費者使用經驗對於商品銷售特別重要（經驗財）或因屬高複雜性產品而有提供售前服務時，為使經銷商有較大利潤空間，並避免其他經銷商的搭便車，維持最低轉售價格是可行的<sup>119</sup>。此一作法，係在有害及有效之轉售價格維持之間，作出區別，但也受到了批評，不過，也有論者認為執委會的作法其實是聰明的，因為如果對於限制轉售價格進行個別的詳細分析，其結果通常也會認定為違法，此外，也很難有充足的實際證據可以證明其所帶來的利益必定會超過損害，進行分析反倒耗損了管制成本，不過為避免僵化，仍然可以允許事業提出抗辯並佐以實證<sup>120</sup>。

2018 年執委會針對華碩（Asus）、天龍馬蘭士（Denon & Marantz）、飛利浦（Philips）、先鋒（Pioneer）等四家消費電子製造商，限制網路零售商對家用電器、筆記型電腦與音響等產品的自行定價，以實施固定或最低轉售價格，並對不遵守之網路零售商採取斷絕供貨等威脅或懲罰措施，甚至於使用精密的監控工具來追蹤網路訂價，並於必要時予以介入，此一作法已造成零售商間的價格競爭受到限制，並導致消費者必須支付較多的價格，違反 TFEU 第 101 條，因為配合執委會的調查，而被減輕處罰，但仍總共被課處了 1.11 億歐元的罰鍰<sup>121</sup>。

<sup>115</sup> *Supra* note 22, para. 224.

<sup>116</sup> *Id.*, at para. 225.

<sup>117</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O.(Fn.69), Rn. 534.

<sup>118</sup> *Ebd.*, Rn. 535.

<sup>119</sup> *Ebd.*, Rn. 537.

<sup>120</sup> George P. Kyrianiades, “Should Resale Price Maintenance Be Per Se Illegal?” *33 European Competition Law Review*, 383-384 (2014).

<sup>121</sup> European Commission, Press release IP/18/4601.

至於建議轉售價格或最高轉售價格約定，雖也受集體除外規定的規範，但若事業之市占率低於 30%時，仍有適用除外規則的空間<sup>122</sup>。這類的價格限制，目的在保護最終消費者，其作用不如固定價格般限制競爭，雖然，歐盟法院迄今尚未就最高轉售價格的反競爭性予以表態<sup>123</sup>，只不過，因其有可能對轉售商形成「焦點」（focal point）<sup>124</sup>，或被追隨，故這二者也可能弱化競爭或促進供應商間的勾結，故供應商的市場地位是重要的評估因素，地位愈強時，限制競爭的風險也會愈高<sup>125</sup>。

### c. 獨家經銷

獨家經銷（Exclusive Distribution）係指供應商同意將其商品只販賣給某一經銷商以供其在特定地區進行轉售，同樣地，該經銷商也受限不得對其他地區進行主動銷售。對於經銷商的地域限制保護，有助於其透過短暫地索取高價以回收投資，其對競爭的限制疑慮，在於減少品牌內競爭及市場劃分，後者將有助於差別取價，而當大部分的供應商都使用獨家經銷時，也會減少競爭及促進勾結，此外，獨家經銷也可能導致排除其他的經銷商，而導致經銷階段競爭的減少<sup>126</sup>。

在集體除外規則的適用上，須供應商與經銷商的市占率都不可超過 30%。在分析上，供應商及其競爭者的市場地位，是主要的判斷因素，品牌內競爭減少的問題，只有在品牌間競爭受限時，才會突顯出來，供應商的市場地位愈強，則品牌內競爭減少的問題，就會愈嚴重，超過 30%的市占率，即可能會有品牌內競爭減少的重大風險，若有真正的效率，即可能用以平衡品牌間競爭減少的損失，而依 TFEU 第 101 條第 3 項予以除外<sup>127</sup>。競爭者的地位，有其雙重意義，強的競爭者，一般意謂品牌內競爭減少的損失，會被足夠的品牌間競爭所超過，反之，若競爭者的數量或市場地位是相對地較小時，則勾結與弱化競爭的風險，便會增加，從而，品牌內競爭的減少會增加勾結的風險，若數個不同的供應商都指定某一獨家經銷商時，也會增加勾結的風險，此時，品牌間競爭也可能會受到重大的限制，從而，可能導致

<sup>122</sup> *Supra* note 22, para. 226.

<sup>123</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O.(Fn.69), Rn. 541.

<sup>124</sup> 焦點，是指賽局理論中的某一個均衡點，即參賽者均認同此一均衡才是明確的選擇，可能因為機運因素或參賽者共享某種經驗或知識而存在於某些賽局中，只要某均衡變成焦點，則它就是賽局的結果，不一定所有參賽者都喜歡這結果，但在均衡中卻也找不到更好的策略。

<sup>125</sup> *Supra* note 22, para. 227-228.

<sup>126</sup> *Id.*, at para. 151.

<sup>127</sup> *Id.*, at para. 153.

執委會撤銷其集體除外的利益<sup>128</sup>。阻礙供應商創建另一經銷商的市場參進障礙，對於反競爭的影響評估，則屬次要，其他經銷商的排除，成為問題者，則是當需求方及下游市場力量存在時，例如超市連鎖店成為領導品牌的唯一經銷商時，即屬之。需求方力量也可能增加市場勾結的風險，特別是獨家經銷是由座落不同地域之需求方所發動時<sup>129</sup>。

市場的成熟度也是一項重要因素，在成熟市場中，品牌內競爭的減少，相對於成長及變動中的市場，可能是個問題<sup>130</sup>。當可能的負面影響發生在批發商或零售階段，交易層級也許也是重要的判斷因素，例如製造商選擇某一批發商作為其獨家經銷，通常其地域範圍會比較大，只要其對下游經銷商的銷售未受到限制，即不太可能會有反競爭效果，批發階段之品牌內競爭的減損，可能會經由後勤、促銷等所帶來的效率所抵銷，經銷階段多重獨家經銷的品牌內競爭減損的風險，在批發階段會比零售階段來得高，當某一批發商成為多數供應商的獨家經銷商時，不僅會導致品牌間競爭的減損，也會造成批發階段的排除<sup>131</sup>。產品性質雖不是衡量反競爭影響的相關因素，但其可能是攸關效率的相關因素<sup>132</sup>。

獨家經銷可能會有效率，特別是經銷商的投資，是保護或建立品牌形象所必要的，特別是涉及新產品、複雜產品、經驗財產品和信任財產品，所產生的效率，會是最強的，此外，獨家經銷也可能因規模經濟的緣故，導致運送成本的節省<sup>133</sup>。從而，新的分析方法不再是形式取向，而是效果取向，亦即只有當品牌間競爭受限而品牌內競爭受損時，才会有違法疑慮，但如存在法律上及經濟上的正當理由時，如防止搭便車，又可合法化該限制約款的存在。

#### d. 加盟協議

加盟協議係指包含智慧財產權（特別是商標權）及 Know-how 的授權作為商品或服務之使用或經銷所為之協議，除了授權之外，在協議存續期間內，加盟業主應提供商業上或技術上協助，加盟者就使用加盟業主之商業模式應支付加盟金，此外，因加盟體系係一致的網路，故加盟協議通常包含一系列的垂直限制，特別是選

<sup>128</sup> *Id.*, at para. 154.

<sup>129</sup> *Id.*, at para. 155-157.

<sup>130</sup> *Id.*, at para. 158.

<sup>131</sup> *Id.*, at para. 160.

<sup>132</sup> *Id.*, at para. 163.

<sup>133</sup> *Id.*, at para. 164.

擇性經銷、獨家經銷、不競爭條款或其他較弱的限制約款等<sup>134</sup>。

針對加盟因伴隨智慧財產權的保護，因此，合乎保護必要性之義務，均可依本規則除外<sup>135</sup>，如：(a)加盟者不直接或間接從事任何類似商業活動的義務；(b)課予加盟者負有不取得相競爭事業之股份的義務，以免其有能力影響該事業的經濟活動；(c)加盟業主提供之營業秘密，加盟者有義務不向第三人揭露；(d)加盟者有義務向加盟業主通知於利用加盟時獲得的經驗，並允許他及其他加盟者對該經驗產生的營業秘密有非排他性授權；(e)加盟者有義務通知加盟業主所授權的智慧財產權受侵害的情形，及對侵權者採取法律途徑，或協助加盟業主於法律途徑中對抗侵權者；(f)加盟者除利用該加盟之目的外，有不使用由加盟業主授權之營業秘密的義務；(g)加盟者未經加盟業主同意，有義務不轉讓權利及義務<sup>136</sup>。

加盟混合授權與技術協助，通常包含數種不同的垂直交易限制，如產品經銷限制、不競爭條款或排他性經銷，特別是當交付之營業秘密愈重要者，垂直協議愈可能產生效率或保護技術所不可或缺，而可滿足除外的要件，舉例而言，甲製造商研發出新的甜點銷售方式，可依客戶要求而上色，同時也生產染料與上色機器，加盟店負有義務向甲購買甜點、染料與上色機器，以保持一致形象與操作，並不得銷售其他的甜點，加盟業主也不得於加盟店區域另行開放加盟店，大部分課與加盟店的義務，被認為是保護智慧財產權或維持共同營業標誌與加盟體系聲譽所必要的措施，不適用 TFEU 第 101 條第 1 項規定<sup>137</sup>。

而競爭禁止義務若係為維持加盟體系的識別性與聲譽時，加盟者購買商品或服務時之競爭禁止義務，不適用 TFEU 第 101 條第 1 項，只要競爭禁止義務期間未超過加盟契約存續期間者，該競爭禁止即無疑慮<sup>138</sup>。限制銷售區域，係對加盟者提供投資於機器設備及加盟的誘因，即使不是必須的，至少也可協助維持共同識別，因此可彌補品牌內競爭的減損，使加盟店有誘因投資上色機器與加盟方案，有助於維持加盟體系聲譽，足以抵銷品牌內競爭限制的影響；加盟存續期間內的不競爭條款，排除其他品牌甜點的店內銷售，可讓加盟業主保持加盟體系的一致性，避免競爭者的搭便車，防止競爭者利用其品牌獲利，尚不致於嚴重排除其他甜點的潛在通

<sup>134</sup> *Id.*, at para. 189.

<sup>135</sup> *Id.*, at para. 190(a).

<sup>136</sup> *Id.*, at para. 45.

<sup>137</sup> *Id.*, at para. 191.

<sup>138</sup> *Id.*, at para. 190(b).

路，不會導致嚴重的閉鎖效果。因此，上開限制約款，可滿足 TFEU 第 101 條第 3 項除外規定<sup>139</sup>。

## 5. 執委會之執法取向轉變

從 1980 年代中期開始，執委會對於垂直協議，相對於水平協議，在政策立場上就變得更加質疑，主要是因為垂直協議的競爭效果，時常是促進競爭大於限制競爭，而使得評估上變得更加複雜，但促進競爭的效果，也不是所有的垂直協議都會具備，有些垂直協議會限制第三方的參進、限制經銷網路的進入，保護其市場免於競爭，從而，垂直協議到底是好或壞，實際上是依個案而定。然而，鑑於多數的垂直協議事實上是有利於競爭，集體除外規則在政策上即扮演重要角色，決定哪些種類的垂直協議可以自動豁免<sup>140</sup>。

從早期分立的個別集體規則觀之，對於垂直協議的競爭政策，係受法律區分技術所支配，而非經濟分析<sup>141</sup>，只要約款符合規則所訂形式，當然即獲得除外的利益，即使是涉案事業的市占率很高，亦然。從而，此一分析立場，係所謂的「形式取向之研究方法」（form based approach），不重視協議對競爭環境及消費者的影響，被視為是過度的僵化與形式，未充分考量協議促進競爭效益的分析，也是有問題的，意味著有益競爭的垂直協議，仍然必須另外個別通知執委會才能獲得除外，而很難避免通知程序上拖延的不利益，此一分析方法的採納，可能也與早期不熟悉經濟理論分析工具有所關連。歐盟對於這方面的執法，也被認為具有很高的管制介入（regulatory intervention），縱使是 1999 年的集體除外規則，也被認為是「再管制」（re-regulation）而非「解除管制」（deregulation）<sup>142</sup>，雖然，綠皮書揭示採取「更多經濟的方法」（more economic-based approach），有意朝「影響取向之研究方法」（effect based approach）邁進，以避免缺乏彈性的批評，以及「一次購足」（one-stop shop）的全包式規則是有必要的。

<sup>139</sup> *Id.*, at para. 191.

<sup>140</sup> Michelle Cini & Lee McGowan, *Competition Policy in the European Union*, 1st ed., Palgrave Macmillan, 70-71 (1998).

<sup>141</sup> Vincent Verouden, "Vertical Agreements and Article 81 (1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis," *71 Antitrust Law Journal*, 525 (2004).

<sup>142</sup> Roger Van den Bergh & Peter Camesasca, *supra* note 55, 229.

不過，執委會強調經濟分析的角色總是有限的，經濟理論不是政策設計的唯一因素，其只是影響政策設計的一個因素而已，若每一個案皆需完整充分的分析，可能會對資源運用造成負擔，同時也會導致法律的不安定性<sup>143</sup>。集體除外規則中針對最低轉售價格維持及絕對的地域保護，仍然被視為嚴重違反，獲得除外利益的機會渺茫，並未真正的採取符合經濟理論的分析方式，使得過去所採取之技術上的法律區分，仍然持續扮演吃重的角色，而可能導致規範上的無效率<sup>144</sup>。執委會則強制經濟理論不是競爭政策的唯一決定因素，尚須考慮法律與司法體系的適用性與現實案件的複雜性，而且若每一個案子都要進行經濟分析的話，執行成本亦恐過高，且欠缺法律安定性，從而，採用相對簡化的規則是不可避免的，以一定的市占率作為安全港門檻，為決定是否適用除外規則的重要前提，而未充分考慮市場力量的所有相關因素（如成本優勢、技術或專利、競爭者地位、參進障礙等）<sup>145</sup>，或許是折衷妥協下的結果。

歸結執委會對於垂直協議之態度，主要是認為大多數的垂直協議因事涉品牌內與品牌間的競爭，所以，當品牌間競爭充足時，亦即市場上供應方或需求方不存在市場力量時，就會對垂直協議推定為合法及不會對競爭產生負面影響，但不包括核心限制條款，但縱使屬核心限制的限制轉售價格，執委會事實上亦接受效率抗辯而可被合法化。只有當品牌間競爭不充足時，亦即市場上供應方及需求方存在市場力量時，才會進行反競爭的分析，亦即會減損品牌間競爭的垂直協議，是比只減損品牌內競爭的協議，來得更有傷害性，故競爭禁止約款會比未結合競爭禁止的獨家經銷條款，對於競爭更有負面影響；而於欠缺充足的品牌間競爭時，限制品牌內競爭，即可能重大損害消費者的選擇，特別是有效率的經銷商或經銷模式受到封阻或被排除於市場之外；而獨家交易通常比非獨家交易，更不利於競爭，例如：當需求方負有競爭禁止義務時，其只能購買及銷售單一品牌，但最低購買量的限制，讓需求方還有餘力去採購相競爭的商品。另外，垂直協議的限制競爭效果，可以透過累積作用而被加乘，亦即當市場上存在相同或類似協議的平行網絡存在時，協議對於競爭的影響，就會受到更加的重視。

<sup>143</sup> Michelle Cini & Lee McGowan, *supra* note 140, 72.

<sup>144</sup> Roger Van den Bergh & Peter Camesasca, *supra* note 55, 230.

<sup>145</sup> Jochen Ehlers, *supra* note 27, 538. 魏杏芳，前揭註 41，117。

## 五、歐盟法院案例

歐盟法院早期的案例，係以關注品牌內競爭的限制為主，理所當然地非難許多限制約款，而不管其實際影響效果為何，不過在垂直協議集體除外規則引進之後，肯認垂直協議的促進競爭效果，只有當品牌間競爭不足時，才會使品牌內限制成為問題，而高度寡占市場上的垂直協議，因其容易形成勾結，使供應商之間的競爭變得薄弱，故其才是重要的關切議題<sup>146</sup>。大體而言，歐盟法院是比較看重協議對競爭影響之目的及效果的分析<sup>147</sup>，重視事業經營的經濟環境、協議涉及之商品或服務的性質、相關市場的實際結構、潛在競爭等，而為全面的經濟評估，不過對於某些類型的案例，仍偏向目的分析而無廣泛的市場分析<sup>148</sup>。茲以限制轉售價格、獨家經銷及加盟協議為例，論述如下：

### （一）限制轉售價格

在 1985 年的 SA Binon & Cie v SA Agence et Messageries de la Presse<sup>149</sup>一案中，SA Agence et Messageries de la Presse（下稱 AMP）在比利時從事報紙及雜誌的選擇性經銷，並負責比利時境內近七成的報紙雜誌的經銷，其拒絕供應報紙雜誌給 SA Binon & Cie。雙方發生爭議，比利時布魯塞爾法院向歐盟法院申請先行裁決（preliminary ruling），其中一點，即是經銷商保留訂定固定價格的權利，並要求零售商遵守，是否有違歐盟競爭法。

法院判決表示，AMP 主張就報紙雜誌的價格是由出版商所訂定，而非經銷商所定，零售商遵守出版商所定價格係基於報紙雜誌這類出版品經銷的特殊性質所致，蓋這類出版品有助於形成公共意見的言論自由，故這類出版品的經銷有其特殊性，且其須在有限時間內儘快銷售，以免過期而變得沒有價值，從而，德國政府認為應對競爭法的適用，加以修正，對於這類出版品的固定價格，若無法被接受，任何經銷這類產品的經銷制度，將會違反競爭法及有害新聞自由及言論多樣性結果；對

<sup>146</sup> Nicolas Petit & David Henry, “Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework,” <http://ssrn.com/abstract=1724891>, last visited on date: 2018/2/5.

<sup>147</sup> Puya Raad, “Effectiveness of EU Law and Policy on Vertical Restraints at Protecting Competition,” *3(1) Wroclaw Review*, 119, 120-123 (2013).

<sup>148</sup> Doris Hildebrand, *supra* note 26, 44-46.

<sup>149</sup> Case 243/83, [1985] ECR 2015.



此，執委會則認為任何的固定價格協議，都構成違法的限制競爭，德國政府所主張的理由，最多只能在適用 TFEU 第 101 條第 3 項除外的時候，予以考慮，從而，應考慮出版商所為之價格限定，是否可作為支持回收未售出版品所生之財務負擔的唯一方法，以及讓讀者對於報紙雜誌有寬廣選擇的唯一方法。

對於下游業者的訂價自由，一直是歐盟關注的焦點，例如在加盟案件中，歐盟法院即指出，傷害或限制加盟店的訂價自由該當限制競爭，因此，加盟業主只能以提供訂價指引（price guidelines）方式，且該指引不能導致加盟店與加盟業主或其他加盟店的一致性行為<sup>150</sup>。

## （二）獨家經銷

在 1996 年的 Société Technique Minière (LTM) v Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)<sup>151</sup>一案中，德國的製造商（MBU 公司）授與獨家經銷權給法國的經銷商（LTM 公司），從事印刷設備的銷售，但未禁止其向其他地區為銷售，亦未禁止其他地區的經銷商向法國銷售，法國經銷商未能依約支付金額，德國製造商起訴請求解約及賠償，而獲勝訴，法國經銷商提出上訴，理由是該協議違反競爭法而為無效，法國法院聲請歐盟法院為先行裁決。歐盟法院表示獨家經銷協議並不當然違反歐盟競爭，只有當其目的或效果限制競爭時，才有違法可能，對此，須特別考慮協議客體之種類與數量所形成之結果，甚至於供應商的地位與意義，以及經銷商的市場地位，還有系爭協議是否為保護獨家經銷權所必要者、或是系爭協議允許再出口或平行進口。從而，如果部分的排除是參進新市場所必須者，且若欠缺系爭協議，事業即不會參進時，即屬無限制競爭的疑慮，本案之系爭協議只是禁止製造商自己進入法國市場，並未禁止其他地區的經銷商往法國的銷售，該協議允許其他競爭者就該產品為平行輸入，從而，並未違反 TFEU 第 101 條規定。

在 2006 年的 Sarl Kitch Moto v SA Suzuki France<sup>152</sup>一案中，經銷商（Sarl Kitch Moto）是製造商（SA Suzuki France）在法國的授權經銷商，契約書中約定經銷商不得為主動銷售或對未經製造商同意的地區為被動銷售，也禁止對未授權的轉售商為

<sup>150</sup> Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2nd ed., Hart Publishing, 142 (2010).

<sup>151</sup> Case 56/65, [1996] ECR 235.

<sup>152</sup> Court of Appeal, Paris, [2006] ECC 2 C d'A (Paris).

銷售，任何對未授權轉售商所為的銷售，均屬違法，對於其他轉售商的銷售，經銷商必須確認購買人是製造商所同意之經銷商。若經銷商在其銷售區域外為販售時，製造商有權終止經銷契約，經銷商提出訴訟，主張終止不合法。法院判決指出，經銷商援引第 2790/1999 規則第 4 條 b 款規定，主張契約第 2 條禁止被動銷售係違反 TFEU 第 101 條規定，認為只有對專屬銷售地域外為主動銷售，才會被禁止，並請求法院宣告契約第 2 條為無效。不過，法院認為經銷商並未證明該條款構成對其顧客的限制銷售，且所指摘的條款並未違反上開第 2790/1999 規則，因該規則允許供應商禁止其經銷商在未經授權地區外為銷售。

對此判決，論者指出某一約款雖然未能滿足集體除外規則的內容時，並不必然就會是無效的，其仍然可以藉由個別除外方式或未該當 TFEU 第 101 條規定而為合法，故經銷商為了勝訴，必須證明系爭約款之目的或效果，違反 TFEU 第 101 條第 1 項，而由製造商證明其符合第 3 項的要件，本案的上訴法院似是認為系爭約款受到安全港的保護，因其認為該條款並未違反規則第 4 條 c 款<sup>153</sup>。

此外，歐盟法院在競爭因素之外，也會考慮非競爭因素，如社會及政治上的理由，而允許公共利益的正當化<sup>154</sup>。

### （三）加盟協議

在 1986 年的 *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris v. Irmgard Schillgalis*（*Pronuptia* 案）一案中，*Pronuptia de Paris GmbH* 係一加盟業主，與其子公司 *Pronuptia de Paris SA* 授權 *Schillgalis* 公司在德國城市為獨家加盟，於協議之地區銷售載有 *Pronuptia de Paris* 商標之新娘服飾及其他婚禮用品。其後，因 *Schillgalis* 拒絕支付權利金，雙方發生爭執，*Pronuptia* 公司向德國法院訴請權利金之給付，*Schillgalis* 抗辯本案系爭協議違反歐盟競爭法，德國高等法院判定兩造之加盟契約構成限制競爭而無效，德國聯邦法院請求歐盟法院就系爭加盟協議是否有 TFEU 第 101 條（當時為羅馬條約第 85 條）適用疑義為先行裁決，歐盟法院認為加盟協議中不可避免地會有對加盟者的限制約款，若商品採購限制或其他限制，係為了保護加盟體系之 Know-how、一致性與品牌所「不可或缺」者，即不適用 TFEU 第 101 條

<sup>153</sup> Ariel Ezrachi, *supra* note 150, 134.

<sup>154</sup> Case C-519/04, *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission*, [2006] ECR I-6991, para. 45.

第 1 項（當時為羅馬條約第 85 條第 1 項）之規定<sup>155</sup>。

歐盟法院認為加盟協議並非抽象地一概均與 TFEU 第 101 條第 1 項相容，應就個別條款進行具體檢驗，加盟協議並非當然違法或當然合法，加盟協議中有二類約款，是不構成限制競爭的，一是加盟業主為了避免其 Know-how 及利用 Know-how 所提供之必要協助，直接或間接被競爭對手所利用之危險，而為之不可或缺的約定；另一是為了保護加盟體系識別性與商品所不可或缺之控制條款。在這二個上位原則之下，歐盟法院認為下述約款，並不構成限制競爭：1. 為保護 Know-how 之約款<sup>156</sup>，如：(1)防止將營業秘密洩露給加盟業主之競爭者；(2)對於加盟者施加特定之競爭禁止，如契約中及後契約的競業禁止；(3)禁止加盟者未經加盟業主同意，即將商店或其權利義務讓與給他人；(4)加盟者負有實施商業方法及 Know-how 的義務；(5)禁止加盟者取得相競爭事業的股份；(6)加盟者應告知加盟業主關於智財權受侵害之情事，並協助對侵權人的訴訟。2. 為保護加盟體系商譽與一致性的約款<sup>157</sup>，如：(1)加盟者只能在依加盟業主指示所設立跟經營之商店出售契約商品，不能另開分店；(2)限制加盟者只能向加盟業主或其指定之人採購銷售之商品，而此一限制係為維持所有加盟店商品品質一致性所必要者，但不可禁止加盟店彼此間之相互調貨；(3)加盟者應於作廣告前，取得加盟業主的同意。又加盟業主得在未傷害加盟者訂價決定權及無導致加盟店與加盟業主或其他加盟店的一致性行為的前提下，提供訂價指引<sup>158</sup>。

整體而言，歐盟法院對於加盟協議條款是比較寬容的，只要是為了「保護 Know-how」或「維護加盟一致性」所必要者，直接從 TFEU 第 101 條第 1 項之適用範圍予以排除，即採「目的性限縮解釋」（teleologische Reduktion des Kartellverbots）<sup>159</sup>，尚無第 3 項除外的適用餘地<sup>160</sup>。而以下的約款，是歐盟法院認為非屬不可或缺之限制，無法排除 TFEU 第 101 條第 1 項規定的適用，而應依第 3 項規定予以檢視適用<sup>161</sup>：1. 在加盟業主與加盟者及加盟者相互間為市場劃分之約

<sup>155</sup> Case 161/84, [1986] ECR 353.

<sup>156</sup> *Id.*, at para. 15-17.

<sup>157</sup> *Id.*, at para. 18-24.

<sup>158</sup> *Id.*, at para. 25.

<sup>159</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S. 127.

<sup>160</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O. (Fn.69), Rn. 676.

<sup>161</sup> Stephan Gerstner in: Jan Patrick Giesler & Jürgen Nauschütt (Hrsg.), *Franchiserecht*, 2. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag, Kap. 2, Rn. 37 (2007).

款；2.限制加盟者為價格競爭之約款，此外，加盟業主亦不得對加盟者規定商品的最低售價。

#### （四）新近發展

歐盟自 2005 年 10 月的 Peugeot 案<sup>162</sup>之後，就很少有關於垂直協議之執法案例，近年來更將執法活動集中於查處及處罰核心的水平卡特爾及獨占力濫用上<sup>163</sup>，雖 2016 年曾發生付費電視服務（pay-TV services）之著作權授權爭議，而與本文所探討之垂直協議並不直接相關，其最後也以和解收場<sup>164</sup>，此一案例稀少的事實，或許是事業對其垂直協議的合法性，有其確信，也可能是跟近年來歐盟競爭政策與案例法的改變有關，即對於垂直協議採取影響取向之研究方法或 1999 年開始採用之集體除外規則，使得大部分的垂直協議因受到除外或有促進競爭之正當經濟理由，而不受 TFEU 第 101 條第 1 項的規範<sup>165</sup>；此一案例減少的情形，也不能解釋為垂直協議在共同體市場的重要性大為降低或對限制平行貿易的容忍度大為增加，而是因為多數案例只發生在內國法層級上並獲得適當的解決<sup>166</sup>。

最近的垂直協議案例，則是有關奢侈化妝品（luxury cosmetics product）的網路銷售限制，2017 年 12 月 6 日歐盟法院作出先行裁決，認為對於奢侈品的選擇性經銷，供應商有權約定限制經銷商於第三方網路平台上銷售，蓋該限制係為保護奢侈品的形象（image）和商品氣氛（aura）所必要的，而可被正當化<sup>167</sup>。本案中的 Coty 是奢侈化妝品（香水）的領導供應商，在德國經由選擇性經銷系統行銷至全歐洲，Akzente 係 Coty 的授權經銷商，得在線上商店及實體店面（brick-and-mortar store）銷售 Coty 的商品，故其將網路銷售設置於自家網頁及第三方網路平台 amazon.de 上，在 Coty 與 Akzente 的經銷協議中規定，基於 Coty 高級化妝品的品牌特性，必

<sup>162</sup> Case T-450/05, Peugeot v Commission, [2009] ECR II-2533. 本案涉及平行出口的限制，對於荷蘭的經銷商提供回饋金，即達到銷售目標值時，即可從在荷蘭銷售及登記的每輛車，另外獲得額外津貼，此一回饋制度及限制供給制度，對於荷蘭經銷商造成壓力，使其限制出口銷售，故此一協議之目的即在限制競爭，從而無須考慮其效果，而對於出口貿易施加相較於內國交易，較為不利之措施者，即會導致市場的劃分，而出口的排除，除了直接限制之外，也可透過紅利回饋機制間接達成，故本案有違條約第 101 條。See para. 45-48.

<sup>163</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 674.

<sup>164</sup> Case AT.40023-Cross-border access to pay-TV, OJ 2016/C 437/04.

<sup>165</sup> Puya Raad, *supra* note 147, 119-123.

<sup>166</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 675.

<sup>167</sup> Case C-230/16, Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941.

須採用選擇性經銷以維護品牌的奢侈形象，協議中原規定的網路銷售，係指授權零售商未被同意使用不同名稱或招募未經授權的第三方事業。供應商嗣後有意修改該經銷協議，同意經銷商得在網路上銷售 Coty 產品，但必須在經銷商的電子商店視窗（electronic shop window）上，以維護商品的奢侈形象，協議也禁止經銷商使用不同的商業名稱及未經授權的第三方網頁。Akzente 拒絕經銷協議的修改，Coty 向法蘭克福法院起訴請求禁止 Akzente 在 amazon.de 的網站上銷售 Coty 商品，地方法院判決原告敗訴，認為系爭約款違反 TFEU 第 101 條第 1 項，係屬違法的核心限制約款，亦即目的性限制競爭，上訴之後，上訴法院聲請歐盟法院就在奢侈品的選擇性經銷中禁止在線上市集對可識別之大眾為銷售，是否有違 TFEU 第 101 條第 1 項一事為先行裁決。歐盟法院指出為了維護奢侈形象與商品氣氛，供應商得以約定禁止其經銷商使用第三方網路平台以可識別方式銷售該商品，只要該約款目的係為了維護奢侈品的形象，且約款一致且非歧視地適用於經銷網路中的所有成員，而約款對於目的之達成是合乎比例的即可。歐盟法院注意到奢侈品的品質，不只是因為商品的物理特性所致，也包括因奢侈氣氛所生之魅力與高貴形象，氣氛是這類商品的特質，使顧客得以識別該商品及與其他類似商品相區隔，故傷害到奢侈氣氛即會影響該商品的品質。從而，只要該約款是客觀且無歧視地適用於所有經銷商，即無違 TFEU 第 101 條第 1 項。而在什麼都賣的第三方網路平台上，即可能會影響到奢侈品的高貴形象，蓋供應商因與網路平台間欠缺契約關係，從而無法要求其遵守品質要求，故禁止奢侈品在第三方網路平台上購買，有助於維護其在顧客眼中的高檔形象，避免其因價格競爭而受到減損，並認為系爭約款非屬核心限制，而可享受集體除外規則的除外利益<sup>168</sup>。

線上銷售通常被認為有助競爭，使中小企業得以有效地參與共同市場的競爭<sup>169</sup>，從而，契約中限制線上銷售通常很難在競爭法上可以正當化，歐盟法院過去即

<sup>168</sup> 此一判決理由也可在 1977 年的 Metro 案中獲得支持，在 Metro 案中，歐盟法院認為選擇性經銷系統可以防止搭便車問題而被合理化，只要其係足以確保適當經銷高品質商品或高科技商品所必要，且客觀品質標準是一體且非歧視地適於所有的潛在經銷商。See Case 26-76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities, [1977] ECR 1875, para. 20-21.

<sup>169</sup> Ruth, Janal, “Die Plattform-Ökonomie vor dem EuGH- Zu den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rs. Coty Germanz/Parfümerie Akzente,” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, S.845 (2017).

曾表示限制經銷商在網路銷售的標準，若不同於實體店面的標準時<sup>170</sup>，或供應商對網路經銷商為「雙重訂價」(dual pricing, Preisplattung)，即該當核心限制，從而，概括地禁止網路平台銷售，有違 TFEU 第 101 條第 1 項規定，但不排除得對第三方網路平台銷售要求須符合一定的品質要求<sup>171</sup>。但是，本案歐盟法院卻對奢侈品的供應商提供較多保護，只要禁止經銷商使用第三方網路平台銷售，在目的上是合理的，即無違 TFEU 第 101 條第 1 項，禁止在第三方網路平台上銷售的約款，原則上可依集體除外規則獲得豁免，此外，歐盟法院在本案中支持經銷商發展自己的線上商店，這部分可能會增加經銷商的經營成本，不得利用既有之成本較小的網路市集，似乎只限縮在本案的奢侈品上。

不過，此一判決，似與 2011 年的 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (下稱 PFDC) v Président de l'Autorité de la Concurrence and Otherse 的先行裁決一案<sup>172</sup>，結論上有所不同，在此案中，歐盟法院認為限制線上銷售，構成目的性限制競爭，但若有客觀正當理由時，則不在此限。本案 PFDC 係從事化妝品及個人保健商品 (cosmetics and personal care products) 的製造與銷售，要求產品只能在實體店面及合格的藥劑師在場時，才可販售，並且完全地禁止網路販賣。法國法院請求歐盟法院就釋疑概括及絕對地禁止網路銷售，是否構成目的性限制競爭，以及這類協議得否適用集體除外規則，或有無可能獲得個別除外。歐盟法院認為是否構成目的性限制競爭，應檢視協議的內容、協議追求之目的及形成協議之經濟和法律背景，關於選擇性經銷系統，歐盟法院過去即認為在缺乏客觀正當理由的情況下，其該當目的性限制競爭，從而，就本案商品特性而言，如果是為了維護商品品質及確保正確使用，所羅列之選擇的品質標準未超過必要程度者，仍可合法，但若是為了維護本案例中 PFDC 商品的高貴品牌形象，而完全地禁止其在網路銷售者，並不構成限制競爭的合法目的，限制網路銷售之協議目的，在於限制選擇性經銷商對最終消費者的被動銷售，從而，本案協議尚無集體除外規則的適用，至於本案得否個別除外，則應由審理法院檢視是否符合 TFEU 第 101 條第 3 項的要件<sup>173</sup>。

但是，2017 年的 Coty 案與 2011 年的 Pierre Fabre 案，仍有若干相異之處，後

<sup>170</sup> Case C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la Concurrence and Others, [2011] ECR I-9419.

<sup>171</sup> Ruth, Janall, a.a.O. (Fn.169), S.849.

<sup>172</sup> *Supra* note 170.

<sup>173</sup> *Id.*, at para. 53-58.

者係絕對地禁止線上銷售，而非聲明保護品牌形象的原則而已，其並未觸及第三方網路平台銷售的禁止，也非屬對誰銷售之禁止，而是僅屬如何銷售的問題<sup>174</sup>，且涉及的只是化妝商品及個人保健商品而非奢侈商品，但前者並不禁止經銷商在自家網站為銷售，除此之外，也允許其在自家網路商店、第三方網路平台及搜尋引擎上為廣告活動，藉之將客戶導引到經銷商的網路商店上，將「商品銷售」與「商品廣告活動」區分開來，歐盟法院認為網路平台的顧客非屬可識別的顧客群，完全地限制網路平台銷售，尚不構成顧客群的排他限制，因此，限制第三方網路平台的銷售，並不同於事實上禁止網路販賣，故非屬核心限制<sup>175</sup>，而且，這類第三方網路平台業者，典型上也不屬於選擇性經銷系統下的授權經銷商。限制商品於第三方網路平台銷售者，似以奢侈品為限，如香水、時裝等，至於奢侈品的範圍為何，歐盟法院並未加以定義，是否其他類似性質之名牌商品亦可比照適用，不無疑問<sup>176</sup>，此部分可能會成為將來的訴訟爭執重點。商品的品質形象，可以合理化平台銷售的禁止，但是，不確定的品質概念，同時也會造成實務見解的不確定性，此一問題，也與消費者觀感或消費者期待息息相關，並與行銷相關情感相連結，一件便宜的 T 恤，也可能經由適當的行銷包裝，塑造成奢侈的氣氛，而費用高昂的複雜電子商品，也可能經由大方的折扣而成為一般商品，因此，商品的銷售管道，到底是實體商店或線上商店或網路市集，從消費者觀感來看，漸漸失其重要性<sup>177</sup>。另外，品質的概念，亦帶有疑義性，其一可能是指涉「商品的品質」，如奢侈品或類似形象，另一則為「銷售模式的品質」，而後者才跟消費者的主觀觀感有關，此一不確定概念，也可

<sup>174</sup> Luc Peepkorn & Martha Heimann, "Keine Neuigkeiten für Drittplattformverbote: Die Bedeutung des 'Pierre Fabre'-Urteils des EuGH für den Onlinevertrieb," *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S.1178 (2014).

<sup>175</sup> 魏杏芳，「論數位經濟時代的網路經銷限制—以歐盟規範管制與實踐為核心」，*月旦法學雜誌*，第 273 期，225 (2018)。

<sup>176</sup> 論者有認為因 Coty 案的判決並未明示的排除其他名牌商品，而歐盟法院對於奢侈商品的界定，係指其品質非單憑其物理特性，而是取決於其高貴特質與奢侈魅力之非財產價值，為消費者得藉以跟其他類似商品相區別之重要因素，而此部分，亦是許多名牌商品的通常特徵，從而，名牌商品亦有適用餘地，而可限制第三方網路平台的銷售。Vgl. Benedikt Rohrßen, "Vertriebsvorgaben im E-Commerce 2018: Praxisüblich und Folgen des 'Coty'-Urteils des EuGH," *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, S. 41 (2018).

<sup>177</sup> Peter Thyri, "Zum unbestimmten Qualitätsbegriff bei der Bewertung von Marktplatzverboten im Binnenmarkt," *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, S.427 (2017).

能造成管制錯誤的危險<sup>178</sup>。

## 六、展望—代結語

隨著網路的發達與資訊社會的興起，事業的行銷模式也開始發生變化，線上交易的管道，躍身為重要的交易平台，與個人的經濟生活，密切相關，網路交易足以破除有形的疆界藩籬。對於網路銷售，主要有三類管道：供應商建構的網路平台、經銷商建構的網路平台及第三方網路平台<sup>179</sup>。執委會傾向於採取開放立場，認為線上交易通常是有助於競爭的，蓋其比傳統店面更能夠接近較多且不同層級的消費者，其也使中小企業得以有效地參與市場的競爭，如透過線上市集及第三方網路平台增加其市場參進機會，相較於傳統的行銷方式，網路銷售可以更有效及快速地接近顧客，消費者也能以較小成本透過網路為商品的搜尋，並能增加市場的透明度，從而，限制網路銷售該當銷售限制，而每一個事業應該有權利使用網路來銷售商品，將設置自己網頁視為一種被動銷售而不受獨家經銷之規範，並將限制網路銷售視為一種核心限制看待，從而，對經銷商完全地禁止網路銷售，原則上無法獲得正當化，除非是為了健康或安全的理由，如禁止藥品、有毒物質或武器的網路販賣<sup>180</sup>。限制網路銷售而可能該當核心限制者，包括<sup>181</sup>：（一）限制其他地區的顧客拜訪網站或自動將顧客轉引至其他經銷商的網頁；或（二）要求經銷商一旦發現客戶的線上交易信用卡資料係位於其專屬銷售地區之外時，應終止交易；或（三）限制經銷商於線上網路銷售商品的整體比例，但此並不排除供應商要求需求方至少保留某些商品數量於線下銷售，以確保有效經營的實體店面，也不排除供應商確保線上活動與供應商的行銷模式相一致，而這樣的要求須一體適用於所有需求方且依需求方的規模或地理位置等客觀標準而為個別決定，對於網路銷售的品質要求必須與實體商店幾乎一致；或（四）要求需求方對於網路銷售，相較於實體通路，應支付更高的對價，雖然，供應商對網路經銷商為這類的「雙重訂價」，雖仍有爭議，執委會仍認為該當核心限制<sup>182</sup>，以避免網路銷售受到不當的限制。此外，供應商也可對

<sup>178</sup> Ebd., S. 427f.

<sup>179</sup> 魏杏芳，前揭註 175，212。

<sup>180</sup> Jörg-Martin Schultze, Stephanie Pautke & Dominique S. Wagener, a.a.O.(Fn.69), Rn. 731f.

<sup>181</sup> *Supra* note 22, para. 53.

<sup>182</sup> *Id.*, at para. 64.



線上銷售商品或服務要求一定的品質水準，就如同其對商店或目錄行銷所適用的同一品質水準，同樣地，若經銷商使用第三方網路平台銷售時，如 eBay, Amazon 等，只有其符合供應商與經銷商就其使用網路所訂之標準及條件始可，例如：若經銷商的網頁是由第三方網路平台支援時，供應商得要求顧客拜訪經銷商網頁時，不得經由載有第三方網路平台名字或標題的網站<sup>183</sup>。

觀察歐盟的執法實務，對於網路銷售的觀點，可以總結如下<sup>184</sup>：（一）完全禁止網路銷售是幾乎不允許的，屬目的性限制競爭，蓋透過自家的網路商店所為之銷售，係一被動銷售，不應受到限制（如 *Pierre Farbe* 案）；（二）為有效的經營實體商店，供應商仍得要求經銷商至少應於實體店面銷售部分商品，才可從事網路銷售，作為納入經銷體系的條件，亦即供應商有權排除純粹的網路販賣作為其選擇性經銷中的經銷商（垂直協議處理原則第 52 點）；（三）禁止利用第三方網路平台銷售奢侈品（如 *Coty* 案），是不違法的；（四）禁止比價平台的使用，是違法的，蓋比價工具並未實現任何交易，其有利於促進競爭的資訊透明，禁止比價網站的利用，形同對交易管道設下障礙，並降低經銷商之間的價格競爭誘因；（五）限制於經銷區內為主動的線上廣告，依集體除外規則可享受除外利益（垂直協議處理原則第 51-53 點）；（六）對於網路銷售設置品質標準者，必須符合「均等原則」（*Äquivalenzgrundsatz*），亦即線上商品與線下商品的適用標準，必須是相同的；（七）雙重訂價只有在為防止搭便車的必要限度內，才會受到允許。

從歐盟處理垂直協議的歷史軌跡來看，都是朝向對垂直協議儘量予以自由化的方向發展，從早期的非難重點放在品牌內限制而無視其效果影響，到針對特定協議量身定製個別的除外規則，進到一個全包式的垂直協議集體除外規則，重視品牌間競爭與品牌內競爭的關係，再到進一步放鬆對垂直協議的管制，縱使是傳統上垂直協議中的核心限制，如固定轉售價格，執委會也開始容許效率抗辯的提出，避免誤抓的風險，這些都是朝垂直協議具有促進競爭效果之立場慢慢游動與解除管制，但幅度上或許不如美國法來得大。而近年來，歐盟關於垂直協議的執法案例較少，也許可歸功於事業及其法務人員對於垂直協議的執法及相關處理原則有充分的瞭解，且實際上運作良好<sup>185</sup>。

<sup>183</sup> *Id.*, at para. 54.

<sup>184</sup> Benedikt Rohrßen, a.a.O.(Fn.176), S. 39f.

<sup>185</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 2, 675.

而歐盟法院對於是否構成目的性限制競爭，認為應考量協議的內容、協議所欲達成之目的及形成協議之經濟及法律背景<sup>186</sup>，同時也考慮目的性限制有無客觀正當理由<sup>187</sup>。從而，有認為此一方法雖然比形式分析方法是「更具分析取向」（*more analytical approach*）的，但仍非完全的「效果取向」<sup>188</sup>，亦未完全採納美國法上的合理原則，蓋促進競爭因素係依 TFEU 第 101 條第 3 項判斷，而非同條第 1 項<sup>189</sup>。此外，歐盟法院與歐盟執委會對於競爭法的分析途徑，尚未完全達成共識，例如：依歐盟法院的看法，核心限制尚未占據如同歐盟執委會於新處理原則中所宣示的角色，歐盟法院對於反競爭案例仍然採取分析法（*analytical approach*），大多數反競爭協議未落入 TFEU 第 101 條第 1 項，係因為集體除外規則的推定，但未有證據支持說低於 30% 市占率的事業，即不太可能影響市場競爭及讓消費者公平分享所產生的利益，而少數超過 30% 市占率的事業，其反競爭行為亦可能因客觀正當理由（不以執委會所採之經濟理由為限，包括社會、政治及公益的理由）或是該限制是商品行銷及避免搭便車所不可或缺者，而不適用 TFEU 第 101 條第 1 項規定<sup>190</sup>。

這種以市占率門檻作為快篩的方法，亦被後續判決所接受，如 2015 年德國法院審理之 *Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH*（下稱 HRS）網路訂房「最惠價格條款」（*Bestpreisklauseln*）違反德國卡特爾法及歐盟競爭法一案，即因 HRS 的市占率超過 30%，對競爭產生可感的影響而無法獲得集體除外的利益，且其效率利益亦無法依 TFEU 第 101 條第 3 項獲得個別除外<sup>191</sup>。另外，我國公平交易委員會的執法實務，亦已採納類似的市占率指標，作為個案調查的啟動門檻<sup>192</sup>。

最後，歐盟對於限制競爭協議，不分水平或垂直，均適用同一條文予以規範，雖然條文文字具有高度的彈性，透過適當的解釋，可以得出適當的處理結果，但其也可能會忽略了這水平協議與垂直協議者對於競爭的影響，其實是截然不同的，故

<sup>186</sup> *Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P & C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR I-9291, para. 58.

<sup>187</sup> *Supra* note 170, para. 39.

<sup>188</sup> Saskia King, “The Object Box: Law, Policy or Myth?” *7(2) European Competition Journal*, 281 (2011).

<sup>189</sup> Michael Kling & Stefan Thomas, a.a.O.(Fn.67), S. 126.

<sup>190</sup> Puya Raad, *supra* note 147, 125.

<sup>191</sup> *Oberlandesgericht Düsseldorf*, “‘Bestpreisklauseln’ des HRS-Buchungsportals sind kartellrechtswidrig,” *11 Betriebs-Berater*, 593-596 (2015).

<sup>192</sup> 公平交易委員會於第 1266 次委員會會議後採 15% 市占率作為垂直交易限制有限制競爭之虞的調查門檻。

將兩者予以區分，在經濟理由上是有道理的。相較之下，我國公平法（第 19 條及第 20 條）及 2005 年第 7 次修法前舊的德國限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）（舊法第 14 條及第 16 條關於垂直協議之規定）的規範結構，其實是比較經濟導向的，亦即偏重於垂直協議的濫用或限制競爭之虞，而非當然禁止，在濫用原則之下，垂直協議若有限制競爭之虞時，才會被認為是違法的，歐盟現今之集體除外規則及案例法，就其適用而言，大體上還是比較偏向於濫用原則，但就限制轉售價格部分，則是比較傾向於違法原則<sup>193</sup>。

---

<sup>193</sup> Roger Van den Bergh & Peter Camesasca, *supra* note 55, 128.

## 參考文獻

### 中文部分

- 王泰銓，歐洲事業法（二）—歐洲競爭規範，初版，五南圖書出版公司（2000）。
- 許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期（2017）。
- 陳志民主持，公平交易法對於加盟契約適用之研究，公平交易委員會 90 年度合作研究報告（2001）。
- 楊宏暉，「加盟契約中垂直限制競爭約款之適法性」，國立中正大學法學集刊，第 48 期（2015）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。
- 謝國廉，「歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨占地位之規範為中心」，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），初版，臺大出版中心（2015）。
- 顏廷棟，「我國公平交易法垂直交易限制行為執法實務之檢討—兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範」，公平交易季刊，第 8 卷第 2 期（2000）。
- 魏杏芳，「歐洲共同體管制垂直協議的新里程——一個全新的群體除外規則」，月旦法學雜誌，第 79 期（2001）。
- 魏杏芳，「論網路經銷的價格限制」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期（2018）。
- 魏杏芳，「論數位經濟時代的網路經銷限制—以歐盟規範管制與實踐為核心」，月旦法學雜誌，第 273 期（2018）。

### 外文部分

- Cini, Michelle & McGowan, Lee, Competition Policy in the European Union, 1st ed., Palgrave Macmillan (1998).
- Ehlers, Jochen, in: Hirsch, Günther, Montag, Frank & Säcker, Franz Jürgen (ed.), Competition Law: European Community Practice and Procedure, 1st ed., Sweet &

- Maxwell (2008).
- European Commission, *The European Union Explained: Competition*, Luxembourg Publications Office of the European Union (2014).
- Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2nd ed., Hart Publishing (2010).
- Goyder, D.G., *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press (1993).
- Hildebrand, Doris, *Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self-Assessment*, 1st ed., Kluwer Law International (2005).
- King, Saskia, “The Object Box: Law, Policy or Myth?” *7(2) European Competition Journal* (2011).
- Kyprianides, George P., “Should Resale Price Maintenance Be Per Se Illegal?” *33 European Competition Law Review* (2014).
- Lane, Robert, *EC Competition Law*, 1st ed., Pearson Education Limited (2000).
- Raad, Puya, “Effectiveness of EU Law and Policy on Vertical Restraints at Protecting Competition,” *3(1) Wroclaw Review* (2013).
- Van den Bergh, Roger & Camesasca, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed., Sweet & Maxwell (2006).
- Verouden, Vincent, “Vertical Agreements and Article 81 (1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis,” *71 Antitrust Law Journal* (2004).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press (2015).
- de Bronett, Georg-Klaus, in: Schulte, Josef & Just, Christoph (Hrsg.), *Kartellrecht*, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag (2012).
- Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H.Beck (2012).
- Fritzemeyer, Wolfgang, “Auswirkungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung auf die Gestaltung von Franchiseverträgen,” *33 Betriebs-Berater* (2002).
- Gerstner, Stephan, in: Giesler, Jan Patrick & Nauschütt, Jürgen (Hrsg.), *Franchiserecht*, 2. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag (2007).
- Janal, Ruth, “Die Plattform-Ökonomie vor dem EuGH- Zu den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rs. Coty Germanz/Parfümerie Akzente,” *Europäische Zeitschrift*

*für Wirtschaftsrecht* (2017).

Kling, Michael & Thomas, Stefan, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen (2016).

Lettl, Tobias, “Die neue Vertikal-GVO (EU Nr. 330/2010) – Unter Einbeziehung der Änderungen der Vertikal-Leitlinien im Hinblick auf den Internetvertrieb insbesondere in selektiven Vertriebssystemen,” *Wettbewerb in Recht und Praxis* (2010).

Metzlaff, Karsten, “Franchisesysteme und EG-Kartellrecht – neueste Entwicklungen,” *24 Betriebs-Berater* (2000).

Oberlandesgericht Düsseldorf, “‘Bestpreisklauseln’ des HRS-Buchungsportals sind kartellrechtswidrig,” *11 Betriebs-Berater* (2015).

Peeperkorn, Luc & Heimann, Martha, “Keine Neuigkeiten für Drittplattformverbote: Die Bedeutung des ‘Pierre Fabre’-Urteils des EuGH für den Onlinevertrieb,” *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2014).

Rohrßen, Benedikt, “Vertriebsvorgaben im E-Commerce 2018: Praxisüblich und Folgen des ‘Coty’-Urteils des EuGH,” *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (2018).

Schultze, Jörg-Martin, Pautke, Stephanie & Wagener, Dominique S., *Vertikal-GVO*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH (2011).

Thyri, Peter, “Zum unbestimmten Qualitätsbegriff bei der Bewertung von Marktplatzverboten im Binnenmarkt,” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2017)

## The History, Status Quo and Prospects for Vertical Agreements in EU Competition Law

Yang, Hung-Hui\*

### Abstract

The regulations and practices regarding vertical agreements in EU competition law are explored in this article. The present block exemption regulation for vertical agreements is discussed in detail, besides its history. Due to the wide scope of the vertical agreements, resale price maintenance, exclusive distribution and franchise agreements are chosen as further illustrations. The relevant cases in the European Court are also introduced. The tendency for vertical agreements to be enforced in the EU has in general become looser. Due to the blame accorded to intra-brand restrictions on competition getting the attention of those who are pro-competition, individual exemptions are then drawn up. The block exemption regulation is the outcome of an emphasis on inter-brand restrictions on competition. In addition, the regulation is further relaxed by permitting the defense of efficiency, preventing free-riding, protecting of images or for other legitimate reasons. A more economics-based approach is adopted and liberalizes the regulations pertaining to vertical agreements. Notwithstanding, the market share still serves as a safe harbor to avoid the high costs of enforcement and legal uncertainty resulting from a comprehensive economic analysis. The rare cases of vertical agreements in the EU might be attributed to the firms' understanding of the guidelines on vertical agreements. The recent cases involving internet distributions and are introduced in this article as the future prospects.

**Keywords:** EU Competition Law, Vertical Agreements, Vertical Restraints, Restriction on Competition by Object, Restriction on Competition by Effect, Resale Price Maintenance, Exclusive Distribution, Franchise, Internet Distribution.

