

《公平交易季刊》
第 27 卷第 2 期（108/4），頁 99-144
◎公平交易委員會

從比較法論法院在競爭法案件中的經濟分析 取徑—以歐盟與美國之獨家交易協議案件為例

謝長江*

摘要

本文主要比較歐盟及美國法院實務對於獨家交易案件的經濟評估，嘗試對於如何促進本於效果（effects-based）的分析取徑產生洞見。

一般而言，美國司法實務對於獨家交易協議實際效果的評估，相較歐盟或我國呈現了一個較具整合性的分析模式。美國法上，Tampa 和 Standard Stations 案要求納入所有攸關因素而權衡限制競爭效果。更近期的案件則引入了提高對手成本（Raising Rivals' Cost）理論，對於進入障礙的實際效果能有更為豐富的分析。

相對而言，歐盟案例法仍然採用較偏向形式論證的取徑。對於限制競爭效果的分析，一般只限於 TFEU 第 101 條下獨家交易行為的處理，作為領導案例的 Delimitis 卻未能清楚論述所要求檢驗的各項因素之間的經濟關係，和背後的經濟邏輯；Intel 案之前，TFEU 第 102 條的適用更接近「本質違法」的取徑。然而，Van den Bergh Foods 和 Intel 案轉而考量對於現存或潛在競爭者的成本有何效果，其對於未來發展的影響值得觀察。

本文認為美國實務對於歐盟競爭法可有如下啟示。第一，Delimitis 標準需要重新架構，以衡量獨家交易協議的效果。第二，歐盟法 TFEU 第 102 條的適用亦應採用類似第 101 條的標準，進入障礙的評估對於衡量獨家交易措施的有效性尤其重要。以上亦可能成為我國競爭法的未來借鏡，增進其對於獨家交易的評估深度。

投稿日期：108 年 1 月 9 日

審查通過日期：108 年 3 月 26 日

* 國立臺灣大學經濟學研究所碩士、國立政治大學法學院法學碩士、荷蘭 Tilburg Law School 法學碩士，中央研究院法律學研究所專任研究助理。本文改寫自作者於 Tilburg Law School 之碩士論文：“Towards the Effects-based Approach in EU Competition Law: the Assessment of Single Branding Agreements”。作者感謝 2 位匿名審查人給予建議及斧正，文中多處據以參照修正，惟有錯誤當由作者自負文責。

關鍵詞：獨家交易、經濟分析、歐盟競爭法、本於效果、更經濟模式、比較法

一、前言

按競爭法、反托拉斯法、或我國所稱公平交易法（下稱公平法），法治實踐進程在各國雖有不同，不變其屬兼顧經濟效益及法治原則，且重視經濟分析的法領域¹。相對於美國反托拉斯法的傳統，歐盟競爭法及我國公平法屬於後進的法域，關於法律政策以及法律適用上相關的經濟分析，與美國的比較法應該可以提供相當的洞見。本文所關心乃是後者，欲透過美國及歐盟法院在獨家交易領域²中適用競爭法所採的不同經濟分析取徑，使用比較法分析存異求同，在不同競爭法法域之間，嘗試萃取經濟分析在共通競爭法理之上的適切操作方式，並就個別法域的經濟分析取徑提出發展的建言。

就相關案例法上進行經濟分析的發展程度而言，美國和歐盟現有可資比較的材料較為豐富，將為本文主要的分析對象。另一方面，國內文獻關於獨家交易的外國法案例評析或專論亦為數不多³，本文在進行比較法分析之前將會先做描述性的介紹，並予初步評析，期能有助於獨家交易討論的資訊儲備。而我國法院在此的論述較為簡略⁴，美國法對於歐盟法的啟示亦有可能成為我國未來發展的參照對象，就此

¹ 石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰—評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期，2（2017）。

² 就「獨家交易」英文名詞的定義及使用而言，歐盟及美國有所出入，本文概以「獨家交易」稱之，並不影響行文和比較，惟在此加以說明。歐盟競爭法主要使用的詞彙為 *single branding*，意指課予買方義務或致使其將其特定類型產品的購買集中於一個廠商（亦即排他性購買，*exclusive purchasing*）。See European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints*, [2010] OJ C 130/1, para. 129. 美國使用的名詞則為 *exclusive dealing*，概念範圍包括了 *single branding* 的意義，以及歐盟執行委員會（下稱歐盟執委會）所稱的「排他性供給」（*exclusive supply*，要求廠商將其所有商品或很大部分賣給單一買家的交易安排）。See European Commission, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, [2009] OJ C 45/7, para. 32; International Competition Network, "Report on Single Branding/Exclusive Dealing," <http://old.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc355.pdf>, last visited on date: 2019/1/3.

³ 例如陳婉珍，歐盟競爭法上獨家交易之規範—兼論我國公平交易法，國立中興大學法商學院法律研究所碩士論文（1996）。關於近來歐盟競爭法上垂直協議的專論，可參見楊宏暉，「歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，113-168（2019）。

⁴ 須在此說明者，基於本文的方法論考慮（參見本文二、（三）之說明），本文所採實務見解範圍限於各國法院，因此行政機關的見解和相關分析除非為法院所採，否則不會進入本文的論述。如此目的性的「割捨」雖然可以更為聚焦，但不免也減低了作為一篇競爭法論文的全面性，就此雖承蒙本文匿名審查人的期待，或只能在此說明本文的侷限。從另一個角度而言，本文所論及的提高對手成本理論，即已為我國公平交易委員會（下稱公平會）運用於具體案件中，參見公平會

將在結語處加以說明。

二、問題意識：比較對象之選擇

（一）歐盟競爭法的結構

論者以為，芝加哥學派在垂直限制領域對於歐盟執委會競爭政策的影響相對較大⁵，這也是 1990 年代前後歐盟邁向「更經濟模式」（More Economic Approach）的初始動力之一⁶。晚近，仍有學者力主，歐盟競爭法的實務運作仍須就垂直限制協議的經濟效果，努力發展更清楚而一致的分析⁷；更具體而言，應該配合歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，下稱 TFEU⁸）第 101 條的結構和當前案例法的適用，改進該條中「目的限制競爭」的行為類別，並且對於「效果限制競爭」建立更清晰的分析架構⁹。

就歐盟競爭法的角度而言，反托拉斯實務對於經濟學的採用較早開始，自是值得參考比較的對象，而這樣的比較分析亦應值得我國借鏡，不只因為歐美競爭法的操作皆是我國的參照對象，我國實務亦可藉此思考應該如何納入使用經濟分析，方可獲致更為精準有效的執法決策。

準此，本文將會基於以下的主要問題，透過比較法的分析方法提出答案：就獨家交易而言，美國法上的論理原則（rule of reason）和歐盟法院在 TFEU 第 101 條

公處字第 106007 號、第 106102 號處分書，在未來我國行政法院是否也會如美國聯邦法院採擇此種理論，抑或如歐盟法院欲拒還迎，或許即視學界的努力而定。

⁵ David J. Gerber, "Two Forms of Modernization in European Competition Law," *31 Fordham International Law Journal*, 1249-1251 (2008).

⁶ See Dzmityry Bartalevich, "The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy," *54(2) Journal of Common Market Studies*, 267 (2016).

⁷ See Miguel de la Mano & Alison Jones, "Vertical Agreements under EU Competition Law: Proposals for Pushing Article 101 Analysis, and the Modernization Process, to a Logical Conclusion," *59 TLI Think! Paper* (2017); Roger Van den Bergh, "The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?" in: Kovač Mitja & Ann-Sophie Vandenberghe (ed.), *Economic Evidence in EU Competition Law*, 1st ed., Intersentia, 21-24 (2016).

⁸ 在歷次歐體及歐盟條約修訂及簽署的過程中，關於競爭法的核心條文即現今歐盟運作條約第 101 及 102 條，其內容並未改變，因此本文以下引用該 2 條文時，為求簡便乃以現今 TFEU 條次稱之。

⁹ Miguel de la Mano & Alison Jones, *supra* note 7, 25-33.

之下評估「限制競爭效果」的異同為何？依比較分析的成果，如何促進「更經濟模式」，或在我國公平法的適用脈絡如何發展經濟分析？為了回答以上問題，本文將會分別釐清歐盟和美國案例法對於獨家交易的分析取徑，分析其異同之後，對於其能否互相借鏡以形成「更經濟」的分析模式，提出己見。

（二）獨家交易

經濟學文獻之中，垂直限制係廠商使用交易手段或契約工具，以促進上下游之間產銷協調而形成之現象；惟同樣能達到垂直產銷協調之下，廠商可能從事垂直整合或垂直限制，端視何者所花費之交易成本較低¹⁰。換言之，採用垂直限制之經濟思維，在於尋求商品或服務之產銷效率極大化或成本極小化¹¹。因此，符合經濟學思維的競爭法操作應能辨識垂直限制所能獲致的經濟效率，且相關措施不應該扭曲廠商關於垂直整合或垂直限制的選擇以及相關的市場機制¹²。

另一方面，符合經濟學思維的競爭法應該就各種垂直限制作為所伴隨的限制競爭效果，以及前述經濟效率的增進，作出平衡二者的處置。本文選擇垂直限制中的獨家交易作為比較法上的分析客體，有二個主要的理由。

第一，本文欲對競爭法實務中的經濟分析從事比較法的研究，而獨家交易相較於其他可資促進產銷效率的垂直限制諸如零售價限制和排他性銷售（*exclusive distribution*）¹³，是較容易進行歐美之間的對照而獲得比較法上的心得。主要的原因在於歐盟排他性銷售相關案例法的特性：關於零售價限制和排他性銷售，歐盟司法實務上的特殊考量因素構成了比較法上的障礙。質言之，歐盟案例法基於 TFEU 第 101 條第 1 項 a 款列舉價格維持（*price fixing*）作為限制競爭約定之例，將零售價限制納入「目的限制競爭」之行為類型¹⁴，故其相關論理並未包含經濟效果的實質考察（*effects-based*），而以法律形式論證為主（*form-based*）¹⁵。此外，歐盟司法實

¹⁰ See Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th ed., Pearson, 400 (2005).

¹¹ *Id.*, at 414-428.

¹² Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5th ed., West Academic Publishing, 339 (2004); Roger Van den Bergh, *supra* note 7, 22.

¹³ Mat Hughes, "The Economic Assessment of Vertical Restraints under UK and EC Competition Law," *22(10) European Competition Law Review*, 428 (2001).

¹⁴ Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press, 129 (2015).

¹⁵ See e.g., Case 26-76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities* [1977] ECR 1875; Case 243/83, *SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse*

務關於排他性銷售的處理則以歐盟市場的整合作為主要考量¹⁶。準此，歐盟法律架構中的特有要素實質上形塑了歐盟法院的競爭法操作及論理，就零售價限制而言經濟上的論證並未占有重要角色，而排他性銷售亦涉及濃厚的「歐盟整合因素」。雖然相關議題仍非不能成為比較法的研究對象¹⁷，但就經濟學取徑的論證而言，能夠提供的比較觀點則不如獨家交易來得「直接了當」¹⁸。

第二個選擇獨家交易的原因則來自於「品牌內競爭」和「品牌間競爭」的概念區辨。依經濟學理論，獨家交易或類似的垂直限制較傾向於減少品牌間競爭，而排他性銷售或獨家代理的直接、初步效果只是減少品牌內競爭¹⁹。一般而言，品牌間競爭的減損對於市場競爭和效率的傷害較大，是以獨家交易在垂直限制競爭行為中可謂相對重要的觀察對象。

（三）司法實務

儘管各國競爭法的實務對於經濟分析的採納程度有別，經濟分析已然成為法院影響和形塑法律決策和法規範內涵的管道之一。此一管道的出現，實來自於採納經濟分析之時，無論是理論文獻或專家陳述、理論模型或實證資料，法院須就其為何及如何納入法律論證之中善盡說理義務²⁰。就此而言，藉由比較分析歐美司法實務

[1985] ECR 2015; Case C-74/04 P, Commission of the European Communities v Volkswagen AG [2006] ECR I-6585.

¹⁶ See Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, 790-793 (2010); Sandra Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*, 1st ed., Hart Publishing, 66-68 (2010). 然而，排他性銷售常與獨家交易相結合，在此情況下並不引起引發市場整合方面的擔憂，且相關的評估取決於整體垂直限制條款所生的效果。See European Commission, Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 2, para. 161.

¹⁷ 相關研究如 Barbora Jedličková, *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions: Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2016).

¹⁸ 有些其他的垂直限制，例如搭售和獨家授權，被認為亦能產生與獨家交易相同的經濟效果，但在使用上有特殊的脈絡。See, e.g., Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 1st ed., Harvard University Press, 181-205 (2008). 其中，搭售相關的歐盟案件較少，且多涉及兩種產品和各別市場的複雜關係而具特殊脈絡性，而非理想的比較法分析素材，故本文的策略是將搭售排除於本文的範疇以外，期能聚焦討論。See David W. Hull, “Tying: A Transatlantic Perspective,” in: Philip Marsden (ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 287 (2006).

¹⁹ Simon Bishop & Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 210 (2009).

²⁰ John E. Lopatka & William H. Page, “Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust

對於經濟分析的不同採納程度及分析取徑的差異，本文將會嘗試指出歐盟乃至我國法院應如何進一步接納經濟分析，以增進裁判的論理品質。

司法實務如何近用經濟分析，取決於訴訟制度與相關資源的配合。一般而言，競爭法的司法實務未能戮力從事經濟效果的實質考察（effects-based），一個重要的原因是當代經濟分析對於量化方法的倚重，將使證明和分析成本成為法律系統的沈重運作負擔²¹。法院相對於競爭法執法機關而言，其有限的經濟專業和分析人力會讓這樣的負擔更加沈重。在歐盟，執委會的所擁有的經濟專業，是歐盟法院就執委會對於複雜經濟事物的評估，限制自身審查範圍的原因之一²²，與我國行政法院採取「判斷餘地」的立場類似。在美國，儘管整體法律學術環境較歐洲相對有利、也孕育了法律經濟分析此一學科，法官的跨領域分析能量仍然面對類似的限制²³。因此，以上各個法域有其共同的制度脈絡。

與分析能力限制有關者，是關於法院如何和經濟專業互動、如何作為法律和經濟事實之間以及與經濟學之間的介面，其相關的行為和決策規範。在美國，司法程序原則採取當事人主義，法院依照 *Daubert* 一案所樹立的原則，認定專家證言的可適用性以及其具有證據力的範圍²⁴。歐盟競爭法上大部分的案件則是源於對執委會決定的司法審查，而法院的任務即在承認行政決策所享有的判斷餘地（margin of appreciation）的前提下，審查現有證據是否包括所有必須考慮的資訊，以及是否足以支持其決定²⁵。準此，法院對於這些有關高度經濟專業的證據，有終極的審視與詮釋權限（所謂 gate keeper²⁶），個別法域的法院對於證據和相關經濟評估的審查，以及據此對於個案事實和經濟效果的認定和評估，於是值得研究。在歐盟競爭法的脈絡，個案經濟分析及其所根據的事實認定和證據資料，由於涉及複雜的經濟評價，是以「評估有無顯然錯誤」（manifest error of assessment）作為審查的標準

Cases,” *90(3) Cornell Law Review*, 694-699 (2005).

²¹ Roger Van den Bergh, *supra* note 7, 34-38.

²² David Bailey, “Scope of Judicial Review under Article 81 EC,” *41(5) Common Market Law Review*, 1335-1336 (2004).

²³ Kenneth G. Dau-Schmidt & Carmen L. Brun, “Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe,” *44 Columbia Journal of Transnational Law*, 605-610 (2006).

²⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

²⁵ Case C-12/03 P, *Commission of the European Communities v Tetra Laval BV* [2005] ECR I-987.

²⁶ John E. Lopatka & William H. Page, *supra* note 20, 621; see also Andriani Kalintiri, “What's in a Name? The Marginal Standard of Review of ‘Complex Economic Assessments’ in EU Competition Enforcement,” *53(5) Common Market Law Review*, 1309-1311 (2016).

²⁷，從而確認個案中限制或促進競爭效果之有無，有時亦影響決策背後相關經濟理論或模型的選擇。雖然不同的司法程序可能影響經濟評估的審查結論，相同的是法院都擁有終局的決定權，因此研究法院的判決應有助探詢經濟學如何影響競爭法的司法實務，而不同法域間的比較亦有助於未來發展方向的彼此借鏡。

法律實務是否納入經濟分析的另一考量點，在於經濟方法的逐案分析性格可能會影響法安定性。在垂直限制的領域，經濟分析須對其垂直協調上的產銷效率貢獻，以及所生的限制競爭效果，做出平衡的決策。美國案例法上關於多種行為類型的審查，從「本質違法」（*illegal per se*）到「論理原則」的演變，應可供後進的歐盟及我國參考²⁸。理想的比較法分析應該有助於使用經濟分析的法律論證，使因此而減損的法安定性能夠透過社會可接受度和科學可靠度的增加，得以彌補²⁹。

三、評析歐盟和美國關於獨家交易之案例法

（一）基本法律結構之比較

在分別描述歐盟及美國的案例法之前，茲簡短比較二者有關獨家交易的規範，以介紹法院處理獨家交易的制度背景。

美國關於獨家交易的法規相較於歐盟而言，更為複雜和模糊。休曼法（*Sherman Act*）第 1 條³⁰係處理雙邊締結之限制競爭協議，獨家交易協議有其適用³¹。同法第 2 條亦可適用於有獨占市場傾向（*monopolization*）的獨家交易行為，不論其為單方行為或雙邊協議³²。倘若限制競爭協議涉及商品的買賣或租賃，亦可引用克萊登法（*Clayton Act*）第 3 條³³來取締「實質減少競爭或傾向創造獨占」的獨家交易行為。該條並提及折扣及退款作為該條所規範行為的例示³⁴。此外，聯邦交

²⁷ Andriani Kalintiri, *id.*, at 1299-1302.

²⁸ 類似的觀點可見於 Sandra Marco Colino, *supra* note 16, 11-12.

²⁹ See John E. Lopatka & William H. Page, *supra* note 20, 621.

³⁰ 15 U.S.C. §§ 1-7.

³¹ 條文相關部分：Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

³² 條文相關部分：Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize ...shall be deemed guilty of a felony.

³³ 15 U.S.C. §§ 12-27.

³⁴ 條文相關部分：It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such

易委員會法（Federal Trade Commission Act）第 5 條³⁵禁止以不公平的競爭方法參與或影響商業活動者，委員會實務上認為包括違反休曼法的行為，且以同於休曼法和克萊登法的原則適用於獨家交易行為³⁶。

案例法顯示，就限制競爭效果的待證事項內容而言，適用克萊登法第 3 條或聯邦交易委員會法第 5 條的要求並無不同³⁷。至於休曼法，在國會認為聯邦最高法院予以過於狹隘的解釋，而制定克萊登法作為回應之後，最高法院乃從善如流，亦較積極適用休曼法。案例法中對於克萊登法的適用條件是否寬於休曼法，聯邦法院多持肯定看法但尚有分歧，不過學說上則認為二法並無差別適用的道理³⁸。

無論如何，前述立法都含有概括條款性質的要件（例如休曼法第 1 條的「限制交易或商業」），不但承認現存的案例法，更將解釋適用相關法則以促進其變遷並適應產業狀況變遷的核心角色，託付給聯邦法院³⁹。聯邦最高法院對於論理原則的漸次發展，正為適例。

歐盟競爭法的結構則較為簡單，TFEU 第 101 條在功能上相當於休曼法第 1 條，TFEU 第 1 項和第 3 項引入了事業間協議的「二分法分析架構」⁴⁰：行為目的或行為效果之分析（詳見後述）。TFEU 第 102 條則類似休曼法第 2 條，以具支配地位廠商的市場力濫用行為作為規範對象，且就單方行為或協議不為區分。

綜上，就獨家交易而言，休曼法和 TFEU 的規範結構大致類似，且堪稱簡單。值得一提者，休曼法第 2 條和克萊登法第 5 條皆適用於有獨占傾向（attempted to monopolize）或有創造獨占威脅（threaten to create a monopoly）的行為。反觀 TFEU，第 102 條的發動以廠商具有市場支配地位為前提，否則所有的行為皆僅適

commerce, to lease or make a sale or contract for sale ... or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods...of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

³⁵ 15 U.S.C. §§ 41-58.

³⁶ Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *supra* note 12, 37; Herbert Hovenkamp & Phillip E. Areeda, *Fundamentals of Antitrust Law*, 3rd ed., Aspen Publishers, §18-20 (2004).

³⁷ Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, 2nd ed., Hart Publishing, 513 (2011).

³⁸ 聯邦法院多對此問題採肯定態度。See Herbert Hovenkamp & Phillip E. Areeda, *supra* note 36, §18-18 & 19.

³⁹ Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *supra* note 36, 39-40.

⁴⁰ Alison Jones, "Analysis of Agreements under U.S. and EC Antitrust Law—Convergence or Divergence?" *51 Antitrust Bulletin*, 740 (2006).

用第 101 條。美國案例法早期適用休曼法時，主要對象為有獨占傾向的行為⁴¹，其後隨著適用的市場占有率（下稱市占率）門檻的提高，本文所分析的美國法案例多涉及具有市場支配地位的廠商。相較之下，歐盟法中的獨家交易行為倘若由具有市場支配力者所為，將會同時適用 TFEU 第 101 及 102 條（參見 Van den Bergh Foods 案⁴²）。有鑑於此，本文的比較分析將不會依照條文結構進行，而是視其經濟實質為之，例如獨占廠商的獨家交易行為將會一起分析比較，再將注意力回到規範結構，思考是否能有更好的論證方式。

（二）歐盟法上獨家交易之案例

1. 概論限制競爭協議之「效果分析」

本節將引述歐盟法院有關獨家交易的案例中的經濟論證，在進入重點之前，須先就案例法的早期發展做大略的介紹。就獨家交易案件而言，實質經濟論證多見於 TFEU 第 101 條的適用，蓋歐盟案例法中若因市場支配廠商從事獨家交易行為而適用第 102 條，直到晚近才有脫離形式論證的 Intel 判決（詳後）。

在歐盟早期的案例法中，相對於涉及絕對地域保護（Absolute Territorial Protection）的 Consten and Grundig 案⁴³，STM 案⁴⁴宣示了限制競爭協議原則上須衡量實質經濟效果，始能認定違法。法院羅列了衡量經濟效果時應考慮的因素，包括協議對象商品的性質和數量、參與協議廠商的市場地位和重要性，以及其他競爭者的競爭機會等⁴⁵。STM 案影響廣泛，也為目前獨家交易案例中的領導案例 Delimitis 所引用。

須指出者，前述的實質效果分析僅係檢驗 TFEU 第 101 條第 1 項所謂「限制或

⁴¹ Herbert Hovenkamp & Phillip E. Areeda, *supra* note 36, §18-14.

⁴² See Case T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd. v Commission of the European Communities [2003] ECR II-4653. 本案在下節將詳細討論之。

⁴³ Joined cases 56 and 58-64, Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community [1966] ECR 299. 絕對地域保護即授與經銷商在某一地區的排他性銷售權利，並禁止其他地區的經銷商主動或被動地對於該地區進行銷售，在此案中 ECJ 認屬「目的限制競爭」之行為。

⁴⁴ Case 56/65, Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH [1966] ECR 235.

⁴⁵ *Id.*, at 250.

扭曲競爭」，而不及於所謂促進競爭的效果，蓋該條文結構將後者留待適用第 101 條第 3 項而審酌促進競爭效果是否大於限制競爭者時，始予以考量⁴⁶。如此作法造成了上述效果分析與美國法院所採「論理原則」存在的顯著差異。

一旦系爭協議滿足 TFEU 第 101 條第 1 項所規定的要件，且無法依集體豁免規則豁免，該被指摘違法的廠商可主張第 101 條第 3 項的個別豁免。關於獨家交易目前並無適用第 101 條第 3 項的案例，但 Van den Bergh Foods 案⁴⁷與此相關，詳見後述。

另一方面，本文所涉的美國案例法並未涉及促進競爭效果是否大於限制競爭效果的審酌，故亦無法進行比較分析。然而，關於 TFEU 第 101 條第 3 項所定之第一個豁免要件：「商品產銷、技術或經濟發展的促進」，其是否應考慮競爭以外的一般公益或社會政策等因素，執委會的作法並不一致，學說上亦有爭議⁴⁸。至於歐盟法院則已採取較寬泛的見解，將就業作為所謂一般生產條件的促進⁴⁹，乃至更原則性地認為執委會有權於適用第 101 條第 3 項時將公共利益納入考量⁵⁰，就此而言與執委會所發布關於適用該條的指導原則⁵¹並不一致。至於美國法上，在稍後分析的 Tampa 案⁵²中，公共利益亦被法院認作可資正當化限制競爭行為的因素之一。

2. 獨家交易的主要案例及法理

獨家交易是一種使下游廠商（零售商）近乎只向某一上游廠商（批發商）進貨的垂直限制，本質上並不以該上游廠商具有市場力量為其必要特徵。獨家交易行為的反競爭性在於對於該下游市場的封鎖（foreclosure），而這只可能發生在某些類型的市場結構，通常是在存在進入障礙而且具有市場力量的廠商從事獨家交易的情

⁴⁶ 另外，對於一個主要部分非限制競爭協議的附屬限制（ancillary restraints）如何處理，學說及實務上仍有爭議。See Alison Jones, *supra* note 40, 774-789.

⁴⁷ Van den Bergh Foods, [1998] ECR II-4653.

⁴⁸ See generally Richard Whish & David Bailey, *supra* note 14, 165-169.

⁴⁹ Joined cases T-528/93, T-542/93, T-543/93 and T-546/93, Métropole Télévision SA and Reti Televisive Italiane SpA and Gestevisión Telecinco SA and Antena 3 de Televisión v Commission of the European Communities [1996] ECR II-649, para. 43.

⁵⁰ *Id.*, at para. 118.

⁵¹ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ [2004] C 101, para. 42.

⁵² Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961).

形。因此，在本節所分析的案例，TFEU 第 101 條或第 102 條皆有可能適用，或如 Van den Bergh Foods 案競合適用。以下分析的主要目標，是指出法院如何評估系爭行為，以及案例法上是否建構了一貫的市場損害理論（theory of harm）。

(1) TFEU 第 101 條：Delimitis test

Delimitis 案⁵³及其後續判決所建構的標準，是獨家交易歐盟案例法的主要結構。Delimitis 是一個自然人，從釀酒商承租酒吧，並於系爭協議中承諾從該釀酒商或其子公司購買某個最低數量以上的啤酒或軟性飲料。該案屬預先移送（preliminary reference）程序，歐盟法院須審查該協議是否符合 TFEU 第 101 條。

歐盟法院明白承認系爭協議的條款能夠促成供需雙方的合作、有效組織生產與銷售，從而達成互利，但仍認為有必要確認該協議具有限制競爭的效果，且其效果須與同一市場上現存的類似協議合併評估，以確認是否存在可能的累積封鎖效果（cumulative foreclosure effects）⁵⁴。法院將本案的市場定義為包括全國的酒吧和餐廳，從而衡量類似契約所形成的網絡對於銷售點的拘束，對於市場造成的效果，包括考察其經濟和法律的脈絡，特別是進入市場的機會⁵⁵。

法院對於新進競爭者進入系爭市場的機會做了細緻的分析：倘若前述契約所構成網絡的累積效果構成了系爭市場的進入障礙，其中個別契約對於現況有相當的作用（appreciable contribution）者，應屬可歸責，且為現行 TFEU 第 101 條所禁止⁵⁶。相關分析須考量下列因素：a. 協議訂定者的市場地位以及其所拘束下游銷售點的比例⁵⁷；b. 協議期間：其若長於系爭市場中的平均值者，即便締約者的市占率不大仍可能導致封鎖效果⁵⁸；c. 其他有關市場進入障礙的因素：包括新進的競爭者滲透既有獨家交易協議的可能性（例如透過收購釀酒商、開設新酒吧、或與現存經銷商訂立新的契約）以及相關法律規則和協議、一個配銷系統維持經濟運作規模所需的銷售點數量、市場飽和程度，以及消費者對於現存廠商的品牌忠誠度⁵⁹。

Delimitis 判決為歐盟普通法院前身的一審法院（Court of First Instance）數個判

⁵³ Case C-234/89, Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG [1991] ECR I-935.

⁵⁴ *Id.*, at paras. 10-14.

⁵⁵ *Id.*, at paras. 15-20.

⁵⁶ *Id.*, at para. 27.

⁵⁷ *Id.*, at para. 25.

⁵⁸ *Id.*, at para. 26.

⁵⁹ *Id.*, at paras. 21-22.

決所引用。在 *Roberts v. Commission* 案⁶⁰，法院採納執委會的說法，認定釀酒商 *Greene King* 的市占率僅低於 2%，其自身擁有的銷售點數量則僅占 0.7%，並確認其所訂定一般獨家交易協議的期間（9 年）並未顯著長於市場上最長達到 20 年的作法⁶¹。法院並補充表示，本案廠商的市占率過低而無從考慮其對於市場封鎖有顯著的作用⁶²。此外，法院考慮 *Greene King* 提供給下游廠商的貸款，以其額度不大而並非難以從商業貸款市場取得，認為其對於市場封鎖亦無顯著作用⁶³。

Neste 案為另一個引用 *Delimitis* 的預先審查程序案件⁶⁴，係關於 TFEU 第 101 條第 1 項的可適用性。該案涉及加油站和上游供應商 *Neste* 之間的排他性協議，但加油站有權在 1 年前提早告知而終止該協議，且該種協議在所有獨家交易契約之中僅占非常小的比例。相較之下，系爭市場中大部分的排他性契約有固定年限，而且整體上對於市場的分割有顯著影響⁶⁵。然而，許多油品供應商係允許下游廠商透過租賃或其他方式取得加油站的營運權，而在該營運期間內對其課予專買義務，依照歐盟第 1984/83 號法規，此情況下的獨家交易條款可以得到豁免。法院認知到市場上的加油站都只銷售一個品牌的油品，並基於此事實，而認為本案與其他如啤酒或冰淇淋等市場有所不同：系爭條款的期間長度乃是市場封鎖效應的重要決定因素⁶⁶。在本案中，法院將同一個供應商締結的獨家交易協議做不同的處理，從而限制了協議被宣告無效的案件數量⁶⁷。

Langnese 案⁶⁸的冰淇淋市場是歐盟法院更細緻操作 *Delimitis* 的領域。*Langnese* 是一個冰淇淋製造商，在系爭市場（德國之即時食用冰淇淋市場）擁有 45%的市占率，與德國的零售商訂定獨家交易協議，法院認其違反 TFEU 第 101 條第 1 項，且不得依同條第 3 項豁免。第一審法院適用 *Delimitis* 的原則，首先採納執委會的論點，認定 *Langnese* 於系爭市場享有強大的市場地位，且透過獨家交易協議控制 15%

⁶⁰ Case T-25/99, *Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities* [2001] ECR II-1881.

⁶¹ *Id.*, at paras. 76-80.

⁶² *Id.*, at paras. 82-85.

⁶³ *Id.*, at para. 69.

⁶⁴ Case C-214/99, *Neste Markkinointi Oy v Yötuuli Ky and Others* [2000] ECR I-11121.

⁶⁵ *Id.*, at para. 19.

⁶⁶ *Id.*, at paras. 30-32.

⁶⁷ *Id.*, at paras. 37-38.

⁶⁸ Case T-7/93, *Langnese Iglo GmbH v Commission of the European Communities* [1995] ECR II-1533.

的銷售點⁶⁹。關於類似協議所構成網絡的累積效果，法院亦考慮德國另一主要冰淇淋廠商控制了超過 10%的銷售點⁷⁰。此外，零售商需求的破碎、Langnese 品牌的高人氣，以及除了協議之外 Langnese 尚使用其他類似功能的措施，例如提供零售商借用冰櫃但僅限儲藏 Langnese 的產品、遵守協議可獲退款（rebate），乃至系爭協議的有效期間約為 2.5 年，都是法院所考慮系爭協議運作的相關經濟和法律脈絡⁷¹。

Van den Bergh Foods 案係關於另一冰淇淋廠商 HB 違反 TFEU 第 101 及 102 條，法院繼續適用 *Delimitis* 的法理。本案系爭行為並非形式上的獨家交易協議，而是免費或以極低的名目性租金提供冰櫃給零售商，而以冰櫃只能儲藏 HB 自家的冰淇淋產品做為條件。此等措施已普遍為市場上的冰淇淋產銷廠商所採，且並未排除零售商銷售其他品牌的產品⁷²。然而，商店空間有限等實際面的諸多限制，導致系爭措施有控制零售商的效果。法院從數個不同調查的統計資料，認定 HB 占有系爭市場的 89%，並透過前述措施控制了 40%的銷售點⁷³。就系爭愛爾蘭的零售商店而言，有 83%的店家透過類似的條款設有冰櫃，其中有 61%或 64%（根據二個不同調查）的冰櫃是 HB 所提供⁷⁴。

法院指出，單就 HB 控制 40%銷售點的事實，無法確切推論出其具有相當程度的妨礙競爭能力，亦須考慮系爭市場中其他廠商類似協議所構成的網絡⁷⁵。與此相關的是系爭市場的進入障礙，影響因素包括零售商更換或採用其他品牌所實際遭遇的困難、市場上 HB 品牌的高接受度，以及提供冰櫃的費用對於以利基市場維生的小廠商所造成的困難⁷⁶。

在前述二個冰淇淋案件之中，法院都有考慮協議的期間長度。Langnese 案中，法院僅提及期間因素，而未加論述。Van den Bergh Foods 案中，HB 容許零售商立即終止或經通知後不久即可終止協議。法院認為解約的可能性「完全不會阻礙排除條款的有效執行」且「事實上不會導致系爭市場封鎖程度的減少」⁷⁷。二個冰淇淋

⁶⁹ *Id.*, at paras. 96-97.

⁷⁰ *Id.*, at para. 104.

⁷¹ *Id.*, at paras. 107-111.

⁷² Van den Bergh Foods, [1998] ECR II-4653, para. 79.

⁷³ *Id.*, at paras. 90, 99.

⁷⁴ *Id.*, at para. 86. 根據呈現於法庭的調查資料，44%的銷售點販賣 2 種品牌的冰淇淋，而每個銷售點的平均冰櫃數量為 1.5 個。*Id.*, at paras. 17, 94.

⁷⁵ *Id.*, at paras. 108-111.

⁷⁶ *Id.*, at paras. 111-113.

⁷⁷ *Id.*, at para. 105.

案件中，鑒於終止協議的彈性並不會讓協議本身免於違法的命運，法院對於協議期間的衡量似乎只扮演了輔助性、補充性的角色，這個觀察在後面歐美比較分析的部分會再為論述。

在二個冰淇淋案中，法院在肯定 TFEU 第 101 條第 1 項的適用後，都以類似的理由否定了依照同條第 3 項阻卻違法的可能。其論點係關於適用該條項的首要條件，具體而言即系爭措施所創造的銷售上效率能否彌補或大於所引起限制競爭的不利益。法院先是基於對於執委會複雜經濟事務評估較為寬鬆的審查標準，認定廠商一造所提出的證據無法證明執委會的決定具有顯然錯誤。由於舉證責任的負擔，法院實體上採納執委會的觀點，認為廠商的強勢市場地位乃是系爭條款無法強化品牌間的競爭，而是構成減損競爭的重大進入障礙⁷⁸。然而這樣的論述並未回答前揭問題，亦即何以系爭條款是利大於弊。尤其在 *Van den Bergh Foods* 案中，類似的條款亦為其他競爭者所採用，法院訴諸廠商的市場支配地位，形同對其採用排他性措施採取本質違法的態度。儘管系爭措施會造成一定程度的進入障礙，這只是 TFEU 第 101 條第 1 項應考慮的因素，但是就該措施創造的銷售效率是否足以彌補所減損的市場競爭而言，並未提供相關的論證。

雖然在美國法上，前述舉證責任的轉換也減少了法院衡量促進競爭效果的機會，依前述對於歐盟法的分析，似可觀察到法院有關 TFEU 第 101 條第 3 項的論述模式仍偏向形式論證，而未有實質經濟效果的分析。

(2) TFEU 第 102 條

Van den Bergh Foods 案的另一個爭議，是關於 TFEU 第 102 條的適用。法院首先基於 HB 的市占率，肯認其市場支配地位。關於該條所定之「濫用 (abuse)」概念，法院引用案例法，認為該條禁止使用「效能競爭 (competition on the merits) 以外的競爭手段」⁷⁹以排除競爭；系爭條款阻止零售商販售其他品牌的商品，或降低其發生機會，並排除其他廠商的競爭機會，構成該條所定之濫用行為⁸⁰。

耐人尋味的是，法院一方面承認系爭措施已是系爭市場的標準作法，另一方面則認為，「對於增進商品產銷有貢獻，且在一個平衡的市場有益的行為」若係具市場

⁷⁸ *Id.*, at para. 157.

⁷⁹ *Id.*, at para. 140; *Langnese Iglo*, [1995] ECR II-1533, para. 182.

⁸⁰ *Van den Bergh Foods*, [1998] ECR II-4653, para. 157.

支配地位的廠商所為，仍可能產生限制競爭的後果⁸¹。雖然以上論述未必與直覺有悖，似需更多分析來確保利弊得到適切的權衡，法院的論證缺乏一如前述，讓 TFEU 第 102 條的適用也帶有「本質違法」的形式論證風格。

退款也是市場支配廠商常用來達成獨家交易的工具，在經濟理論和競爭分析上，學者認為與獨家交易協議具有相同的功能⁸²。然而，歐盟法院對於忠誠退款（loyalty rebates）的處理一直偏向本質違法⁸³，直到最近歐洲法院（European Court of Justice，下稱 ECJ）的 Intel 判決才有所改變⁸⁴。就本文的目的而言，分析 Tomra 和 Intel 二案即屬足夠，因為 Tomra 是 ECJ 在 Intel 案之前，對於之前案例所持一貫見解的最近確認⁸⁵。以下的討論將會聚焦於二個案件不同處理方式的比較，以及 Intel 判決所代表的意義。

Tomra 在許多國家的瓶罐回收退款機（reverse vending machine）市場享有市場支配地位，其市占率在 1997 年以前超過 70%，此後則超過 95%。執委會指控 Tomra 和超市締結的合約係屬排他性條款。在 ECJ 審查系爭協議是否構成 TFEU 第 102 條所定的濫用行為時，爭議所在是該條的適用是否要求證立市場封鎖效果已經達到某個門檻值。法院引用 Hoffman-La Roche⁸⁶和 Michelin I⁸⁷二案，指出：

「…一個享有市場支配地位的廠商，雖非藉由形式上的義務來控制顧客的購買行為，而是使用一套忠誠退款規則，亦即以顧客自該市場支配廠商取得—無論其購買量之大小—全部或大部分所需產品為條件的退款，係屬濫用其地位…⁸⁸」

換言之，有別於 Delimitis 判決，關於排他性條款是否構成濫用市場支配地位的確認，該等條款所造成實際效果的強度（例如以遭到封鎖的市場份額來衡量）並非所問。法院的實際作法，是再度引用 Michelin I，重申先前案例所揭示的必要考量：

「準此，需要考量所有情況，特別是決定退款核給的條件和規則，並調查退款在提供利益而非基於任何合理的經濟上對待給付之時，是否傾向於除去或限制買家

⁸¹ *Id.*, at para. 159.

⁸² Simon Bishop & Mike Walker, *supra* note 19, 249-250.

⁸³ Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 16, 450.

⁸⁴ Case C-413/14 P, Intel Corp. v European Commission, ECLI:EU:C:2017:632.

⁸⁵ Case C-549/10 P, Tomra Systems ASA and Others v European Commission, ECLI: EU:C:2012:221.

⁸⁶ Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities [1979] ECR-461.

⁸⁷ NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin, [1983] ECR-03461.

⁸⁸ Tomra, ECLI: EU:C:2012:221, para. 70.

選擇其供應來源的自由、阻礙競爭者的市場競爭機會，或扭曲競爭以強化市場支配者之地位。⁸⁹」

由上述可知，須認定的只是退款「傾向於」發生的效果，而非實際效果，因此考慮退款相關的條件和規則等因素即屬足夠。正因如此，法院才會表示：「說明市場支配地位廠商的濫用行為傾向於限制競爭，或系爭行為能夠產生該結果，即為已足。⁹⁰」

Intel 案發生的也是類似的爭議：Intel 作為支配市場的 CPU 製造商，提供退款給電腦原廠設備製造商（OEM），條件為應自 Intel 採購其需求中超過 80% 的產品。歐盟普通法院採取 Tomra 案的審查模式，將給予忠誠退款的行為推定違法，而 Intel 可以透過證明其屬客觀上必要（objectively necessary）或對消費者能夠產生淨的效益（Counterbalancing efficiency），而加以合法化⁹¹。法院據此推論，所謂同等效率競爭者標準（as-efficient-competitor test，下稱 AEC 標準），亦即評估在退款體制下的實質有效價格是否會將和 Intel 同樣有效率的競爭者封鎖於市場之外，在本案沒有採用的必要性⁹²。

然而，上訴審的 ECJ 對於本案應審酌事項及其評估方式採取不同的立場，將案件發回重審。該院一方面肯定市場支配廠商無論採取獨家購買義務或是退款方式來達成獨家交易，都會違反 TEFU 第 102 條，另一方面則闡明執委會所為對於系爭措施市場封鎖能力的分析，以及 Intel 基於所提證據的主張，一般法院皆應予以審酌，而就本案而言，AEC 標準在前述分析中「扮演重要角色」，因此法院應該加以審查⁹³。

話雖如此，Intel 案對於未來忠誠退款的規範將會發生怎樣的意義，還需進一步檢視。法院雖因為 AEC 標準其在執委會所為分析中的「重要角色」，要求下級審加以審酌，有趣的是，執委會在訴訟中早已表明 AEC 標準既非必要，亦非法規對系爭處分作成的要求⁹⁴。相較之下，法院於判決的第 138 至第 141 段反覆闡述其所要求的分析，充其量只是要證明退款措施封鎖市場的能力，具體而言：

⁸⁹ *Id.*, at para. 71.

⁹⁰ *Id.*, at para. 68.

⁹¹ Case T-286/09, *Intel Corp. v European Commission*, ECLI:EU:T:2014:547, para. 94.

⁹² *Id.*, at para. 151.

⁹³ *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, paras. 137-138.

⁹⁴ *Id.*, at paras. 138, 141.

「在該情形，執委會被要求分析者不僅包括：a.系爭市場中該廠商的市場地位，b.系爭措施所涵蓋的市場份額，以及給予系爭退款的條件、計畫、期間和數額；其亦須評估該市場支配廠商是否有將相同效率的競爭者排除於市場外的策略。⁹⁵」

上述最後一個要求—檢視是否排除「相同效率」的競爭者—係對忠誠退款案件的額外要求，法院也根據此一對於過往案例法的突破，撤銷原審判決。對於忠誠退款究應比照掠奪性定價抑或獨家交易來處理，學說上亦有相關爭執⁹⁶，此已超出本文範圍。相對地，上述前二個要求可以一般性地適用於所有效果上類似於獨家交易的行為，並與先前的案例以及 *Delimitis test* 相比較。

值得提及的一點是，法院要求檢視**系爭措施所涵蓋的市場份額**，與上述所引 *Tomra* 案對於市場支配廠商的忠誠退款，**無論其購買量之大小**，皆屬違反 TFEU 第 102 條的論述，存有潛在的矛盾。其實，「**無論其購買量之大小**」的論述，也出現在 *Intel* 判決的第 137 段，該段和 *Tomra* 案一樣都是引用先前的 *Hoffman-La Roche* 案，這說明先前近於本質違法而不論效果的觀點，在 *Intel* 案仍然維持。有鑑於此，法院額外要求檢視**系爭措施所涵蓋的市場份額**，最佳的解釋應該是：藉此評估系爭退款措施是否得透過所生效率客觀上加以正當化（*objectively justified*）⁹⁷。直言之，本文認為 TFEU 第 102 條的適用之所以須檢視系爭措施所涵蓋的市場份額，是因為其攸關法院所謂「衡量系爭措施對於競爭的有利與不利影響」的要求⁹⁸。按系爭措施是否能夠因所生效率而正當化，在歐盟競爭法實務的體系中，是在證立其對於競爭的減損之後，方有論述的必要，且須由被控違法的廠商主張和舉證，因此本文對於 *Intel* 案的詮釋，即與論者以為執委會須證明系爭措施涵蓋「可觀的市場份額」（*a substantial share*）之主張⁹⁹有所出入，但較能圓滿解釋 *Intel* 判決對於 *Hoffman-La Roche* 一案的引用。

承上所述，歐盟司法實務上適用 TFEU 第 102 條於忠誠退款，仍採取不同於 *Delimitis test* 的模式：一旦市場支配廠商使用忠誠退款，不論其所涉購買量的大

⁹⁵ *Id.*, at para. 139.

⁹⁶ See Damien Geradin, "Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche," *11(3) Journal of Competition Law and Economics*, 581 (2015).

⁹⁷ *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, para. 137.

⁹⁸ *Id.*, at para. 140.

⁹⁹ Damien Geradin, *supra* note 96, 582.

小，就會觸發 TFEU 第 102 條，但 *Delimitis test* 尚要求認定獨家交易行為對於市場有顯著（significant）的封鎖效果。

若比較歐盟法對於 TFEU 第 101 和第 102 條的處理，可以觀察到對於第 102 條的適用仍然較為形式化，而未要求考慮實質的經濟效果。這個差異可以隨後和美國法相比較，在此則可先提出部分的解釋，即歐盟法院對於市場支配廠商所採的一貫立場：

「支配市場的廠商負有特別的義務，對於內部市場中真正的、不受扭曲的競爭，不應做出危害的行為…這是 TFEU 第 102 條之所以禁止其使用效能競爭以外的競爭手段…¹⁰⁰」

此種「特別的義務」，可能是歐盟法對於 TFEU 第 102 條的適用仍然類似第 101 條中所謂「目的限制競爭」的原因所在¹⁰¹，由此也可見得 ECJ 對於 TFEU 第 101 和第 102 條的適用於獨家交易所採的不同態度。

最後，關於系爭措施能否被「客觀上正當化」的問題，*Tomra* 和 *Intel* 案（第一審）中廠商提出的主張，法院皆認為不足審酌¹⁰²。

3.效果分析的架構和要素

歐盟法院對於獨家交易協議的經濟分析聚焦於三個要素：(1)行為廠商的市占率；(2)協議的期間長度；(3)不同市場脈絡下不同因素所決定的進入障礙。

值得進一步討論的是，該三要素的分析架構在某種程度上會因為行為廠商有無市場支配地位而有不同，三個要素的重要性與彼此間的關係亦隨之改變。

就 TFEU 第 101 條而言，很清楚的是上游廠商須達到一定的市占率門檻，其獨家交易行為才有觸法的可能，但對於協議的長度和控制銷售點的數量，則無明確的標準。雖然 *Delimitis test* 中協議所覆蓋的累計市場份額是關鍵因素，但在數量上尚無特定的門檻或衡量標準可言，其毋寧似標示了覆蓋率和期間長度超過系爭市場平均水準的程度，有潛在的抵換關係。*Delimitis* 之後的案件對於期間長度態度不一，有些像是 *Neste* 案以之為關鍵，有些如 *Van den Bergh Foods* 案認為隨時可解約的條款仍屬違法。由此可見，期間長度對於市場封鎖效果的影響，因市場脈絡而有不

¹⁰⁰ *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, paras. 135-136.

¹⁰¹ Pablo Ibáñez Colomo, “The Future of Article 102 TFEU after Intel,” https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125468, last visited on date: 2019/1/3.

¹⁰² *Tomra Systems*, ECLI: EU:C:2012:221, para. 75; *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547, para 94.

同，特別是當進入障礙較高，期間長度的重要性隨之減低（如 Van den Bergh Foods 案）。

簡言之，當廠商的市占率超過某個門檻，市場上獨家協議條款的累計效果就會成為關鍵，因為該廠商在整個網絡中的角色無可置疑。而考慮累計的封鎖效果之時，重點就在如何從系爭市場的經濟和法律脈絡中，對於進入障礙作出評估。

相較之下，法院對於 TFEU 第 102 條的適用就採取了較為簡單且偏向形式論證的架構。獨家交易行為的覆蓋率並非關鍵的考量。進入障礙時常伴隨著市場支配地位而發生或認定，因此也不是分析重點，例如市場份額一定比例屬於市場支配廠商所供應的「必備商品」（must stock item）。一般而言，當市場支配廠商使用效能競爭以外的競爭手段，而違背其「特別責任」之時，法院處理的模式近似於「本質違法」的標準¹⁰³，換言之，須檢視者只限於系爭協議本身的內容，而非其經濟效果。然而，有鑑於 Intel 案的最新發展，未來在衡量獨家交易措施的效率促進是否大於限制市場競爭之時，市占率和覆蓋率等因素將有一定的重要性。

（三）美國法上獨家交易的案例

1. 案例法的早期發展

英國普通法上曾經認為獨家交易是一種普通的市場競爭方式，1890 至 1914 年間的美國法院亦大多以獨家交易為合法，僅少數案件涉及獨占的產生而有例外¹⁰⁴。在美國國會因應聯邦最高法院對於搭售案件的寬鬆處理而制定克萊登法之後，司法實務無論是適用休曼法或克萊登法，對於獨家交易都採取了稍微嚴格的立場¹⁰⁵。然依後文分析，Standard Stations 案是早期的經典案例，其後的 Tampa 案仍屬現行案例法的基石，以聯邦上訴法院為主的司法實務在此之上形成了論理原則的分析內容，一般而言對於獨家交易行為尚稱寬容。

¹⁰³ Intel, ECLI:EU:C:2017:632, paras. 135-136.

¹⁰⁴ Herbert Hovenkamp & Phillip E. Areeda, *supra* note 36, §18-14.

¹⁰⁵ *Id.*, at §18-15 & §18-19. 司法實務對於獨家交易一向採取比搭售更為寬鬆的態度，直到 1984 年的 Jefferson Parish 判決認為搭售是一種獨家交易行為，而該判決並未改變實務處理獨家行為的標準（詳後）。See Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts, and Problems in Competition Policy*, 2nd ed., West Academic Publishing, 823-825 (2008).

獨家交易的案例法和所適用的立法都有別於其他類別的垂直限制。雖然現今美國法上對於所有的垂直限制的審查都採取論理原則，但是 *Tampa* 案關於獨家交易最早採此原則，其後處理地域限制（territorial restriction）的 *Sylvania* 案¹⁰⁶，對於限制轉售價格之外的垂直限制競爭行為作出相同要求。*Sylvania* 案更對於反托拉斯法中經濟學的使用作出明確的背書，雖然沒有進一步對於分析的內容作出指引，讓之後的下級法院對於詳細分析架構有其分歧和探索的機會¹⁰⁷。最後，對於限制轉售價格，聯邦最高法院在 *Leegin* 案¹⁰⁸也採取了論理原則。

2. 獨家交易主要案例及法理的分析

(1) 早期案例

在 *Standard Stations* 案¹⁰⁹，標準石油公司為美國西部最大的石油廠商，以 1946 年的應稅燃料總銷量計算，享有 23% 的市占率，其中 6.8% 是透過自家加油站，6.7% 係與獨立加油站進行獨家交易契約，其餘則是售予工業使用者。就加油站的數量計算，有 5937 間（16%）零售加油站與標準石油公司訂有書面契約，742 間（2%）口頭訂約。其他競爭者也使用類似的獨家交易契約，其中 6 家領導廠商的總市占率為 42.5%。市場上只有 1.6% 的零售加油站銷售來自不同廠商的油品。

該案的爭點是關於，應如何證明獨家交易行為導致克萊登法第 3 條所謂「顯著減損競爭」。地區法院採取「從量說」（quantitative substantiality），認為廠商行為的排他性排擠了市場內部及外部競爭者的交易機會，本身就是減損競爭的行為，是以只要證明有顯著份量的交易受到系爭契約影響及即可適用該條¹¹⁰。另一個方案是直接證明「競爭」因此而減少，或大概會減少。聯邦最高法院肯定使用排他性契約有普遍的益處，考慮了這個方向，但結果並未採納。最高法院面對整體市場結構以及標準石油公司使用系爭契約而維持其市場地位的事實，認定系爭契約的效果是「讓現有廠商得以個別維持其市場地位，且同時在整體上（縱非集體為之）妨礙後

¹⁰⁶ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁰⁷ Ernest Gellhorn, William Kovacic & Stephen Calkins, *supra* note 12, 334-337.

¹⁰⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹⁰⁹ *Stand. Oil Co. of California v. United States* (hereinafter referred to as “Standard Stations”), 337 U.S. 293 (1949). *See e.g.*, Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 825.

¹¹⁰ *Standard Stations*, 337 U.S. at 299.

進廠商取得顯著的市場份額」，而這樣的結果會讓系爭契約所創造的效率失其意義¹¹¹。

最高法院認定，現有證據無法證明是否競爭活動真的已有減損，但是系爭契約的確創造了「競爭的潛在阻礙」，既然倘若成真就會妨礙「顯著數量的競爭活動」，系爭規定的目的就是去除這樣的潛在阻礙¹¹²。

作為一個早期案例，Standard Stations 案使用類似前述「累積的封鎖效果」的概念，作為認定「顯著減損競爭」的關鍵因素，從而認定了系爭獨家交易契約對於 6.7% 的市場份額為之，其潛在的效果已經足以動用克萊登法第 3 條加以取締。「累積的封鎖效果」在 Motion Picture Advertising 案扮演了更清楚的角色，該案的法院加總前四大廠商的市占率¹¹³來認定獨家交易行為的市場封鎖效果。此外，法院多半較強調排除對於競爭的限制，而未顧及獨家交易行為所產生的效率或減少的成本，仍未出現類似論理原則的論證模式。

(2) 邁向論理原則

雖然從 Tampa 案本身並未有清楚的表示，該判決在這個受到頻繁引用的段落中，被認為對獨家交易協議採用了一般性的論理原則：

「要在某特定案件中認定顯著性（substantiality），必須考慮締約廠商的相對市場力量、在系爭市場中所牽涉交易量的比例、先占該部分市場份額對於其中有效競爭大致可能發生的立即和未來效果，以衡量該契約對於有效競爭的相關領域的大致可能效果。¹¹⁴」

Tampa Electric 是一家發電及售電的公用事業，該案涉及了其所簽訂的採購契約是否符合克萊登法第 3 條的爭議。Tampa 是系爭獨家交易採購契約的義務人，該契約標的是其 Gannon 發電站中所有新單位所需的燃煤；聯邦最高法院認定該契約至多涉及系爭市場的 0.77%，期間為 20 年。法院亦認定系爭市場中大約有 700 個競爭者¹¹⁵。

在評估系爭契約對於競爭的影響時，法院首先認為系爭採購契約在反托拉斯法

¹¹¹ *Id.*, at 310.

¹¹² *Id.*, at 315.

¹¹³ *FTC v. Motion Picture Advertising Svc. Co.*, 344 U.S. 392, 396 (1953).

¹¹⁴ *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 330.

¹¹⁵ *Id.*, at 323, 334.

的脈絡下是「可疑」但非「本質違法」¹¹⁶。法院並未再提及系爭契約的市場覆蓋率，而指出本案和其他案件的差異：系爭契約並非由獨占廠商訂立，亦非市場的一貫作法¹¹⁷。法院進而檢驗系爭契約對於買賣雙方產生的經濟利益，法院摘錄 *Standard Stations* 案的文字，確認：

「就買方而言可以確保供給，而賣方可能讓銷售費用顯著下降、提供價格波動下的保護，及…讓市場更可能具有可預測性。¹¹⁸」

法院另一個考量點是系爭契約的時間長度，但這個因素的重要性不及於持續而充足的燃料供給和消費者負擔較低電價所能維護的公益性。如判決所述，如此「契約當事人營運的特定考量並非不重要」。

即使受影響的市場份額只有 0.77%，某程度上 *Tampa* 判決還是進行了論理原則的分析。法院並未特別認定封鎖 0.77% 的市場是否「顯著」，而是檢驗了許多相關因素，例如市場中現有的競爭強度、使用獨家交易是否系爭市場的一般作法等，藉以評估「該契約對於有效競爭的相關領域的大致可能（probable）效果」。

雖然後續案例法的發展並未傳達一個極為清楚的訊息，關於如何審查獨家交易協議的合法性，*Tampa* 案至今仍為主要的領導案例¹¹⁹。後來的 *Jefferson Parish* 案明確要求，就獨家交易協議應採論理原則：

「在確認一個獨家交易契約是否不合理時，適切的焦點是在於系爭產品或服務的市場結構—市場中的賣家和買家數量、交易量，以及買賣雙方將其交易轉至其他人的容易程度。獨家交易只有在某個顯著比例的買家或賣家被該排他性交易摒除於市場之外的情況，才會成為不合理的交易限制。¹²⁰」

因此，或可認為獨家交易所覆蓋的市場份額大小並非是分析的唯一攸關因素，且為了認定是否有「顯著」的市場份額被封鎖，應考量「系爭產品或服務的市場結構」。以下分析晚近的案例法時，焦點即應在於市場結構及因此而生的封鎖效果。

¹¹⁶ *Id.*, at 325.

¹¹⁷ *Id.*, at 334.

¹¹⁸ *Id.*, at 335.

¹¹⁹ *Tampa* 案的 5 年後，*Brown Shoe* 案中，美國聯邦交易委員會沒有顯著證據而認定一個涉及 1% 市場份額的獨家交易協議認定違法，該判決予以維持，但並未成為領導案例。See *FTC v Brown Shoe Co., Inc.*, 384 U.S. 316 (1966).

¹²⁰ *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2, 46 (1984).

(3)現行作法

如論者所指出，跟隨 Tampa 和 Sylvania 的下級法院案例中，無法歸納出一個特定的市占率門檻¹²¹。然而，論理原則已可容認覆蓋較高市場份額的獨家交易協議¹²²。準此，本小節將分析晚近案例法的理路所在。

Omega Environmental 案¹²³再次說明了，為何市占率並非審查獨家交易協議的決定性因素。涉及該案的 Gilbarco 公司是美國生產石油配給設備的 5 個廠商之一，其銷售係透過授權配銷商或直接售予消費者。系爭市場的廠商和大約 500 個配銷商訂有獨家交易協議。Gilbarco 享有大約 55% 的市占率，其中 120 個（全部的 24%）授權配銷商貢獻了 70% 銷售額，約合 38% 的市場份額。Gilbarco 和配銷商訂立的標準協議初始期間為 1 年，協議雙方皆可於 60 天前通知而解約，無須附理由亦無罰則¹²⁴。

本案多數意見對於系爭協議，不認為所涉及高比例的配銷商和市場份額已經構成顯著的市場封鎖效果。法院提出二個理由，其一主要在於現有的或潛在的替代配銷通路觸及終端消費者的能力，消除了獨家交易協議可能封鎖系爭市場的擔憂¹²⁵。法院進而指出，所有廠商都透過直接販賣達到某個比例的銷售額，且有實際的和潛在的參進廠商在與現有的授權配銷商競爭¹²⁶。此外，法院認為反托拉斯法係保護競爭的自由，亦即「直接販售、開發替代的配銷商，或爭取現有配銷商的服務」¹²⁷；而非反對現存廠商享有競爭利益，例如財力、能力或與現有配銷商的客戶關係¹²⁸。法院的第二個理由是系爭協議的短期期間以及解約容易會緩解相關限制競爭的疑慮，因為即使有也不會持續超過 60 天¹²⁹。

關於「現存或潛在替代配銷通路」是否以及如何緩解獨家交易協議的反托拉斯問題，微軟案¹³⁰加入了新的論理要素。該案涉及微軟以協議限制所有網路接取服務

¹²¹ Einer Elhauge & Damien Geradin, *supra* note 37, 548-549.

¹²² Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 828.

¹²³ Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997).

¹²⁴ *Id.*, at 1161-1162.

¹²⁵ *Id.*, at 1164.

¹²⁶ *Id.*, at 1163-1164.

¹²⁷ *Id.*, at 1164.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*, at 1165.

¹³⁰ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

提供廠商（Internet Access Providers, IAPs）只能推廣 IE 瀏覽器，並限制使用網景公司（Netscape Communications Corporation）Navigator 瀏覽器的網路接取軟體出貨不得高於某個特定百分比。哥倫比亞特區巡迴上訴法院表示，系爭協議違反休曼法第 2 條：

「…獨占廠商使用排他性契約，即使契約封鎖的市場份額少於第 1 條成立所要求大約 40%或 50%的市占率，在某些情況可能違反休曼法第 2 條。¹³¹」

該院以大多數 IAP 訂戶為系爭契約所涵蓋，認定其具有維持微軟獨占地位的顯著效果。另一方面，法院不採微軟以在微軟平台上維持更多開發者作為合理化系爭協議的主張，認此係「維持其於作業系統市場的市場力」¹³²。

值得一提的是，該院肯定地區法院關於休曼法第 2 條的判斷，其基礎在於認定系爭協議嚴重限制網景公司取得「最有效率」觸及瀏覽器市場的配銷管道¹³³。在該案中，網景公司可用的替代配銷方法（例如透過免費下載），若依照 Omega Environmental 案的意見，似可緩解違法問題。雖然上訴法院並未論及 Omega Environmental 案或加以區隔，地區法院的論證實際上解釋了微軟案的處理：僅僅存在較不效率的配銷管道尚無法讓獨家交易協議免於違法的判斷。

在 Dentsply 案¹³⁴，替代通路的有效性和成本也成為封鎖效果的關鍵因素。Dentsply 於系爭預製假牙（prefabricated artificial teeth）市場享有 75 至 80%（以收入計）或 67%（以單位計）的市占率，其餘的競爭者的市占率皆小於 5%。Dentsply 並與其經銷商訂定可隨時任意終止的排他性供應契約¹³⁵。法院於檢驗系爭契約的限制競爭效果後，認定違反休曼法第 2 條。

相對於地區法院以直接銷售作為替代配銷管道，上訴法院的判斷則立基於經銷商提供給廠商和消費者相同利益。此外，鑑於「Dentsply 長久鞏固的經銷商網絡」以及「直接銷售廠商所掙得 3%或 5%的微小市占率」，法院並不認為直接銷售可能造成 Dentsply 獨占地位的威脅¹³⁶。

為了進一步確定封鎖效果，上訴法院設法駁斥以契約的可終止性否認其效果的

¹³¹ *Id.*, at 71.

¹³² *Id.*, at 72.

¹³³ *Id.*, at 71.

¹³⁴ *United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005).

¹³⁵ *Id.*, at 185-186.

¹³⁶ *Id.*, at 194.

說法。法院將本案與 *Omega Environmental* 作區別，後者與本案不同的情況是系爭協議期間歷經市場價格下降以及市占率的波動；法院並對比 *Dentsply* 的銷售額以及其他競爭者爭取經銷商的所得的銷售額，並再次確認經銷商在配售所扮演的重大角色¹³⁷。

前述認定中，有兩個互相連結的論述值得一提。第一，法院指出停滯而不成長的假牙市場，相較於「像微軟案中動態多變的市場」，對於經銷商施加了「沉重的經濟壓力」，並放大了系爭協議的經濟影響¹³⁸。

法院接著表示，經銷商已經促進了「顯著減低的配銷成本」以及「便宜、大量的供應線」¹³⁹，且這樣的配銷管道只有在進入障礙存在時才會被獨占廠商以獨家交易條款控制。就如法院所引用 *Hovenkamp* 教授文中的譬喻：沒有後進者會能夠設立一家百貨公司來賣蝴蝶領結，因此獨占者的獨家交易契約會得勝¹⁴⁰。準此，法院對於獨占廠商掌握更有效或低成本的配銷網絡是否形成限制競爭的封鎖效果，建立了審查的標準。

McWane 案¹⁴¹是最近對於案例法的再確認，同時也顯示了不同聯邦巡迴上訴法院之間所採行法理的不一致。上訴法院於本案所處理的爭議是：可塑鐵管配件的廠商 *McWane* 的排他性作為是否構成了違法的獨占維持。本案的系爭市場是本土生產的配件市場，而法院認定 *McWane* 為獨占廠商。*McWane* 自 2006 至 2009 年間取得了 100% 的市占率，而 2009 年時 *Star* 公司進入市場成為主要競爭者。*McWane* 的市占率下降，2010 年約為 95%，2011 年達 90%¹⁴²。

配件市場之中，產品係經由中介的配銷商販售。*McWane* 因應 *Star* 參進的威脅，採用其所謂「完全支持方案」，向其他廠商進貨的配銷商將會失去 *McWane* 的退款，還會被 *McWane* 斷貨最長達 3 個月¹⁴³。

McWane 主張其方案並不具拘束性且為短期，應該被推定合法¹⁴⁴。法院指出，

¹³⁷ *Id.*, at 195-197.

¹³⁸ *Id.*, at 197.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*, at 196.

¹⁴¹ *McWane, Inc. v. FTC*, 783 F.3d 814 (11th Cir. 2015).

¹⁴² *Id.*, at 831.

¹⁴³ *Id.*, at 821-822.

¹⁴⁴ *Id.*, at 834.

其他上訴法院的案例如 *Omega Environmental* 和 *Roland* 案¹⁴⁵支持 *McWane* 的看法，但該院循 *Dentsply* 案認為系爭協議造成的「實際效果」，是使配銷商轉換供應商變成經濟上做不到的事。一個在 *Dentsply* 案中也存在的重要因素，是直接銷售作為替代的配銷管道並不可行¹⁴⁶。

然後，法院適用 *Tampa* 案的法理來分析系爭方案對於競爭的傷害：

「…封鎖是數個因素之一…我們也會尋找直接證據，即系爭行為已經影響價格或產出的；以及其他間接證據，例如對手被排除的程度、排他性交易的期間，以及替代性配銷管道的存在。¹⁴⁷」

顯著程度封鎖的條件很容易達成，原因在於系爭方案的宣布阻止了最大的 2 個配銷商（共同控制了 50 至 60% 的配銷市場）以及其他配銷商與 *Star* 做交易。複雜的是 *Star* 的市占率在該期間仍在成長，而法院認為有實質證據認定成長趨緩¹⁴⁸。

關於競爭受到減損的其他證據，法院基本上採取了二個主張。第一，法院發現 *McWane* 在執行系爭方案時提高了價格，似可合理認為此係對於獨占力有顯著貢獻。第二，透過將競爭者有效率的配銷方式予以剝奪，*McWane* 增加了競爭者的成本，且讓 *Star* 無法達到可以支持自有鑄造廠的銷售額度。換言之，系爭方案減慢了對手的成長，並阻止其發展成能夠匹敵其獨占力量的廠商¹⁴⁹。

關於 *McWane* 所提出系爭方案有助競爭的正當化主張，法院引用微軟案，認為要保有足以支持其鑄造廠的銷售額，並不能夠正當化其行為¹⁵⁰。

3. 論理原則的分析架構與元素

由上述案例分析可見，法院以一種彈性且具個案調適能力的方式去適用 *Tampa* 案和 *Jefferson Parish* 案所形成的架構，對於評估獨家交易協議的目標對象轉單給競爭者或參進廠商的容易程度，並藉此衡量協議的大致可能效果，各個案例都依據不同情況作出說明。

¹⁴⁵ *Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.*, 749 F.2d 380 (7th Cir. 1984).

¹⁴⁶ *McWane*, 783 F.3d at 834-836.

¹⁴⁷ *Id.*, at 836.

¹⁴⁸ *Id.*, at 838-839.

¹⁴⁹ *Id.*, at 841.

¹⁵⁰ *Id.*, at 842.

綜觀案例法的發展，違法認定的必要考量條件逐漸增加且趨於嚴格。如 *Eastern Food* 案判決意見所述，系爭市場的現行集中程度以及系爭措施造成的顯著封鎖效果是核心的考量¹⁵¹。其他因素如協議期間和措施的普遍性，須依不同的市場脈絡和特定的市場結構（包括進入障礙）而為分析。

大部分案件係牽涉具有市場支配地位的廠商，例如 *Omega Environmental*、*Microsoft*、*Dentsply* 以及 *McWane* 等案。替代性配銷通路在市場上普遍採取獨家交易行為時，扮演了對抗市場封鎖效果的關鍵角色（*Omega Environmental*）。就此而言，所謂「替代性」必須以成本（*Microsoft* 和 *McWane*）以及實際可行性（*Dentsply* 和 *McWane*）的觀點來理解。

對於認定系爭措施的真實、大致可能，或未來的效果，最基本的是市場結構和相關脈絡的分析，並連結到進入障礙和經銷商的潛在可移轉性。法院考慮的因素例如市場的成長潛力和經銷商面對的經濟壓力（*Dentsply*）、經銷商的市場力量或獨占力（*Microsoft*、*Dentsply* 及 *McWane*），資本需求和必要的營運規模（*McWane*）。

近期的趨勢，則是參考系爭產品的價格或數量改變等直接證據是否支持競爭減損的認定（*Dentsply* 及 *McWane*）。相對而言，協議的期間也受到考量，但通常是在完整分析實際市場動態的架構之上（*Dentsply* 及 *McWane*）。

四、美國與歐盟案例法的比較分析

（一）比較基準：獨家交易的經濟學

獨家交易安排可能導致促進或限制競爭的效果，而經濟學有助其描述、分析與評估。本小節以經濟學對獨家交易的分析為基準，評價和比較歐盟和美國的案例法。

獨家交易所引起最主要的擔憂，在於對競爭者排除或損害接觸最具成本效益的配銷管道（零售或經銷商）或生產投入資源（上游供應商）的機會，而其終極結果

¹⁵¹ *Eastern Food Services, Inc. v. Pontifical Catholic University Services Association, Inc.*, 357 F.3d 1, 9 (1st Cir. 2004).

會是更高的價格和較少的消費選擇¹⁵²。此外，尋找未受獨家交易拘束的配銷商所提供的替代性產品較為困難，消費者搜尋成本因而提高。搜尋成本是否重要則取決於產品的相對價值、消費是一次性或重覆性，最終性或中間性¹⁵³。

獨家交易安排創造許多類型的經濟利益，可作為限制競爭效果的正當化事由。質言之，垂直整合和垂直限制都是廠商協調產銷關係的工具，如果垂直整合涉及的成本較大，則容許垂直限制手段就會為整體經濟減少產銷成本，並創造額外的效率性。除了這樣的效率性可能促進新的廠商進入市場之外，也會透過增進品牌內限制的有效性（減少品牌內競爭）而改變市場中的競爭態樣¹⁵⁴。獨家交易創造效率的方式因經濟脈絡而有別，共同的功能則是減少有關垂直合作的交易成本（或協調成本）。尤其，排他性採購可以保護製造商的行銷努力不被對手以搭便車的方式加以利用¹⁵⁵。因為實證研究顯示獨家交易關係一致會使各方當事人和消費者皆受益¹⁵⁶，違法的認定需要謹慎為之。

垂直關係中可觀的交易成本可以解釋為何排他性條款有其必要，且相較於逕行指定所欲的履行行為是達成垂直合作的更好方案：履行行為既不容易特定，也無法驗證。同樣地，使用排他性條款而非銷售配額是因為指定一個明確的購買額度會對於零售商施加過度的風險，因為銷售量易受經濟波動影響，且難以精確預測¹⁵⁷。

¹⁵² Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 844.

¹⁵³ Mat Hughes, *supra* note 13, 429; Roger Van den Bergh & Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 215 (2006).

¹⁵⁴ Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 844.

¹⁵⁵ Roger Van den Bergh & Peter D. Camesasca, *supra* note 153, 217-218. 減少如此品牌內的搭便車行為，也是其他垂直限制（例如零售的地域、位置及顧客限制以及零售價限制）的共通正當化事由，亦即可以增進相關廠商投入行銷資源的誘因，只是前述其他垂直限制是促進上游廠商的行銷誘因，而獨家交易則是加強經銷商促銷系爭產品的誘因。也因如此，在交易成本相對更大的情況，獨家交易可能會搭配排他性銷售的措施，以有效降低品牌內競爭，確保經銷商具有足夠的行銷誘因，並集中精力於品牌間的競爭。產品製造商甚至有可能付費給經銷商，使其接受獨家交易，雖然這樣的費用可能會提高其他製造商的行銷成本，乃至轉嫁於消費者，但是反映了對於行銷效率的追求。Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 844-845. 與行銷努力相關者，製造商可以做出對於某垂直產銷關係的專屬投資（relationship-specific investments），以促進該關係內部的行銷效率，至於獨家交易究竟有無促進該等投資的效果及整體結果有無效率，則因模型設定不同容有爭議，參見邱敬淵、李素華，「競爭法下市場封鎖經濟效果之研究—獨家交易」，*公平交易季刊*，第26卷第4期，193-205（2018）。

¹⁵⁶ James C. Cooper, Luke M. Froeb, Daniel P. O'Brien & Michael G. Vita, "A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy," *13 George Mason Law Review*, 293-294 (2005).

¹⁵⁷ Einer Elhauge & Damien Geradin, *supra* note 37, 519-520.

在典型法律實務所承認獨家交易行為的利弊之外，經濟學中已發展了不同的觀點。芝加哥學派認為獨占力不會因為排他行為而增強，因為若存在獨占利潤，可以透過系爭商品的獨占定價加以實現¹⁵⁸。是以獨家交易措施並不會有礙競爭，而且一定是基於增進效率的理由而為之。雖然芝加哥學派傾向於不經實質評估即容認獨家交易行為的合法性，後芝加哥學派採取了對於特定且複雜的市場條件更為仔細檢視其競爭意涵的態度¹⁵⁹。相對於芝加哥學派前述較為抽象的宣稱，後芝加哥學派對排他性條款如何具體地影響系爭市場的競爭，更為注意而且務實。後芝加哥學派所放寬了前述單一獨占利潤理論所立基的限定性假設，例如另一個市場須為完全競爭市場¹⁶⁰；其認為因為排他性行為傾向於提高對手成本，進而可能促成價格維持於一個較高的水準¹⁶¹。作為一個新的市場損害理論，提高對手成本理論（Raising Rivals' Cost，下稱 RRC）要求特定市場事實和證據以為證明，減少了競爭法對於基於市場集中度而為論證以及依照法律類型進行法理推論的依賴¹⁶²。

關於美國和歐盟法院所做的分析如何涉及 RRC 的概念，將在本節加以闡述。整體而言，則要藉比較以顯現二個法院系統受到前述思維的啟發如何不同。

（二）比較功能相同的法理及標準

因為歐美之間晚近比較案例文獻的缺乏¹⁶³，本小節以大西洋兩岸領導案例的粗

¹⁵⁸ 此係所謂單一獨占利潤理論。Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 846. 芝加哥學派的另一相關觀察是，如果新進廠商較原獨占者更有效率，獨占廠商透過補償買家來維持獨占，並非符合利潤極大化的行為，即所謂「芝加哥批評」。但後續研究考慮買家在新進廠商進入市場後，可以違反獨家交易契約與其交易，甚至獨占廠商可能透過預先設定違約賠償乃至其他違約處置，以「榨取」新進廠商的利潤，獨家交易行為乃具備可行性而有限制競爭之虞，參見邱敬淵、李素華，前揭註 155，168-188。

¹⁵⁹ See Patrice Bougette, Marc Deschamps & Frédéric Marty, "When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law," *16(2) Enterprise & Society*, 337-338 (2015); Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 16, 28-29.

¹⁶⁰ Doris Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 3rd ed., Kluwer Law International, 152 (2009).

¹⁶¹ Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *supra* note 105, 847; James C. Cooper, Luke M. Froeb, Daniel P. O'Brien & Michael G. Vita, *supra* note 156, 293-294.

¹⁶² Doris Hildebrand, *supra* note 160, 152-153.

¹⁶³ 許多文獻（包括本文所引用者）涉及較大範圍的比較分析，例如垂直限制，或其他特定種類的垂直限制，例如零售價格維持。一則晚近關於 *Delimitis* 案且包括美國法分析的是 Valentine C. Korah, "The Judgement in *Delimitis* - A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement - or a Damp Squib," *8 Tulane European & Civil Law Forum* (1993).

略及結構性的對照開始。

宜先為商榷者，「封鎖」（foreclosure）一詞在歐盟和美國的案例法上有不同的脈絡意義。美國法上，封鎖發生於事業從事獨家交易行為之時，在定義上，作用是「封鎖」競爭者於系爭產業與獨家交易對象廠商交易的機會。根據現行案例法，「封鎖」即便係獨占廠商所為，仍非本質違法，而只是一個分析的起點。違法是否成立取決於該等封鎖是否減損競爭，或造成獨占化。相對而言，以 *Delimitis* 案為主的歐盟案例中，認為「封鎖」是接觸系爭市場機會的剝奪，是一個確認發動 TFEU 第 101 條第 1 項的限制競爭效果。

簡言之，美國實務操作上，「封鎖」描述某部分市場處於某些獨家交易行為的覆蓋之下的狀況，而歐盟實務上的「封鎖」是指類似行為所造成結果上的限制競爭效果。如後所述，術語使用的差異，和不同取徑背後的思維模式是有所配合的¹⁶⁴。

1.無市場支配地位：累計封鎖模式 vs 個別衡量模式

(1)經濟上決策因素：查驗或衡量

如前所述，獨家交易適用 TFEU 第 101 條的歐盟案例法主要是由 *Delimitis* 案所創的架構及其他跟隨案例所組成。美國法的相應案例則是 *Tampa* 案，其受引用而成為對於獨家交易採用論理原則分析的源頭。然而，*Tampa* 案並不像 *Delimitis* 案（以序列查核清單的形式）提供了一個分析架構，其主要目標則是衡量大致可能的效果。這兩個領導案例開展了大西洋兩岸鮮明對比的實務操作。

實際上，*Delimitis* 案所揭示分析架構的核心，在於確認市場上的獨家交易契約是否經累積而形成了市場封鎖（累計封鎖），以及系爭行為是否對於該等封鎖做出可觀的貢獻。締約廠商的市場地位、所覆蓋銷售點的比例、契約的期間，乃至其他影響進入障礙的因素，都是認定此處所謂貢獻的參數。雖然投入分析的元素和美國 *Tampa* 案以後的實務相近，但論證的模式有所不同。

雖然估量市場上所有獨家交易契約的效果，在概念上符合直覺，但減損競爭的整體概念建構應該透過所有影響因素—相當於歐盟案例法上所謂「經濟和法律脈絡」—的互動來推導，而非透過累計所有契約的效果，然後分出個別契約的貢獻。

¹⁶⁴ 從後芝加哥學派的角度，封鎖通常意指提高競爭對手成本，而非直接將其逐出市場。參見顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發，初版，元照出版公司，46-47（2014）。

Delimitis 案所謂「累積效果」的概念係與隔絕市場准入機會（market access）相連結，而被歐盟法院認屬條約禁止的範疇。這樣的觀念建構也是美國 1970 年代以前反托拉斯政策所採「摧毀對手」（destruction of rivals）競爭觀的具體應用，然而此種觀點已經受到新的經濟理論的挑戰，例如前述的 RRC 理論¹⁶⁵。

也因如此，Delimitis 案將封鎖作為累積效果的觀念建構以一個頗為難解的方式呈現。其所造成的主要困擾在於：要將效果做「累積」，事實上其方式令人感到混亂，或至少過於模糊。具體言之，案例法中對於獨家交易締約方的市場地位，以及所欲控制的銷售點比例，論證相當啟人疑竇，關於契約期間的論點亦然。第一，如何認定累積效果的問題涉及上下游二個市場，各自有其市占率、集中度，以及涉及類似契約的比例。如下所分析，這個難題在後續案件變得更加複雜。其次，有關獨家交易契約期間的處理，ECJ 訴諸系爭市場中的平均值似乎符合邏輯，因為直覺上長期契約會對於累積封鎖效果貢獻較大。但是這樣的處理在經濟理論上並無所據，而且會面對更多的實務問題，例如隨時可解約及自動續期等約定。分析 Delimitis 之後的案件可知，契約期間是被要求檢驗的項目，但是 Delimitis 案所提供的判準完全無助於評估系爭措施。

相對而言，美國的 Tampa 案以不同的方式處理相關的經濟決策因素。有如在 Delimitis 案中，最高法院考慮了所有攸關的因素，例如締約廠商的市場地位、系爭契約的長期期間，以及該等契約沒有被普遍使用的事實。差別在於，所有這些因素都被包括在一個標準之中，以衡量對於競爭的效果，而沒有一個單一因素具有一般的重要性從而被列入某個「查驗清單」（checklist）。關於系爭契約的 20 年期間，法院認定其重要性不及契約所維護的公益。如前所述，Tampa 案所揭櫫的分析方向就是考慮締約廠商的相對市場力量、相似契約覆蓋銷售點的比例，乃至這些因素對於競爭所造成的大致可能效果¹⁶⁶。後續引用 Tampa 的案例則考慮了許多 Tampa 案所未提及的因素，去衡量系爭行為對於競爭的影響。

附帶一提者，美國法所採的衡量模式對於獨家交易觸犯反托拉斯法的認定，並未排除市占率門檻作為必要條件的可能。事實上，Tampa 案以來的聯邦法院，在認

¹⁶⁵ Herbert Hovenkamp, "The Reckoning of Post-Chicago Antitrust," in: Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi & Roger J. Van den Bergh (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 16 (2002). 關於市場准入的觀念對於歐盟法的特別意義，請參見本文四、（三）。

¹⁶⁶ 參見前揭註 114 之分析。

定市場減損上一般向來要求較高的市占率。然而，並未有某個特定的門檻值在聯邦法院層級成為主流，這似乎是衡量模式適用到分殊的經濟和法律脈絡下的自然結果。

(2)對競爭的效果：累積或個別

Delimitis 案所採的模式無法提供客觀上可操作的標準，在 Langnese 案表現得更為明顯。根據採取系爭獨家交易契約廠商的市占率（45%）、受控制的銷售據點比例（15%），以及受另一個主要廠商控制的比例（10%），尚無法逕行認定市場封鎖的顯著貢獻。系爭契約的有效期間是 2.5 年的事實也難以直接作為認定基礎，對此法院也僅提及而未為任何實質論證。由於 Delimitis 標準中三個因素之二皆未能提供指引，法院訴諸最後一個因素，其他面向的經濟和法律脈絡。既然只有概括性的「其他面向」能夠說明案件結果，這個架構似難認為攸關於法院的審酌。

無論歐盟或是美國，經濟和法律脈絡的分析無疑是關鍵的，例如關於進入障礙的分析將會在本節最後作更詳細的說明。在此欲說明的是，「累積」效果的意義並未在 Delimitis 標準中有清楚的表達，因此無法為經濟分析作出有意義的指導。

其實，關於獨家交易行為所形成網絡的評價方式，Delimitis 案所採的只是其中之一，如果我們比較 Neste 和 Standard Stations 二個案子就能看得更清楚。此二案都是處理引擎燃料批發商和加油站之間的契約，其中使用排他性契約是市場上通行的作法，整體上對於競爭構成了顯著的負面效果。其共同面對的難題是，對於不具市場支配地位、甚至不具市場力特定廠商行為，如何分辨是否「對於封鎖有顯著的作用」（had a significant contribution to foreclosure）或「顯著減損競爭」（substantially lessened competition）。

在 Neste 案中，市場地位無法傳遞清楚的訊息，一審法院轉而強調系爭契約的期間是更具有決定性。結果，在大部分固定期間契約因歐盟第 1984/83 號規則而豁免的同時，可以隨時在 1 年前通知解約的系爭契約被認定未違法。

相較之下，美國聯邦最高法院在 Standard Station 案認為，控制 6.7%的零售市場係違反了克萊登法。法院特別認定標準石油公司創造的限制競爭效果可能是潛在的，或取決於其他主要廠商對於類似契約的同時使用。然而，在集體形成的進入障礙之中扮演一個顯著的角色，是法所不允許的。

Standard Stations 之後的案子一般性地提高了觸發進一步分析的市占率門檻，以

致於前述集體形成進入障礙的法理幾乎沒有適用機會。然而，應該指出 *Standard Stations* 案的判決基礎是藉由分辨個別限制競爭行為的顯著性以認定違法，乃「個別衡量模式」之適例。相較之下，*Delimitis* 和 *Neste* 二案比較各個獨家交易條款的期間長短，隱含了對於累積限制競爭效果的「相對」貢獻加以評價。當美國法院要檢驗期間長度，儘管意見分歧，焦點始終在於各別系爭契約所引發的實際效果（詳後述）。

Delimitis 案提出的基本概念，是先檢驗獨家交易契約網絡的累積效果，再從中爬梳系爭契約在其中的「相對」貢獻。因此，如同 *Delimitis* 案對於契約期間的處理，網絡中的契約的相互比較是重要的。這樣的思維模式，也體現於實務上將獨家交易契約所覆蓋的市占率予以加總的傾向，雖然不同市場力的廠商採用類似條款之時，如何釐清其對於封鎖效果的相對貢獻仍不清楚。

如同本小節開始時所述，限制競爭效果的認定若以「封鎖」為基礎，近似於採取「摧毀對手」的損害理論，也就是將某個份額的市場完全排除於競爭之外。這樣的競爭觀形成了歐盟所採的模式：以較偏向形式論證的方式分配廠商的責任歸屬，而非個別地衡量限制競爭效果。

(3) 歐盟案例法的轉向：*Van den Bergh Foods* 案

Van den Bergh Foods 案對於「累積效果」的詮釋似與 *Delimitis* 案有別，而更傾向於「個別衡量模式」：「考慮『一個獨家交易協議』在其中運作，並可能在其中與其他協議結合，而對競爭發生累積效果之經濟和法律脈絡」¹⁶⁷。本案中的一審法院認定 HB 享有系爭市場的 89% 份額，並在事實上控制了 40% 的零售點。該院並未單獨認定 HB 的行為構成市場封鎖，而是指出有 83% 的零售點接受類似的措施，以及其他市場脈絡，例如提供系爭冰櫃相關的資本需求造成了進入障礙，對於較小的或利基導向的公司尤其如此。準此，一審法院透過檢驗經濟和法律脈絡中的所有攸關因素，以及其所導致的累積效果，證立了競爭的減損。

Van den Bergh Foods 案對於「累積效果」的概念構成和 *Delimitis* 及 *Neste* 二案不同之處，在於 HB 的違法認定並非基於比較對於封鎖的相對貢獻，而是經由系爭行為在其他排他性協議等市場脈絡中導致的限制競爭效果而導出。此外，*Van den*

¹⁶⁷ *Van den Bergh Foods*, [1998] ECR II-4653, para. 109.

Bergh Foods 案論述所採的市場傷害理論可說是 RRC 理論，而非隔絕市場准入機會（market access）。

於此作一小結：Delimitis 案的「累積封鎖」和 Tampa 案的「個別衡量」模式，分析的元素類似但是處理方式有別。前者將競爭法的違反視作是系爭市場累積封鎖效果的（相對）顯著貢獻，故傾向於比較類似契約的各種條件。相較之下，後者似較為一貫地將所有因素列入考慮，而對限制競爭效果進行個別衡量。倘如 Van den Bergh Foods 案的情形，累積效果係透過「其他經濟和法律脈絡」發生且被檢視，而非被視為類似契約效果的「累積」，二種模式的差異就會較小。

2.市場支配者：趨向對於競爭者成本影響更細緻的檢視

本小節比較大西洋二案的案例，從中提出二個論點。第一，對照歐盟和美國法院不同的分析模式，可以看出後者係以更有經濟學基礎的作法對待市場支配廠商。第二，尋繹二者的共同演變趨勢，法院就單一獨家交易契約度對於競爭者成本造成的限制競爭效果，要求更細緻的檢視。

二個法域關於獨家交易案例法的結構性區別，在於歐盟案例法對於 TFEU 第 101 條及第 102 條的案件有不同的適用標準，美國則無類似情形。歐盟法院對於禁止市場支配廠商使用「效能競爭以外的競爭手段」，對其課予「特別責任」¹⁶⁸。如此論調對於市場支配廠商建立了一個較嚴格的行為標準，但未能訴諸一個量化理論，或是對於該責任究竟有多「特別」提供一個更精確的說明。由於經濟學上似無能夠支持這種差別對待的理由，歐盟法院對於 TFEU 第 102 條的作法可謂係採取一個形式論證的取徑。

反觀美國，司法實務的基本思考可以下列論述適切呈現，並與歐盟法院對照：

「對於具有市場力的廠商，在其每締結一個契約時，無論效果大小即加諸反托拉斯訴訟的風險，將會對於該等廠商創造一個無法接受也不正當的負擔。¹⁶⁹」

哥倫比亞特區巡迴上訴法院在微軟案中，對於封鎖的市場份額小於通常認定違反休曼法第 1 條所要求額度的獨家交易協議，認屬獨占化行為，就休曼法 2 個條文的適用建立了不同的量化標準。依其取徑，涉及休曼法第 2 條「獨占化」的獨家交

¹⁶⁸ Intel, ECLI:EU:C:2017:632, paras. 135-136.

¹⁶⁹ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d, at 71.

易行為，會和涉及第 1 條「減損競爭」者受到相同方式的審查，但認定違法所要求受封鎖的市占率門檻值則有不同。既然反托拉斯法的本質乃是控制市場力量的不正當行使，而市場力量在經濟理論上係屬程度問題，美國的實務呈現了一個本於效果而非形式的取徑。

二組案例法的另一個結構性差異在於，歐盟對於排他性退款（*exclusivity rebates*）已經發展出一個獨立的案例群，而美國法院對於獨家交易的處理並未因退款是否被使用來達到排他效果作出區別。就美國法而言，前已指出微軟案和 *McWane* 案對於市場競爭的減損，係透過阻止競爭對手取得更有效率的配銷管道和足夠的營運規模來認定。換言之，競爭因為對手的成本提高而受到妨礙。提高對手成本的情形亦可見於歐盟競爭法的案例，例如 *Van den Bergh Foods* 和其他涉及排他性退款的案例。

Van den Bergh Foods 案中，法院對於 TFEU 第 102 條的適用引用 *Hoffman-La Roche* 案，其取徑接近本質違法的認定，較案例法對於 TFEU 第 101 條的處理簡化許多。然而，一審法院關於市場脈絡和創造進入障礙的意見是值得一提的：

「取得一批安裝於銷售點的冰櫃所涉及的費用，使得進入系爭市場非常困難，特別是對於小公司或是享有相當特定利基的即食冰淇淋廠商而言，因為供應較小產品線的廠商較難以合理化冰櫃的投資。¹⁷⁰」

循其論理，對於營運規模小於能夠且願意負擔冰櫃投資程度的廠商，配銷成本將會上升。因此，對於競爭的損害並非來自排他性條款本身，而是透過配銷成本的改變。雖然 *Delimitis* 案仍然被引用，*Van den Bergh Foods* 案顯現了一個不同的市場損害理論，其內涵在於限制競爭效果的分析可以基於成本，而非接觸市場的機會。如前所述，*Delimitis* 案的取徑是透過市場接觸機會的拒卻來分析競爭的損害。然而，接觸市場是否真的遭拒，和競爭是否減損是二個問題。如果進入障礙因提高對手成本而強化，限制競爭效果的發生也可能和市場支配廠商市占率的下降並行不悖（例如 *McWane* 案的情況），因為排他行為如果並未發生可能市場競爭會更激烈、市占率下降更多。但是 *Van den Bergh Foods* 判決是從進入市場後的成本增加以及進入障礙變大來推論競爭法的違反行為。其論理相較於以市場機會為中心的市場傷害理論，乃涉及對於競爭動態更為深入的探索。

¹⁷⁰ *Van den Bergh Foods*, [1988] ECR II-4653, para. 113.

歐盟實務則對使用退款採取不同於美國法院的態度¹⁷¹。由於美國案例法對於涉及退款的獨家交易措施並未採取特別的處理方式，要比較歐美之間有關退款的案例即屬困難。然而，ECJ 在 Intel 案的轉變，可能是以成本結構來觀察市場傷害的開始。獨占廠商是否透過退款的使用以不當的方式提高對手的成本，會是往後案件的觀察重點。雖然前引 Van den Bergh Foods 案的文句是針對 TFEU 第 101 條的適用，其和 Intel 案的共同關懷則是：系爭行為是否影響了競爭者的成本，以及因此創造了限制競爭的效果。

3.本於效果的分析模式：進入障礙作為關鍵步驟

無論採取獨家交易措施的廠商有無市場支配地位，對於競爭的實際效果取決於這些措施對於競爭者的擴張或市場參進予以妨礙或增加其難度的能力。因此，本於效果的分析模式會涉及此種能力。例如期間條款的實際有效性，也是取決於此，而如果分析只聚焦在期間，就會偏向形式論證。本小節將嘗試比較大西洋兩岸關於這個重要因素的論證，以及所採的分析取向。

先前分析的美國法案例中，較少論及排他性協議條款的存續期間。雖然檢驗存續期間是考慮生產廠商是否會長期控制零售商，另一個重要而相關的分析則是關於零售商是否有潛在可能轉換至其他市場上或即將進入市場的生產者。後者的分析是針對協議實際上的「耐久性」，亦即無論期間長短都能確保協議長期有實際效力的性質。如此分析在美國案例法上占有一席之地，亦可與較為強調期間的歐盟實務相比較。

美國法上，對於進入（或擴張）障礙的分析可能包括零售商以外的銷售通路是否能構成有效的替代方案，或是零售商是否有潛在可能轉換至現存的或新的競爭者等等，曾經出現在晚近案件，例如 Omega Environmental、Microsoft、Dentsply 以及 McWane 等案。Omega Environmental 案中，配銷商之外還有直接銷售可資利用，是法院為有利被告判決的關鍵原因之一。Microsoft 案中，替代性配銷通路的概念經過「優化」，從而會考慮到配銷成本以及替代通路是否能形成現存者的威脅。Dentsply 案中，列入論理的則是系爭市場的成長前景，乃至阻止通路商轉換供應商

¹⁷¹ Alison Jones & Brenda Sufrin, *supra* note 16, 483-484.

並且阻斷缺乏低成本通路商者競爭機會的經濟壓力。McWane 案中，法院分析系爭措施如何增加競爭者的配銷成本並限制其擴張，乃至所創造的「實際效果」，讓配銷商轉換交易對象成為經濟上不可行，而且系爭措施的短期期間也變得不重要¹⁷²。

如前所述，Delimitis 標準也要求檢驗進入障礙相關的因素，但並未提及這些因素對於期間條款的有效性可能具有的實際效果。故於 Neste 案中，焦點在於系爭協議的小覆蓋率和短期期間，而非在於進入障礙的檢驗。Langnese 案考慮攸關於進入障礙分析的因素，但慮及這些因素是否增強了期間條款對於市場封鎖的影響力。Delimitis 案分析的缺乏整合性，可能也導致了 Langnese 案對於期間條款僅僅提及而論理卻付之闕如。

Van den Bergh Foods 案的分析呈現了一個不同的觀點。一審法院的意見認為短期前通知或立即的解約可能條款並非攸關，轉而考慮系爭協議的「真實存續期間」(actual duration)¹⁷³。如前所述，關於進入障礙的因素，例如零售商的營運規模較小、系爭行為涉及的高度資本要求，是支持法院意見的關鍵論理。Delimitis 標準經過如此轉化，未來將會如何演變，尚待觀察。

透過案例法的比較可以清楚看到，Delimitis 案領導了一系列案件，率皆在獨家交易協議的評估上，對於協議期間和進入障礙等相關因素採取形式取徑的論證。因此，關於 TFEU 第 101 條的適用，顯然有朝向更本於效果論證方式的改善空間。此外，鑑於 TFEU 第 101 條和第 102 條的適用範圍和結論，在垂直協議的領域已經漸漸發展出較一致的走向，美國案例法上對於進入障礙的分析既然並不區分廠商是否具備市場支配性，除了能作為參考並且引進 TFEU 第 102 條之下的經濟評估，對於我國獨家交易行為的經濟分析應該也能有一定的啟示。

(三) 歐盟競爭法的比較法意義和潛在限制

每個對於歐盟競爭法發展的回顧都應該包括其內部市場整合的首要目標，以及這個目標與經濟分析的使用可能產生的潛在和真實衝突。以市場整合作為首要目標的確會讓某些因素占有關鍵的重要性，例如來自另一會員國的廠商在該國的市場准入機會，因此關於一國內部甚或整個歐盟競爭的經濟分析可能有時在歐盟法上並非

¹⁷² 本段之案例已於三、(三)之小節詳述。

¹⁷³ Van den Bergh Foods, [1988] ECR II-4653, para. 105.

關鍵或首要的考量。就垂直限制而言，在排他性或選擇性配銷的領域就有上述的情形，即市場分割乃至（單一市場內部的）跨國貿易才是主要的擔憂。競爭的維護要不是被當作保護單一市場運作的工具，就是作為與市場整合不相衝突的前提下，才會追求的額外目標¹⁷⁴。

只要市場整合的目標沒有被妨礙，保護競爭和促進經濟效率應該被當做是歐盟競爭法所追求的目標。如前所述，獨家交易行為除了透過限制競爭的途徑，並不會直接妨礙單一市場整合。因此，在獨家交易領域採用更多的經濟分析較不會與歐盟競爭法的過往發展有不一致的情形或顧慮。

從另一角度觀之，更多的經濟分析不但可以和整合單一市場的目標相協調，還能藉由促進市場效率而有助該目標之達成。舉例而言，市場准入機會對於市場整合的目標相當重要，也形成了 *Delimitis* 案的關鍵概念。然而，該案的問題所在並非這個概念本身，而是能否以一個更符合經濟現實的方式權衡限制競爭的效果。類似地，如前所提倡更符合以經濟效果為本的分析模式，係對於系爭行為是否加深進入障礙加以評估，仍與接觸市場機會作為基礎概念的競爭觀有相通之處。因此，無論以進入障礙或是接觸市場機會作為推導競爭觀的基礎，以經濟效果為本的分析模式，才是歐盟 *Delimitis* 標準或我國公平法未來的真正挑戰。

五、對於歐盟乃至我國競爭法的建議：代結論

本文主要比較歐盟及美國法院實務對於獨家交易案件的經濟評估，嘗試對於如何促進本於效果的分析取徑產生洞見。以經濟理論作為比較基準，在美國實務較為符合經濟思維的範圍內，本文以之作為對於歐盟乃至往後我國的建議方向。

獨家交易在上下游廠商之間的協調作用，以及潛在的限制競爭效果，國內文獻上早有認知¹⁷⁵。就我國公平法的規範而言，該法施行細則第 28 條於第 1 項將該法第 20 條第 5 款所稱「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易」之行為，明確定義為包括獨家交易之情形，並於第 2 項就是否「不正當而有限制競爭之虞」，規定應綜合考量判斷的因素，包括「當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等」，實體規範大致

¹⁷⁴ Sandra Marco Colino, *supra* note 16, 64-70.

¹⁷⁵ 可參見劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司，210（2003）。

上亦與歐美規範和實務操作的框架相仿，所餘者仍然是如何考量判斷前揭因素，乃至經濟分析於其中扮演何等角色。至於司法實務對於經濟因素的分析取徑，則與歐盟法院較為類似，或更為簡略。近期案例如最高行政法院 105 年度判字第 267 號判決，對於原審認定上訴人具備相當市場力之後，旋即以其獨家交易契約暨懲罰性違約金等條款為不正當且有限制競爭之虞，予以肯認；同院 101 年度判字第 1070 號判決亦有類似情形，以廠商之市場力量為獨家交易行為有限制競爭之虞的主要論述基礎¹⁷⁶。是我國司法實務處理獨家交易的案例，雖不多但類似於歐盟法院關於 TFEU 第 102 條在 Intel 案之前所採「本質違法」取徑，而未就進入障礙等攸關市場結構的因素為審酌。因此，本文基於歐美二個法域的比較而對於歐盟實務所為建言，一定程度上似可作為我國未來發展的參考。

一般而言，美國司法實務對於獨家交易協議實際效果的評估，相較歐盟或我國呈現了一個較具整合性的分析模式。美國法上，Tampa 和 Standard Stations 二案要求納入所有攸關因素而權衡限制競爭效果；其他案例法也對於涉及休曼法第 2 條的「獨占化」或僅僅「減損競爭」的獨家交易行為，認為只有市占率的量化差異。更近期的案件則引入了提高對手成本理論，對於進入障礙的實際效果能有更為豐富的分析。

相對而言，歐盟案例法仍然採用較偏向形式論證的取徑。雖然對於限制競爭效果的分析，一般只限於 TFEU 第 101 條下獨家交易行為的處理，作為領導案例的 Delimitis 未能清楚論述所要求檢驗的各項因素之間的經濟關係，和背後的經濟邏輯。具體的例子包括要求檢驗市場上所有類似協議的「累計效果」，及系爭協議的存續期間。更遑論 Intel 案之前，TFEU 第 102 條的適用更接近「本質違法」的取徑。然而，Van den Bergh Foods 和 Intel 二案轉而考量對於現存或潛在競爭者的成本有何效果，其對於未來發展的影響值得多加觀察。

由於本於效果的分析模式應該更強調系爭行為所引發實際效果的檢驗，美國實務可能對於歐盟競爭法作出以下貢獻。第一，Delimitis 標準需要重新架構，以衡量獨家交易協議的效果，而非所有類似協議的累計效果。同時，可以考慮使用新進發展且刻劃限制競爭效果更為細緻的經濟理論，例如提高對手成本理論。第二，美國

¹⁷⁶ 值得一提者，最高行政法院 105 年度判字第 267 號判決就獨家交易行為期間的系爭廠商的市占率或交易量的變化，有所著墨，但由於相關市場結構分析付之闕如，似乎仍難解讀這些市場動態和系爭行為的影響關係。

法對於獨家交易在休曼法第 1 條及第 2 條僅為「質」而非「量」的區別處理，則歐盟法 TFEU 第 102 條的適用亦應可採用類似第 101 條的標準，而更接近本於效果的分析模式。尤其，進入障礙的評估對於衡量獨家交易措施的有效性相當重要，其中替代性配銷通路、經銷商的轉換成本等許多相關因素都已經在美國案例法有所分析。以上皆可借鏡於歐盟乃至我國競爭法，增進其對於獨家交易的評估深度。最後，*Delimitis* 案中對協議期間的標準需要重新思考並修正，才能更符合效果為本的分析取徑。

參考文獻

中文部分

- 石世豪，「圍繞經濟分析及間接證據的法庭論戰－評最高行政法院近年針對違法聯合行為裁罰處分相關判決」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期（2017）。
- 邱敬淵、李素華，「競爭法下市場封鎖經濟效果之研究－獨家交易」，公平交易季刊，第 26 卷第 4 期（2018）。
- 陳婉珍，歐盟競爭法上獨家交易之規範－兼論我國公平交易法，國立中興大學法商學院法律研究所碩士論文（1996）。
- 楊宏暉，「歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期（2019）。
- 劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司（2003）。
- 顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策－以競爭法的觀點出發，初版，元照出版公司（2014）。

外文部分

- Bailey, David, "Scope of Judicial Review under Article 81 EC," 41(5) Common Market Law Review (2004).
- Bartalevich, Dzmityr, "The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy," 54(2) Journal of Common Market Studies (2016).
- Bishop, Simon & Walker, Mike, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3rd ed., Sweet & Maxwell (2009).
- Bougette, Patrice, Deschamps, Marc & Marty, Frédéric, "When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law," 16(2) Enterprise & Society (2015).
- Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M., Modern Industrial Organization, 4th ed., Pearson (2005).

- Cooper, James C., Froeb, Luke M., O'Brien, Daniel P. & Vita, Michael G., "A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy," *13 George Mason Law Review* (2005).
- Dau-Schmidt, Kenneth G. & Brun, Carmen L., "Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe," *44 Columbia Journal of Transnational Law* (2006).
- de la Mano, Miguel & Jones, Alison, "Vertical Agreements under EU Competition Law: Proposals for Pushing Article 101 Analysis, and the Modernization Process, to a Logical Conclusion," *59 TLI Think! Paper* (2017).
- Elhauge, Einer & Geradin, Damien, *Global Competition Law and Economics*, 2nd ed., Hart Publishing (2011).
- Gavil, Andrew I., Kovacic, William E., & Baker, Jonathan B., *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts, and Problems in Competition Policy*, 2nd ed., West Academic Publishing (2008).
- Gellhorn, Ernest, Kovacic, William & Calkins, Stephen, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5th ed., West Academic Publishing (2004).
- Geradin, Damien, "Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche," *11(3) Journal of Competition Law and Economics* (2015).
- Gerber, David J., "Two Forms of Modernization in European Competition Law," *31 Fordham International Law Journal* (2008).
- Hildebrand, Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 3th ed., Kluwer Law International (2009).
- Hovenkamp, Herbert, "The Reckoning of Post-Chicago Antitrust," in: Cucinotta, Antonio, Pardolesi, Roberto & Van den Bergh, Roger J. (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2002).
- Hovenkamp, Herbert & Areeda, Phillip E., *Fundamentals of Antitrust Law*, 3rd ed., Aspen Publishers (2004).
- Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 1st ed., Harvard University Press (2008).

- Hughes, Mat, “The Economic Assessment of Vertical Restraints under UK and EC Competition Law,” *22(10) European Competition Law Review* (2001).
- Hull, David W., “Tying: A Transatlantic Perspective,” in: Marsden, Philip (ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2006).
- Jedličková, Barbora, *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions: Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2016).
- Jones, Alison, “Analysis of Agreements under U.S. and EC Antitrust Law—Convergence or Divergence?” *51 Antitrust Bulletin* (2006).
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press (2010).
- Kalintiri, Andriani, “What’s in a Name? The Marginal Standard of Review of ‘Complex Economic Assessments’ in EU Competition Enforcement,” *53(5) Common Market Law Review* (2016).
- Korah, Valentine C., “The Judgement in Delimitis - A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement - or a Damp Squib,” *8 Tulane European & Civil Law Forum* (1993).
- Lopatka, John E. & Page, William H., “Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases,” *90(3) Cornell Law Review* (2005).
- Marco Colino, Sandra, *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*, 1st ed., Hart Publishing (2010).
- Van den Bergh, Roger & Camesasca, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed., Sweet & Maxwell (2006).
- Van den Bergh, Roger, “The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?” in: Mitja, Kovač & Vandenberghe, Ann-Sophie (ed.), *Economic Evidence in EU Competition Law*, 1st ed., Intersentia (2016).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press (2015).

A Comparative Legal Study on the Approaches to Economic Analysis Adopted by Courts in Competition Law Cases: Single Branding/Exclusive Dealing Agreements in the U.S. and the EU

Hsieh, Chang-Chiang*

Abstract

This article compares the economic assessments conducted by judicial practice on single branding/exclusive dealing cases between the EU and the U.S. in order to gain insights on how to improve the effects-based approach to competition law.

Generally speaking, the U.S. judicial practice presented a more integrated approach to examine the practical effects caused by exclusive dealing arrangements than its EU as well as Taiwanese counterpart. The U.S. cases *Tampa* and *Standard Stations* laid down the requirement to weigh the anti-competitive effect with all relevant factors taken into account. More recent cases exemplified the incorporation of the theory of Raising Rivals' Cost into assessment of contested conducts, which enriched the analysis of the practical effects on barriers to entry.

In contrast, the EU case law has still been taking a more formalistic approach. Though it is widely acknowledged that analysis of effects on restriction of competition is required as to single branding agreements under Art. 101 TFEU, *Delimitis* as the leading case failed to clarify the economic logic behind and the economic relationship between the factors required to be examined. The application of Art. 102 TFEU before *Intel* is close to a *per se* standard. However, the turn of *Van den Bergh* and *Intel* to more consideration of the effect on cost of existing or potential competitors deserves more observation as to future developments.

It is argued that the U.S. practice can shed light on EU competition law in two perspectives. Firstly, the test of *Delimitis* needs to be restructured to examine and weigh the effect of the contested agreements. Secondly, the approach for Art. 102 TFEU could be

Date submitted: January 9, 2019

Date accepted: March 26, 2019

* Hsieh, Chang-Chiang, MA in Economics, National Taiwan University; LLM, National Cheng-Chi University; LLM, Tilburg Law School; Full-time Research Assistant, Academia Sinica. This article is adapted from my master thesis in Tilburg Law School: "Towards the Effects-based Approach in EU Competition Law: the Assessment of Single Branding Agreements."

developed through adoption of similar tests with those conducted in application of Art. 101 TFEU, where assessment of barriers to entry is crucial. The foregoing is also likely to be future suggestions for competition law in Taiwan, and to enrich its assessments of exclusive dealing arrangements.

Keywords: Single Branding, Exclusive Dealing, Economic Analysis, EU Competition Law, Effects-based, More Economic Approach, Comparative Legal Study.