

《公平交易季刊》
第 30 卷第 4 期 (111/10)，頁 57-118
©公平交易委員會

歐盟競爭法下之忠誠折扣 ——從 *Intel v. Commission* 案重新啟航

張維哲*

摘要

本文聚焦於歐盟競爭法下之忠誠折扣，試圖藉由歐盟之經驗向競爭主管機關、法院與事業（尤其是獨占事業）提供建議，並對 AEC 測試之概念有所釐清，該測試係將需求之可競爭性納入考量，分析同等效率競爭者能否有利可圖地在可競爭需求之範圍內平攤不忠損失（即折扣量），藉以判斷市場會否遭到封鎖。

在 *Intel* 案前，歐盟競爭法對忠誠折扣的分析方法存在割裂，即「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」。查忠誠折扣並非必然有害於競爭秩序，兩害相權之下，本文認為效果主義乃是相對合宜之選擇。然而，將二種檢視法加以揉合，除去形式主義對反競爭效果的「視為」，此亦不失為一可行的折衷取徑。歐盟法院在 *Intel* 案中正是採取此種作法，本文認為此將引領歐盟競爭法迎向正確的方向。隨後，歐盟法院的評估框架得到了執委會與普通法院的遵循。至此，忠誠折扣的形式與效果主義之爭終於在歐盟競爭法上有了止戰的端緒。

本文將歐盟競爭法之啟示應用於我國公平會之執法案例，發現公平會之觀點流於形式，可能導致積極錯誤，亦無益於效能競爭之維繫。為此，本文歸納歐盟競爭法當前所採之評估框架，希冀能敦促公平會建構妥善而完備的審查體系，最終完滿實現維護競爭秩序與促進消費者福祉的重責大任。

關鍵詞：歐盟競爭法、忠誠折扣、基於形式的檢視法（以形式作為依據之研究途徑）、基於效果的檢視法（以效果作為依據之研究途徑、更經濟的檢視法）、同等效率競爭者測試（AEC 測試）、*Intel* 案

投稿日期：111 年 5 月 18 日

審查通過日期：111 年 9 月 26 日

* 國立政治大學法律學系碩士，現為法務部司法官學院司法官第 63 期訓練學習司法官（2022-2024）。本文改寫自作者之同名碩士論文，作者謹此感謝指導教授王立達博士的悉心指點以及兩位匿名審查人的寶貴建議。

一、緒論

折扣係商業上常見的降價促銷機制，由於價格的降低「正是競爭之本質」(the very essence of competition)，故折扣似乎是激烈競爭的表徵，而非限制競爭的發軔¹。然而，事業如係提供忠誠折扣 (loyalty/fidelity rebates/discounts)，尤其在該事業為獨占事業 (dominant undertakings) 時，情況則複雜許多。

忠誠折扣乃附條件折扣 (conditional rebates) 之一種，係供應方以需求方在一定期間內累計之採購數量、金額或比例為條件 (稱為閾值，threshold)，或根據其他忠誠度表現而給予的折扣。參酌歐盟執行委員會 (European Commission，下稱執委會) 在《關於執委會就獨占事業之濫用排他行為適用歐洲共同體條約第 82 條規定時之執法優先次序指南》(Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings，下稱《指南》)²中的闡釋，其目的在於誘導需求方對己身之忠誠，從而實現市場力量 (market power) 的維持或強化³。

作為折扣之一種，忠誠折扣當能產生折扣所固有的益處。然而，與此同時，忠誠折扣可能產生忠誠誘導效應 (loyalty enhancing/inducing effect)，降低需求方轉換供應商之意願、擠壓競爭者之生存空間，從而產生市場封鎖效果 (market foreclosure effect)。若現存與潛在競爭者均遭排除，消費者即可能成為獨占事業下一個「開刀」的對象⁴。有鑑於此，如何精準而明快地評估忠誠折扣的違法性乃是競爭法 (competition law) 之一大難題，亦正是本文之研究主題。

本文之架構如下。第二節自經濟分析的角度出發，簡介忠誠折扣的種類、特性與競爭效果，並將釐清同等效率競爭者測試 (as-efficient competitor test, AEC test，下稱 AEC 測試) 之概念。第三節依次介紹歐洲法院⁵與執委會對於忠誠折扣之觀點，並

¹ Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039, 1061-62 (8th Cir. 2000); 李俊峰，「“忠誠折扣”的壟斷違法性判定——以利樂公司行政處罰案為材料」，當代法學，2019 年第 2 期，91 (2019)。

² Communication from the Commission—Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 2009/C 45 O.J. 7-20 [hereinafter, Guidance].

³ *Id.*, para. 37.

⁴ *Id.*, para. 19.

⁵ 在本文中，「普通法院」係指 General Court，「歐盟法院」係指 Court of Justice，「歐洲法院」則兼指普通法院與歐盟法院，惟不包含會員國法院 (national courts)。

將比較二種分析方法之利弊與優劣。第四節著眼於 *Intel* 案，而將依序評析本案的各個發展階段，以為歐盟競爭法之經驗作結。第五節將評析公平交易委員會（下稱公平會）曾經執法之案例，並提出未來之執法建議，以期公平會能精確體悟折扣之本質，完滿實現其法定任務。

二、忠誠折扣之經濟分析

考量競爭法乃是「經濟基本法」，本節將純粹從經濟分析的角度出發，並以之為隨後篇章的論證基礎。

（一）忠誠折扣之種類

下文將介紹三種分類方式。應注意者，由於各分類方式之基準不同，故其彼此間並非互斥之關係。

1. 依適用之採購單位範圍區分——增量型與追溯型折扣

若為增量型折扣（incremental rebates），則折扣僅能適用於滿足閾值後之增量採購單位。若為追溯型折扣（retroactive rebates），則折扣可追溯適用於全部採購單位。

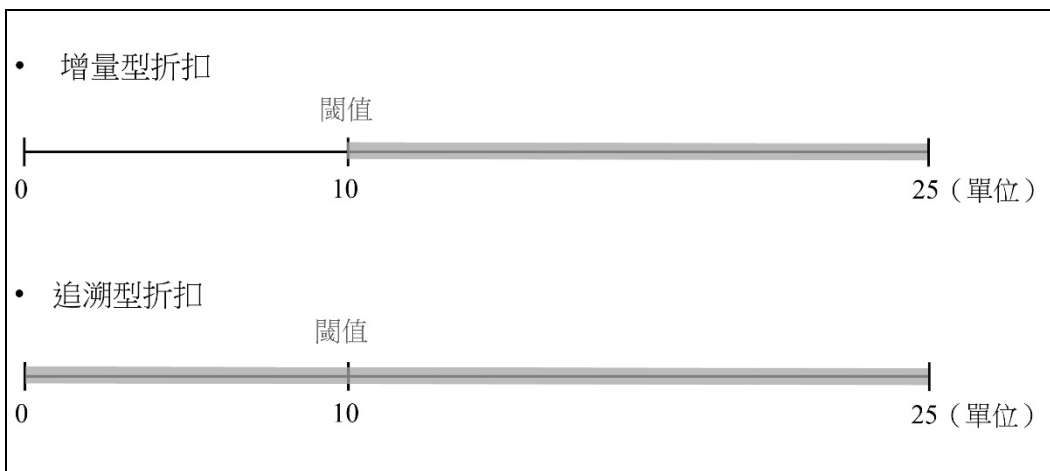


圖 1 增量型與追溯型折扣適用之採購單位範圍

資料來源：本研究自行繪製。

2. 依適用之對象範圍區分——標準化與個性化折扣

若提供折扣之供應方（下稱折扣事業）對所有需求方統一設定相同之閾值，則屬標準化折扣（standardized rebates）。反之，若為個別需求方分別設定不同之閾值，則屬個性化折扣（individualized rebates）。由於個性化折扣具有特定、專屬性的交易背景以及較強的指向性，故通常能促生更強、更廣的忠誠誘導效應⁶。

3. 依折扣條件之形式區分——數量、排他性與第三類折扣

在歐盟競爭法下，此分類方式將重大影響折扣之違法性評估。

(1) 數量折扣

數量折扣（quantity/volume rebates）之閾值係指定一具體的應採購數量，例如採購數量如達 20 單位，即可獲得折扣。在各分類標準下，由於增量型與追溯型之區分將對需求方之採購成本產生最顯著之影響，故本文將分析、比較相關之排列組合。

a. 增量型數量折扣

假設折扣事業 S 向需求方 D 提供增量型數量折扣，若採購數量達 20 單位，即可在隨後的增量採購單位獲得 20% 折扣，亦即「打八折」（原價*80%）。D 之總需求數量為 25 單位，S 之原價為每單位 10 元。D 之採購總成本（total cost）可以方程式計算如下，第一個方程式適用於 D 未能滿足閾值之情形，第二個方程式則適用於 D 已滿足閾值時⁷：

$$\text{if } Q_t > Q \rightarrow C = QP$$

$$\text{if } Q_t < Q \rightarrow C = Q_t P + (Q - Q_t) PR$$

例如，若 D 僅向 S 採購 10 單位，由於其採購數量（ Q ）並未滿足 20 單位之閾值（ Q_t ），故 D 將無法獲得折扣，其採購總成本為採購數量（ Q ）與原價（ P ）之乘

⁶ 李俊峰，前揭註 1，85。

⁷ Q_t 代表滿足閾值所要求之數量（20 單位）， Q 代表需求方向折扣事業採購之數量， C 代表總成本， P 代表原價（10 元）， R 代表折扣比例（80%）（ P 與 R 之乘積即為折扣後價格，即 10 元 * 80% = 8 元）；Toni Lampinen, *The Assessment of Rebate Schemes under Article 102 TFEU*, Master's thesis, University of Helsinki, 14 (2019).

積，亦即 10 單位*10 元=100 元。反之，若 D 向 S 採購 22 單位，由於其採購數量 (Q) 已滿足 20 單位之閾值 (Q_t)，故 D 可獲得折扣。又由於係增量型折扣，其滿足閾值前之採購單位 (Q_t) 係以原價 (P) 計價 (即 20 單位*10 元=200 元)，滿足閾值後之增量採購單位 ($Q-Q_t$) 則以折扣後價格 (PR) 計價 (即 2 單位*10 元*80%=16 元)，二者之和即為 D 之採購總成本，亦即 200 元+16 元=216 元。D 之總成本、平均單位成本 (average unit cost) 與邊際成本 (marginal cost) 如下：

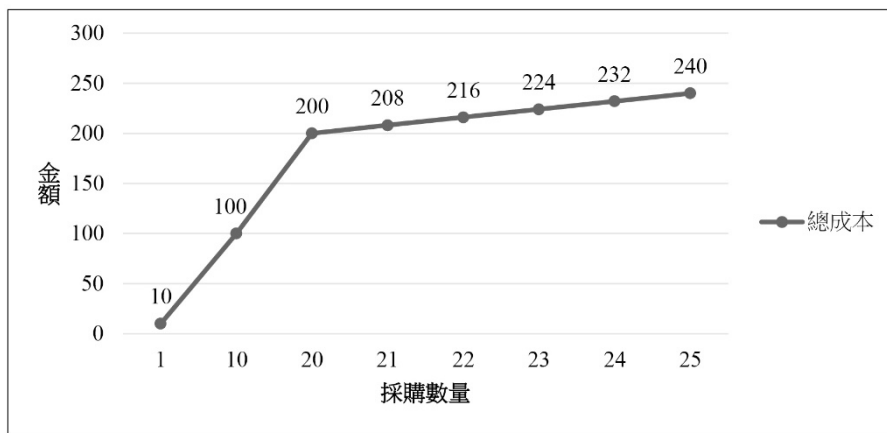


圖 2 增量型數量折扣之總成本

資料來源：本研究自行繪製。

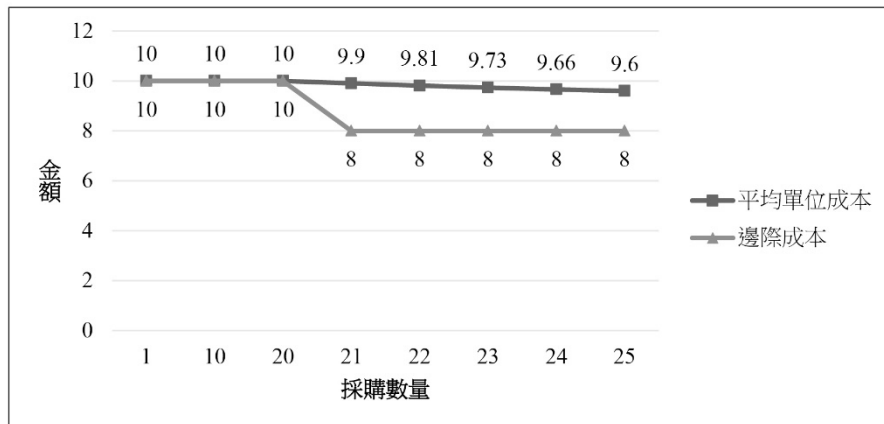


圖 3 增量型數量折扣之平均單位成本與邊際成本

資料來源：本研究自行繪製。

由上可知，總成本隨採購數量之增加而遞增，惟其增加幅度在滿足閾值後因折扣而減緩。滿足閾值後，邊際成本一次性地由 10 元降至 8 元，此後便不再變動，平均單位成本則隨採購數量之增加而遞減，兩者當然均低於 10 元之原價。然而，由於折扣僅適用於滿足閾值後之增量採購單位，故平均單位成本恆高於邊際成本⁸。

b. 追溯型數量折扣

若 S 係提供追溯型數量折扣，亦即折扣可適用於全部採購單位，D 之總成本可以方程式計算如下：

$$\text{if } Q_t > Q \rightarrow C = QP$$

$$\text{if } Q_t < Q \rightarrow C = QPR$$

在相同的數值設定下，D 之採購成本如下：

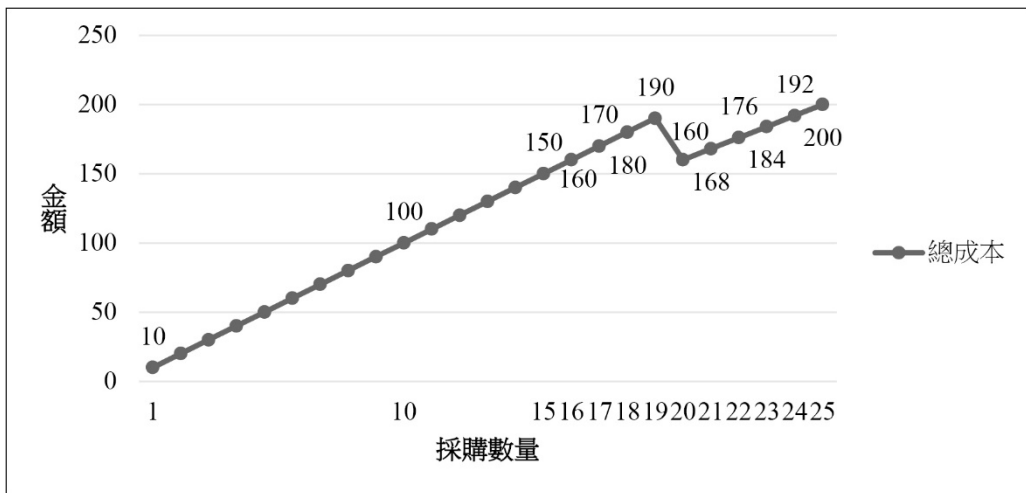


圖 4 追溯型數量折扣之總成本

資料來源：本研究自行繪製。

⁸ *Id.*

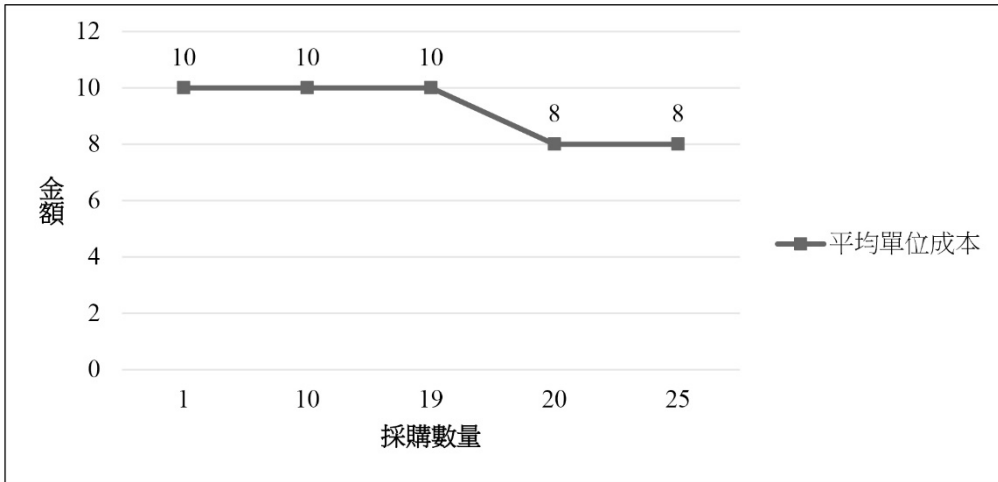


圖 5 追溯型數量折扣之平均單位成本

資料來源：本研究自行繪製。

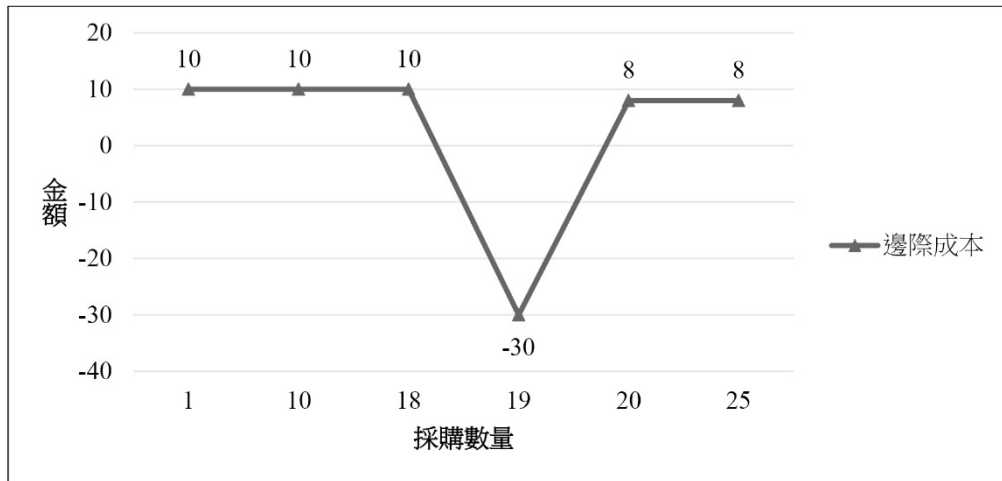


圖 6 追溯型數量折扣之邊際成本

資料來源：本研究自行繪製。

由上可知，雖同為數量折扣，惟追溯型與增量型折扣相當不同。首先，D 之總成本在採購 19 單位時為 190 元，採購 20 單位時卻反而降低為 160 元，與增量型折扣之總成本必隨採購數量之增加而遞增不同。若無折扣，D 原先須為第 20 單位付出

10 元，如今卻反能從中獲得 40 元。此外，D 採購 16 單位與 20 單位之總成本相同，均為 160 元⁹。從而，除非第 17 至 20 單位之產品對 D 並無效用，否則其將有強烈的動機增加採購數量至 20 單位。又，若 D 決定採購第 17 單位，則其若不將採購數量增加至 20 單位，即屬不智之決策，不論第 18 至 20 單位之產品對其有無效用均然，蓋採購 20 單位之總成本比採購 17 單位更低，論者將此現象稱為「總支付陡降」¹⁰。相較之下，若係增量型折扣，由於 D 恆須為額外的採購單位支付價金，故僅在額外單位對 D 有效用的前提下，D 始有動機增加採購數量。

其次，D 採購第 20 單位之邊際成本為-30 元¹¹，至第 21 單位始恢復為正數，故與增量型折扣（邊際成本恆為正數）不同。再者，平均單位成本在滿足閾值後一次性地由 10 元「跳躍」至 8 元，與增量型折扣之平均單位成本係隨採購數量之增加而遞減不同¹²。此外，由於折扣可適用於全部採購單位，故平均單位成本自第 21 單位起即與邊際成本同為 8 元，而與增量型折扣（平均單位成本恆高於邊際成本）不同。

綜上所述，追溯型折扣特有的「吸力效應」（suction effect）可突破理性決策的壁壘，從而產生較增量型折扣更強的忠誠誘導效應¹³。

(2) 排他性折扣——個性化數量折扣

在排他性折扣（exclusivity rebates）下，需求方須就其需求向折扣事業採購達一定比例（例如 80%），始能獲得折扣。然而，揭開其神秘面紗，排他性折扣本質上即是具備「自適應機能」的個性化數量折扣¹⁴。

何以如此？就單一需求方而言，若 D 之總需求量為 25 單位，則「以數量折扣要求 D 採購 20 單位」及「以排他性折扣要求 D 採購 80%」，兩者實質上完全相同¹⁵。然而，若涉及數需求方，即可立判高下。在各需求方之需求量有差異的情況下，排他性折扣縱採用標準化的比例閾值，閾值所表彰的應採購數量仍將因各需求方之需求量不同而異，蓋排他性折扣之閾值須以比例換算，而可間接產生個性化折扣的指

⁹ *Id.* at 25-26.

¹⁰ 李俊峰，前揭註 1，85。

¹¹ Toni Lampinen, *supra* note 7, at 25.

¹² *Id.* at 26.

¹³ *Id.* at 24, 26-28.

¹⁴ *Id.* at 29.

¹⁵ *Id.*

向效果。相較之下，標準化之數量折扣即無法應對各需求方間之需求量差異。至於個性化之數量折扣，其雖可應對此問題，惟若市場需求有所波動，其仍無法如排他性折扣般「自動適應」當前之需求情況，蓋數量折扣之閾值係一特定、僵化的應採購數量，故無法如排他性折扣般具有「自適應機能」。

數量折扣如欲產生與排他性折扣同等程度的誘導效果，必須滿足下列條件：（1）須為個性化之數量折扣；（2）折扣事業須有較強的資訊地位，而可掌握當前的需求變化動向，並須據以訂製合宜的閾值；（3）須於每次締約時調整閾值，以「手動適應」當前之需求情勢。據此，相較於數量折扣，排他性折扣通常能產生更強、更廣的忠誠誘導效應。結合各分類方式可知，「追溯型的個性化排他性折扣」將可共構出最強的忠誠誘導效應。

(3) 第三類折扣——概括條款

第三類折扣（third category rebates），凡非數量與排他性折扣，惟其機制仍具有忠誠誘導效應者即屬之，可謂係分類上之「概括條款」，例如以特定銷售目標之達成為條件（sales target rebates），或以採購之數量或比例有一定增長為條件（增長折扣，growth rebates）¹⁶。

（二）忠誠折扣之特性

下文將說明忠誠折扣之經濟特徵，並匯總折扣封鎖市場之重要條件。

1. 條件性

作為附條件折扣之一種，忠誠折扣具有條件性。事實上，條件實乃任何折扣的必要組成部分。若折扣之給予未附任何條件（下稱無條件折扣），實質上即等同於降價。此時，僅須一個方程式即足計算需求方之採購總成本¹⁷，蓋無須區分閾值之滿足與否，而分別適用不同的計價基準：

$$C = QPR$$

¹⁶ Case T-286/09, *Intel Corp. v. Commission*, [2014] ECR I-0000, para. 78 [hereinafter, *Intel GC*]; *id.* at 23-24.

¹⁷ C 代表總成本， Q 代表需求方向折扣事業採購之數量， P 代表原價， R 代表折扣比例。

由於需求方必可獲得折扣，故無條件折扣無法在機制上誘導需求方之忠誠。除降價至低於成本而可能構成掠奪性訂價（predatory pricing）之情形外，無條件折扣原則上不具有任何反競爭疑慮，蓋激烈的價格競爭（price competition）本係競爭法的核心追求之一。

2. 誘導性

忠誠折扣可誘使需求方集中其採購需求於折扣事業，並以低價作為激勵，故忠誠折扣具有誘導性。相應地，需求方若不忠，失去折扣將使其在價格上受到懲戒，並可威懾其他觀望中的「牆頭草」，故忠誠折扣具有懲罰性¹⁸。

3. 價格與成本的非直線性

相較於無條件折扣，忠誠折扣具有非線性的價格與成本¹⁹。就價格而言，無條件折扣之價格始終保持同一，忠誠折扣之價格則將在滿足閾值前後有所不同。假設閾值為 20 單位，原價為 10 元，折扣比例為 80%，兩者之價格如下：

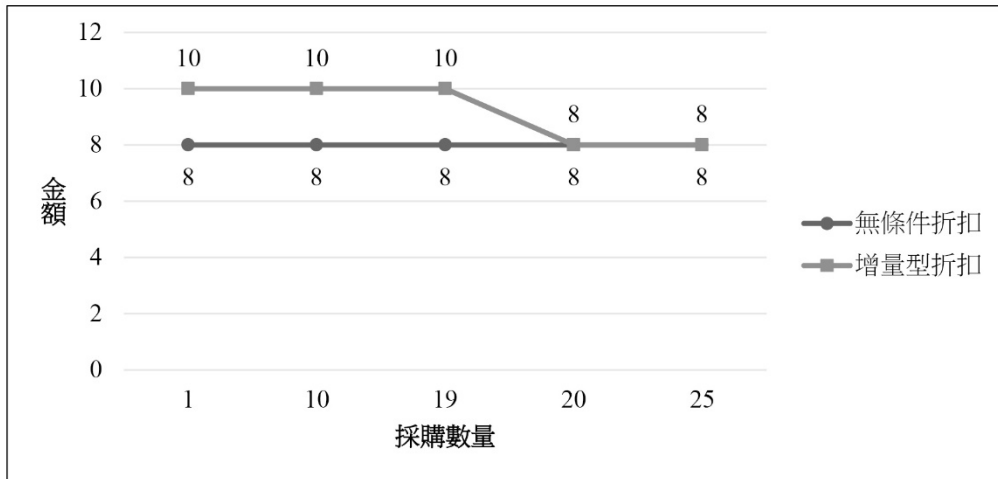


圖 7 無條件折扣與增量型折扣之價格

資料來源：本研究自行繪製。

¹⁸ 李俊峰，前揭註 1，83。

¹⁹ 同上註。

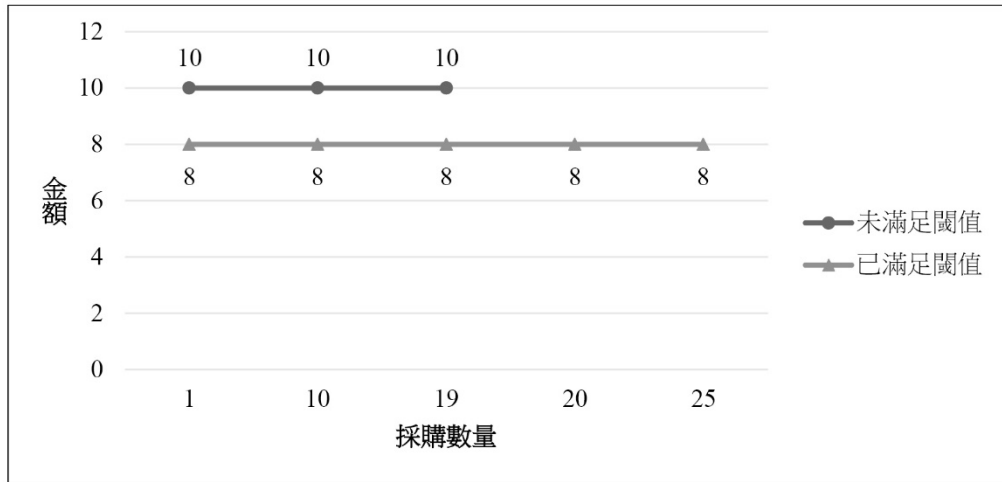


圖 8 追溯型折扣之價格

資料來源：本研究自行繪製。

成本方面，無條件折扣之總成本、邊際成本與平均單位成本均呈直線，忠誠折扣的成本曲線則將在閾值處「折斷」，可能呈折線、V 型或曲線。假設閾值為 10 單位，原價為 10 元，折扣比例為 80%，兩者之相關成本如下：

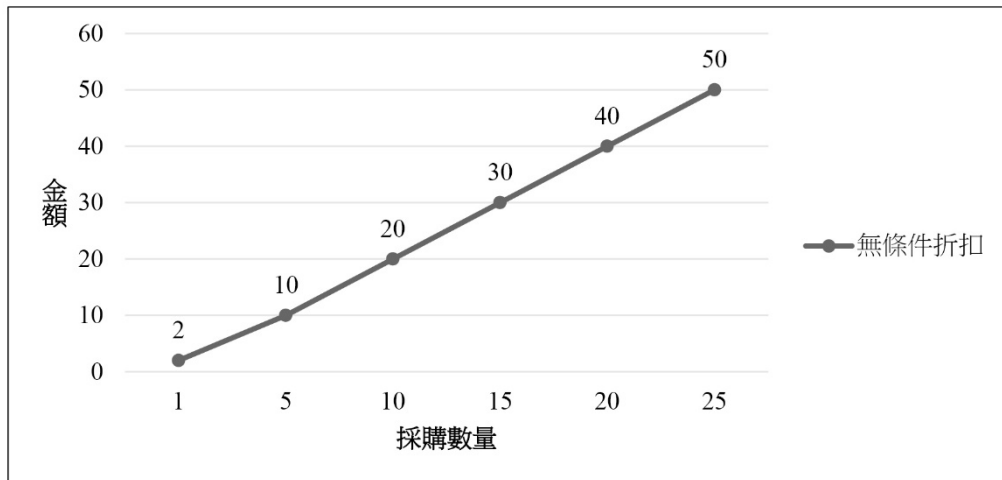


圖 9 無條件折扣之總成本

資料來源：本研究自行繪製。

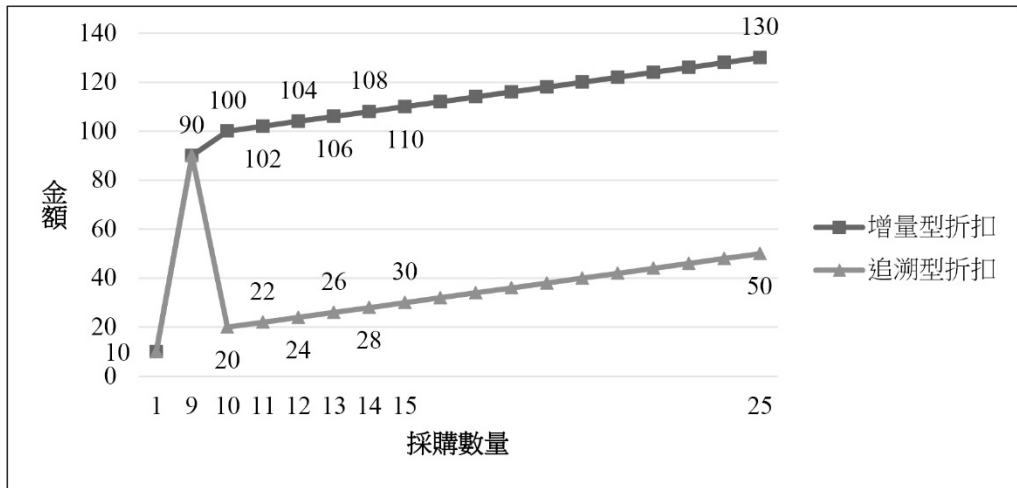


圖 10 忠誠折扣之總成本

資料來源：本研究自行繪製。

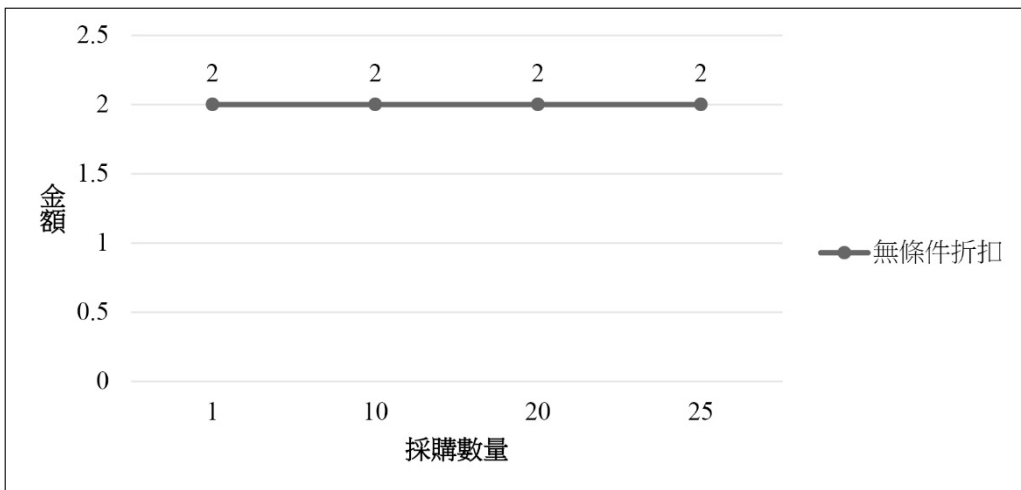


圖 11 無條件折扣之邊際成本

資料來源：本研究自行繪製。

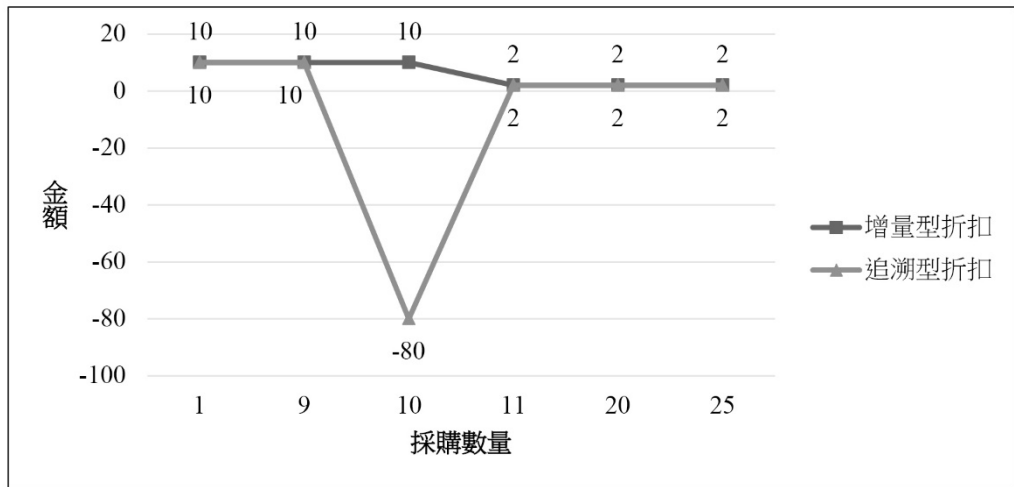


圖 12 忠誠折扣之邊際成本

資料來源：本研究自行繪製。

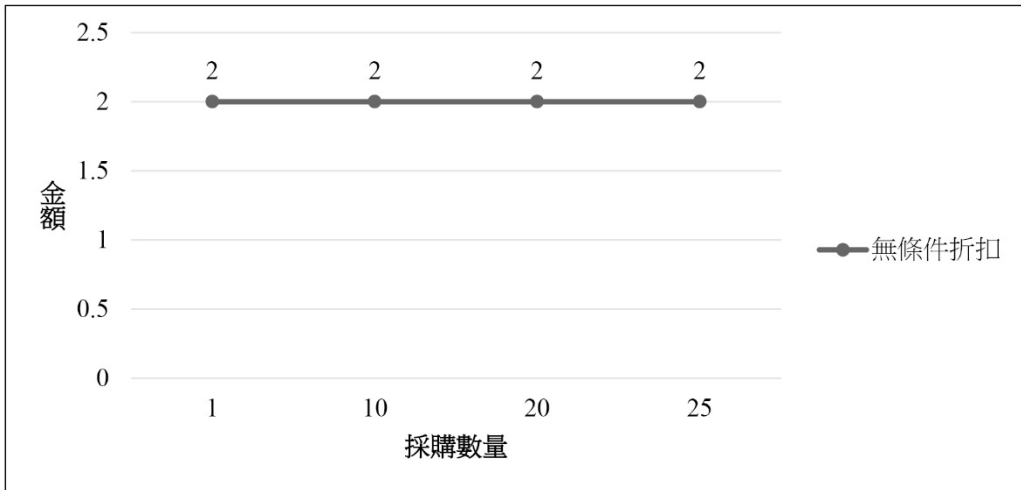


圖 13 無條件折扣之平均單位成本

資料來源：本研究自行繪製。

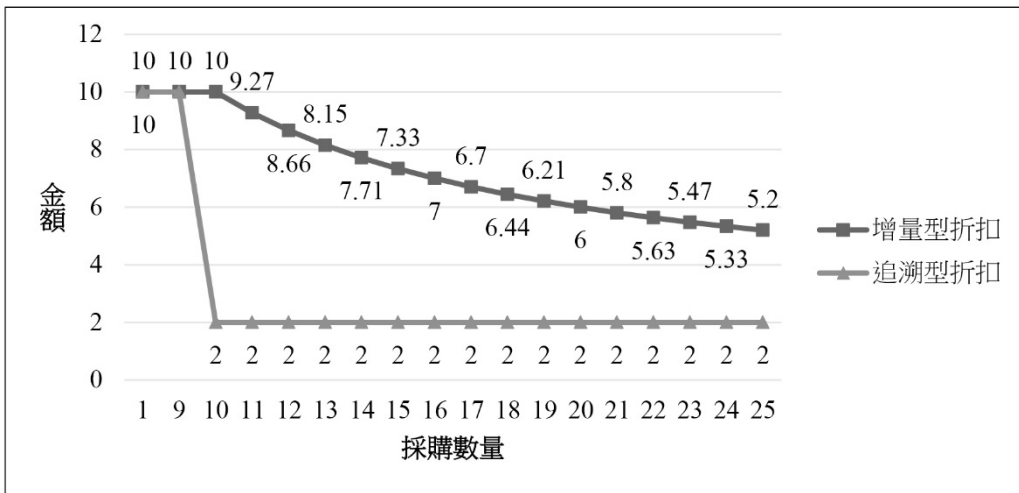


圖 14 忠誠折扣之平均單位成本

資料來源：本研究自行繪製。

4. 封鎖性——忠誠折扣之損害理論

忠誠折扣可阻礙競爭者之進入或擴張，故具有封鎖性。然而，其封鎖機制為何？亦即其「損害理論」（theory of harm）為何？

(1) 需求之可競爭性

通常而言，若事業具有獨占地位（dominance/dominant position）²⁰且有足夠強大的市場力量，需求方將對其產生依賴，進而使其成為「不可或缺的交易夥伴」（unavoidable trading partner）。基於該地位，不論競爭者提出之交易條件優劣，需求方均須將一定比例之需求保留給獨占事業。由於競爭者無法與獨占事業爭奪該部分需求，故稱「不可競爭需求」（non-contestable share of demand）或「可保證的銷

²⁰ 就歐盟競爭法而言，國內亦經常翻譯為市場支配地位。

售基礎」(assured base of sales)。相對地，競爭者可加以競爭的剩餘需求則稱「可競爭需求」(contestable share of demand)²¹。

不可競爭需求之成因包含但不限於²²：(1) 產品間之差異——例如格外優異之品質或具備特殊之效用；(2) 品牌之市場地位 (market position) ——需求方或消費者的莫大偏好可能使品牌成為「必備品牌或產品」(must-have brands/must-stock products)；(3) 轉換成本——除事前之締約成本 (如供貨契約中諸多繁雜的細節) 外，忠誠折扣所促生的經濟誘因及實惠價格亦可能是轉換成本之一部；(4) 產能限制——假設競爭者之理論產能等同於實際產能，不可競爭需求之比例至少為「 $1 - (\text{競爭者之理論最大產能} / \text{市場總需求})$ 」，惟由於理論產能原則上會大於實際產能，故不可競爭需求之真實比例通常會高於上述計算之結果²³；(5) 節約交易成本——若交易成本的節約在特定產業至關重要，需求方將優先選擇向「能供應其絕大部分，甚至全部需求」之單一供應商採購，進而形成不可競爭需求。

不可競爭需求之擁有乃是巨大的商業優勢。若獨占事業係以其產品之品質、功效、價格或創新等特質吸引需求側之青睞，過程中雖將競爭者汰除，此等「效能競爭」(competition on the merits) 仍不具有任何可非難性。然而，若獨占事業挾其不可競爭需求之優勢，以不當之限制競爭行為排除競爭者，即有牴觸競爭法之可能。

(2) 忠誠折扣之損害理論——以槓桿效應壓縮有效價格

經濟學上對忠誠折扣的經典表述是：藉由忠誠折扣，獨占事業可在不可競爭需求與可競爭需求間建立「槓桿效應」，挾不可競爭需求之優勢為槓桿，而在可競爭需求中放大需求方之轉換成本，從而降低需求方轉換供應商之意願、壓縮或侵蝕可

²¹ *Intel GC*, *supra* note 16, paras. 91-92; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 29-30, 32; Nicolas Petit, “Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU,” *11(1) European Competition Journal*, 37 (2015); 李俊峰，前揭註 1，85-86。

²² Damien Geradin, “Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffmann-La Roche,” *11(3) Journal of Competition Law & Economics*, 606-607 (2015).

²³ 若逕以競爭者之實際產能進行估算，則不可競爭需求之比例至少為「 $1 - (\text{競爭者在一定時點或時間段之實際產能} / \text{市場總需求})$ 」。應注意者，事業之實際產能可能受到多種事實因素與外部環境變化之影響，縱使事業之生產設備數量與員工人數等生產要素未有變化，同一事業在不同時點之實際產能仍可能有所波動，故以實際產能估算不可競爭需求之比例時，應留意事實因素與外部環境在不同時點之變化以及資訊之時間性。

競爭需求之比例²⁴。換言之，經由閾值的設定，獨占事業可誘使需求方除不可競爭需求外，更須就可競爭需求之一部分向自身採購，從而擠壓競爭者的生存空間，進而使競爭者「在搖籃中窒息」。

槓桿效應可壓縮競爭者所須「匹配」之「有效價格」（effective price）。若需求方轉向競爭者採購，其將因失去折扣而遭受損失（下稱不忠損失）。從而，競爭者之價格不僅不得高於獨占事業，更須補償（compensate）需求方之不忠損失，此價格即為有效價格，而須使需求方轉換供應商後之採購總成本不高於向獨占事業採購而可獲得折扣時之情形。有效價格愈低，市場受到封鎖之可能性即愈高²⁵。

計算有效價格前，有三項「前置工作」必須完成：（1）必須確定折扣所適用之採購單位範圍（下稱折扣範圍），此涉及折扣係增量型或追溯型折扣；（2）應以折扣範圍為基礎，計算不忠損失之總額，亦即：（獨占事業之原價－折扣後價格）*折扣範圍內之採購單位數量²⁶；（3）必須評估相關範圍（relevant range），亦即需求方有多少需求可能、願意且能快速地轉換供應商。相關範圍之大小須取決於個案之事實，惟至多等同於可競爭需求，蓋需求方無法就不可競爭需求轉換供應商²⁷。

完成上述準備後，即可計算有效價格。由於競爭者必須在相關範圍內補償不忠損失，故以不忠損失之總額除以相關範圍內之採購單位數量，即可得知競爭者之每單位銷售須「平攤」多少不忠損失。隨後，以獨占事業之原價減去每單位之應平攤

²⁴ Guidance, *supra* note 2, para. 39; Intel GC, *supra* note 16, para. 93; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 32; 李俊峰，前揭註 1，86。

²⁵ Guidance, *id.*, paras. 41, 43; Intel GC, *id.*, para. 93; Toni Lampinen, *id.* at 30, 34; Viktoria H.S.E. Robertson, “Rebates under EU Competition Law after the 2017 Intel Judgement: The Good, the Bad and the Ugly,” *11(1) Market and Competition Law Review*, 22 (2018).

²⁶ Guidance, *id.*, para. 43; Damien Geradin, *supra* note 22, at 587; Kuo-Lien Hsieh, “The Intel Decision and the EU’s New Standards for Behaviours by Dominant Firms,” *10(2) NCCU Intellectual Property Review*, 21-22 (2012); Viktoria H.S.E. Robertson, “Loyalty Rebates under EU Competition and US Antitrust Law,” in: Pinar Akman, Or Brook & Konstantinos Stylianou (eds.), *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 7 (2022 forthcoming); Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, “A Unifying Analytical Framework for Loyalty Rebates,” *81(3) Antitrust Law Journal*, 803, 821 (2017); 陳志民，「從 2017 年歐盟法院 Intel 案判決，談公平法審理折扣（讓）案件之法律經濟分析架構及政策啟示」，*公平交易通訊*，第 83 期，3（2018）。

²⁷ 相關範圍之考量要素請參 Guidance, *id.*, para. 42; Damien Geradin, *id.* at 587; Luc Peepkorn & Katja Viertiö, “Implementing an Effects-based Approach to Article 82,” *2009(1) Competition Policy Newsletter*, 19 (2009).

損失，即為有效價格。下圖可用以闡釋不忠損失（圖中原價與折扣後價格間淺灰色之區塊）之平攤：

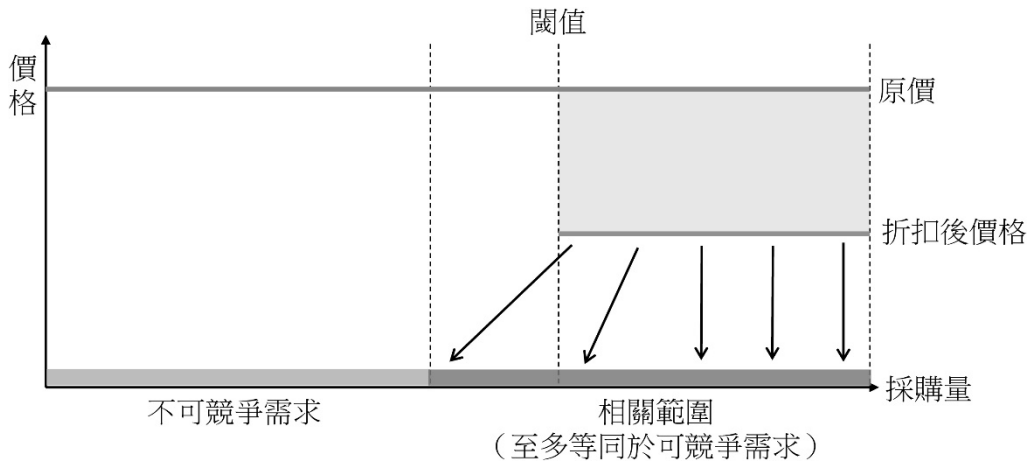


圖 15 增量型折扣之不忠損失

資料來源：本研究自行繪製。

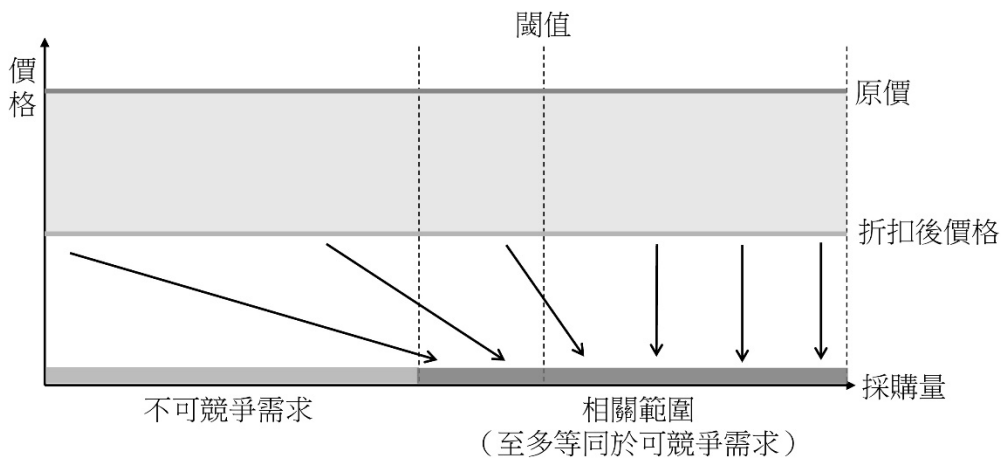


圖 16 追溯型折扣之不忠損失

資料來源：本研究自行繪製。

除上述外，亦可以不等式計算有效價格。增量型折扣之不等式為²⁸：

$$Q_t P_s + (Q - Q_t) P_s R \geq (Q - Q_r) P_s + Q_r P_c$$

$$\rightarrow P_c \leq \frac{(Q - Q_t) P_s R - (Q - Q_r - Q_t) P_s}{Q_r}$$

第一個不等式的左側係需求方專向獨占事業採購，而可獲得折扣時之總成本，右側則係需求方轉換供應商時之總成本。化簡整理後，第二個不等式即為有效價格。

若是追溯型折扣，其不等式為：

$$Q P_s R \geq (Q - Q_r) P_s + Q_r P_c$$

$$\rightarrow P_c \leq \frac{Q P_s R - (Q - Q_r) P_s}{Q_r}$$

在有效價格下，競爭者將可奪得相關範圍內之採購需求。若競爭者可於此同時保持營利，忠誠折扣原則上將難以產生排除效果²⁹。然而，若可競爭需求之比例過低，導致競爭者可銷售之數量不多，則系爭折扣仍可能阻礙競爭者擴張銷售規模。此外，由於有效價格之計算係以相關範圍為基礎，而相關範圍又至多等同於可競爭需求，故可知有效價格之概念並不考量競爭者就不可競爭需求之爭奪³⁰，蓋不可競爭需求乃是競爭者無論如何均無法在短期內爭搶之市場需求。

(3) 同等效率競爭者測試

為了評估有效價格受到壓縮之程度以及折扣反競爭性之有無，執委會在《指南》中引進 AEC 測試，以其為分析方法的重要元素之一³¹。同等效率競爭者（即 AEC）係獨占事業之「假想複製體」（hypothetical copy），其與獨占事業具有相同之資源

²⁸ Q_t 代表滿足閾值所要求之數量， P_s 代表獨占事業之原價， Q 代表總需求數量， R 代表獨占事業之折扣比例（ P_s 與 R 之乘積即為獨占事業之折扣後價格）， Q_r 代表相關範圍之數量， P_c 代表競爭者之價格。

²⁹ Guidance, *supra* note 2, para. 43; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 34-35.

³⁰ Guidance, *id.*, para. 42.

³¹ See *id.*, paras. 23-27.

利用效率與成本結構，惟居於挑戰獨占者的競爭者地位，而未擁有不可競爭需求³²。若獨占事業之忠誠折扣已足以排除同等效率競爭者，即可認其行為具有反競爭性³³。

AEC 測試乃價格成本分析 (cost-price based analysis) 之一種，若折扣之實施導致有效價格低於一定成本指標，即可認定同等效率競爭者將遭排除。AEC 測試所採之價格係有效價格，而非平均單位價格，故須將不可競爭需求與可競爭需求各自之比例納入考量，分析何等之價格方使同等效率競爭者能補償需求方之不忠損失，進而搶得可競爭需求，而非逕行將獨占事業之單位成本、折扣量與競爭者之單位成本和可負擔之折扣量進行對照，分析競爭者能否提出單位折扣量相同的折扣方案，蓋此種作法並未慮及不忠損失在可競爭需求範圍內之平攤，且由於 AEC 測試所稱之競爭者係同等效率競爭者，故若僅考量產品單位之折扣量，而未考量需求之可競爭性，同等效率競爭者依其定義必可提出折扣量相同的方案，蓋其與獨占事業具有相同之成本結構。質言之，不可競爭需求具有將折扣的誘導效果「放大」的功能，故縱使獨占事業就個別採購單位的折扣量不高，在此放大效果的「加持」下，仍可能使同等效率競爭者「無法招架」。例如，若擁有 75% 不可競爭需求之獨占事業 S 向總需求方 D 提供比例閾值為 80% 之追溯型排他性折扣，S 之原價為每單位 10 元，若 D 就其需求向 S 採購逾 80%，即可就全部採購單位獲得 20% 折扣，亦即折扣後價格為每單位 8 元。假設 D 就 25% 之可競爭需求全數轉換供應商，將上

³² DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, para. 63 (2005); Case COMP/C-3/37.990, *Intel*, D(2009) 3726 final, paras. 1003-1004; Eddie Johansson, *Assessing Rebates under Article 102 TFEU—A Path Towards Legal Certainty*, Master's thesis, Uppsala Universitet, 21 (2017); Ioannis Lianos & Christos Genakos, "Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis," in: Ioannis Lianos & Damien Geradin (eds.), *Handbook on European Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 52 (2013); see Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission*, [1991] ECR I-3359, para. 72.

³³ 換言之，若獨占事業實施排他行為，而由該獨占事業「將心比心」地站在競爭者的立場，其能否克服自身排他行為所施加之障礙，有利可圖地進入或在市場中擴張？若連獨占事業自身均無法克服障礙，其排他行為即非合理。出於此故，筆者亦將 AEC 測試戲稱為「同理心測試」；Guidance, *supra* note 2, para. 23; Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 18; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 40; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 6; Wouter P.J. Wils, "The Judgement of the EU General Court in *Intel* and the So-called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance," *37(4) World Competition*, 411 (2014); 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，公平交易法國內重要案例之評析——以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心，公平會 109 年度委託研究報告，56（2020）；魏杏芳，「以歐盟規範與實踐論電信業價格擠壓的管制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期，9（2014）。

述數據代入前述不等式計算³⁴，在不可競爭需求的加持下，競爭者之價格不僅不能高於 S 之原價（10 元），更不能高於 S 之折扣後價格（8 元），而須降價至每單位 2 元，始足以平攤 S 之折扣量，進而克服系爭折扣之閾值及其所生之封鎖效應，由此可見槓桿效應之強大。AEC 測試之成本指標則係以獨占事業之數據為準，亦等同於同等效率競爭者之成本指標，蓋兩者具有相同之成本結構³⁵。

執委會採用的成本指標有二，即「長期平均增支成本」（long-run average incremental cost，下稱 LRAIC）與「平均可避免成本」（average avoidable cost，下稱 AAC）³⁶。AAC 係「若事業不為排他行為，即可避免支出的成本」之平均值，LRAIC 則係「事業生產特定產品的所有成本」之平均值。由於 LRAIC 之涵蓋範圍較廣，故 LRAIC 通常高於 AAC³⁷。在下表中，AAC 之界定係以 A 與 B 為基礎，包含行為期間內之一切成本³⁸，LRAIC 則係在 AAC 之基礎上加計行為期間前之固定成本（fixed cost）（C）：

³⁴ $Q_c=80$ 單位， $P_s=10$ 元， $Q=100$ 單位， $R=80\%$ （ P_s 與 R 之乘積即為 S 之折扣後價格，亦即 10 元*80%=8 元）， $Q_r=25$ 單位，計算後可知 P_c 須 ≤ 2 元。

³⁵ Guidance, *supra* note 2, paras. 25, 41; Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, “A Practical Approach to Rebates,” 3 (2018), https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2017/10/ar_antitrust_approachrebates_oct17.pdf?la=en, last visited on date: 2022/6/30; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 411; 吳佳蓁，「Intel 案與審理原則之轉變？！」，公平交易通訊，第 79 期，19（2018）；魏杏芳，前揭註 33，10。

³⁶ Guidance, *id.*, para. 26; Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *id.* at 4; 魏杏芳，同上註。

³⁷ AAC 通常等同於平均可變成本（average variable cost, AVC），蓋行為期間內之固定成本經常為 0，且競爭法執法上就可變成本（variable cost）之界定係以行為期間內為度。然而，若有固定成本發生於行為期間內，此時之 AAC 即會高於 AVC。若事業僅生產單一產品，其 LRAIC 將與平均總成本（average total cost, ATC）相同，惟若事業生產數種產品，且產品彼此間存有共同成本（common cost），此時之 LRAIC 即會低於 ATC，蓋 ATC 之界定係以事業旗下之所有產品種類為基礎，LRAIC 之界定則係針對個別產品種類而為，而不會計入此等共同成本；Guidance, *id.*, para. 26 n.2; Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *id.* at 4; Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 20 n.48；陳和全、周振鋒，經濟分析方法於競爭法議題應用之研究，公平會 102 年度委託研究報告，138-139（2013）；廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，56；魏杏芳，同上註。

³⁸ 至於 AVC，其界定範圍則僅限於表中之 A，亦即限於行為期間內之可變成本。應注意者，AVC 本身在「定義上」可包含一切可變成本，僅是競爭法「執法上、實務操作上」會將行為期間前之可變成本排除於界定範圍外；陳和全、周振鋒，同上註，138。

表 1 成本指標之界定範圍

	行為期間前	行為期間內
可變成本	非屬界定範圍	A
固定成本	C	B

資料來源：本研究自行整理。

對比有效價格與成本指標：（1）若有效價格高於 LRAIC，競爭者將可有效率地開展競爭，故執委會原則上不會介入干預，此即係 AEC 測試之安全港 (safe harbor)；（2）若有效價格低於 AAC，意味著競爭者將無法有利可圖地運營，故執委會將發動執法；（3）若有效價格介於兩者之間，其封鎖效果無法一概而論，而尚須綜合考量其他事證與要素³⁹。

應注意者，AEC 測試乃是一種假設性的分析，故其測試結果不能表彰市場之真實發展情形。亦即，縱使測試結果表明行為已足以排除同等效率競爭者，亦非謂個案中真實存在之特定競爭者（下稱真實競爭者，如 *Intel* 案中之 *Advanced Micro Devices, AMD*）必將遭到排除，反之亦然⁴⁰。此外，無論測試結果如何，均無須在個案中證明特定真實競爭者具有與獨占事業同等之效率，蓋同等效率競爭者僅是「幻想中的產物」，而非特定真實競爭者的「替身」。

(4) 延伸思考——槓桿效應、有效價格與折扣類型之關聯

首先，無論係數量或排他性折扣，其封鎖機制之關鍵均在於對有效價格的操弄，至於排他性 (exclusive) 之交易條件則非封鎖市場之必要前提。儘管兩者具有相同的機制核心，惟由於排他性折扣通常更易於封鎖市場，故競爭法如對之適用較嚴格的審查模式，具有經濟與法律上之正當性。

其次，雖然增量型折扣之折扣範圍不及於不可競爭需求，然此非謂增量型折扣無法適用槓桿效應之損害機理，蓋所謂槓桿效應乃是建構在折扣的閾值上，而非折

³⁹ Guidance, *supra* note 2, paras. 26-27; Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 20; Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 823-824; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 411; 魏杏芳，前揭註 33，10-11。

⁴⁰ Case COMP/C-3/37.990, *Intel*, D(2009) 3726 final, cited in 2009/C 227 O.J. 13-17, para. 29 [hereinafter, *Intel EC*].

扣所適用的單位範圍上。亦即，對槓桿效應的正確解讀應著眼於市場力量之延展（即閾值所要求之採購量是否從不可競爭需求橫跨至可競爭需求），而不應拘泥在增量型或追溯型之區分，此區分僅影響折扣對需求方經濟上誘因之強弱，惟不改獨占事業藉由閾值延展其市場力量之事實。簡言之，儘管增量型與追溯型折扣之折扣範圍不同，惟二者誘導需求方向獨占事業投誠之誘因根源均在於閾值之設計所促生之槓桿效應，其誘因及封鎖效果之程度強弱則可藉由有效價格之高低而具象化地呈現。類似於數量與排他性折扣之情形，儘管增量型與追溯型折扣具有相同的封鎖機制，惟由於後者可進一步強化折扣的誘因強度，故如對之適用較嚴格的審查基準，亦有穩固的立論根基。

5.代價之可選擇性

儘管折扣涉及降價，惟忠誠折扣之實施並不以利潤的犧牲（profit sacrificing）為必然代價——若折扣事業在提供折扣之同時提高產品之價格，即可實現「無成本的折扣」⁴¹。若需求方滿足閾值，折扣即可抵銷價格之提升。反之，不忠的需求方將面臨較高的採購成本，而此將阻礙競爭者之進入或擴張。從而，作為一種排他的競爭工具，相較於結構上包含「前虧」與「後盈」（recoupment）兩個階段的掠奪性訂價，忠誠折扣之成本與風險均較低⁴²。

6.小結——封鎖市場之重要條件

基於前述分析，可以從中歸納忠誠折扣成功封鎖市場的重要條件：（1）折扣事業須有不可競爭需求，此對於折扣的誘因強度至關重要；（2）折扣之閾值須高於不可競爭需求，否則即無從建構起槓桿效應；（3）折扣之覆蓋範圍須涵蓋市場總體需求之顯著部分，否則剩餘的市場需求很可能仍足以「養活」競爭者⁴³；（4）不忠的代價必須顯著——失去折扣必須使需求方之採購成本顯著提高，否則即不足使其心

⁴¹ 應注意者，出於折扣範圍之差異，通常僅有追溯型折扣能如此運作。

⁴² Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 780, 784-786; 李俊峰，前揭註 1，83。

⁴³ Damien Geradin, *supra* note 22, at 610-611; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 36; see Nicolas Petit, *supra* note 21, at 38.

生畏怖⁴⁴。此等條件的存在意味著，若「視為」忠誠折扣必然有害於競爭，即非妥適，此將作為後續競爭法分析之關鍵前提。

（三）忠誠折扣之競爭效果

促進競爭方面，忠誠折扣可能產生如下正面影響⁴⁵：（1）降低價格——激化品牌間競爭（interbrand competition）競爭，進而促進消費者福祉（consumer welfare）與市場之資源配置效率；（2）數量折扣有助於解決垂直外部性（vertical externality）或雙重邊際化（亦稱雙重加價，double marginalization）之問題——由於需求方必須滿足折扣之數量閾值，始能獲得折扣，故數量折扣將賦予需求方降價之動機，使需求方降低其向下游或消費者銷售時之價格，藉以增加銷售數量，否則需求方之價格愈高，其向下游或消費者銷售之數量即愈少，而此復將減少需求方向上游之折扣事業採購之數量，進而可能導致需求方無法滿足閾值；（3）排他性折扣可降低交易成本——由於銷售數量易受外部因素之影響，故相較於硬性要求採購一定數量作為契約義務或折扣之數量閾值，排他性折扣將是交易成本與嚴苛程度均較低之選擇，而可平衡顧及需求方面臨之外在經營風險；（4）排他性折扣有助於提升產品之品質或樹立品牌之形象，蓋其將「綁定」供需雙方之交易關係、使雙方「生死與共」，故折扣事業可能要求需求方遵守一系列之生產標準化措施或銷售準則，而需求方自身亦有與折扣事業「互利共生」之動機；（5）忠誠折扣可使折扣事業擴大其市占率，從而提高產量，進而獲致或強化規模經濟（economies of scale），產量的增加亦有助

⁴⁴ See Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 816.

⁴⁵ Commission Notice—Guidelines on Vertical Restraints, 2010/C 130 O.J. 1-46, para. 107 [hereinafter, Guidelines]; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 47-48; James L. Hamilton & Ibrahim Mqasqas, “Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case,” *62(3) Southern Economic Journal*, 567 (1996); 陳志民，前揭註 26，1-2；陳志民、林益裕，非價格垂直限制適用『合理原則』之違法考量因素，公平會 102 年度委託研究報告，8、50-52、118（2013）；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，123-124（2019）；寧宣鳳、彭荷月、李沅珊、高鼎（金杜律師事務所），「“獨家”安排的縱向規制」（2018），https://www.gushiciku.cn/dc_hk/106706636，最後瀏覽日期：2022/6/30；謝長江，「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」，公平交易季刊，第 27 卷第 2 期，127（2019）；see Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 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, 2010/ L 102 O.J. 1-7, recital 6.

於固定成本之回收；（6）忠誠折扣有助於解決供應方投資於需求方時，彼此間之套牢問題（hold-up problem）以及其他供應方之搭便車（free riding）行為——忠誠折扣可使需求方集中其採購需求於折扣事業，進而使折扣事業得以完整收割投資之碩果。

限制競爭方面，忠誠折扣之負面影響主要在於⁴⁶：（1）壓低有效價格，進而封鎖市場；（2）封阻銷售管道——提高競爭者的搜尋與協商成本，並建構市場之進入障礙（entry barrier）。若有威脅性之競爭者均遭排除，除消費者之選擇有所減少外，折扣事業將不再受到足夠的競爭約束，而可能恣意降低品質、收取超越競爭水平的高價或喪失創新之誘因，從而導致消費者福祉之減損⁴⁷。

鑑於忠誠折扣可能同時產生正面與負面之影響，故忠誠折扣並非絕對的「本體惡」。從而，不宜武斷認定忠誠折扣必然有害於競爭，而應受到競爭法的全面譴責。

三、忠誠折扣之歐盟競爭法分析

就《歐盟運作條約》（Treaty on the Functioning of the European Union，下稱 TFEU）第 102 條規定而言，執委會與歐洲法院踏上歧路的轉捩點是執委會於 2009 年發布的《指南》⁴⁸。以此為分界，本文將依次梳理執委會與法院對於忠誠折扣的核心觀點。

（一）《指南》發布前之折扣案例——基於形式的檢視法

數量折扣方面有 *Michelin II* 案⁴⁹可參。歐洲法院在本案中抱持較為友善之立場，認為數量折扣反映了採購數量增加所帶來的經濟效率提升，故推定其合法。然而，數量折扣如經認定具有忠誠誘導效應，法院即視為其必然產生反競爭效果，蓋 TFEU 第 102 條規定下之「效果」不應被理解為行為之實際經濟效果，而應是行為產生特定經濟效果之抽象可能性。在此情況下，若又無客觀正當事由（objective justification），即屬濫用獨占地位（abuse of dominance/dominant position）⁵⁰。

⁴⁶ 陳志民，同上註，1；陳志民、林益裕，同上註，50、52-53；楊宏暉，同上註，122-123；謝長江，同上註，126-127；see *Guidelines, id.*, para. 100.

⁴⁷ Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 780；李俊峰，前揭註 1，86-87。

⁴⁸ *Guidance, supra* note 2.

⁴⁹ Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071.

⁵⁰ Case C-163/99, *Portugal v. Commission*, [2001] ECR I-2613, para. 52; *id.*, paras. 58-60, 95, 241; Case T-57/01, *Solvay SA v. Commission*, [2009] ECR II-4621, paras. 318-320; Damien Geradin, *supra* note

排他性折扣方面，最經典的開創性案例即屬 1979 年之 *Hoffmann-La Roche* 案⁵¹。歐洲法院抱持較為敵對之立場，認為獨占事業之存在即當然導致市場競爭之弱化，若獨占事業再誘導或要求需求方向其獨家或準獨家採購（exclusive or quasi-exclusive purchasing），即可認定競爭必受損害，而無須個案評估行為之競爭效果。法院認為獨占事業之行為僅須有限制競爭之抽象可能性，即足構成濫用，而獨占事業之折扣若有忠誠誘導效應，即滿足此抽象可能性之要求，而法院認為排他性折扣必然具有忠誠誘導效應。從而，法院係以類似於 TFEU 第 101 條規定下目的性限制競爭（restrictions on competition by object）之方式審查獨占事業之排他性折扣，而視為其必然產生反競爭效果。然而，由於獨占事業仍得主張其折扣具有客觀正當事由，故法院採取之審查模型並非當然違法（per se illegal），而係準當然違法（quasi-per se illegal）⁵²。

第三類折扣方面有 *Michelin I*、*BPB* 與 *British Airways*（下稱 B.A.）案⁵³可參。歐洲法院抱持相對中立之立場，未有合法或違法之推定，而認為必須考量「所有相關情況」（all the relevant circumstances）⁵⁴。此乃是就折扣之規則或機制設計加以分析，若折扣具有忠誠誘導效應，而有限制競爭之抽象可能性，且無客觀正當事由，即足構成濫用，而非個案分析折扣的實際競爭效果之謂⁵⁵。

22, at 584; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 12; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 32; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 19; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 5.

⁵¹ Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 461 [hereinafter, *Hoffmann-La Roche*]; Mark Friend, “Loyalty Rebates and Abuse of Dominance,” *77(1) Cambridge Law Journal*, 26 (2018); 陳志民，前揭註 26，3。

⁵² *Hoffmann-La Roche, id.*, paras. 89-90, 120; Mark Friend, *id.* at 26; Damien Geradin, *supra* note 22, at 579, 583; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 17; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 18; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 4-6; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 424, 429; 陳志民，同上註；*contra* Nicolas Petit, *supra* note 21, at 31; Peter van Wijck, “Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law,” *17(1) European Competition Journal*, 3, 11 (2021); 陳志民、林益裕，前揭註 45，130-131。

⁵³ Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461 [hereinafter, *Michelin I*]; Case T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission*, [1993] ECR II-389; Case C-95/04 P, *British Airways plc v. Commission*, ECR [2007] I-2331 [hereinafter, *B.A.*].

⁵⁴ *Michelin I, id.*, para. 14.

⁵⁵ *B.A.*, *supra* note 53, paras. 71, 73, 75; Damien Geradin, *supra* note 22, at 584; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 32; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 4-5; 王文宇，「濫用獨占地位之判斷標

綜上所述，歐洲法院著眼於獨占地位之擁有以及折扣之忠誠誘導效應，據此假定可能產生之競爭損害，而不重視折扣之實際影響。除非有客觀正當事由，否則原則上均屬濫用⁵⁶。此種「基於形式的檢視法」(form-based approach)⁵⁷受到批判，蓋過於寬泛的濫用認定可能導致積極錯誤⁵⁸，使有利於消費者的折扣亦受到禁止，並使競爭法淪為保護競爭者，而非競爭本身⁵⁹。

(二) 《指南》——基於效果的檢視法

在上述背景下，執委會試圖以經濟學之理論與分析方法為基礎，著手於 TFEU 第 102 條規定之「現代化」⁶⁰。歷經數年之討論與磋商，《指南》終於在 2009 年 2 月發布，「基於效果的檢視法」(effects-based approach)⁶¹粉墨登場。

準—法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第 15 卷第 1 期，17-18 (2007)；陳志民，前揭註 26，3。

⁵⁶ Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 20-21; Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 802; 李俊峰，前揭註 1，90。

⁵⁷ 翻譯參考自陳志民，前揭註 26，3；學界亦有將之譯作「以形式作為依據之研究途徑」，簡稱「形式途徑」者，參廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，21。

⁵⁸ 積極錯誤，亦即過度執法 (over-enforcement)，亦稱型一錯誤 (type I error) 或偽陽性 (false positive)。消極錯誤，亦即執法不足 (under-enforcement)，亦稱型二錯誤 (type II error) 或偽陰性 (false negative)；國家教育研究院，「第一類型錯誤 (Type I Error)」，<https://terms.naer.edu.tw/detail/1310651/>，最後瀏覽日期：2022/6/30；國家教育研究院，「第二類型錯誤 (Type II Error)」，<https://terms.naer.edu.tw/detail/1310655/>，最後瀏覽日期：2022/6/30。

⁵⁹ Damien Geradin, *supra* note 22, at 579, 581; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 17-18; Peter van Wijck, *supra* note 52, at 3, 10, 12; 李俊峰，前揭註 1，90。

⁶⁰ Pablo Ibáñez Colomo, "Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy," *29/2014 LSE Legal Studies Working Paper*, 7 (2014); Paul Nihoul, "The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effects-based Approach in European Competition Law?" *5(8) Journal of European Competition Law & Practice*, 521 (2014); Ahmet Fatih Özkan, "The Intel Judgement: The Commission Threw the First Stone but the EU Courts will Throw the Last," *11(1) European Competition Journal*, 77-78 (2015); Luc Peepkorn & Katja Viertiö, *supra* note 27, at 20; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 37-38; 魏杏芳，前揭註 33，4-5。

⁶¹ 翻譯參考自陳志民，前揭註 26，3；學界亦有將之譯作「以效果作為依據之研究途徑」，簡稱「效果途徑」者，參廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，21；歐盟學界亦經常稱之為「更經濟的檢視法」(more economic approach)；see, e.g., Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 77; Luc Peepkorn & Katja Viertiö, *id.* at 17.

1. 總論——就排他行為之一般執法方式

《指南》在架構上可分為總論與各論，前者係通用之總則性說明，後者則適用於個別行為類型。

(1) 封鎖效果之內涵——以消費者福祉為核心

《指南》係自消費者福祉之角度觀察封鎖效果，特定行為雖排除競爭者而對市場之競爭結構產生影響，惟僅有消費者福祉受到減損，始為執委會介入干預之理由⁶²。換言之，「保護效能競爭」僅是手段，「保護消費者」始為最終目的⁶³，故反競爭之封鎖效果係指：（1）現存或潛在競爭者有效進入市場或取得供應之管道受到獨占事業阻礙或消滅；（2）獨占事業可在提升價格之同時獲利；（3）考量質性或量化證據，獨占事業之行為有害於消費者⁶⁴。

執委會之考量要素包含：（1）獨占事業之市場力量強弱——市場力量愈強，獨占事業防禦其獨占地位之行為通常即愈可能產生封鎖效果；（2）相關市場（*relevant market*）與上下游市場之擴張或進入障礙；（3）競爭者之市場地位及其對維護效能競爭之重要性——縱使特定競爭者之市占率不高，其仍可能對市場競爭之維護具有重要作用，例如該競爭者已是市占率最接近涉案事業者（儘管其市占率不高）、特別具有創新能力或享有價格特別低廉之聲譽等。此外，執委會亦將考量競爭者能否採取任何可能、及時且有效的反制策略；（4）需求方與生產要素供應商（*input supplier*）之市場地位——若特定需求方或生產要素供應商具有特別之重要性，獨占事業可能僅針對渠等實施行為（例如僅對特定需求方提供折扣），而此將影響封鎖效果產生之可能性。以需求方為例，若其對獨占事業特別不忠誠（而很可能回應獨占事業競爭者之要約）、在地理位置上處於市場中之戰略要地或有能力影響其他需求方之決策等，該需求方即可能具備特別之重要性；（5）行為之市場覆蓋率、期間與頻率愈高，市場受到封鎖之可能性即隨同上升；（6）獨占事業與其競爭者之市場表現消長，

⁶² Guidance, *supra* note 2, para. 5; Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 78; Raphaël De Coninck, “The As-efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the ECJ Intel Judgement,” *4(2) Competition Law & Policy Debate*, 73-74 (2018); Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 410.

⁶³ Luc Peeperkorn & Katja Viertiö, *supra* note 27, at 17; 魏杏芳，前揭註 33，6、8。

⁶⁴ Guidance, *supra* note 2, paras. 5, 19; Raphaël De Coninck, *supra* note 62, at 74; Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 78; Luc Peeperkorn & Katja Viertiö, *id.* at 17-18; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 410; 魏杏芳，同上註。

例如獨占事業之市占率提升或其降低幅度減緩、現存競爭者受到邊緣化或被逐出市場、潛在競爭者嘗試進入市場，惟未能成功等；（7）證明排除策略存在之直接證據，例如獨占事業之內部文件，而其中載明其排除特定競爭者之詳細計畫；（8）假想、比較未有排他行為時，市場可能之發展情形⁶⁵。

值得注意的是，若執委會認為特定行為只會提高競爭障礙，而不會創造任何經濟效率，執委會即可能略過詳細的評估，逕行認定消費者福祉已受損害，而未必將經濟分析方法嚴格貫徹於所有個案⁶⁶。

（2）同等效率競爭者測試

對於「基於價格的排他行為」（price-based exclusionary conduct），執委會原則上係以 AEC 測試作為其干預門檻。AEC 測試在概念上有過於嚴格的疑慮⁶⁷，蓋遭到排除之競爭者雖未與獨占事業具有同等效率（下稱次等效率競爭者），仍可能對獨占事業產生競爭壓力，故其若遭到排除亦可能不利於市場競爭與消費者福祉⁶⁸，且相較於同等效率競爭者，次等效率競爭者或許更能切合真實之市場情況⁶⁹。執委會的回應是，若次等效率競爭者遭到排除將有害於消費者福祉，執委會仍會將此納入考量，而不會一概忽視之⁷⁰。對此但書，值得留心的是：（1）次等效率競爭者始終是「次等公民」，對其考量屬於例外；（2）對次等效率競爭者之考量必須適度，以免過度保護之結果反有害於效能競爭與產業整體效率之提升，並須謹慎判斷其遭到排除係因獨占事業之反競爭行為所致，抑或僅是獨占者效能競爭之結果，以免競爭法淪為保護競爭者，而非競爭本身；（3）納入對次等效率競爭者之例外考量可能使執委會之執法標準變得模糊、欠缺可預測性⁷¹。要言之，對次等效率競爭者的關切與否實係一進退維谷的無解難題。在執委會已經作成選擇的情況下，其分寸之拿捏有待觀察。

⁶⁵ Guidance, *id.*, paras. 20-21; Raphaël De Coninck, *id.*; Luc Peepkorn & Katja Viertiö, *id.* at 18; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 22; 陳志民、林益裕，前揭註 45，136-137；魏杏芳，同上註。

⁶⁶ Guidance, *id.*, para. 22; 魏杏芳；同上註，9。

⁶⁷ See, e.g., Peter van Wijck, *supra* note 52, at 13; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 432-433.

⁶⁸ Raphaël De Coninck, *supra* note 62, at 75; Wouter P.J. Wils, *id.*

⁶⁹ Toni Lampinen, *supra* note 7, at 40.

⁷⁰ Guidance, *supra* note 2, para. 24; Raphaël De Coninck, *supra* note 62, at 79; Luc Peepkorn & Katja Viertiö, *supra* note 27, at 18; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 6-7.

⁷¹ Raphaël De Coninck, *id.* at 75-76; 王文宇，前揭註 55，9-10；魏杏芳，前揭註 33，9 註 25。

作為經濟分析方法，AEC 測試之進行係以可信且足夠之數據為前提。執委會將優先採用獨占事業之數據，惟若難以或無法取得，執委會將退而求其次，改採獨占事業競爭者之數據⁷²。然而，此時之測試結果可能失真，蓋執委會無法確保所假想之同等效率競爭者是否果與獨占事業具有同等效率，亦無法肯定獨占事業在其競爭者之成本結構下將會作成如何之競爭決策⁷³。

應注意者，AEC 測試僅為《指南》分析框架之其中一環，而非唯一、絕對的執法標準，故執委會仍將綜合考量封鎖效果之通則性要素以及個別行為類型之特殊要素，以進行綜合、全面之評估⁷⁴。若非如此，對價格成本測試的過度強調可能使執委會陷入盲區，而誤將「保護效能競爭」與「保護競爭者」劃上等號。價格雖低於成本，競爭者遭到排除之結果仍未必使消費者福祉有所減損，蓋消費者亦可能因獨占事業生產上之高效率或大規模而受益。反之，價格雖高於成本，個案中仍非無封鎖市場之可能，惟封鎖效果之產生並不當然等同於消費者福祉之減損，而須個案判斷兩者間之因果關係連結。此外，取決於執委會之個案權衡，其未必會在所有個案均進行 AEC 測試。

(3) 抗辯之提出——客觀必要性與效率抗辯

個案中，獨占事業得主張客觀必要性（objectively necessary）或效率抗辯（efficiency defence）⁷⁵。所謂客觀必要性，執委會指出：「例如，若排他行為之實施係考量競爭者產品之性質所導致的健康或安全疑慮，即可能具有客觀必要性。然而，認定行為是否具備客觀必要性時必須明白，制訂或實施關於公眾健康與安全的標準通常是政府當局之任務，而不應由獨占事業主動、自發地排除其認為具有危險性或品質劣於自身產品之競品，不論其對競品安全性之判斷是否正確」⁷⁶。

所謂效率抗辯，即行為利大於弊，對消費者無「淨損害」（net harm）之謂⁷⁷，而須滿足下列要件：（1）行為很可能或已經創造了效率，例如生產技術之進步導致產品之品質提升或降低生產、行銷成本等；（2）行為係實現效率所不可或缺——若

⁷² Guidance, *supra* note 2, para. 25.

⁷³ Toni Lampinen, *supra* note 7, at 40.

⁷⁴ Guidance, *supra* note 2, para. 45.

⁷⁵ *Id.*, para. 28; Luc Peepkorm & Katja Viertiö, *supra* note 27, at 18; 魏杏芳，前揭註 33，11。

⁷⁶ Guidance, *id.*, para. 29.

⁷⁷ 魏杏芳，前揭註 33，11-12。

有其他限制競爭效果較小之行為可實現相同之效率，系爭行為即非不可或缺；（3）行為所創造之效率超越其對市場競爭與消費者福祉之負面影響；（4）行為並未排除全部或大部分之現存或潛在競爭，進而消滅效能競爭——若欠缺效能競爭，獨占事業將喪失繼續創造、傳遞效率予消費者之動機。倘若市場中已無任何殘餘之現存競爭，亦無法預見潛在競爭者進入市場（而創造新的競爭約束），對競爭之保護即應優先於經濟效率之促進。在上述情況下，創造、維持或強化獨占地位之行為雖亦創造或提升效率，惟仍不能正當化該行為⁷⁸。

2. 名論——就忠誠折扣之執法方式

評估是否就忠誠折扣⁷⁹發動干預時，執委會著眼於下列要素：（1）不可競爭需求與折扣之槓桿效應——若競爭者無法在同等的條件下針對需求方之全部需求開展競爭，市場受到封鎖之可能性即較高，而忠誠折扣可使獨占事業以其不可競爭需求為槓桿，藉以壓縮可競爭需求之比例；（2）折扣之追溯性或增量性——相較於增量型折扣，追溯型折扣更可能產生顯著的封鎖效果，蓋轉換供應商將大幅減少需求方所能獲得之折扣，從而進一步降低需求方與獨占事業之競爭者交易之意願。滿足閾值前，需求方之採購數量愈接近閾值，轉換供應商之誘因即愈小，而折扣之封鎖效果將在瀕臨閾值前之最後一採購單位極大化；（3）折扣之個性化或標準化——個性化折扣通常可創造較強的忠誠誘導效應，使需求方難以轉換供應商。至於標準化折扣，由於其閾值可能對某些需求方太高，同時對另一些需求方太低，故其忠誠誘導效應相對較弱。然而，若所設定之標準化閾值相當接近大部分需求方之需求情況，則仍可能具有反競爭性；（4）折扣之閾值與比例——各該數值愈高，市場受到封鎖之可能性即愈高；（5）AEC 測試——執委會將評估折扣之實施導致有效價格受到壓縮之程度，藉以判斷是否同等效率競爭者是否將難以進入或在市場中擴張⁸⁰。

⁷⁸ 同上註，12；陳志民、林益裕，前揭註 45，137；Guidance, *supra* note 2, para. 30; Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 802.

⁷⁹ 《指南》於此之標題原係「附條件折扣」，惟為維持用語一貫並使讀者較易捕捉重點，本文以「忠誠折扣」代之。應注意者，並非所有附條件折扣在機制上均能產生忠誠誘導效應，故忠誠折扣僅為附條件折扣之一種。

⁸⁰ Guidance, *supra* note 2, paras. 39-45; Raphaël De Coninck, *supra* note 62, at 74; Damien Geradin, *supra* note 22, at 586; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 24-25, 55; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 23; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 6-8; 陳志民，前揭註 26，3。

效率抗辯方面，執委會的態度似乎有些曖昧，其並未正面列舉示範「何種效率或成本優勢將為執委會所接受」，而僅含糊地指出「相較於個性化與追溯型折扣，標準化與增量型折扣更可能產生或促進效率」⁸¹。

3. 《指南》之拘束力

形式上，《指南》乃是拘束力位處灰色地帶之「軟法」（soft law）⁸²。由於解釋 TFEU 係歐洲法院之專有權限，故《指南》不能對法院產生拘束力。相同地，作為欠缺直接適用效力的軟法，《指南》亦對會員國無法律上之拘束力，惟仍可能產生事實上（de facto）的領導作用⁸³。

《指南》可能對執委會具有拘束力，惟此拘束力並非源於《指南》本身，而係源於禁反言原則（equitable estoppel）以及行政自我拘束原則⁸⁴。然而，TFEU 第 102 條規定以及歐洲法院對該規定之解釋亦對執委會有拘束力。作為行政機關，執委會不能以反於歐洲法院之方式解釋法律，亦不能以軟法推翻過往之判決見解⁸⁵。然而，本文認為《指南》已使執委會與法院踏上了分歧的道路，而可能招致兩者間之緊張⁸⁶。

⁸¹ Guidance, *id.*, para. 46; Damien Geradin, *id.*, at 587-588.

⁸² 洪德欽，「歐盟法的淵源」，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），初版，國立臺灣大學出版中心，12-14（2015）；廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，61。

⁸³ Nicolas Petit, *supra* note 21, at 45; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 418; 魏杏芳，前揭註 33，5。

⁸⁴ Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P, *Dansk Rørindustri and Others v. Commission*, [2005] ECR I-5425, para. 211; Case T-59/02, *Archer Daniels Midland v. Commission*, [2006] ECR II-3627, para. 43; Nicolas Petit, *id.* at 44; 牛日正、吳秀明，公平交易法上「安全港（safe harbor）條款」之研究，公平會 107 年度委託研究報告，8（2018）；魏杏芳，同上註。

⁸⁵ Opinion of AG Kokott in *B.A.*, *supra* note 53, EU:C:2006:133, para. 28; Opinion of AG Kokott in Case C-109/10 P, *Solvay SA v. Commission*, EU:C:2011:256, para. 21; Case C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, [2015] ECR I-0000, para. 52 [hereinafter, *Post Danmark II*]; Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 79; Nicolas Petit, *id.* at 45; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 23; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 8; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 418; see Peter van Wijck, *supra* note 52, at 2.

⁸⁶ Brian Sher, “Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel,” *6(4) Journal of European Competition Law & Practice*, 219 (2015); Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 78-79; Peter van Wijck, *id.*; 相反見解參陳志民、林益裕，前揭註 45，136。

（三）《指南》發布後之折扣案例——形式主義繼續主宰

由於解釋 TFEU 係歐洲法院之專屬權限，故法院之立場至關重要⁸⁷。然而，歐洲法院在 *Tomra* 案與 *Post Danmark II* 案⁸⁸中仍繼續死守「基於形式的檢視法」，認為執委會僅須證明折扣有限制競爭之抽象可能性即足⁸⁹，並強調《指南》對歐洲法院與會員國均無拘束力⁹⁰。至於 AEC 測試，法院認為其或許是一種可用的分析，惟非必要之法律標準⁹¹。此外，法院認為獨占事業不得抗辯其行為僅覆蓋了市場的少許部分，而實際上並未產生顯著的反競爭效果，亦即法院認為 TFEU 第 102 條規定並不存在「微小不罰」（*de minimis*）之概念⁹²。

從而，歐洲法院並未接受《指南》的「感化」，而依然遵循著過去的形式主義教條（*formalistic doctrine*）⁹³。實施忠誠折扣宛如在《指南》與法院判決間走鋼索⁹⁴，惟可以預見敢於冒險的獨占事業必將從高空下墜。

（四）形式與效果之抉擇

⁸⁷ Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 79.

⁸⁸ Case T-155/06, *Tomra Systems ASA and Others v. Commission*, [2010] ECR II-4361 [hereinafter, *Tomra GC*]; Case C-549/10 P, *Tomra Systems ASA and Others v. Commission*, [2012] ECR I-0000 [hereinafter, *Tomra ECJ*]; *Post Danmark II*, *supra* note 85.

⁸⁹ *Tomra GC*, *id.*, paras. 219, 286, 289-290; *Tomra ECJ*, *id.*, paras. 56, 68-71, 73; *Post Danmark II*, *id.*, para. 62; Opinion of AG Kokott in *Post Danmark II*, *supra* note 85, EU:C:2015:343, para. 82; Damien Geradin, *supra* note 22, at 588; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 5; Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 79-80; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 32; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 23-25; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 9-10; Fiona M. Scott Morton & Zachary Abrahamson, *supra* note 26, at 804; Peter van Wijck, *supra* note 52, at 14-15; 謝長江，前揭註 45，114-115。

⁹⁰ *Post Danmark II*, *id.*, para. 52; Viktoria H.S.E. Robertson, *id.* at 23.

⁹¹ *Post Danmark II*, *id.*, paras. 57-58, 61; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 26, at 10.

⁹² *Tomra GC*, *supra* note 88, para. 241; *Post Danmark II*, *id.*, paras. 72-74; Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *supra* note 35, at 9; Damien Geradin, *supra* note 22, at 588; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 32 n.39.

⁹³ Björn Lundqvist, “Post Danmark II, Now Concluded by the ECJ: Clarification of the Rebate Abuse, but how do we Marry Post Danmark I with Post Danmark II?” *11(2-3) European Competition Journal*, 557 (2016); see Peter van Wijck, *supra* note 52, at 15.

⁹⁴ Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *supra* note 35, at 1.

綜上所述，歐盟競爭法的挑戰乃是方法論（methodology）的選擇，亦即形式與效果之抉擇⁹⁵。於此，本文將重新梳理二種檢視法之利弊，並對此艱難的抉擇作成「中間判決」。

「基於效果的檢視法」係將經濟學導入競爭法之執法，其誘因在於避免積極錯誤與消極錯誤，亦即「精確」乃是其最大優勢，而可避免「誤殺忠良」⁹⁶。然而，經濟分析始終不是競爭法的「萬靈丹」，其缺點在於⁹⁷：（1）需費過鉅，且可能使執法更加不易——個案分析折扣之價格、成本與競爭效果，此本涉及繁重的時間與金錢成本，而執委會與法院間以及會員國彼此間的經濟分析量能差異更是另一隱憂。此外，經濟分析可能使執法之過程複雜化、困難化，可能致生消極錯誤，亦可能因效率之下降而減損執法之威懾力與有效性⁹⁸；（2）不利於法定性——出於經濟分析之「個案性格」與主觀性，事業與競爭主管機關分別進行之測試結果可能大相逕庭，而此可能導致獨占事業自我評估之能力大幅受限⁹⁹。

有二種取徑可能治療上述病灶：（1）明確、詳細地說明 AEC 測試中相關數據之認定或計算方式，降低執委會與事業間認定產生落差之可能性，此係《指南》將來可嘗試改進之方向¹⁰⁰；（2）在保留一定推定之同時，容許事業抗辯其折扣並未限制競爭，亦即除去形式主義對反競爭效果的「視為」，藉以實現形式與效果的靈活統合¹⁰¹。

「基於形式的檢視法」恰好彌補了經濟分析的缺失，具有操作簡便、成本低廉之優勢，而有助於法定性之維繫與可預見性之促進¹⁰²。然而，對市場競爭結構與

⁹⁵ 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，21-22。

⁹⁶ See Toni Lampinen, *supra* note 7, at 58; 參牛曰正、吳秀明，前揭註 84，5；許芝菡，從歐盟英特爾案看忠誠折扣的合理性，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，29（2019）。

⁹⁷ 李俊峰，前揭註 1，82；楊宏暉，前揭註 45，113；see Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 430.

⁹⁸ Toni Lampinen, *supra* note 7, at 59-60; Paul Nihoul, *supra* note 60, at 529-530; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 43; Wouter P.J. Wils, *id.*; 謝長江，前揭註 45，105；廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，17-18，註 11；參許芝菡，前揭註 96，62。

⁹⁹ Toni Lampinen, *id.* at 59; Viktoria H.S.E. Robertson, *id.*; 謝長江，同上註，106；see Wouter P.J. Wils, *id.* at 422, 430.

¹⁰⁰ See Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 25; 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，60。

¹⁰¹ Toni Lampinen, *supra* note 7, at 59; 李俊峰，前揭註 1，90。

¹⁰² Toni Lampinen, *id.* at 56; Richard Whish, “Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!” *6(1) Journal of European Competition Law & Practice*, 1 (2015); 李俊峰，同上註，89；楊宏暉，前揭註 45，120。

行為競爭效果的假定乃是其最大未爆彈，此等假定若無堅實的經濟基礎，即會形成大小通殺的「流刺網」，致生積極錯誤與寒蟬效應，亦使競爭主管機關錯置執法資源在無害於競爭之案件¹⁰³。就此而言，由於忠誠折扣與限制競爭間並無「命中注定的姻緣線」，故「基於形式的檢視法」亦非忠誠折扣之「良緣佳偶」¹⁰⁴。

兩害相權之下，本文認為「基於效果的檢視法」或許是相對合宜之選擇。當然，若執委會與法院能調和形式與效果，淬鍊出具有完足經濟基礎、又無損於法安定性的便捷審查模型，應更有利於實現健全競爭秩序與促進消費者福祉的宏大願景。然而，至少在忠誠折扣，在歐盟法院（Court of Justice, ECJ）2017年之 *Intel* 案判決¹⁰⁵前一直未見「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」攜手前行的曙光。

四、重新啟航——*Intel v. Commission* 案

截至當前，*Intel* 案在歐盟之進程包含四大階段：（1）執委會於 2009 年 5 月 13 日作成決定（decision）¹⁰⁶，實驗性地適用「基於效果的檢視法」，惟同時以「基於形式的檢視法」作為額外保險；（2）普通法院（General Court）於 2014 年 6 月 12 日作成判決¹⁰⁷，堅定地固守「基於形式的檢視法」的江山；（3）歐盟法院於 2017 年 9 月 6 日作成判決¹⁰⁸，向「基於效果的檢視法」遞出橄欖枝，惟其見解仍保有「基於形式的檢視法」之成分；（4）普通法院於 2022 年 1 月 26 日作成更審判決¹⁰⁹，宣示其對歐盟法院見解之遵循。

（一）2009 年執委會決定——水溫測試

¹⁰³ Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *supra* note 35, at 1; Sandra Fišer Šobot, “A New Approach to Rebates after Intel Case,” *10(2) LeXonomica*, 111 (2018); Toni Lampinen, *id.* at 56-58; 牛日正、吳秀明，前揭註 84，4；參魏杏芳，前揭註 33，25。

¹⁰⁴ Opinion of AG Wahl in Case C-413/14P, *Intel Corp. v. Commission*, [2017] ECR I-0000, EU:C:2016:788, paras. 73, 78; Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 60, at 4; Sandra Fišer Šobot, *id.* at 112; Damien Geradin, *supra* note 22, at 582, 598; 李俊峰，前揭註 1，89、91。

¹⁰⁵ Case C-413/14P, *Intel Corp. v. Commission*, [2017] ECR I-0000 [hereinafter, *Intel ECJ*].

¹⁰⁶ *Intel EC*, *supra* note 40.

¹⁰⁷ *Intel GC*, *supra* note 16.

¹⁰⁸ *Intel ECJ*, *supra* note 105.

¹⁰⁹ Case T-286/09 RENV, *Intel Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2022:19 [hereinafter, *Intel GC RENV*].

1. 決定摘要

本案之相關市場涉及全球之 x86 架構中央處理器 (central processing unit, CPU)¹¹⁰。考量 Intel 於 1997 年至 2007 年間始終維持 70% 以上之高額市占率，且相關市場存在顯著的進入與擴張障礙，執委會認定 Intel 為獨占事業¹¹¹。

Intel 對下游主要之原始設備製造商 (original equipment manufacturer, 下稱 OEM 廠商) 提供排他性折扣，包含 Dell、HP、NEC 與 Lenovo，其比例閾值介於 80% 至 100% 之間。此外，Intel 尚對電腦零售商 Media Saturn Holding (下稱 MSH) 支付對價，條件是 MSH 只銷售搭載 Intel 產品之桌上型電腦¹¹²。

在違法性評估之方法上，執委會先以歐洲法院所慣採之「基於形式的檢視法」進行評估。執委會援引 *Hoffmann-La Roche* 案指出，無須評估 Intel 行為之具體競爭效果，即能得出構成濫用之結論¹¹³。完成形式主義之論證後，執委會隨即進行效果主義之分析，並認為 Intel 之行為具有反競爭性¹¹⁴：(1) AMD 是 Intel 唯一具有威脅性的競爭者，而其日益茁壯已為 Intel 帶來顯著的商業威脅；(2) AEC 測試之結果表明同等效率競爭者將遭排除；(3) 相較於其他 OEM 廠商，Dell 與 HP 具有特別重要的戰略意義，Intel 之行為卻阻斷了競爭者與渠等交易之機會；(4) 執委會認為 Intel 之行為將削弱競爭者開展效能競爭之能力，進而減少消費者之選擇、扼殺競爭者創新之動機。正當事由方面，由於 Intel 未能證明其折扣所附加之排他性條件係創造效率所不可或缺，故執委會未採其抗辯¹¹⁵。

從而，執委會認為 Intel 之行為構成濫用，執委會命 Intel 立即停止違法行為，且不得為任何具有相同或同等目的或效果之行為，並處以 10.6 億歐元之天價罰款¹¹⁶。

¹¹⁰ *Intel EC*, *supra* note 40, paras. 16-17.

¹¹¹ *Id.*, paras. 18-20.

¹¹² *Id.*, paras. 22-23.

¹¹³ *Id.*, paras. 24-26, 42; Mark Friend, *supra* note 51, at 26.

¹¹⁴ *Intel EC*, *id.*, paras. 27-33, 41; Sandra Fišer Šobot, *supra* note 103, at 106; Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 73.

¹¹⁵ *Intel EC*, *id.*, paras. 34-35; Ahmet Fatih Özkan, *id.*

¹¹⁶ *Intel EC*, *id.*, paras. 36, 40-41, 43-45; Sandra Fišer Šobot, *supra* note 103, at 104; Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 5; Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 70.

2. 評析

首先，*Intel* 案係《指南》發布後，執委會的首宗「實驗性案例」¹¹⁷。由於執委會無法確定法院會是如何反應，故執委會併用了「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」，蓋形式主義的論證可作為一道保險，確保法院至少認可適法性認定之結論。學者指出，倘若法院繼續堅守形式主義，由於此將使執委會負擔較低之舉證責任、耗費之執法資源亦較少，故執委會未來可能會「機會主義地」偏離《指南》、選擇性地進行經濟分析，蓋在欠缺證據的情況下，形式主義將格外誘人。就本案而言，執委會似乎胸有成竹，遂併用二種檢視法¹¹⁸。

其次，學者指出 OEM 廠商可能具有一定程度之反制力量（countervailing buyer power），此可能使 *Intel* 無法完全獨立於需求方而運作，惟執委會未就此予以考量，即認 *Intel* 具有獨占地位，恐有不周¹¹⁹。

再者，執委會以「基於效果的檢視法」評估 *Intel* 之行為，學者認為此可能引發法律明確性（legal certainty）之疑慮¹²⁰。查 *Intel* 之行為均係實施於《指南》發布前，則 *Intel* 於行為當時自無法預見執委會將對其行為適用《指南》，故 *Intel* 對競爭法規範的可預見性恐遭破壞。雪上加霜的是，《指南》係歐盟唯一提及 AEC 測試之官方文件，卻對 AEC 測試之概念以及 LRAIC 與 AAC 之認定方式等重要事項均僅有抽象之描述，而未有較具體之說明、範例或公式，似難認為《指南》中理論性的抽象說明即足使 *Intel* 清楚描繪 AEC 測試的具體梗概。若然，AEC 測試於本案之適用即可能有害於歐盟競爭法之明確性，亦可能在事業間產生寒蟬效應¹²¹。

（二）2014 年普通法院判決——迎向黑暗時代的暮光？

1. 判決摘要

¹¹⁷ Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 70-81; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 410.

¹¹⁸ Ahmet Fatih Özkan, *id.* at 82-83.

¹¹⁹ Kuo-Lien Hsieh, *supra* note 26, at 2, 11, 16, 23, 29; 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，55、59。

¹²⁰ See Kuo-Lien Hsieh, *id.* at 23-27.

¹²¹ *Id.* at 2, 7, 9, 20, 23-26, 29-30; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 411; 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，57、60-62。

談及折扣，普通法院援引 *Hoffmann-La Roche* 案，指出獨占事業之排他性折扣原則上即構成濫用，而無須個案評估其經濟背景與競爭效果，蓋排他性折扣「本質上」（by its very nature）即具有反競爭性¹²²。法院認為此觀點之立論基礎源於事業所擁有之獨占地位以及所負之特殊義務（special responsibility），蓋獨占事業之存在本身即導致市場競爭受到限制，若獨占事業又促使需求方向其獨家或準獨家採購，原則上均屬濫用，並無需要進行競爭效果的衡量¹²³。

此外，獨占事業不得抗辯其折扣之市場覆蓋率極低或僅對特定需求方實施，蓋濫用之構成並不以折扣實際產生顯著的反競爭效果為前提¹²⁴。至於 AEC 測試，由於無須評估折扣之競爭效果，自無進行之必要¹²⁵。

綜上所述，儘管推論過程不同，惟由於認定違法之結論相同，故法院維持執委會之決定，駁回 Intel 之起訴。

2. 普通法院之分析框架

普通法院作成判決後，各界批評蜂擁而至，例如「徹底退步，而無絲毫進步」以及「開倒車」等，堪稱是「回到黑暗時代」¹²⁶。本文並不全然否定此等批評，惟其在程度上似乎有些「小題大作」，蓋普通法院之見解與 *Hoffmann-La Roche* 案判決一致，無何新穎、創新之處，僅僅是重申歐洲法院所慣採的形式主義觀點¹²⁷。此等批評或許反映了學界的「期待愈大，失望愈大」，學者悲觀地認為，儘管執委會仍將在 TFEU 第 102 條規定的其他領域繼續推進效果主義，惟就忠誠折扣而言，執委會已然「出師未捷身先死」¹²⁸。

此判決另一值得討論者係數量、排他性與第三類折扣之三分法，此係歐洲法院首次正式提出此分類。部分學者不贊同此分類，蓋其係以折扣條件之形式為基準，

¹²² *Intel GC*, *supra* note 16, paras. 72-73, 80, 84-85.

¹²³ *Id.*, paras. 89-90.

¹²⁴ *Id.*, paras. 116-117, 132.

¹²⁵ *Id.*, paras. 99, 146-147, 152; Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 75; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 31; Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 412.

¹²⁶ Richard Whish, *supra* note 102, at 1; Peter van Wijck, *supra* note 52, at 17; Wouter P.J. Wils, *id.*

¹²⁷ *Intel GC*, *supra* note 16, para. 94; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 30; *see* Richard Whish, *id.* at 2; *see also* Wouter P.J. Wils, *id.* at 409.

¹²⁸ Ahmet Fatih Özkan, *supra* note 60, at 84.

而未慮及不同種類之折扣亦可能產生相同之競爭效果¹²⁹。誠然，排他性折扣本質上即是個性化之數量折扣，惟出於其固有之「自適應機能」，數量折扣限制競爭之可能性通常、相對較低。既然如此，對兩者適用寬嚴有別的審查基準即非空穴來風，否則反而可能導致積極或消極錯誤。職此，純就「區分折扣之類型並異其處理」之作法而言，本文認為並無不妥¹³⁰。

3.一判各表——臆測普通法院之心聲

部分學者對此判決有其特殊解讀，儘管本文見解與渠等不盡相同，惟討論各該特殊觀點仍有助於讀者反思普通法院之論述，故以下簡論之。

首先，Paul Nihoul 教授認為法院之見解並非形式主義，蓋法院並非對折扣之競爭效果置若罔聞，而係考量排他性折扣限制競爭之高度可能性，遂逕認其必然產生反競爭效果，而無為個案評估之必要。既已就競爭效果有所考量，則其見解應屬效果主義¹³¹。本文對此抱持懷疑，蓋重點應在於「如何認定反競爭效果之存在」或「反競爭效果之假定有無堅實的經濟基礎」，惟法院僅是抽象地泛稱「排他性折扣本質上即足以限制競爭」，卻未以經濟論據闡明何以如此。Nihoul 教授僅因法院偶有提及「效果」二字，即率爾認定法院係採效果主義，本文難以贊同。

其次，鑑於法院對折扣的槓桿效應有所提及¹³²，Nicolas Petit 教授據以認為此將限縮準當然違法原則之適用範圍。查槓桿效應理論係在描述市場力量從不可競爭需求至可競爭需求的延伸，而 Petit 教授認為槓桿效應之產生乃是源於折扣所適用之採購單位範圍，故應僅有追溯型之排他性折扣適用準當然違法原則，蓋其折扣範圍同時兼及可競爭需求與不可競爭需求內之採購單位，至於增量型之排他性折扣則不在此列，蓋其折扣範圍僅限於可競爭需求內之採購單位¹³³。然而，本文並不認同此推論，蓋如前文所述，本文認為槓桿效應之產生應是植基於「從不可競爭需求橫跨至可競爭需求」的閾值設計，至於折扣範圍之廣狹則僅影響有效價格受到壓縮之程度，故增量型折扣應亦在槓桿效應理論之射程範圍內。若然，Petit 教授之觀點即失其附

¹²⁹ Damien Geradin, *supra* note 22, at 596.

¹³⁰ See Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 425.

¹³¹ Paul Nihoul, *supra* note 60, at 527-528; *id.* at 427-428.

¹³² *Intel GC*, *supra* note 16, paras. 91-93.

¹³³ Nicolas Petit, *supra* note 21, at 40-42.

麗。縱非如此，Petit 教授之見解仍有疑慮，蓋法院顯然未就增量型與追溯型折扣加以區分，故法院應係對全體排他性折扣均適用準當然違法原則，而非僅限於追溯型者，Petit 教授之觀點恐怕是過於樂觀的「超譯」¹³⁴。

最後，Pablo Ibáñez Colomo 教授認為法院對排他性折扣的反競爭假定係源於獨占事業之反競爭意圖¹³⁵，蓋 *Hoffmann-La Roche* 案判決之英文版本第 90 段指出，排他性折扣「旨在消滅或限制需求方就供應來源之選擇」。然而，Petit 教授認為法院僅是單純假定排他性折扣之反競爭效果，而與反競爭意圖無涉，蓋 *Hoffmann-La Roche* 案判決之法文版本乃著重於前者：「排他性折扣往往會消滅或限制需求方就供應來源之選擇」。從而，同一判決之不同語言版本間存在語意上之衝突。在此情況下，由於「以法文版本為尊」乃是歐洲法學界公認之原則，故可知法院應非自反競爭意圖切入¹³⁶。

4. 再度思辯形式主義之當否

學理上有數種論點可用以支持形式主義之妥適性。第一種論點是，考量排他性折扣限制競爭之高度可能性，假定其必然有害於競爭並無不妥。然而，法院乃是「視為」如此，而非以推定之方式處理。若無完備的前提基礎，此等作法即會導致積極錯誤叢生，惟就排他性折扣而言，目前並無此種立論根基¹³⁷。

第二種論點是，鑑於獨占事業得主張客觀正當事由，形式主義之嚴苛性已有所緩和。此論點誤將反競爭效果與正當事由混為一談，以 TFEU 第 101 條規定為例，不得僅因第 3 項規定個別豁免（individual exemption）制度之存在，即認為協議（agreements）被定性為目的性或效果性限制競爭（restrictions on competition by effects）並不重要。排他性折扣既非必然有害於競爭，法院之「視為」即有瑕疵，此要不因客觀正當事由之得否提出而不同¹³⁸。

¹³⁴ Damien Geradin, *supra* note 22, at 614.

¹³⁵ Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 60, at 14-15, 17, 19-20.

¹³⁶ Nicolas Petit, *supra* note 21, at 9, 33; 參陳靜慧，「歐盟法院之組織與功能」，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），初版，國立臺灣大學出版中心，114（2015）。

¹³⁷ Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 60, at 25.

¹³⁸ *Id.* at 26; see Wouter P.J. Wils, *supra* note 33, at 429-430.

最後一種論點是，考量效果主義較高的執法成本以及較低的可預測性，形式主義應是較佳的審查模式¹³⁹。然而，相較於效果主義之上述弊端，形式主義對排他性折扣的無端敵視恐將對競爭秩序與消費者福祉造成更大的損傷。兩害相權之下，效果主義或許相對合宜。此外，除去形式主義對反競爭效果的「視為」，而容許獨占事業抗辯其折扣無害於競爭，此亦為可行的取徑之一。

（三）2017 年歐盟法院判決——向折衷的嶄新航道重新啟航

1. 判決摘要

首先，歐盟法院援引 *Hoffmann-La Roche* 案，指出獨占事業之排他性折扣原則上即構成濫用，隨後卻立即話鋒一轉，認為若涉案事業在調查程序中以支持性的證據主張其行為不足以限制競爭或封鎖市場，該案見解即有進一步「澄清」（clarify）之必要。在此情況下，執委會與法院應考量下列要素，判斷折扣是否有害於競爭：（1）獨占事業之市場力量強弱；（2）折扣之市場覆蓋率，以及給予折扣之條件、相關安排、期間與數額；（3）獨占事業是否正在實施一旨在排除同等效率競爭者之策略¹⁴⁰。應注意者，最後一項要素並不同於 AEC 測試，AEC 測試僅是評估此要素的其中一種手段，歐盟法院之方法則係綜合考量個案之全部事實。然而，歐盟法院亦不否定 AEC 測試之相關性，亦即若執委會已進行 AEC 測試，法院即不得置之不理¹⁴¹。

在此前提下，由於 AEC 測試在執委會的決定中扮演了重要的角色，普通法院卻錯誤地未將之納入考量，故歐盟法院廢棄普通法院之判決，並將本案發回審理¹⁴²。

2. 歐盟法院之分析框架——推定違法的合理原則

¹³⁹ Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 60, at 26.

¹⁴⁰ *Intel ECJ*, *supra* note 105, paras. 137-139. 學者指出，上述「清單」僅為例示，而得由執委會補充其他要素；Sandra Fišer Šobot, *supra* note 103, at 114; Massimiliano Kadar, “Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases,” *10(7) Journal of European Competition Law & Practice*, 446 (2019).

¹⁴¹ *Intel ECJ*, *id.*, para. 14; Massimiliano Kadar, *id.* at 444-446. 歐盟法院未將 AEC 測試列入「清單」，惟仍肯定其相關性，此應可佐證學者之上述觀點。

¹⁴² *Intel ECJ*, *id.*, paras. 142-147.

歐盟法院遊走於中間地帶，其取徑與執委會和普通法院均不相同。儘管歐盟法院亦推定獨占事業之排他性折扣違法，惟相對於普通法院之「準當然違法」，本文將歐盟法院之框架稱為「推定違法的合理原則」，蓋其見解既保有推定違法之成分，亦同時開闢了合理原則（*rule of reason*）的容身空間。詳言之，歐盟法院推定排他性折扣之反競爭效果，惟容許獨占事業就此提出抗辯。當然，獨占事業亦得抗辯其折扣具有正當事由。

3. 評析

首先，獨占事業是否僅須抽象泛稱其折扣不足以限制競爭，執委會與法院即有義務進行競爭效果之分析？若然，歐盟法院見解中形式主義之成分將受到「稀釋」，而無法發揮實際作用¹⁴³。然而，由於獨占事業須以「支持性的證據」（*supporting evidence*）提出抗辯，故此應不至於發生。

其次，歐盟法院要求普通法院審查 AEC 測試係因「AEC 測試在執委會的決定中扮演了重要的角色」，而非因 AEC 測試在分析框架中具有絕對的必要性¹⁴⁴。在此見解下，取決於執委會對 AEC 測試的「熱衷程度」，AEC 測試此後的定位端視執委會未來之執法活動而定¹⁴⁵。本文認為歐盟法院之選擇各有利弊，其益處在於可保有評估框架之靈活性，蓋並非所有個案均有進行 AEC 測試之可能與必要¹⁴⁶，弊端則在於可預見性之降低以及可能賦予執委會恣意之空間。

再者，歐洲法院過去認為 TFEU 第 102 條規定並無所謂「微小不罰」¹⁴⁷，惟歐盟法院在本案將市場覆蓋率列為應考量的要素之一。有學者認為此係歐盟法院承認 TFEU 第 102 條規定存在微小不罰概念之端倪，而有待未來的案件接力建構其內涵

¹⁴³ Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 37.

¹⁴⁴ Sandra Fišer Šobot, *supra* note 103, at 116; Massimiliano Kadar, *supra* note 140, at 444-446; *id.* at 38.

¹⁴⁵ Raphaël De Coninck, *supra* note 62, at 76; Toni Lampinen, *supra* note 7, at 40.

¹⁴⁶ See Guidance, *supra* note 2, paras. 25, 41.

¹⁴⁷ *Intel GC*, *supra* note 16, para. 166; Damien Geradin, *supra* note 22, at 588; Nicolas Petit, *supra* note 21, at 32 n.39.

148。然而，本文認為未必如此，歐盟法院可能僅僅是將市場覆蓋率列為應考量的要素之一，而未必有意藉此劃定一安全區。作為參考，《指南》之作法即是如此¹⁴⁹。

綜上所述，歐盟法院已向「基於效果的檢視法」遞出橄欖枝，惟效果主義之觀點依舊受到形式主義之制約，本文認為此將引領歐盟競爭法走向正確的方向。在嶄新的遊戲規則下，難以想像涉案之獨占事業會放棄寶貴的機會，而不對形式主義的推定發起挑戰，故應可合理預期排他性折扣未來的「主戰場」將聚焦於競爭效果之分析與權衡¹⁵⁰。若 Intel 能成功說服普通法院其折扣無害於競爭或其利大於弊，或許即能在航線的盡頭拾得幾縷光明。

（四）執委會晚近脈動——2018年 *Qualcomm* 與 *Google Android* 案

鑑於歐盟法院可謂係對執委會與普通法院「各打五十大板」，執委會未來應如何自處即值得留意。為此，可自 2018 年之 *Qualcomm* 案與 *Google Android* 案¹⁵¹觀察執委會之反應與態度。

在此二案中，Qualcomm Technologies Inc.（下稱 Qualcomm）以及 Google Inc. 與其母公司 Alphabet Inc.（下合稱 Google）均向下游之需求方提供「排他性支付」（exclusivity payments），亦即渠等向需求方支付對價，而以需求方向自身獨家或準獨家採購為條件，事實上幾近於閾值高達 100% 的忠誠折扣。根據歐盟法院之見解，執委會推定此等行為違法，惟由於渠等均抗辯其行為無害於競爭，故執委會對其行為之競爭效果進行個案分析，而後始認定構成濫用¹⁵²。據此，歐盟法院之見解已得

¹⁴⁸ Bill Batchelor, Sophia Real & Baker McKenzie, *supra* note 35, at 9; Viktoria H.S.E. Robertson, *supra* note 25, at 39.

¹⁴⁹ See Guidance, *supra* note 2, para. 20.

¹⁵⁰ Sandra Fišer Šobot, *supra* note 103, at 115-116, 118; Mark Friend, *supra* note 51, at 28.

¹⁵¹ Case AT.40220, *Qualcomm (Exclusivity Payments)*, C(2018) 240 final, cited in 2018/C 269 O.J. 25-26 [hereinafter, *Qualcomm EC*]; Case AT.40099, *Google Android*, C(2018) 4761 final, cited in 2019/C 402 O.J. 19-22 [hereinafter, *Google Android EC*].

¹⁵² *Qualcomm EC*, *id.*, paras. 1-2, 4-6, 13-21, 24-26; Eur. Comm'n, Press Release, "Antitrust: Commission Fines Qualcomm €997 Million for Abuse of Dominant Position," (2018/1/24), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_421, last visited on date: 2022/6/30; *Google Android EC*, *id.*, paras. 1, 3, 22-27, 31-32; Raphaël De Coninck, "Qualcomm: Exclusivity Rebates Post-Intel," 9, 11-13 (2018), <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/>

到了執委會的遵循¹⁵³。此二案之差別在於，執委會於 *Google Android* 案中進行了 AEC 測試，在 *Qualcomm* 案則無。由此可知，AEC 測試並非評估中必不可少的「固定班底」。取決於個案，執委會可能不經 AEC 測試即認定行為具有反競爭性，惟亦可能使該測試在執法中大放異彩¹⁵⁴。隨後，Qualcomm 與 Google 均已提起司法救濟。

（五）2022 年普通法院更審判決——燈塔在航線盡頭亮起

1. 判決摘要

首先，在歐盟法院的評估框架下，普通法院認為執委會就 *Hoffmann-La Roche* 案見解之適用有悖於歐盟法院之澄清。執委會適用該案見解時，並非推定獨占事業之排他性折扣將產生反競爭效果，而係視為如此，蓋此等行為本質上即構成濫用，故無必要評估其競爭效果。儘管執委會在其決定中雙管齊下地併用「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」，惟執委會強調後者並非認定 Intel 之行為有違 TFEU 第 102 條規定所必要。在 Intel 已就其行為之競爭效果提出抗辯之情況下，普通法院認為執委會之論述並不符合歐盟法院之見解¹⁵⁵。

其次，歐盟法院將本案發回更審的原因之一在於，普通法院全然不重視 AEC 測試，亦未就執委會之 AEC 測試進行審查。在歐盟法院的指示下，AEC 測試終於映入普通法院的眼簾。經審查後，普通法院認為執委會之 AEC 測試包含諸多瑕疵：（1）評估需求之可競爭性時，執委會僅選擇性地考量需求方之部分內部文件，而未綜合

[de coninck - qualcomm gclc 20180326.pdf](#), last visited on date: 2022/6/30; Kuo-Lien Hsieh, “The 2018 Qualcomm Decision and the EU Regulation of Dominant Firm Behaviour,” *47 Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 17, 21-24, 26-27, 29 (2019); Massimiliano Kadar, *supra* note 140, at 446-450; Massimiliano Kadar, “On the Qualcomm (Exclusivity Payments) Decision,” (2020/9/7), <https://chillingcompetition.com/2020/09/07/on-the-qualcomm-exclusivity-payments-decision-by-max-kadar/>, last visited on date: 2022/6/30; Peter van Wijck, *supra* note 52, at 18-19; Baran Can Yildirim & Mehmet Salan, “Loyalty Came at a Price: The European Commission Fined Qualcomm €997 Million for Abuse of Dominant Position,” *Mondaq* (2018/1/29), <https://www.mondaq.com/turkey/trade-regulation-practices/668184/loyalty-came-at-a-price-the-european-commission-fined-qualcomm-997-million-for-abuse-of-dominant-position>, last visited on date: 2022/6/30; 廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，前揭註 33，65-66。

¹⁵³ Peter van Wijck, *id.* at 20.

¹⁵⁴ Massimiliano Kadar, *supra* note 140, at 451.

¹⁵⁵ *Intel GC RENV*, *supra* note 109, paras. 116-149.

考量所有相關事證，此可能導致執委會錯估可競爭需求之比例，進而使 AEC 測試之結果大相逕庭¹⁵⁶；（2）隨著消費者對 AMD 的逐漸青睞，可競爭需求之比例可能有所變化，執委會卻未為相應調整，而仍採相同之數值認定¹⁵⁷；（3）執委會曾指出 Intel 之行為在部分季度能通過 AEC 測試，隨後卻又認為 Intel 之行為在整體行為期間內均足以產生封鎖效果，其論述前後矛盾¹⁵⁸；（4）承前所述，執委會僅針對部分季度進行 AEC 測試，卻無正當理由地將該部分季度未能通過測試之結果「套用」至整體行為期間，亦即執委會未說明該部分季度之測試結果為何足以表彰整體行為期間之測試結果¹⁵⁹；（5）需求方若滿足折扣之閾值，其獲得之折扣並非全部均以降價之形式呈現，而有部分折扣係以「非現金利益」（non-cash advantages）之方式授予，惟執委會對此等非現金利益之價值估算有誤。非現金利益之價值估算應以「獨占事業向需求方提供非現金利益所花費之成本」為依據，而不應以「非現金利益對於需求方之主觀價值」為準¹⁶⁰。

除上述 AEC 測試之瑕疵外，普通法院尚認為執委會之分析有下列不足：（1）歐盟法院將折扣之市場覆蓋率列為應考量的要素之一，執委會卻未就此進行完整、充分之考量¹⁶¹；（2）類似地，歐盟法院認為亦須考量折扣之期間長短，執委會之決定雖對此要素有所提及，卻未詳盡考量期間之長短可能對折扣之競爭效果產生何等影響¹⁶²；（3）對於 Intel 提供之部分折扣，執委會提出之證據不足以證明該部分折扣之給予係以需求方之獨家或準獨家採購為條件¹⁶³；（4）特定需求方若未滿足閾值，Intel 可能將該需求方失去之折扣「轉移」予其他需求方，而執委會並未考量此可能對下游市場之競爭產生何等影響¹⁶⁴。

¹⁵⁶ *Id.*, paras. 202-256.

¹⁵⁷ *Id.*, paras. 257-271, 391.

¹⁵⁸ *Id.*, paras. 257-271.

¹⁵⁹ *Id.*, paras. 292-320, 390-410.

¹⁶⁰ *Id.*, paras. 415-456.

¹⁶¹ *Id.*, paras. 485-500.

¹⁶² *Id.*, paras. 501-520.

¹⁶³ *Id.*, paras. 342-389.

¹⁶⁴ *Id.*, paras. 177, 277-282, 321-331.

鑑於上述瑕疵與不足，普通法院認為執委會之分析並不完整，無法充分證明 *Intel* 之折扣足以產生反競爭之封鎖效果。從而，普通法院認為 *Intel* 之折扣與 TFEU 第 102 條規定無違，並將執委會課處之 10.6 億歐元罰款全部撤銷¹⁶⁵。

隨後，執委會在 2022 年 4 月 5 日提起上訴¹⁶⁶，其上訴理由略以：（1）普通法院指摘執委會並未完整、充分地考量折扣之市場覆蓋率與期間，執委會主張此係訴外裁判（*ultra petita*）；（2）執委會認為普通法院對歐盟法院見解之解釋有誤；（3）在涉及 Dell、HP 與 Lenovo 的 AEC 測試中，執委會指摘普通法院適用錯誤的證明標準、曲解證據的內涵並進行矛盾的推理，導致執委會的防禦權受到侵害；（4）承前所述，普通法院之判決係基於其對 AEC 測試之審查而作成，惟由於普通法院並未進行妥適的調查與分析，故執委會主張其判決存有瑕疵¹⁶⁷。據此應可推知，普通法院指摘執委會所進行之 AEC 測試存有諸多瑕疵，此等瑕疵之存否很可能是本案上訴的「兵家必爭之地」，而將左右執委會上訴之成敗。執委會必須再次檢閱、梳理多年前的調查資料，攻訐普通法院之認定結果、說服歐盟法院其分析足資證明 *Intel* 行為之反競爭性（亦即其 AEC 測試並無普通法院所指之瑕疵），始能瞥見勝訴之望。然而，鑑於普通法院所指摘之瑕疵並不僅一處，而涉及不可競爭需求比例之認定、施測之行為期間以及非現金利益之價值估算等諸多層面，欲在上訴中對此逐一有力反駁應非易事，故本文認為執委會在上訴中恐將面臨一場「硬仗」，難容樂觀。然而，*Intel* 案發展至今已歷時 20 餘年，執委會已是箭在弦上、騎虎難下，且執委會亦有 *Qualcomm* 案與 *Google Android* 案之晚近執法經驗可資參酌，故本案上訴於執委會而言未嘗全無一拚之價值，本文將與讀者一同拭目以待。

¹⁶⁵ *Id.*, paras. 522-531.

¹⁶⁶ See, e.g., Dan Robinson, “EU Appeals Overturned \$1.2b Intel Antitrust Fine,” *The Register* (2022/4/8), https://www.theregister.com/2022/04/08/eu_to_appeal_intel_general_court/, last visited on date: 2022/6/30.

¹⁶⁷ Appeal brought on 5 April 2022 by European Commission against the judgement of the General Court (Fourth Chamber, Extended Composition) delivered on 26 January 2022 in case T-286/09 RENV, *Intel Corporation v Commission* (Case C-240/22 P), 2022/C 222 O.J. 21-22.

2. 評析

Intel 的旅程波瀾壯闊，經由上述說明，可見得歐盟法院之判決確實發揮了「定紛止爭」的作用。本案相當於從微觀角度觀察歐盟競爭法演進之縮影¹⁶⁸，在普通法院的初次判決中，普通法院堅決地重申「基於形式的檢視法」，認為獨占事業之排他性折扣本質上即構成濫用，故無必要評估其競爭效果。如今，普通法院遵從歐盟法院的指示，實踐嶄新的折衷審查模式。在 Intel 已就其行為之競爭效果提出抗辯之情況下，普通法院詳盡審查執委會之分析，最終認定執委會之分析並不足以證明 Intel 行為之反競爭性，Intel 可謂見證了歐盟競爭法各種不同觀點的激烈碰撞，其「反競爭」的不白冤屈終於暫時洗清。在 *Qualcomm* 案與 *Google Android* 案中，歐盟法院的評估框架亦得到執委會的遵循。至此，應可認為排他性折扣的競爭法評估在歐盟已有「江山一統」之望，執委會與歐洲法院間形式與效果主義的戰爭終於有了止戰的端緒。

如今，排他性折扣的「主戰場」將聚焦於其競爭效果，而 AEC 測試很可能成為箇中關鍵。就此而言，普通法院的判決提供了下列經驗，執委會未來如擬對特定案件適用 AEC 測試，應避免重蹈覆轍，以免其決定又遭法院撤銷：（1）估算可競爭需求之比例時，除綜合考量所有相關之事證外，並應考量其比例可能隨時間或其他市場情況而有所變化；（2）除非可充分說明為何「特定期間之測試結果足以表彰整體行為期間之測試結果」，例如市場之情況以及折扣方案之具體內容在整體行為期間內均未有顯著變動，否則原則上不得將特定期間之測試結果「套用」至整體行為期間；（3）若折扣係以非現金利益之形式呈現，其價值之估算應以「獨占事業向需求方提供非現金利益所花費之成本」為準。

此外，有論者認為普通法院之判決結果乃是執委會的「重大挫敗」¹⁶⁹，蓋 Intel 案係執委會初次實踐《指南》之執法方針，卻在普通法院手中得到敗訴的慘澹結果，惟本文認為不盡然如此。單就本案目前之勝敗訴結果而言，執委會確實「吃了敗仗」。然而，若將目光放寬、放遠，而觀察本案對歐盟競爭法未來之長遠影響，應可認為執委會仍然取得了「局部的勝利」。「基於形式的檢視法」過去飽受批評，執委會

¹⁶⁸ 許芝茵，前揭註 96，93。

¹⁶⁹ 參林聰毅，「英特爾勝訴 法院撤銷歐盟 12 億美元的反壟斷罰款」，經濟日報（2022/1/26），<https://udn.com/news/story/6811/6063311>，最後瀏覽日期：2022/6/30。

遂以《指南》著手於 TFEU 第 102 條規定之「現代化」。在 *Intel* 案中，儘管歐盟法院並未全然採納《指南》之作法，惟仍將「基於效果的檢視法」納入評估框架中，故應可認為執委會的「效果主義革命」已獲得了一定程度的成果，且普通法院之更審判決基本上僅係指摘執委會就 AEC 測試的證據資料在使用與認定上有不完備之處，未必代表 *Intel* 之行為事實上能通過 AEC 測試。最重要的是，歐盟法院已在評估框架中為效果主義開闢了容身空間，獨占事業如今可在歐盟競爭法下主張其折扣並未限制競爭，執委會與法院並須以經濟分析方法評估折扣之具體影響，此實值得歐洲之獨占事業額手稱慶，歐盟競爭法於焉寫下嶄新的一頁。

附帶一提，除 *Intel* 案外，執委會之 *Qualcomm* 案處分亦於 2022 年 6 月 15 日遭普通法院撤銷¹⁷⁰。法院認為執委會之處分包含諸多程序瑕疵（procedural irregularity），導致 *Qualcomm* 之防禦權受到侵害，且執委會對 *Qualcomm* 行為之競爭效果分析並未將所有相關事實情況（all the relevant factual circumstances）納入考量，故其處分並不合法¹⁷¹。然而，與在 *Intel* 案「死戰到底」的堅決態度不同，執委會似乎無意就提起本案上訴再戰¹⁷²。

五、歐盟競爭法對我國公平交易法之啟示

我國實務上曾出現的忠誠折扣案例有關貿公司案與 *Qualcomm* 案¹⁷³，從中可觀察公平會之執法見解，本文並將以歐盟競爭法之經驗為基礎而提出建議。

¹⁷⁰ Case T-235/18, *Qualcomm, Inc. v. Commission*, ECLI:EU:T:2022:358.

¹⁷¹ Court of Justice, Press Release No 99/22, “Abuse of Dominance on the LTE Chipsets Market: The General Court Annuls the Commission Decision Imposing on Qualcomm a Fine of Approximately €1 Billion,” (2022/6/15), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/cp220099en.pdf>, last visited on date: 2022/8/30 ; Foo Yun Chee, “Qualcomm Wins Fight Against \$1 Bln EU Antitrust Fine,” Reuters (2022/6/16), <https://www.reuters.com/technology/eu-court-rejects-1-bln-eu-antitrust-fine-against-qualcomm-2022-06-15/>, last visited on date: 2022/8/30.

¹⁷² Foo Yun Chee, “Win for Qualcomm as no EU Appeal Court Ruling Against \$991 Mln Fine,” Reuters (2022/8/29), <https://www.reuters.com/technology/exclusive-eu-will-not-appeal-court-ruling-against-991-mln-qualcomm-fine-sources-2022-08-29/>, last visited on date: 2022/8/30.

¹⁷³ 公平會公處字第 094017 號處分書、公處字第 106094 號處分書。

（一）關貿公司案

本案之檢舉人汎宇電商股份有限公司（下稱汎宇公司）係自 2002 年 7 月開始經營通關網路服務之新進業者。在汎宇公司進入市場前，市場中僅有被處分人關貿網路股份有限公司（下稱關貿公司）1 間業者。依汎宇公司與關貿公司之營業額計算，前者在全國通關網路服務市場之市占率為 9%，後者則為 91%¹⁷⁴。

2003 年 1 月，關貿公司推出「通關網路服務優惠方案」，活動期間自受理申請日起至 2003 年 12 月 31 日止，為期約 1 年。關貿公司之優惠方案分為 A、B 二種：

（1）A 方案——若用戶於優惠期間內使用關貿公司之服務，即可享有原費率打 8 折之優惠（尖峰 6.0 元、離峰 3.72 元／每千字元），亦即 A 方案之折扣未附任何條件；

（2）B 方案——若用戶承諾於優惠期間內 100% 使用關貿公司之服務，即可享有原費率打 6 折之優惠（尖峰 4.5 元、離峰 2.79 元／每千字元）。然而，若用戶未能遵守承諾，關貿公司有權中止 B 方案於該用戶之適用，用戶並須返還已給付之優惠價格與原價之差價¹⁷⁵。

對於上開行為，公平會指出，事業以折扣招徠交易機會，原屬自由市場常見之競爭手段，並無特別加以限制之必要。然而，事業若實施忠誠折扣，針對可能轉換交易對象之用戶給予大幅折扣或將折扣之給予附隨於禁止用戶轉換交易對象之條件，即可能導致市場需求被該事業「鎖定」，妨礙競爭者爭取交易機會，進而產生反競爭之市場封鎖效果，故有加以干預之必要¹⁷⁶。

考量關貿公司推出折扣優惠之時機，其行為顯係為應對汎宇公司進入市場並開始以較低之價格爭取關貿公司之既有用戶。關貿公司為因應競爭壓力而推出折扣優惠，原屬正常之競爭行為。然而，除原費率打 8 折之 A 方案外，關貿公司另推出原費率打 6 折之 B 方案，依一般市場法則，用戶自會選擇更為優惠之 B 方案，藉以降低支出。查通關網路服務係成熟且穩定之產業，市場需求之擴張範圍有限，關貿公司因較早進入市場，已有完整、具規模之用戶群，原即處於競爭優勢，擁有壓倒性之市占率。至於汎宇公司，其作為新進業者，僅能竭力自關貿公司之既有用戶爭取交易機會。然而，關貿公司推出 B 方案後，有超過 80% 之既有用戶選擇參加 B 方案，

¹⁷⁴ 公平會公處字第 094017 號處分書，1、11-12；參牛日正、吳秀明，前揭註 80，111-112。

¹⁷⁵ 公平會公處字第 094017 號處分書，3、12。

¹⁷⁶ 同上註，12。

完全符合前揭市場法則。在此情況下，關貿公司要求用戶承諾 100% 使用關貿公司之服務，即有限制用戶轉換交易對象與鎖定既有用戶之明顯意圖，並有排除競爭者之反競爭效果¹⁷⁷。

準此，公平會認為關貿公司之 B 方案將增加用戶之轉換成本、降低用戶與汎宇公司交易之誘因，顯係以限制或排除競爭者為目的，亦確實導致關貿公司超過 80% 之既有用戶無法轉換交易對象，在市場中人為地建構了進入障礙，而有違公平法第 9 條第 1 款規定¹⁷⁸。

(二) *Qualcomm* 案

本案涉及第四代行動通訊 LTE (Long-Term Evolution Standard, 長期演進標準) 基頻晶片組 (baseband chipsets) 之供應，而被處分人 Qualcomm 係最主要的供應商。Qualcomm 於 2011 年至 2016 年間與需求方 Apple 簽訂協議，若 Apple 在其 iPhone 與 iPad 設備中獨家採用 Qualcomm 之產品，即可換取 Qualcomm 支付之鉅額事後折讓。然而，若 Apple 「背叛」 Qualcomm，採用 Qualcomm 競爭者 (如 Intel) 之產品，Apple 即會失去未來可望收取之全部折讓。此外，若 Apple 係於 2013 年至 2015 年間轉換供應商，則 Qualcomm 尚可根據追回條款 (clawback clause) 要求 Apple 返還過去已收受之折讓金額。

公平會認為，獨占事業為保有其獨占地位，常以各種不公平方法直接或間接阻礙其他事業參與競爭，以在無競爭者之情況下繼續享有超額利潤，折讓與排他性之商業安排即屬常見之態樣。此等排他性交易如無經濟上之合理事由，即可能構成違法之濫用行為¹⁷⁹。

根據 Qualcomm 與 Apple 簽署之相關契約，若 Apple 獨家採用 Qualcomm 之產品，即可獲得相當金額之折讓。此等排他性條款實質上係對 Apple 採用 Qualcomm 競爭者產品之限制，導致 Apple 自 2013 年至 2016 年 9 月間推出之智慧型移動通訊設備均搭載 Qualcomm 之產品。Apple 雖仍於此期間內持續與 Intel 洽商並討論技術規格，包含提供文件、報價與規格研討等，惟終因 Qualcomm 之高額折讓以及協議中之追回條

¹⁷⁷ 同上註，12-13。

¹⁷⁸ 同上註，1、13、20。

¹⁷⁹ 公平會公處字第 106094 號處分書，64。

款而作罷，導致 Intel 喪失與 Apple 交易之機會，亦無從自 Apple 取得有效之測試與技術回饋意見，而難與 Qualcomm 抗衡。直至協議即將期滿之 2016 年 9 月，Intel 之產品始獲 Apple 採用，搭載於當時推出之設備中。Qualcomm 之鉅額折讓無疑係為誘使 Apple 拒絕採用競爭同業之產品，其目的僅在於強化 Qualcomm 排除競爭之能力，而無經濟上之合理事由可言¹⁸⁰。

此外，Apple 係智慧型移動通訊設備之領導先驅，基頻處理器供應商若能獲得 Apple 之訂單，即可達成一定之商業規模，亦可經由與 Apple 之技術團隊合作而提升產品之品質，故基頻處理器供應商無不希望能與 Apple 往來。然而，礙於系爭協議之限制，我國業者成為 Apple 潛在供應商，進而提升技術與產品品質之機會已然遭到扼殺¹⁸¹。

職此，公平會認為 Qualcomm 之行為不當且有效地排除了其他競爭同業向 Apple 供應產品之機會、降低了交易相對人對於競爭者產品之需求，藉以確保、維持或強化 Qualcomm 之市場地位，而有害於基頻處理器市場之競爭，故屬違反公平法第 9 條第 1 款規定之濫用行為¹⁸²。值得注意的是，公平會雖對 Qualcomm 作成處分，本案最終卻以雙方之訴訟上和解除場。然而，此並不使原處分全然喪失討論價值，蓋讀者仍可從中瞭解公平會之觀點與執法方針¹⁸³。

（三）評析

競爭法旨在保護競爭，而非保護競爭者，故事業若以效能競爭之手段排除競爭者，理當不受競爭法之苛責。難題在於，應以何種方法或標準判斷競爭者之所以受到排除，究係因事業之反競爭行為所致，抑或係因競爭者之效能不足所致？此種檢視法之抉擇即是歐盟競爭法過去所面臨之挑戰。在 Intel 案後，歐盟競爭法已逐漸「從

¹⁸⁰ 同上註，2、12、65-66。

¹⁸¹ 同上註，66。

¹⁸² 同上註，1、66-67。

¹⁸³ 參公平會，「第 1396 次委員會議通過決議之和解筆錄內容」（2018），<https://www.ftc.gov.tw/upload/b0aa3b61-d0e7-41c4-b6a0-b1e6a472ee04.pdf>，最後瀏覽日期：2022/6/30。關於本案和解之深入討論、分析以及「藏在細節中的魔鬼」，請參王立達，「高通和解案的門道與喧囂」，蘋果日報（2018），<https://tw.appledaily.com/forum/20180813/32RAJX3OEX67GFXC7JIBX2AFWQ/>，最後瀏覽日期：2022/6/30；以及王立達，「魔鬼藏在細節裡：高通案和解筆錄透露的真實訊息」，北美智權報，第 225 期（2018）。

形式走向效果」，排他性折扣如今的「主戰場」聚焦於競爭效果之權衡，必須以經濟分析方法評估折扣對市場競爭與消費者福祉產生之正、負面影響，並以合理的論述與事證加以支撐，而不再全然拘泥於折扣之形式或外觀¹⁸⁴。

然而，在公平會心中，形式與效果的角力似乎仍是形式主義占據上風。公平會之觀點依舊流於形式，其論述偏重於被處分人與其競爭者之交易機會得失，卻未具體詳述該得失何以係由被處分人之行為所導致¹⁸⁵。在關貿公司案中，公平會考量 B 方案較 A 方案更優惠之價格，認為依一般市場法則，用戶並無選擇 A 方案或選擇汎宇公司之動機。公平會僅比較了 A、B 方案之價格差異，而未再探討價格與相關成本指標間之關聯，亦未考量汎宇公司能否提出相同乃至更低的價格，似乎過度強調降價之反競爭意涵。學者認為此可能使公平會之認定偏頗而有失客觀，故宜正反衡量行為對於市場競爭之利弊，謹慎判斷行為是否果有害於競爭¹⁸⁶。此外，用戶之所以選擇關貿公司，未必係受折扣之誘導，亦可能係考量關貿公司在通關網路服務深耕已久的品牌形象或汎宇公司之服務品質較差或較不穩定等諸多原因所致。至於 B 方案所附隨之 100%承諾，公平會數次強調此可表彰關貿公司封鎖市場並排除競爭者之明顯意圖，惟排他性之交易條件是否果能與限制競爭劃上等號？本文認為排他性之交易條件未必有害於競爭，而亦可能實現解決搭便車問題等諸多正面影響。僅僅基於「B 方案之價格較 A 方案更低」以及「B 方案要求用戶 100%使用關貿公司服務」之事實，公平會即認關貿公司之行為有限制競爭之意圖與效果，本文以為稍嫌速斷。*Qualcomm* 案亦如是，公平會認為 *Qualcomm* 之行為別無限制競爭以外之目的，導致 *Apple* 不願採用 *Intel* 之產品，是否果真如此？*Qualcomm* 之行為如何、在何種程度上導致 *Intel* 無力參與競爭？限制競爭是否係 *Qualcomm* 行為之唯一目的，而於效率或消費者福祉之促進毫無助益？必須綜合考量個案中之其他事實與要素，方能強化行為與其競爭效果間之因果關係連結，進而使處分之理由與論證之過程更加充分、正當。然而，公平會並未全面評估行為可能對市場競爭與消費者福祉產生之影響以及為何如此，似乎僅須獨占事業實施排他性折扣或支付，即可得出競爭必受戕害之結論¹⁸⁷。誠然，公平會係於 2005 年作成關貿公司案之處分，當時的歐洲仍是形式主義

¹⁸⁴ 公平會公處字第 106094 號處分書，魏杏芳委員不同意見書，75。

¹⁸⁵ 同上註，魏杏芳委員不同意見書，77。

¹⁸⁶ 參許芝茵，前揭註 96，29、88。

¹⁸⁷ 公平會公處字第 106094 號處分書，魏杏芳與洪財隆委員不同意見書，77-79、92。

的天下，《指南》亦尚在襁褓之中，本文指摘公平會該案之處分流於形式、未能合於當今新銳的經濟學與法學觀點，恐有過苛。然而，公平會作成 *Qualcomm* 案之處分時已是 2017 年，距《指南》之發布已有 9 年、歐盟法院亦已向效果主義遞出橄欖枝，惟公平會依然堅守著陳舊的形式化觀點，本文認為不無商榷之餘地。

學者認為公平會之觀點可能係受歐洲法院過往「基於形式的檢視法」的間接影響，遂採行類似之形式化審查標準¹⁸⁸。然而，歐盟法院之 *Intel* 案判決已然宣告歐盟競爭法逐步向效果主義靠攏的決心，本文以為公平會應盡快「跟上」此股思潮轉變，蓋形式主義的執法方法可能使公平會誤將「維持現有之競爭態勢」與「保護效能競爭」劃上等號，惟公平會不能認為「確保事業不受排除」或「維持市場中之事業數量」即是市場充分競爭之保證，亦不能認為獨占事業是競爭秩序的當然破壞者，否則即可能姑息效率不彰的事業殘留在市場中，反不利於產業整體效能之提升。從而，必須更加謹慎地評估行為之經濟背景與競爭效果，僅在行為有害於競爭秩序與消費者福祉時介入干預，方能正確地識別並處罰弊大於利之反競爭行為，進而永續實現公平法維護效能競爭之宏大願景¹⁸⁹。

基於歐盟競爭法之經驗，本文認為可以下述框架進行評估。第一步當然是市場界定，畢竟此乃一切競爭法執法之發軔。第二步是獨占地位之認定，並可一併為市場實際情況之評估。除涉案事業之市占率外，亦宜考量獨占事業與其競爭者之市場地位（如產品品質、技術實力、產能、規模經濟、品牌聲譽、資力以及其他可能之先行者優勢等）、特定競爭者對維護效能競爭之重要性、需求方之反制力量與戰略重要性，以及市場之進入或擴張障礙等要素。第三步是評估折扣的反競爭效果，可考量以下要素，以判斷折扣是否、如何以及在何種程度上導致市場受到封鎖：（1）折扣之閾值、比例、期間與市場覆蓋率——各該要素之數值愈高，折扣之反競爭風險即愈高。反之，若折扣之閾值、比例與市場覆蓋率不夠高或折扣之期間不夠長，折扣即未必能生反競爭效果；（2）需求之可競爭性——不可競爭需求之比例愈高，競爭者可賴以存活之空間即愈小，並宜將此要素與折扣之閾值一同觀察；（3）折扣係追溯型或增量型——相較於增量型折扣，追溯型折扣之反競爭風險較高；（4）折

¹⁸⁸ 許芝茵，前揭註 96，93。

¹⁸⁹ 公平會公處字第 106094 號處分書，魏杏芳與洪財隆委員不同意見書，76、78、80、92；許祐寧，「標準必要專利與反托拉斯之成果運用法制—以高通案為例」，科技法律透析，第 30 卷第 8 期，54-55（2018）；同上註，88、91。

扣之個性化或標準化——若為標準化折扣，其反競爭風險相對較低；（5）AEC 測試——將競爭者所須匹配之有效價格對比相關之成本指標，藉以判斷折扣是否足以排除同等效率競爭者；（6）實施折扣後，涉案事業與其競爭者之市場表現變化；（7）競爭者能否實施相同的反制策略或提出相同乃至更低的報價；（8）足以證明反競爭策略存在的直接證據，例如涉案事業之內部文件；（9）假想、比較未有排他行為時，市場可能之發展情形。如認折扣已生反競爭效果，尚須進行第四步之促進競爭效果與效率抗辯評估，以排除利大於弊之折扣。就此而言，折扣可能產生以下正面影響：

- （1）降低價格；
- （2）數量折扣可解決或舒緩垂直外部性或雙重邊際化之問題；
- （3）排他性折扣可降低折扣事業與需求方間之交易成本；
- （4）排他性折扣有助於提升產品之品質或樹立品牌之形象；
- （5）有助於供應方回收固定成本以及獲致或強化規模經濟；
- （6）避免其他供應方之搭便車行為，並解決供應方與需求方間之套牢問題等。

以 *Qualcomm* 案為例，基於公平會揭露之有限資訊，可為如下考量：（1）*Qualcomm* 與 *Apple* 均係各該市場之領導廠商，擁有卓著之技術實力與產品品質，且 *Apple* 係具有關鍵戰略地位之需求方；（2）支付折讓之閾值係 100%；（3）協議之期間持續將近 6 年；（4）*Qualcomm* 之行為屬追溯型折讓；（5）2013 年至 2016 年 9 月間，*Intel* 始終未能與 *Apple* 交易，惟 *Intel* 亦未被迫退出市場，其產品自 2016 年 9 月起仍獲 *Apple* 採用；（6）*Apple* 曾考慮轉向 *Intel* 採購，惟直至 2016 年 9 月始付諸實行；（7）為了量身訂製 *Apple* 專屬之產品，*Qualcomm* 必須付出諸多投資，而系爭行為可能係回收此等投資所必要，亦有助於雙方交易關係之穩定；（8）量身訂製之產品可能有助於改善 *Apple* 產品之功能，亦於 *Qualcomm* 與 *Apple* 之生產效率均有助益；（9）*Qualcomm* 支付之折讓可能使 *Apple* 之生產成本得以降低，若此導致 *Apple* 產品之售價降低，即有助於消費者福祉之促進。

2022 年 3 月 2 日，公平會發布《數位經濟與競爭政策白皮書（初稿）》（下稱《白皮書》）¹⁹⁰。據其說明，數位平台產業多具有間接網路效應（network effect/externality），若平台業者實施忠誠折扣之訂價策略，即可能降低平台使用者「多宿」（multi-home，即同時使用多個平台）之意願，導致競爭者難以在市場中占有一席之地，進而產生封鎖效果。若折扣之實施涉及關鍵設施之提供或使用，則可能使封鎖效果得到進一步的強化。因此，為判斷平台業者之忠誠折扣有無產生排除競爭

¹⁹⁰ 公平會，「數位經濟與競爭政策白皮書（初稿）」（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/cbab864a-d164-48da-980b-32e4d5d9a4ce.pdf>，最後瀏覽日期：2022/6/30。

之效果，公平會認為應考量之要素包含事業之市場地位、網路效應、關鍵設施、折扣行為之利潤與成本結構以及平台之經營模式等，且宜多方瞭解平台之相關經營資訊，並與其他類似平台進行比較¹⁹¹。據此，似可認為至少在數位平台經濟的語境下，公平會已認知到有必要權衡評估折扣之競爭效果，否則即可能導致積極錯誤。然而，《白皮書》中仍未見公平會提出較為完整、全面之分析框架，所提及之考量要素亦遠非全部之相關要素，故本文所歸納之上開評估框架應仍能對公平會未來之執法有所助益。

參酌歐盟競爭法之發展軌跡，TFEU 僅設有相對簡單、抽象的競爭規則，較具體、詳細的評估準則與分析方法則係由執委會與歐洲法院在執法、審判的過程中合力建構。就本文所研究之忠誠折扣而言，歐洲法院早期採取「基於形式的檢視法」，而後由執委會以《指南》提出「基於效果的檢視法」，並在 *Intel* 案中獲得歐盟法院的局部認可，而將二者加以揉合。儘管我國之法制與歐盟不同，惟歐盟之發展應仍可資參考。若以歐盟競爭法為借鏡，且考量相較於法院，作為行政機關的公平會具有相對主動、靈活與彈性的特質，亦有較強的經濟分析能力，或許可由公平會制訂相關之處理原則，或在《白皮書》中提出相關的執法與分析方法，從而將歐盟競爭法之新近觀點引進我國。若能在個案之審判中得到法院之認可，即可促使公平法向效果主義開展變革。當然，亦非無可能由立法者逕在公平法中訂定其考量要素與評估方法，如此或將是更徹底、有效的革新，亦有助於法安定性與可預見性之維繫。

綜上所述，競爭法之執法應以調查所得之事實為本，專注於正確、紮實的論理研析，獲致之結果始足服眾。執法方法之改變雖可能增加公平會之負擔，惟為避免執法者過度干預，導致競爭法淪為保護競爭者，而非效能競爭本身，此種「陣痛期」或許也是「必要之惡」。倘若公平會能綜合評估上開要素，本案之執法結果或將有所不同。縱其適法性之認定結果相同，惟若公平會能在其處分中進行縝密的沙盤推演、從正反兩面反覆辯證，詳實呈現公平會對各該要素之謹慎考量與權衡，此論理過程之全面充實仍有助於強化公平會執法之正當性、減少涉案事業與外界之質疑，使公平會立足於穩固的地基之上，最終完滿實現維護競爭秩序與促進消費者福祉的重責大任¹⁹²。

¹⁹¹ 同上註，179-180、229-230。

¹⁹² 公平會公處字第 106094 號處分書，魏杏芳委員不同意見書，80、87-88；參王立達，「高通處分案的美麗與哀愁」，蘋果日報（2017），<https://tw.appledaily.com/forum/20171014/L4NYDXV254RUDYQ3PBUO4Y3BKA/>，最後瀏覽日期：2022/6/30。

六、結論

忠誠折扣乃附條件折扣之一種，需求方必須以其忠誠換取折扣，獨占事業則可藉折扣之槓桿效應延展其經濟實力至可競爭需求中，進而提高競爭者有效開展競爭之「門檻」、實現市場力量之維持或強化。然而，取決於個案之經濟背景與市場之競爭態勢，忠誠折扣並非必然產生反競爭效果，而亦可能存在無害於競爭之折扣。此外，不同類型之忠誠折扣，其反競爭性亦高低不同，例如排他性折扣與追溯型折扣之反競爭性通常高於數量折扣與增量型折扣等。與此同時，忠誠折扣亦可能在個案中促進競爭或提升效率。準此，忠誠折扣究竟會對市場競爭與消費者福祉產生正面或負面之總體影響，此須逐案認定，無法事前蓋棺定論。

在 *Intel* 案前，歐盟競爭法對忠誠折扣的評估方法存在割裂。歐洲法院擁戴「基於形式的檢視法」，凡折扣之實施可能誘導需求方之忠誠，法院即認定其必然產生反競爭效果，而無進行經濟分析之必要。相對地，執委會在《關於執委會就獨占事業之濫用排他行為適用歐洲共同體條約第 82 條規定時之執法優先次序指南》中提出「基於效果的檢視法」，強調以經濟分析方法評估獨占事業行為對消費者福祉之影響，試圖開展 TFEU 第 102 條規定之「現代化」與「效果主義革命」。彼時，「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」間金鼓喧闐，導致執委會與歐洲法院間劍拔弩張的緊張情勢。就此而言，「基於效果的檢視法」雖有精確之優勢，惟亦有需費過鉅、可能使執法更加不易以及不利於法安定性等弊端。相較之下，「基於形式的檢視法」操作簡便、成本低廉，惟對於反競爭效果的無端假定則是其最大隱患，大小通殺的「流刺網」可能導致積極錯誤與寒蟬效應。兩害相權之下，「基於效果的檢視法」或許是相對合宜的選擇，惟本文認為將二者加以揉合乃是最佳的取徑，若除去「基於形式的檢視法」對反競爭效果的「視為」，即可能實現形式與效果的靈活統合。

在 *Intel* 案中，歐盟法院的判決為「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」間的僵持迎來轉機。歐盟法院對「基於形式的檢視法」進行「澄清」，為獨占事業開闢了新的「生存空間」，獨占事業如今得抗辯其折扣並未產生反競爭效果。隨後，歐盟法院之評估框架在 *Qualcomm* 案與 *Google Android* 案中得到執委會之遵循，普通法院亦在 *Intel* 案之更審中遵從歐盟法院之見解。至此，「基於形式的檢視法」與「基於效果的檢視法」間的煙硝終於在歐盟競爭法下有了塵埃落定之望，執委會與歐洲

法院未來將以相同的準繩評估獨占事業的排他性折扣，而其「主戰場」將聚焦於競爭效果之正反辯證。

遺憾的是，公平會就關貿公司案與 *Qualcomm* 案之執法方法流於形式，與歐盟競爭法之新近發展背道而馳，亦難以通過現代經濟學觀點之檢驗。形式化的執法方法可能導致積極錯誤，進而澆熄事業的競爭熱情、使事業的競爭決策趨於過度保守，反不利於消費者福祉與產業整體效能之促進。基於歐盟競爭法之經驗，本文認為應以經濟分析方法進行更謹慎、細膩的評估，方能強化行為與其競爭效果間之因果關係連結，並使公平會之處分理由與論證過程更加充分、正當。為此，本文歸納歐盟競爭法當前所採之評估框架，期能舒緩改變執法方法所必然伴隨之「陣痛期」，相關之考量要素包含：（1）涉案事業之市場地位；（2）市場之進入與擴張障礙；（3）折扣之閾值、比例、期間、市場覆蓋率；（4）需求之可競爭性；（5）折扣之類型；（6）AEC 測試之結果；（7）涉案事業之市場表現消長；（8）足以證明反競爭策略存在之直接證據；以及（9）折扣所實現之促進競爭效果與效率等。

誠然，執法方法之改變可能在短期內增加公平會之負擔，惟長遠以觀，公平會之努力想必能「開花結果」，形塑更理想的競爭環境、創造更完妥的執法方針，最終得到消費者與事業的肯定與青睞。倘若本文之淺見能使公平會全面充實其執法之論理過程，在堅實的立論基礎上實現其維護競爭秩序與促進消費者福祉的法定任務，即是本文目標之達成。作為競爭法執法的關鍵分子，在荊棘滿布的漫漫前路上，公平會任重而道遠，改變刻不容緩、責任義不容辭。

參考文獻

中文部分

- 牛日正、吳秀明，公平交易法上「安全港（safe harbor）條款」之研究，公平會 107 年度委託研究報告（2018）。
- 王文宇，「濫用獨占地位之判斷標準——法律概念或經濟觀點？」，公平交易季刊，第 15 卷第 1 期（2007）。
- 王立達，「魔鬼藏在細節裡：高通案和解筆錄透露的真實訊息」，北美智權報，第 225 期（2018）。
- 李俊峰，「“忠誠折扣”的壟斷違法性判定——以利樂公司行政處罰案為材料」，當代法學，2019 年第 2 期（2019）。
- 吳佳蓁，「Intel 案與審理原則之轉變？！」，公平交易通訊，第 79 期（2018）。
- 洪德欽，「歐盟法的淵源」，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），初版，國立臺灣大學出版中心（2015）。
- 陳志民、林益裕，非價格垂直限制適用『合理原則』之違法考量因素，公平會 102 年度委託研究報告（2013）。
- 陳志民，「從 2017 年歐盟法院 Intel 案判決，談公平法審理折扣（讓）案件之法律經濟分析架構及政策啟示」，公平交易通訊，第 83 期（2018）。
- 陳和全、周振鋒，經濟分析方法於競爭法議題應用之研究，公平會 102 年度委託研究報告（2013）。
- 陳靜慧，「歐盟法院之組織與功能」，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），初版，國立臺灣大學出版中心（2015）。
- 許芝菡，從歐盟英特爾案看忠誠折扣的合理性，國立清華大學科技法律研究所碩士論文（2019）。
- 許祐寧，「標準必要專利與反托拉斯之成果運用法制——以高通案為例」，科技法律透析，第 30 卷第 8 期（2018）。
- 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）。

廖義男、莊弘鈺、黃銘傑、謝國廉，公平交易法國內重要案例之評析—以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心—，公平會 109 年度委託研究報告（2020）。

謝長江，「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」，公平交易季刊，第 27 卷第 2 期（2019）。

魏杏芳，「以歐盟規範與實踐論電信業價格擠壓的管制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期（2014）。

外文部分

Colomo, Pablo Ibáñez, “Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy,” 29/2014 LSE Legal Studies Working Paper (2014).

De Coninck, Raphaël, “The As-efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the ECJ Intel Judgement,” 4(2) Competition Law & Policy Debate (2018).

Fišer Šobot, Sandra, “A New Approach to Rebates after Intel Case,” 10(2) LeXonomica (2018).

Friend, Mark, “Loyalty Rebates and Abuse of Dominance,” 77(1) Cambridge Law Journal (2018).

Geradin, Damien, “Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffmann-La Roche,” 11(3) Journal of Competition Law & Economics (2015).

Hamilton, James L. & Mqasqas, Ibrahim, “Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case,” 62(3) Southern Economic Journal (1996).

Hsieh, Kuo-Lien, “The Intel Decision and the EU’s New Standards for Behaviours by Dominant Firms,” 10(2) NCCU Intellectual Property Review (2012).

Hsieh, Kuo-Lien, “The 2018 Qualcomm Decision and the EU Regulation of Dominant Firm Behaviour,” 47 Hitotsubashi Journal of Law and Politics (2019).

Johansson, Eddie, Assessing Rebates under Article 102 TFEU—A Path Towards Legal Certainty, Master’s thesis, Uppsala Universitet (2017).

- Kadar, Massimiliano, “Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases,” *10(7) Journal of European Competition Law & Practice* (2019).
- Lampinen, Toni, *The Assessment of Rebate Schemes under Article 102 TFEU*, Master’s thesis, University of Helsinki (2019).
- Lianos, Ioannis & Genakos, Christos, “Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis,” in: Lianos, Ioannis & Geradin, Damien (eds.), *Handbook on European Competition Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2013).
- Lundqvist, Björn, “Post Danmark II, Now Concluded by the ECJ: Clarification of the Rebate Abuse, but how do we Marry Post Danmark I with Post Danmark II?” *11(2-3) European Competition Journal* (2016).
- Nihoul, Paul, “The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effects-based Approach in European Competition Law?” *5(8) Journal of European Competition Law & Practice* (2014).
- Özkan, Ahmet Fatih, “The Intel Judgement: The Commission Threw the First Stone but the EU Courts will Throw the Last,” *11(1) European Competition Journal* (2015).
- Peeperkorn, Luc & Viertiö, Katja, “Implementing an Effects-based Approach to Article 82,” *2009(1) Competition Policy Newsletter* (2009).
- Petit, Nicolas, “Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU,” *11(1) European Competition Journal* (2015).
- Robertson, Viktoria H.S.E., “Rebates under EU Competition Law after the 2017 Intel Judgement: The Good, the Bad and the Ugly,” *11(1) Market and Competition Law Review* (2018).
- Robertson, Viktoria H.S.E., “Loyalty Rebates under EU Competition and US Antitrust Law,” in: Akman, Pinar, Brook, Or & Stylianou, Konstantinos (eds.), *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2022 forthcoming).
- Scott Morton, Fiona M. & Abrahamson, Zachary, “A Unifying Analytical Framework for Loyalty Rebates,” *81(3) Antitrust Law Journal* (2017).

Sher, Brian, “Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel,” 6(4) *Journal of European Competition Law & Practice* (2015).

Whish, Richard, “Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!” 6(1) *Journal of European Competition Law & Practice* (2015).

Wijck, Peter van, “Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law,” 17(1) *European Competition Journal* (2021).

Wils, Wouter P.J., “The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-called ‘More Economic Approach’ to Abuse of Dominance,” 37(4) *World Competition* (2014).

**Loyalty Rebates under EU Competition Law:
Set Sail Again from *Intel v. Commission***

Chang, Wei-Che *

Abstract

This article focuses on loyalty rebates under EU competition law and attempts to provide recommendations to competition authorities, courts and undertakings (especially dominant undertakings) based on the EU experience. It also clarifies the concept of the AEC test, which takes into account the contestability of demand and analyzes whether as-efficient competitors can profitably spread out the loss of disloyalty (i.e., the amount of rebate) within the scope of the contestable share of demand, in order to determine whether the market will be foreclosed.

Prior to *Intel*, there was a fragmentation in the analysis approach to loyalty rebates in EU competition law, namely the “form-based approach” and the “effects-based approach.” Since loyalty rebates are not necessarily detrimental to competition, this article argues that the effects-based approach is the more appropriate choice. Nonetheless, a combination of the two approaches, removing the form-based approach’s unrebuttable presumption of the anti-competitiveness of loyalty-inducing rebates, is also a viable compromise. The EU Court of Justice took this approach in *Intel*, and this article argues that this will lead EU competition law in the right direction. Subsequently, the ECJ’s assessment framework was followed by the Commission and the General Court. At this point, the battle between the form-based approach and the effects-based approach to loyalty rebates has finally reached a truce in EU competition law.

This article applies the insights of EU competition law to the enforcement cases of Taiwan’s Fair Trade Commission, and finds that the FTC’s approach is form-based, which may lead to false positives and is not conducive to the maintenance of competition based on its merits. To this end, this article concludes the current assessment framework of EU

Date submitted: May 18, 2022

Date accepted: September 26, 2022

* LL.M., College of Law, National Chengchi University; Judicial apprentice, Academy for the Judiciary, Ministry of Justice, the 63rd class (2022-2024). This article is adapted from the author’s master thesis on the same topic. The author would like to thank Dr. Li-dar Wang, the thesis advisor, for his careful guidance and the two anonymous reviewers for their valuable suggestions.

competition law in the hope of urging the FTC to construct a proper and complete examination system, so as to ultimately fulfill its important responsibility of safeguarding competition and promoting consumer welfare.

Keywords: EU Competition Law, Loyalty/Fidelity Rebates/Discounts, Form-based/Formalistic Approach, Effects-based/More Economic Approach, As-Efficient Competitor Test (AEC test), Intel.