

《公平交易季刊》

第 25 卷第 3 期 (106/7)，頁 1-34

◎公平交易委員會

# 歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究 －以市場界定與市場效果為中心

許曉芬\*

## 摘要

歐盟執委會近幾年對於所謂核心卡特爾的聯合行為，採取雷厲風行之手段，並祭出高額罰鍰。由於此類行為本質上存有明顯限制競爭效果，一旦發生即視為落入 TFEU 第 101 條第 1 項所謂目的為限制競爭協議之態樣，而無須證明該行為是否確實造成市場上限制競爭之效果。在歐盟競爭法實務中，過去十分仰賴執委會的認知與判斷，但近年來歐洲法院卻在判決累積過程中，時有不同見解或更細緻之分析。特別是在目的性限制競爭的情形下，若已認定其行為「目的」在於限制競爭，是否因為無需判斷市場效果，而不須界定相關市場？然而，若不界定市場，是否有違競爭法維護市場競爭之主旨？而若肯認不論是目的性或是效果性限制競爭協議，皆需要市場界定之前提下，對於市場效果之認定，是否亦有不同？特別是在可能視為「目的性限制競爭」協議的情形下，是否需要證明市場效果或如何證明？而對市場效果之影響必須達到多大程度，才應視為對市場產生負面影響？

本文將介紹歐盟相關規範與實務操作，特別是針對近年來較受爭議之目的性限制競爭協議，進一步分析歐盟執委會、歐洲法院對於是否需要市場界定及分析之不同立場，並比較過去幾年見解的更迭遞嬗，以期提供我國未來修法或實務上認事用法的參考依據。

**關鍵詞：**聯合行為、市場界定、市場效果、歐盟競爭法、卡特爾

投稿日期：106 年 2 月 19 日

審查通過日期：106 年 6 月 23 日

\* 東海大學法律學院法律學系副教授，法國史特拉斯堡大學法學博士。本文初稿發表於 2016 年 11 月 25 日「競爭政策與公平交易法學術研討會」。感謝與談人及匿名審稿人對本議題之寶貴意見，作者受益良多。本文為科技部 104 年度個別型研究計畫（編號 MOST104-2410-H-029-013-MY2）部分研究成果。

## 一、前言：市場界定與市場效果之重要性

歐盟競爭法之架構係由歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）、相關的歐盟規則（Regulation）及大量解釋歐盟執委會（European Commission）政策與解釋實體法之注意事項（Notice）、通訊（Communication）及處理原則（Guideline）<sup>1</sup>所建構而成。在維護歐盟內部市場整合自由流通之前提下，用以規範包括事業間限制競爭協議、濫用市場優勢地位（Abuse of dominant position）<sup>2</sup>、國家補助（State Aid）<sup>3</sup>及合併（Merge Control）<sup>4</sup>等議題。

其中 TFEU 第 101 條第 1 項禁止事業或事業團體間，透過足以影響歐盟會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果（effect）或目的（object）之協議（agreement）、決議（decision）或一致性行為（concerted practice）<sup>5</sup>。此類限制競爭協議之管制，係歐盟競爭法與競爭政策中，極為關鍵的一環。同一產銷階段之水平協議並非皆屬於 TFEU 第 101 條第 1 項論處之違法行為，例如部分水平協議具有可以分擔風險、節省成本、增進投資及凝聚知識，促進產能及品質等優點，因而可能帶來重大的經濟利益。但若是水平協議涉及約定價格或區分市場等行為，則

<sup>1</sup> 此類通訊、處理原則或注意事項為所謂的非典型法規（atypical acts），由於不屬於 TFEU 第 288 條所規定，依據歐盟條約授權及程序所通過的法律，不具強制拘束力。但此類非典型法規，特別是歐盟最高行政機構執委會為了提高立法彈性及行政效率所通過之非法律文件，由於清楚表達其意見或立場，仍有普遍適用性及其重要性。相關歐盟派生法律與非典型法律之討論，可見洪德欽，「歐盟法的淵源」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），臺大出版中心，1-56（2015）。

<sup>2</sup> 主要規範為 TFEU Article 102，另外輔以 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty 及其他相關之指引與注意事項。

<sup>3</sup> See European Commission, EU Competition Law-Rules Applicable to State Aid (Situation as at 15 April 2014). 歐盟執委會將針對單一行為之相關法規命令等蒐集成冊，並定期更新，甚值參考。

<sup>4</sup> See European Commission, EU Competition Law-Rules Applicable to Merger Control (Situation as at 1st July 2013).

<sup>5</sup> TFEU Article 101(1) (ex Article 81(1) TEC): “1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.” 此翻譯參照公平會對於 TFEU 第 101 條之翻譯，並斟酌修改。

會對歐盟整體經濟及內部市場有嚴重負面影響，因此歐盟競爭法事務主管機關執委會近幾年紛紛對於這類限制競爭協議採取雷厲風行之手段並祭出高額罰鍰。只要是此類所謂核心卡特爾或稱惡性卡特爾（hard-core restriction），由於本質上存有明顯限制競爭效果，一旦發生即視為落入 TFEU 第 101 條第 1 項所謂其目的為限制競爭協議之態樣，而無須證明該行為是否有具體限制競爭效果<sup>6</sup>，且幾乎無法適用 TFEU 第 101 條第 3 項之例外。若歸類為此類行為<sup>7</sup>，將可大幅減少執委會的舉證、調查及經濟分析之負擔，執委會過去多數透過效果判斷為本（effects-based approach）的檢驗方式，近年來也越來越常使用以目的判斷為主之認定。此外，自 2004 年 5 月 1 日起，根據「第 1/2003 競爭法令施行規則（Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty，競爭法令施行規則），歐盟會員國內之競爭法主管機關有權直接適用歐洲共同體條約（the Treaty Establishing the European Community）第 81 條與第 82 條（現今 TFEU 第 101 及 102 條）<sup>8</sup>之競爭法規範，並啟動相關調查及證據搜集措施。因此執委會對於限制競爭協議之認定標準，對於歐盟各會員國影響重大。

然而，執委會對於目的性限制競爭協議之判斷標準，卻缺乏明確與更細緻的解釋。單純以部分協議「其本質」（by their very nature）即為目的性限制競爭，認為其行為一定會造成競爭上之負面影響<sup>9</sup>，而逕行判斷該行為違反 TFEU 第 101 條第 1 項之假設，不論是從規範或是論理層面，往往略嫌速斷。也因此歐洲法院（Court of Justice of the European Union）近幾年對於目的性限制競爭協議的討論相當豐富<sup>10</sup>，並對執委

<sup>6</sup> See European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (27.4.2004), OJ C101/97, para. 20-23; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (14.1.2011) 2011/C 11/01.

<sup>7</sup> 有學者稱此種歸類方式為“object box”，意即本質特別有害之協議，由於其目的即為限制競爭，應依法禁止。Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 7th ed., Oxford, 124 (2013).

<sup>8</sup> 歐盟競爭法起源於 1957 年歐洲經濟共同體條約（the Treaty establishing the European Economic Community，又稱 Treaty of Rome）第 85 與 86 條。隨後分別於 1997 年修正為歐洲共同體條約第 81 與 82 條及 2008 年 TFEU 第 101 及 102 條，其內容並無二致。執委會對於該條文之處理原則或注意事項等，除有更新，皆仍一體適用。

<sup>9</sup> See European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para. 21: “Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. [...] This presumption is based on the serious nature of the restriction and on experience showing that restrictions of competition by object are likely to produce negative effects on the market and to jeopardize the objectives pursued by the Community competition rules.”

<sup>10</sup> See CJEU, Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services v. Commission of the European communities*, 27 September 2006; CJEU, Joint Cases C-501/06 P and others, *GlaxoSmithKline v. Commission of the European communities*, 6 October 2009 (GSK case); CJEU, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 5 June 2009 (T-Mobile case); CJEU,

會決定常有質疑<sup>11</sup>。特別是針對是否需要判斷對相關市場競爭之影響，更是逐漸透過判決累積，勾勒出目的性限制競爭協議的模樣。儘管判決間有時會有立場更迭或自相矛盾之處，仍不失其重要性。

我國公平交易法（下稱公平法）第 14 條第 1 項規定：「本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」。是故，我國對於聯合行為的定義，限指同一產銷階段具水平競爭關係事業間，所為之限制競爭合意，和 TFEU 第 101 條第 1 項採水平聯合及垂直聯合<sup>12</sup>並行之規範方式有所不同<sup>13</sup>，歐盟所禁止者，為最廣義的反競爭協議（anti-competitive agreements）。為避免討論之誤解與齟齬，本文在討論歐盟限制競爭協議相關規定時，將專注於水平聯合態樣。

我國公平法第 15 條第 1 項規定：「事業不得為聯合行為」，復又規定聯合行為必須足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能始為禁止之標的，由於聯合行為達到「足以影響」市場功能之抽象風險即屬該當<sup>14</sup>，因此在判斷聯合行為時，如何界定市場並分析該市場中供需受到何種程度影響，就成為必須探討的課題。我國公平交易委員會（下稱公平會）在聯合行為的市場界定上，大多以特定行業作為市場界

---

C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers v. Commission*, 20 November 2008 (BIDS case).

<sup>11</sup> 例如本文後所評析之 C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 11 September 2014 (CB case)一案。

<sup>12</sup> 垂直聯合係指事業與非屬同一產銷階段之上下游事業，以契約、協議或其他方式之合議限制彼此間之競爭。歐盟關於垂直聯合之特別規定，可參見 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 及 European Commission, *Guideline on Vertical Restraints*, 19.05.2010, OJ 2010/C 130/01。此類行為包括上下游事業間之搭售、獨家交易、地域限制、顧客限制或使用限制等協議。我國聯合行為儘管不包含此類行為，但仍可能違反公平法第 19 條價格限制行為（限制轉售價格）或第 20 條非價格限制行為（其他限制競爭行為）。關於我國對此討論之文獻，可參考施錦村，「公平交易法對於價格垂直限制與非價格垂直限制之評價」，公平交易季刊，第 23 卷第 1 期，153-196（2015）；許英傑、黃慧玲、黃銘傑，「公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期，11-54（2005）。

<sup>13</sup> 本法於 1991 年 1 月 18 日制定時之立法理由書，關於第 7 條稱：「按所謂聯合，在學理上可分『水平聯合』與『垂直聯合』兩種，目前各國趨勢，對於垂直聯合係採放寬之立法，本法初創，亦不宜過於嚴苛，除第 18 條（又稱轉售價格維持契約之禁止）係就垂直聯合為規範外，本條則僅就『水平聯合』加以規定」。

<sup>14</sup> 我國公平會對於市場占有率並未訂定統一標準，但實務運作上常以市場占有率 10% 為判斷標準。但若因市場結構等因素，造成參與事業占有率未達 10%，仍有可能因為其市場力量，視為足以影響特定市場功能。請參考林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定—公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第 22 卷第 1 期，45-118，文註 8（2014）。

定的指導原則，較少像獨占事業認定時的分析一樣，就系爭產品之替代產品或潛在供給之可能產品進行分析<sup>15</sup>，或是即使分析亦較為直觀與速斷。這可能是因為既然特定市場之界定是為了判斷競爭之限制與市場支配力量大小，若違反行為態樣可認為顯然產生市場支配力時，主管機關常以該事業與該違反行為之對象進行交易的範圍作為市場界定之依據，因此對於市場界定較不要求。

例如公平會 2011 年公處字第 100220 號連鎖超商現煮咖啡案，在該案中，公平會僅以便利超商因具有提供多元化商品及服務、密度普及、全日營業、可及性高等特點，認為連鎖便利商店現煮咖啡和連鎖咖啡店或餐飲業現煮咖啡間，不具有高度可替代性，因而界定「連鎖便利商店現煮咖啡」為本案產品市場，且便利商店設置地點遍及全國，故以全國為該案地理市場。其後最高行政法院以 103 年判字第 195 號判決撤銷公平會處分，表示儘管我國公平法並無明文規範聯合行為之「市場」定義，但法院依據公平法第 5 條第 3 項、同法第 4 條及公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第 3 點規定，認為公平會就聯合行為的特定市場附有說明義務，而本件尤應以相關產品市場的概念進行市場範圍的判斷，並認為公平會就「需求替代性」、「供給替代性及潛在競爭因素」與「商品價格調漲後對消費者及供給者之影響」幾點皆未有說明或認定不適當。

是故，在我國聯合行為態樣下，原則上都應先進行市場界定，但應如何界定，又該如何判斷該行為已達到「足以影響」市場功能的效果，就成為重要且需要探討的議題。因此，本文將就歐盟相關規範與實務操作，特別是針對近年來較受爭議之目的性限制競爭協議或卡特爾行為，進一步分析歐盟執委會及歐洲法院實務對於是否需要市場界定及市場分析之不同立場，並比較過去幾年見解的更迭遞嬗，爬梳與釐清聯合行為之概念，以期提供我國未來修法或實務上認事用法的參考依據，特別是針對我國實務過去可能如執委會般，過度直觀式界定市場與認定市場效果之分析，有所提醒。

本文以下將區分為三部分。首先將先行探討歐盟對於在歐盟規範下限制競爭協議規範之要件與例外。其次釐清相關市場界定之爭議，並且在肯定不論是目的性或效果性限制競爭協議皆須進行市場界定之前提下，進一步針對目的性限制競爭協議

<sup>15</sup> 莊春發，「聯合行為相關問題研究－行為主體、意思聯絡、市場範圍之界定」，競爭政策研究，第 7 卷第 3 期，3-27（2003）。

分析其市場效果判斷。最後，針對我國聯合行為實務操作之現況，透過前述討論，分析在我國法規範架構下，市場界定與「足以影響市場功能」之市場效果要件應如何詮釋與適用。

## 二、歐盟運作條約第 101 條關於限制競爭協議之規範

TFEU 第 101 條第 1 項禁止事業間透過協議、事業團體決議與一致性行為，以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果或目的，而影響歐盟會員國間交易。TFEU 第 101 條第 2 項復規定，同條第 1 項認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。

基於整體經濟利益的考量，歐盟針對前述禁止設有例外豁免規定。根據第 1/2003 競爭法令施行規則第 1 條第 1 項規定，若一行為滿足歐洲共同體條約（Treaties of the European Union, TEC）第 81 條第 1 項（TFEU 第 101 條第 1 項）且不滿足 TEC 第 81 條第 3 項（TFEU 第 101 條第 3 項）者，應禁止之。是故，判斷是否違反聯合行為之規定應包含兩步驟。首先，需判斷事業間之協議、決議或一致性行為是否影響會員國間之貿易，且有限制競爭之目的或實際與潛在之影響。只有當該行為滿足此一要件，進而被認為具備限制競爭之特性後，始考量該行為是否在 TEC 第 81 條第 3 項（TFEU 第 101 條第 1 項）的架構下，促進整體競爭之利益（pro-competitive effects）大於限制競爭之不利益（anti-competitive effects）<sup>16</sup>。因此本文以下將就此二步驟進行分析<sup>17</sup>。由於本文重點在於限制競爭協議對於市場界定與市場效果之認定，為專注於核心議題討論，因此關於限制競爭協議之合意、寬恕政策及相關執法程序等將不多說明，合先敘明。

### （一）TFEU 第 101 條第 1 項及第 2 項：構成要件與態樣

#### 1. 構成要件

TFEU 第 101 條之立法目的在於維護市場競爭秩序，促進消費者利益及確保有效

<sup>16</sup> See CJEU Joint Cases C-501/06 P and others, *GlaxoSmithKline v. Commission*, 6 October 2009, para. 95.

<sup>17</sup> 關於 TFEU 第 101 條第 1 項的說明，特別是構成要件，另可參考謝國廉，「歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨占地位之規範為中心」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），臺大出版中心，1-39（2015）；林宜男，「歐盟競爭法攸關卡特爾議題之研析」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），臺大出版中心，41-87（2015）。

資源分配<sup>18</sup>。因此若事業在面對另一事業時，採取特定行為排除或試圖減少競爭造成不確定性，將可能有礙於開放市場之資源自由分配及整體經濟發展，並損害消費者利益。

事業間的聯合行為，在於二以上之當事人，透過協議，約束或改變至少其中一方之行為。而該協議，不論明示或默示，只要基於特定時間點存在共同意欲達成之目標<sup>19</sup>，並具有對競爭市場可察覺之影響（*appreciable adverse impact*）<sup>20</sup>，即為 TFEU 第 101 條第 1 項禁止之限制競爭協議。因此，認為一行為違反 TFEU 第 101 條第 1 項之具體要件，可歸納為下列三者：第一，事業須有基於合意所生之協議、決議或一致性行為。第二，該行為需影響歐盟會員國間之貿易<sup>21</sup>。第三，須以限制競爭為目的，或實際產生限制競爭之效果。

針對第一項要件，儘管 TFEU 第 101 條第 1 項明列出三種協議、決議及一致性行為的勾結（*collusion*）態樣，但三種態樣之區別僅在於其強度，並且常常相互重疊<sup>22</sup>。並非所有協議都會構成限制競爭，而是在於雙方是否有意使該協議產生限制競爭之目的或效果，至於雙方是否實際執行該協議則不是重點。不論是執委會或是歐洲法院，對於此三種態樣皆採廣義解釋<sup>23</sup>，並確保所有勾結態樣都可為此三種型態囊括，因此不論是執委會或是歐洲法院實務上，區分何種型態從來不是分析重點。

根據第 1/2003 競爭法令施行規則第 2 條，執委會對於侵害行為負有舉證責任。執委會首先必須證明該等合意協議之存在，其次須證明其協議之性質，並證明事業確實參加該等協議，最後證明侵害之期間<sup>24</sup>。歐洲法院強調執委會提出之證據須達「必要的法定標準」（*requisite legal standard*）<sup>25</sup>，但歐洲法院卻不願意定義具體標準為何。在限制競爭協議，特別是卡特爾的案件中，歐洲法院僅強調證據必須「有份量、具

<sup>18</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 13.

<sup>19</sup> See CJEU, Joint Cases C-2/01 and C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Commission of the European Communities*, 6 January 2004, para. 102.

<sup>20</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 16.

<sup>21</sup> 關於此一要件之詮釋與範圍，可參考 European Commission, Guidelines on the effect on trade concept contained in Article 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07).

<sup>22</sup> Barry J Rodger & Angus MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, 5th ed., Routledge, 162 (2015).

<sup>23</sup> *Ibid.*, 162-165.

<sup>24</sup> Mario Stragusa & Cesare Rizza (ed.), *EU Competition Law Volume III: Cartels and Collusive Behaviour*, 2nd ed., Claeys & Casteels, 31 (2012).

<sup>25</sup> CJEU, Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 June 2009, para. 96-97.

可信用並足夠」<sup>26</sup>，始足以證明侵害行為之發生。

針對第二項「需影響會員國間之貿易」要件，主要在於界定歐洲層級與各國國內國法規範之界線<sup>27</sup>，並確認適用歐盟競爭法之要件<sup>28</sup>。因此本項要件主要是在確認管轄權，而非實際檢視協議是否限制競爭，惟有確認該協議可能影響會員國間貿易後，受歐盟競爭法所規範，執委會始有執法權限。不過值得注意的是，幾乎在所有核心卡特爾案件中，執委會都傾向於認定基於該等協議惡性競爭之本質，皆會影響會員國間貿易，而符合本要件。

歐洲法院首次在 *Société Technique Minière* 案指出，TFEU 第 101 條所適用者，「根據法律目的及系爭協議之事實，必須能夠預測到足夠程度直接或間接、現實或潛在影響會員國貿易模式之可能性（probability）」<sup>29</sup>。在過去歐洲法院實務上，對於決定一協議是否有可能影響會員國貿易，通常參考下列因素，例如協議之內容與性質、當事人經濟背景、系爭協議所涉之產品或服務、所涉市場結構、及協議所造成或可能造成之卡特爾行為<sup>30</sup>。在此階段，檢視協議必須秉持整體通盤原則，意即以協議整體判斷是否影響會員國貿易，和進入限制競爭實質檢驗階段，協議可分部檢驗是否違反競爭不同<sup>31</sup>。另一點需要注意的，是此項對於會員國貿易之影響，必須達到可察覺（appreciability）之程度，執委會針對何謂可察覺程度之影響會員國貿易有詳細說明<sup>32</sup>，原則上必須個案視之，但一般而言需要市占率超過 5%，始認為達到可察覺之程度。在跨境卡特爾案件中，通常參加協議之事業需要擁有較高的市占率，才能控制價格或數量，因此在此類案件裡幾乎都會達到可察覺之程度。概念上和微量原則（De Minimis）概念接近，但後者是針對競爭市場的影響是否達到可察覺之標準，也就是進入實質檢驗階段後之考量與適用排除，此為最大不同，需特別留意。

至於第三項要件，評量某一行為是否構成違反 TFEU 第 101 條，必須考慮該行

<sup>26</sup> CJEU, Case C-411/04P, *Salzgitter Mannesmann GmbH v. Commission of the European Communities*, 25 January 2007, para. 40-47.

<sup>27</sup> Mario Stragusa & Cesare Rizza (ed.), *supra* note 24, 92.

<sup>28</sup> Commission notice, *supra* note 21.

<sup>29</sup> CJEU, C-56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 30 June 1966, para. 249.

<sup>30</sup> CJEU, C-399/93, *H. G. Oude Luttikhuis and others v Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, 12 December 1995, para. 20.

<sup>31</sup> Commission notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, para. 14: “if the agreement as a whole is capable of affecting trade between Member States, there is [EU] law jurisdiction in respect of the entire agreement, including any parts of the agreement that individually do not affect trade between Member States.”

<sup>32</sup> Commission notice, *supra* note 21, para. 44-57.



為如何影響或可能影響市場競爭程度<sup>33</sup>。此處需留意者，在於 TFEU 第 101 條將行為區分為「目的性」(restriction on competition “by object”)與「效果性」限制競爭 (restriction on competition “by effect”)協議。根據執委會觀點，一旦認定協議之目的為限制競爭，則無需考慮是否確實造成任何市場上限制競爭的效果(actual effect on the market)<sup>34</sup>。換言之，只要本質上有可能對競爭造成負面影響者皆可適用<sup>35</sup>，特別如約定價格、區分市場、減少產能或是聯合漲價等行為，違背一貫追求之競爭法精神，即可視為其確實影響市場競爭而禁止。至於如何判斷一行為是否為「目的性」限制競爭，執委會認為必須考量多方因素，包括協議內容、協議目的、該協議產生之背景以及相關事業在市場上實際的行為<sup>36</sup>。亦即除了客觀檢視條款字裡行間之意義外，個案所處之特別時空也必須納入考量。即使協議條款並未有造成限制競爭的文字，但若實際上執行會顯露此等目的，亦是所禁止的範圍。而若是一協議屬於執委會針對不同契約型態，訂定聯合行為例外之集體豁免清單 (Block Exemption) 中之黑名單 (black listed clauses) 或核心卡特爾<sup>37</sup>，通常會被執委會認為是「目的性」限制競爭協議。

另一方面，若一行為非屬於目的性限制競爭協議，則必須實際檢驗是否產生限制競爭之效果，進而證明該協議確實或很有可能對市場之價格、產能、創新、種類或是品質有一定程度之影響<sup>38</sup>，始為歐盟禁止之行為。

因此，在歐盟競爭法判斷中，一行為被歸類為「目的性」或「效果性」限制競爭協議會影響後續所有檢視。過去多數仰賴執委會的認知，也較少對此有所爭執。但近年來歐洲法院與執委會對於一行為，是否屬於目的性限制競爭之類別，時有歧異，也使得此一要件判斷益發困難，也影響關於市場界定及市場效果之認定。

<sup>33</sup> *Ibid.* para.18.

<sup>34</sup> Guidelines, *supra* note 9.

<sup>35</sup> 但歐洲法院近年來的觀點並非如此直觀式判斷。關於歐洲法院對於目的性限制競爭協議更進一步之見解，請參考本文後之說明。

<sup>36</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 22.

<sup>37</sup> See Art.5 of the Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements, or Art. 4 of the Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialization agreements.

<sup>38</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 24.

## 2. 主要態樣

TFEU 第 101 條第 1 項所例示之禁止態樣包括：(a)直接或間接決定交易價格或其他交易條件；(b)限制或控制生產、市場、技術發展或投資；(c)分配市場或資源供給；(d)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上之不利益；(e)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務就性質或商業習慣而言，均與該契約無涉。TFEU 第 101 條第 2 項復規定，同條第 1 項認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。卡特爾案件往往牽涉多種態樣，以下僅就態樣較為特殊之處加以說明，而不就個別態樣進行詳細分析。

執委會與歐洲法院對於最典型卡特爾行為的價格操控 (price fixing)，向來採廣義解釋，意即任何有可能對壓抑價格或交易條件競爭者皆屬之。因此，價格不僅限於定價，可為一範圍或是增加與減少之幅度，也有可能是信用條件或預期價格等。而非商品之價格，例如非基於供應商地點之統一貨運費用，亦曾被歐洲法院認為違反 TFEU 第 101 條 1 項 a 款<sup>39</sup>。另外，在歐洲層級的價格操控類型中，圍標或綁標 (Bid rigging, collusive tendering) 是比較特殊之態樣。由於標案之本質就是建立在競爭基礎上，若是在投標之前，事業已就價格或其他交易條件進行協商，競爭基礎即不復在，並且通常涉及其他核心卡特爾行為，因此執委會對於此類案件往往採重罰。例如在 2005 年的義大利生菸案 (Raw Italian Tobacco case)，執委會基於 4 家義大利煙草商事前協議菸草拍賣投標價格，開罰 5 千 6 百萬歐元<sup>40</sup>。又或是像同年的工業塑膠袋案 (Industrial Bags case)<sup>41</sup>，執委會開罰 16 間塑膠包裝事業 2 億 9 千萬歐元，處罰數項違反卡特爾之行為，包括圍標。而 2007 年的電梯樓梯案 (Elevators and Escalators case)<sup>42</sup>，更是針對數家電梯樓梯業者，在德國、盧森堡、比利時與荷蘭之非法圍標、價格操控、市場分配等行為重罰 9 億 9 千萬歐元。

至於市場分配 (market sharing)，TFEU 第 101 條所禁止之態樣包含兩類，也就是 TFEU 第 101 條 1 項 b 款與 c 款之情形。市場分配不但明顯具有限制競爭效果，若

<sup>39</sup> Mario Stragusa & Cesare Rizza (ed.), *supra* note 24, 57.

<sup>40</sup> Commission Decision of 20/X/2005 relating to a proceeding under Article 81(1) of the EC Treaty (Case COMP/C.38.281/B.2) - Raw Tobacco Italy.

<sup>41</sup> Commission Decision of 30.XI.2005 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty (Case COMP/38354) - Industrial Bags.

<sup>42</sup> Commission Decision of 21 February 2007 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty Case COMP/E-1/38.823 - PO/Elevators and Escalators.

是以歐盟單國為主的分配，將會影響歐盟單一市場整合，造成會員國內部貿易障礙，破壞歐盟最重要自由流通之精神。因此執委會明白指出，市場分配是最嚴重違反競爭法之卡特爾行為，且不適用微量原則<sup>43</sup>。市場分配有可能是基於地域或是產品。前者例如以歐盟會員國為單位禁止同類產品進入內國市場，例如無縫鋼管案（Seamless Steel Tubes case）<sup>44</sup>，執委會基於 8 家無縫鋼管製造商意圖分配內國地理市場違反限制競爭並影響單一市場，處罰 9 千 9 百萬歐元，其後歐洲法院亦同意執委會認定。而後者則是以特定產品為區分，例如限制特定國家生產製造特定產品。往往很多此類案件，都會同時牽涉到分配地理市場與產品，例如針線案（Needles case）<sup>45</sup>，牽涉到 3 家主要針線公司試圖分配地理市場，其中一家取得獨家生產別針與緊固件之地位，並且以交換市場為誘因取得對於其中一家公司自有品牌針頭市場不競爭之協議，也因此當然違反 TFEU 第 101 條第 1 項。

另外一類值得注意之態樣則是資訊交換（information exchange）。資訊交換係指競爭事業間交換機密或敏感訊息，並非 TFEU 第 101 條第 1 項所直接例示之禁止態樣。這是由於資訊交換與共享可能帶來促進競爭之好處，但亦有可能進一步造成 TFEU 第 101 條所禁止之協議、決定或一致性行為。例如歐洲法院在 2015 年香蕉案<sup>46</sup>中，透過資訊交換而共謀聯合訂價一事，肯定執委會論處之決定，認為違反 TFEU 第 101 條第 1 項。因此執委會在「於水平合作協議適用 TFEU 第 101 條協議指南」（Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements，水平協議指南）中，特別就資訊交換進行規範，定義何類資訊交換較不容易視為違反 TFEU 第 101 條，例如交換歷史統計資料，或是為了合作研發協議所交換之資訊等<sup>47</sup>。而執委會與歐洲法院通常會根據資訊之詳細度及敏感度、公開或非公開之資訊、資訊之即時性、市場覆蓋度、市場結構等因素進行考量。

<sup>43</sup> Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, De Minimis Notice, para. 13.

<sup>44</sup> CFI, Joined cases T-67/00, T-68/00, T-71/00 and T-78/00, 8 July 2004.

<sup>45</sup> CJEU, C-468/07, *Coats Holdings Ltd & J&P Coats Ltd v. Commission of the European Communities*, 11 September 2008.

<sup>46</sup> CJEU, C-286/13, *Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v European Commission*, 19 March 2015.

<sup>47</sup> European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, para. 55-110.

## (二) TFEU 第 101 條第 3 項：例外規定與豁免清單

如同前述，TFEU 第 101 條第 3 項規定設定了 TFEU 第 101 條第 1 項之例外，規定任何事業間之協議或同類型之協議，任何事業公會決定或同類型之決定，或任何聯合行為或同類型之聯合行為，有助於改善商品製造或配銷，或提升技術或經濟進步，並確保消費者得合理分配其利益，而無「對相關事業課予不必要之限制」或「使相關企業就系爭商品之重要部分排除競爭」之情形，得不適用 TFEU 第 101 條第 1 項。此外執委會亦得針對不同契約型態，以規則訂定例外豁免清單，使特定協議、決定或一致性行為不適用 TFEU 第 101 條第 1 項，相對於前者之個別除外(individual exemption)，此為前文所提之集體豁免清單<sup>48</sup>。換言之，若一行為被列於集體豁免清單，即使該協議符合 TFEU 第 101 條第 1 項之要件，除非未來執委會正式將其從集體豁免清單中剔除，該協議即合法且得以據以實施<sup>49</sup>。

根據執委會<sup>50</sup>及歐洲法院對於 TFEU 第 101 條第 3 項之解釋，要成為聯合行為之例外，必須滿足四項要件。此四項要件為併合(cumulative)且列舉(exhaustive)<sup>51</sup>，若任何一要件未達成，即不得成為例外。

在評估是否滿足例外要件之前，有一點需要特別注意。TFEU 第 101 條第 3 項必須考慮系爭協議相關市場之界定<sup>52</sup>。無論是效率提升或是消費者分享利益之考量，皆須於同一相關市場進行評估，始得滿足保護競爭秩序之基本目的。此外，在考量消費者是否得以分享利益要件時，消費者基本上無法從不同地理或產品市場獲得補償利益，因此判斷是否滿足 TFEU 第 101 條第 3 項例外要件時，相關市場界定即為必要。

<sup>48</sup> See Regulation No. 1217/2010, Regulation No. 1218/2010, *supra* note 37, or Commission Regulation 330/2010/EU 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 practice; Commission Regulation 772/2004/EU of 27 April 2004 on the application of Article 101(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

<sup>49</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 2.

<sup>50</sup> See Guidelines, *supra* note 9.

<sup>51</sup> See CJEU, Joined Cases T 185/00 and others, *Métropole télévision SA v. Commission*, 8 October, 2002, para. 86: “Since the Commission’s decision to grant individual exemption assumes that the agreement or the decision of the association of undertakings satisfies all four conditions laid down in Article 81(3) EC and that an exemption must be refused if any of the four conditions is not met.”

<sup>52</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 43: “The assessment under Article 81(3) of benefits flowing from restrictive agreements is in principle made within the confines of each relevant market to which the agreement relates.”

構成豁免例外的四項要件分別為：

第一，效率提升。若一聯合行為能從客觀上判定其所帶來的利益及對經濟上的貢獻<sup>53</sup>，將使整體經濟利益大於限制競爭之不利益，且該協議與效率提升具有直接因果關係，則可認為滿足此一要件，例如得以降低產銷成本或提高產品品質之協議。

第二，消費者得分享利益。所謂消費者，凡具有商品交易關係直接或間接交易相對人均屬之。至於所謂的合理分配（fair share），則是指對於限制競爭所帶來或可能帶來的不利益，消費者須能得到某種程度補償。此處判斷基準並非指個別消費者而言，而是在相關市場中之消費者所受到的整體影響<sup>54</sup>。例如若是限制競爭的結果會帶來價格增加，消費者就必須從品質提升或其他利益中獲得補償。而若受到的限制越大，需要獲得的補償強度也就越大<sup>55</sup>。

第三、限制競爭有其必要性。其考量在於透過限制競爭協議，是否可以讓系爭活動更有效率，而優於未有該協議之時<sup>56</sup>。因此必須考慮是否沒有其他經濟上可行且具更低限制性之方式，來完成預期達成之目標。此外，亦須考慮該協議可能帶來之最小有效規模，也就是長期中平均成本處於或接近其最小值的最小規模，用以衡量該限制是否具有必要性。

第四、不得排除競爭。如一行為已滿足前三要件，但允許豁免會使市場其他競爭者因而消滅，則該行為仍不能構成 TFEU 第 101 條第 3 項之例外。檢視此要件則必須進行詳盡市場分析，包括參與者之市場占有率、限制競爭行為之強度、所帶來的影響、及市場進入障礙等<sup>57</sup>。

若觀察 TFEU 第 101 條第 3 項之文字，會發現其並未如 TFEU 第 101 條第 1 項區分「目的性限制競爭」或「效果性限制競爭」，執委會公布之 2004/C 101/08 歐洲共同體條約 81(3)處理原則（Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty，以下稱例外規範處理原則）及歐洲法院判決亦清楚指出，TFEU 第 101 條第 3 項適用於「所有」協議<sup>58</sup>。但若一協議之目的為限制競爭，事實上很少有機會適用此一豁免

<sup>53</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 49-50.

<sup>54</sup> See GCEU, T131/99, *Michael Hamilton Shaw v. Commission of the European Communities*, 21 march 2002, para. 163.

<sup>55</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 90.

<sup>56</sup> *Ibid*, para. 74.

<sup>57</sup> *Ibid*, para. 108.

<sup>58</sup> *Ibid*, para. 108: “Article 81(3) applies to all agreements that fulfill the four conditions contained therein.” See also GCEU, Case T-17/93, *Matra Hachette v. Commission*, 15 July 1994, para. 85.

例外。除了因為執委會對前述四項要件設立了嚴格檢視標準外，實務對於「目的性限制競爭」協議，特別是核心卡特爾，由於本質上嚴重影響競爭之假設過於強烈<sup>59</sup>，造成前者往往被認定無法滿足對整體經濟所帶來的高強度利益，或是可能有其他可行且較低限制性之手段達到相同目的。此外，此類協議亦被集體豁免清單所排除，因此有學者批評，TFEU 第 101 條第 3 項在目的性限制競爭協議之情形下，根本難以適用<sup>60</sup>。而執委會過於著重消費者利益考量，也使得歐洲法院不得不強調，TFEU 第 101 條不僅是保護競爭者與消費者利益，不能只著眼於眼前之利益，更需要從整體市場結構與競爭出發考量<sup>61</sup>。

### 三、相關市場界定與市場效果爭議

界定相關市場之目的在於判斷系爭行為對於市場之影響。事業是否具有顯著市場力量，或是系爭行為是否在相關市場造成限制競爭之效果及減損市場競爭程度，皆與相關市場界定有密切關係。在目的性限制競爭的情形下，若已經認定其行為「目的」在於限制競爭，特別是在核心卡特爾的情形下，是否因為無需判斷市場效果，而不須界定相關市場？然而，若不界定市場，是否有違競爭法維護市場競爭之主旨？若認為需界定市場，進一步是否需要證明市場效果，或是市場效果之影響必須達到多大程度，才應視為對市場產生負面影響？

本文以下首先分析歐盟執委會對於市場界定之方式與市場效果認定之標準。其後探討歐洲法院對目的性與效果性限制競爭協議之觀點與轉折，及對執委會見解之挑戰與衝擊。

<sup>59</sup> *Ibid*, para. 46: “Article 81(3) does not exclude *a priori* certain types of agreements from its scope.[...] However, severe restrictions of competition are unlikely to fulfil the conditions of Article 81(3). Such restrictions are usually black-listed in block exemption regulations or identified as hardcore restrictions in Commission guidelines and notice.”

<sup>60</sup> Alison Jones, “Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1),” *649 European Competition Journal*, 669 (2010).

<sup>61</sup> CJEU, Joint Cases C-501/06, *supra* note 10, para. 61. See also CJEU, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 5 June 2009, para. 38.

## （一）歐盟執委會對於相關市場界定與市場效果之認定

### 1. 相關市場界定：原則適用「界定相關市場注意事項」

歐盟於 1997 年公布 97/C 372/03 歐體競爭法界定相關市場注意事項(Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, 後稱相關市場注意事項)。在此相關市場注意事項中，開宗明義清楚指出，市場界定是確認與界定事業間競爭界限的一種工具，供執委會於此框架範圍內適用競爭政策。其主要目的在於系統性確定相關事業面臨的競爭限制，確認相關事業之實際競爭者，防止其限制競爭行為，並能精確計算出市場占有率，以適用羅馬條約(Treaty Establishing the European Community)第 85 條及第 86 條(TFEU 第 101 條與第 102 條)<sup>62</sup>。此外，執委會也指出，討論羅馬條約第 85 條，相關市場界定特別係用於斷定是否存在明顯限制競爭時，或判斷是否滿足適用例外規範。由此可見，執委會之相關市場注意事項，應同時適用於聯合行為或濫用市場地位<sup>63</sup>。

和一般界定相關市場之方式相同，歐盟相關注意事項亦是將相關市場區分為相關產品市場與相關地理市場：前者之定義為根據產品之特性、價格及用途，消費者認為服務與產品得以相互取代或替換者<sup>64</sup>，而後者則是指相關企業提供或需求之產品或服務，在該區域競爭條件基本為一致，且與相鄰地理市場競爭條件明顯不同，從而得以與其他相鄰區域區辨者<sup>65</sup>。

市場界定之基本原則取決於其需求替代性與供給替代性，其中需求替代對特定產品供應構成最直接有效之制約，而實施市場界定就在於從產品或地理市場中，為交易相對人尋找有效替代產品或服務來源。

至於執委會界定相關市場之證據認定，採取個案式認定，並對實證證據採開放態度<sup>66</sup>。通常納入考量之證據會針對產品市場或地理市場有不同區別：產品市場之考量包含產品曾出現替代關係之情形、交易相對人及競爭者之看法、交易相對人之偏

<sup>62</sup> European commission, Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, para. 1-2.

<sup>63</sup> See also Mario Monti, "Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy," Workshop on Market Definition, Helsinki, 3 (2001/10/5), [europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-01-439\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-439_en.pdf), last visited on date: 2017/2/1.

<sup>64</sup> Commission Notice on the definition of relevant market, *supra* note 62, para. 7.

<sup>65</sup> *Ibid.* para. 8.

<sup>66</sup> *Ibid.* para. 25.

好、轉向潛在替代品所涉之障礙與成本，及不同類型交易相對人與價格歧視等因素<sup>67</sup>。而地理市場之考量則包含訂單過去轉移至其他區域之情形、基本需求特性、交易相對人及競爭者之看法、貿易流通情形與運輸方式、將訂單轉移至位於其他區域之事業所涉之障礙與轉換開支等<sup>68</sup>。而通過界定相關地理與產品市場可以區分出位於特定市場上之供應商與交易相對人，在此基礎上，即可根據每一供應商在相關市場上之相關產品銷售量來計算出市場總規模與市場占有率。在涉及特定行業時，除了銷售量外，例如生產能力、市場參與者之數量或其他指標（如採礦業之儲藏量或航空領域之機群分隊數），亦可協助計算。

執委會在其例外規範處理原則中指出，若一行為並非目的性限制競爭，則須檢視其是否會對競爭造成限制之效果。若其限制競爭之效果並不顯著，則不能認為其違反 TFEU 第 101 條第 1 項。換言之，TFEU 第 101 條第 1 項必須建立在相關市場分析之基礎上，評估一協議是否對於市場具有限制競爭之效果<sup>69</sup>。而為了評估一協議是否具有限制之效果，則須先界定相關市場<sup>70</sup>，並進一步檢視商品之本質，雙方、競爭者及買方之市場地位，潛在競爭者及進入障礙。此等對於相關市場競爭之負面影響，在於系爭事業具有一定市場支配力，而該行為會創造、維持、強化或使其得以利用渠等市場支配力<sup>71</sup>。是故，針對「效果性限制競爭」協議，市場界定是必要的。

但針對目的性限制競爭，執委會並未特別說明在此情形下，是否需要界定相關市場，僅認為判斷目的性限制競爭，必須考慮不同因素，包括相關事業在「市場上」實際的行動<sup>72</sup>。然此處係強調判斷因素之多元性與真實性，並非為了判斷系爭行為的相關市場及其影響。因此，從執委會的觀點出發，焦點偏向於判斷該行為類別是否被歸類在「目的性限制競爭」協議之類別，一旦被歸類於此，幾乎直觀的被視為違反 TFEU 第 101 條第 1 項，而不在意是否對於行為本身進行更細緻之分析。

在 2013 年涉及專利相關協議 *Lundbeck* 案<sup>73</sup>中，執委會認定丹麥藥廠 *Lundbeck* 與其他學名藥廠達成之不競爭協議違反 TFEU 第 101 條第 1 項。執委會於決定中並

<sup>67</sup> *Ibid.* para. 36-43.

<sup>68</sup> *Ibid.* para. 44-52.

<sup>69</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 24; See also GCEU, Joined Cases T-374/94, *European Night Services and others v. Commission of the European Communities*, 15 September 1998, para. 93.

<sup>70</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 27.

<sup>71</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 25.

<sup>72</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 22.

<sup>73</sup> Commission decision COMP/392260-Lundbeck, 19 June 2013.



未特別就相關市場說明，僅在檢視各個協議是否為「目的性限制競爭」協議時，帶入如「Merck 同意協議以確保在特定時間內不與 Lundbeck 於協議所涵蓋『歐洲經濟區市場』（EEA）內競爭」的認定<sup>74</sup>。表示執委會在本案中，係以整體歐洲經濟區市場為地理市場，但並未進一步區分其產品市場是整體藥品市場亦或針對特定藥品等。

而在 2014 年另一涉及專利相關協議之 Servier 案<sup>75</sup>中，執委會認定法國製藥公司 Servier 集團與 5 家學名藥廠針對 Servier 暢銷藥品 perindopril 所為之協議行為，同時違反 TFEU 第 101 條第 1 項限制競爭協議與 TFEU 第 102 條濫用市場優勢地位。執委會引用歐洲法院佐審官（Advocate General）於 Irish Beef（BIDS）案<sup>76</sup>中之說明，認為被歸類為「目的性限制競爭」協議之行為，並不以訂定「明顯限制競爭」（obviously restrict competition）協議為限。儘管 Servier 案的協議並非傳統上認為之核心卡特爾，仍因為學名藥廠與 Servier 為潛在競爭者，且學名藥廠同意於協議期間不進入一個或多個歐盟市場而取得回饋，認定該行為係「目的性限制競爭」協議<sup>77</sup>。執委會在判斷 Servier 與學名藥廠間之協議性質時，並未先行界定市場，僅在認定學名藥廠是否為原廠藥潛在競爭者時，提到根據過去歐洲法院判決，「在檢視特定市場上之競爭時，必須考量『相關市場』上既存事業間之競爭，亦需考慮潛在競爭者之競爭」<sup>78</sup>，並在探討本案與另一德國及法國瓦斯公司 EON/GDF 案具有性質上差異時，極為輕描淡寫的提到一句「在協議簽訂期間，『EU perindopril 市場』之開放性與 EON/GDF 有根本上不同」，似乎可看出執委會所認定之產品市場，以及隱含之市場界定，但亦表示本案探討 TFEU 第 101 條第 1 項時，執委會不認為有先行界定市場之必要，僅在後半段對於濫用市場地位進行判斷時，始正式討論本案的產品市場與技術市場<sup>79 80</sup>。

綜上所述，對於「目的性限制競爭」協議之行為，原則上執委會並非認為無需市場界定，而是直觀的認為既然該行為本質上有害競爭，重點應放在判斷該行為之性質，而非其效果。在此階段，市場界定乃一當然假設，隱藏在協議之整體背景考量下。若系爭行為無法構成「目的性限制競爭」協議，至下一階段始需要對市場進

<sup>74</sup> *Ibid*, para. 869.

<sup>75</sup> Commission decision COMP/39612-Servier, 9 July 2014.

<sup>76</sup> CJEU, Opinion of Advocate-General Trstenjak delivered on 4 September 2008 in Judgment in C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers v. Commission*, 20 November 2008, para. 47-48.

<sup>77</sup> Commission decision COMP/39612, *supra* note 75, para. 1117.

<sup>78</sup> *Ibid*, para. 1156.

<sup>79</sup> 關於專利協議的問題，可參考許曉芬，「從歐洲醫藥產業看智慧財產權與競爭法之交錯」，萬國法律，第 203 期，29-41（2015）。

<sup>80</sup> Commission decision COMP/39612, *supra* note 75, para. 2128 sq.

行完整分析。且由於「目的性限制競爭」與「效果性限制競爭」協議為二擇一<sup>81</sup>，執委會也可以逕自就後者在先行市場界定之前提下，進行判斷。

## 2.市場效果認定：目的性限制競爭協議無需證明其對市場競爭之影響

相較於前述對於市場界定的態度，歐盟執委會對市場效果判斷相對清楚。若是「目的性限制競爭」協議，由於該行為本質即可能形成限制競爭，及經驗顯示此等目的即為限制競爭之行為，極有可能對市場有負面影響（negative effects）<sup>82</sup>，因此無需證明其對於市場競爭的確實影響，即可認為系爭行為違反 TFEU 第 101 條第 1 項。但若是「效果性限制競爭」協議，則必須進行完整市場分析，以判斷是否確實或有可能造成高度限制競爭的效果<sup>83</sup>。如僅是市占率超過微量原則之上限，或基於系爭雙方市占率不得適用豁免原則之情形，皆不足以當然認為具有影響市場之效果，必須逐案評估系爭行為所可能造成之可察覺影響，始得該當。

此一對市場之負面影響，通常產生於事業單獨或共同擁有一定程度市場支配力，並且系爭協議試圖建立、維持或強化該市場支配力或積極運用前述支配力之情形，不過 TFEU 第 101 條第 1 項所要求之市場支配力程度無需達到 TFEU 第 102 條濫用市場地位之強度<sup>84</sup>。在 TFEU 第 101 條第 1 項情形，主要是判斷事業在市場上地位受到系爭協議的影響程度。因此，若協議雙方的市占率相對低，協議要能夠滿足 TFEU 第 101 條第 1 項對於市場競爭影響之要求，其實很困難，當然也就無需進行進一步分析。至於如何判斷「市占率相對低」，執委會認為必須依照不同協議之類型，並參酌執委會所發布之「不適用 TFEU 第 101 條第 1 項之影響較小協議注意事項」（Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, De Minimis Notice，微量原則注意事項）<sup>85</sup>之認定<sup>86</sup>，也就是針對實際或潛在競爭者間相關市場

<sup>81</sup> CJEU, C-209/07, *supra* note 10, para. 15-16. 從 TFEU Art. 101(1) 條文觀之，其連結詞亦為「以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果『或』目的之決議、協議或一致性行為」。

<sup>82</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 21.

<sup>83</sup> *Ibid*, para. 24.

<sup>84</sup> Luis Ortiz Blanco, "Economic Power under Article 101(1) TFEU: Quantitative Evaluation of the 'appreciable' Nature of a Restriction on Competition and Trade between Member States," *Market power in EU antitrust law*, 1st ed., Hart Publishing, 20-38 (2011).

<sup>85</sup> 另可參考執委會 2014 年公布，2015 年 6 月修正之 Commission staff working document-Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. [C (2014)4136 final]。補充說明者為，我國公平會對此原則之用詞為「微小

占有率合計小於 5%，及非競爭事業間協議，市占率小於 10%者不適用 TFEU 第 101 條第 1 項。透過此等原則之建立，推定事業若是市占率在一定比例以下，其行為應不致足以影響市場秩序而不構成聯合行為。2014 年，執委會基於兩個原因修正微量原則注意事項。首先由於歐洲法院於 2012 年之 *Expedia* 案揭示若協議的目的即為限制競爭，則不論市占率如何，原則上皆不能適用微量原則<sup>87</sup>。此點明確排除了如核心卡特爾之類的行為，市占率即便低於一定比例，亦不能透過微量原則排除。但原則上仍有可能適用 TFEU 第 101 條第 3 項。

其次是為了與其他 2001 年後發布之相關處理原則與注意事項調和，因而於 2014 年 8 月 30 日公布了新版微量原則注意事項。和 2001 年版本相比，2014 年版的主要不同處有下列幾點：

首先，2014 年微量原則注意事項將市占率提高至針對實際或潛在競爭者間相關市場占有率合計小於 10%，及非競爭事業間協議市占率小於 15%者，由於不具可察覺性，因此不適用 TFEU 第 101 條第 1 項。其次，不同供應商或經銷商間銷售商品或服務的類似協議會在市場上產生累計效果者，新增倘其市占率小於 5%，該等協議對市場競爭不具實質影響。第三，一致化不適用微量原則之行為。除了規定在其他處理原則或注意事項或未來可能產生之集體豁免中的核心限制競爭行為，執委會並例示出三項行為，包括約定售出價格、限制產能或銷售及分配市場或消費者，也就是 TFEU 第 101 條第 1 項 a、b、c 款皆不適用微量原則。第四，中小企業間之協議原則上皆適用微量原則。

微量原則和 TFEU 第 101 條第 3 項例外最大的差別在於，前者是因為對於競爭的影響微小，而認為不適用 TFEU 第 101 條第 1 項，後者則是經由評估該行為對於整體競爭有所貢獻而排除適用。因此不論是執委會或歐洲法院皆認為微量原則不具拘束力，僅為一協助判斷之標準。執委會在<sup>86</sup>其微量原則注意事項中亦指出，該通知不得拘束司法判決及各國競爭委員會，需由法院及各國競爭委員會就個案判定是否

---

不罰」，對於聯合行為微小不罰之認定標準係於相關市場之市占率總和未達 10%者，推定不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。但微量原則應該是作為判斷是否落入聯合行為規範之範圍，而非處罰之評量。因此本文認為為避免爭議，似乎使用「微量原則」，較能呈現此一原則之原始意涵及目的。

<sup>86</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty, *supra* note 47, para. 44.

<sup>87</sup> CJEU, C-226/11, *Expedia Inc v. Autorité de la concurrence and Others*, 13 December 2012.

援用微量原則，使其脫離限制競爭之認定<sup>88</sup>。並且由於歐洲對於限制競爭協議並不採當然違法，因此微量原則並非「安全港」(The safe harbor)，即便超過微量原則，也不一定表示該行為一定違反 TFEU 第 101 條第 1 項。

然而，執委會也指出，若是二事業其中之一擁有相當低之市占率，即便兩者市占率總和加起來為高，原則上亦不能認為具有影響市場競爭的效果。因此，執委會強調基於協議型態多樣化及可能造成的不同影響，無法對足以產生影響市場競爭效果之市占率與市場支配力，做出一般性的假設與指引<sup>89</sup>。除了市場占有率外，市場占有率在一定時間的穩定度，進入障礙及進入可能性、供需抗衡力量 (countervailing power) 等，都必須納入考量<sup>90</sup>。

此外關於市場效果仍需注意下列三點。首先，不僅是考慮現時之效果，潛在之效果也應納入考慮<sup>91</sup>。第二，效果必須足以影響到市場競爭參數，例如價格、產出、品質或創新等<sup>92</sup>。若是該行為足以影響系爭事業決策之獨立性，且該影響是基於系爭行為所要求之義務，或透過該行為造成誘因的改變，如此都可視為滿足可察覺影響要件。而在相關市場中可能造成限制性效果之行為，包含例如價格提高，減少產能，商品品質、種類與創新之聯合等<sup>93</sup>。第三，評估一水平聯合協議其是否該當 TFEU 第 101 條第 1 項，應將評估時的現況 (有協議的情形) 和沒有該協議時的假設現況進行比較，也就是所謂的反向推論<sup>94</sup>。因此，為了證明實際或可能之限制競爭效果，必須將競爭者間及競爭者與第三人間之競爭情形納入考量，特別是那些若沒有系爭協議存在而有可能產生的潛在或實際競爭者。

---

<sup>88</sup> European Commission, Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, De Minimis Notice, para. 7.

<sup>89</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty, *supra* note 47, para. 44.

<sup>90</sup> *Ibid.*, para. 45.

<sup>91</sup> Guidelines, *supra* note 9, para. 24. See also C-7/95, *John Deere Limited v. Commission*, 28 May 1998, pt 77.

<sup>92</sup> Guidelines, *supra* note 86, para. 27.

<sup>93</sup> *Ibid.* See also CJEU, C-7/95, *supra* note 91, para. 88.

<sup>94</sup> Guidelines, *supra* note 86, para. 29.

## （二）歐洲法院判決之轉換與啟發：對「目的性限制競爭協議」 必須更細緻分析

### 1. 相關市場界定：不論是目的性或效果性限制競爭協議皆須進行市場界定

儘管執委會多引用歐洲法院見解，事實上歐洲法院近幾年對於「目的性限制競爭」協議之認定轉趨保守，也就是從直觀式的認為其違反 TFEU 第 101 條第 1 項，到必須進行更細緻的分析。在前述 2008 年 BIDS 案或 2009 年 T-Mobile 案<sup>95</sup>中，法院雖然仍強調評估「目的性限制競爭」行為時，無需考量共同市場（common market）中實際限制競爭之效果，但已於判決中強調必須將「經濟與法律」背景納入考慮<sup>96</sup>。

2013 年歐洲普通法院（General court of European Union）Fresh Del Monte 案<sup>97</sup>進一步就雙方提出關於相關市場、市場支配力及法規與經濟之論證，並進行詳盡調查與分析，其用意在於決定是否系爭行為具有約定價格之目的。

而同年 Allianz 一案<sup>98</sup>，歐洲法院更是清楚指出，區分目的性和效果性協議行為之緣故，在於某些事業間之聯合行為本質即會傷害正常競爭功能。為了判斷是否該當於目的性競爭協議，必須就「條款之內容、目的、及其經濟與法律之背景」<sup>99</sup>進行檢視。在考慮該背景時，「商品或服務之性質以及系爭市場架構與功能真實情況，也需要納入考量」<sup>100</sup>。

本案關於 Allianz 與 Generali 兩家保險公司與數家汽車維修廠、經銷商及經銷商公會簽訂針對受保汽車維修價格及其他條件之協議。根據這些預先訂定之條件與費率，維修廠可以快速的替因意外送修的受保汽車服務。2004 到 2005 年間，Allianz 和經銷商公會 Gemosz 簽訂協議，約定汽車維修的每小時工資會根據經銷商銷售汽車保險的數量而調漲。Generali 雖未與 Gemosz 書面協議，但亦提供同樣銷售誘因。匈牙利競爭主管機關認為此一合意「目的」即為限制汽車保險市場及汽車維修市

<sup>95</sup> CJEU, C-8/08, *supra* note 10, para. 29; CJEU, C-209/07, *supra* note 10, para. 29.

<sup>96</sup> CJEU, opinion of Advocate-General Trstenjak, *supra* note 76, para. 50.

<sup>97</sup> GCEU, T-587/08, *Fresh Del Monte v. Commission*, 14 March 2013.

<sup>98</sup> CJEU, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others v Gazdasági Versenyhivatal*, 14 March 2013.

<sup>99</sup> *Ibid*, para. 35.

<sup>100</sup> *Ibid*, para. 36.

場的競爭，但由於對歐盟會員國間之交易並無影響，因此僅違反內國競爭法而不及於歐盟競爭法。本案最後上訴到匈牙利最高法院。最高法院向歐洲法院提起先決裁決（preliminary decision），請求解釋此類雙邊協議是否屬於 TFEU 第 101 條第 1 項目的性限制競爭。

歐洲法院首先解釋基於第 1/2003 競爭法令施行規則及內部市場調和，內國競爭法主管機關與法院與歐盟層級關係密切，歐洲法院有權調和內國法院對競爭法之見解，特別是匈牙利競爭法規範與歐盟如出一轍。因此本案雖並非直接適用 TFEU 第 101 條第 1 項，但歐洲法院有權進行解釋。

其次歐洲法院指出，此類將銷售保險與維修費率兩種獨立且不同種類服務連結之協議，並不會當然構成目的性之限制競爭，但卻是衡量其是否傷害正常市場競爭功能的重要指標。此外，必須考慮此等協議之市場界定。此時所牽涉之市場是兩個市場而非一個市場，也就是「汽車保險市場」及「維修服務市場」<sup>101</sup>。特別是就汽車保險市場而論，不能排除透過此類協議，Allianz 與 Generali 有藉此擴大市占率之意圖。因此若兩家保險公司之間有目的為分割市場的水平聯合協議或一致性行為，則極有可能構成「目的性限制競爭」。

至此，歐洲法院已然確定即便是在目的性限制競爭協議之情形下，亦必須界定市場。歐洲法院更進一步指出，為了確定此類行為是否有排除或嚴重弱化市場競爭，內國法院必須就市場結構、替代之產銷管道及其重要性與市場支配力進行檢視。由此一發展可見，歐洲法院對於「目的性限制競爭」協議要件認定轉趨謹慎，以避免執委會過度擴張適用。此外，若根據其文字認為有可能是「目的性限制競爭」協議之行為，仍必須細緻分析其可能對市場競爭的傷害，此時即隱含了對相關市場考量。因此不論是「目的性限制競爭」或是「效果性限制競爭」行為，都應認為需要市場界定。

## 2.市場效果認定：「足以有害」v.s「具體效果」標準

歐洲法院早在 *Société Technique Minière* 案，第一次提出「足以有害理論」（sufficiently deleterious）。該判決將效果的判斷區分為兩部分，不論何種協議型態，首先需檢視限制協議行為之全部或一部是否會對競爭帶來「足以有害」的影響，若

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, para. 42.

無法直接判斷，則必須針對行為之結果，分析是否會使市場競爭受到妨礙、限制或扭曲<sup>102</sup>。約略同時間的 *Consten & Grundig* 案<sup>103</sup>，則認為只要該行為有「顯露」(appear) 其「目的」為限制競爭，無須考慮任何具體效果。較近期之 *Pierre Fabre* 案<sup>104</sup>，則又認為必須等到「確認」(established) 其「目的」為限制競爭，才無需檢視效果。2013 年之 *Allianz* 案則是提出，在「目的性限制競爭」協議的情形下，僅需證明對競爭之潛在影響即可，意即考量是否足以傷害「正常市場競爭之功能」(proper functioning of normal competition)<sup>105</sup>。至於影響程度，僅是用以決定其後罰鍰或損害賠償之金額，而非成立要件<sup>106</sup>。若其合意內容並未輕易看出是否足以有害競爭之情形，始需進一步全盤具體檢視是否有妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭的效果。

因此，似乎可以看出，近年來歐洲法院在市場效果的評估上，區分成兩個層級。若是協議目的本身即是限制競爭，僅需達到「足以有害市場競爭」之輕度標準即可。若無法直接判斷行為之目的，或「足以有害市場競爭」標準無法輕易判別，則對市場競爭的影響就必須達到「具體效果」標準。但不論何者，根據歐洲法院的見解，似乎都需要對市場效果進行檢視，僅是程度不同。

2014 年 *Groupement des Cartes Bancaires (CB)* 案<sup>107</sup> 為一指標性案件，其意義在於確認了即便協議目的為限制競爭，仍須檢視其對市場競爭所產生之負面影響，而非僅從其協議類型做出結論。CB group 由法國主要銀行所組成，用以管理不同銀行間支付及提款系統，CB group 則要求發卡銀行負擔特定費用，例如針對發卡不活躍的會員收取額外費用。2007 年執委會認為 CB group 針對新成員費用相關之措施會使銀行卡費用偏高，不但對後進者會形成進入障礙也維持了主要會員的利益，因此同時構成了「目的性限制競爭」與「效果性限制競爭」協議，且不符合豁免例外，違反 TFEU 第 101 條第 1 項<sup>108</sup>。特別一提者，執委會在本案如同前述 *MasterCard* 案一般，判斷系爭行為是目的性或效果性限制競爭協議之前，先就相關市場進行分析，確認產品市場為銀行卡支付市場，而地理市場則為法國，和執委會一般之作法不同。CB group 向歐盟普通法院提起訴訟。2012 年普通法院認為執委會有理由，此類價格措施

<sup>102</sup> CJEU, C-56/65, *supra* note 29.

<sup>103</sup> Joint Cases C-56/64, *Consten & Grundig v. Commission*, 13 July 1966, para. 342.

<sup>104</sup> C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique v. Commission*, 13 October 2011, para. 34.

<sup>105</sup> CJEU, C-32/11, *supra* note 98, para. 35.

<sup>106</sup> *Ibid*, para. 38.

<sup>107</sup> CJEU, C-67/13P, *supra* note 11.

<sup>108</sup> Commission decision COMP/D1/38606-Groupement des cartes bancaires “CB”.

之目的即在限制競爭，因此無需進一步檢視系爭措施是否會造成競爭市場之影響<sup>109</sup>。CB group 於是續向歐洲法院提起上訴。

歐洲法院首先指摘普通法院不應完全仰賴執委會對於本案相關之經濟分析，而以此躲避其應深入判斷的法律與事實層面，特別是不應過度跟隨執委會對具有經濟本質法律事務之見解<sup>110</sup>。其次認為普通法院錯誤適用「目的性限制競爭」要件，且未檢視系爭行為是否顯示「足以傷害競爭」(sufficient degree of harm to competition)之程度<sup>111</sup>。「目的性限制競爭」，特別是如約定價格之核心卡特爾，之所以無需證明具體對於競爭影響之實際效果，在於根據經驗顯示，此類行為通常對價格、商品服務之品質或數量都會有負面影響，並傷害資源分配。若再要求證明此類行為對市場競爭影響之確實效果，似乎顯得多餘<sup>112</sup>。反之，若不是此類足以傷害競爭程度之行為，則必須證明其影響之確實效果<sup>113</sup>。

再者，歐洲法院指出普通法院認為「目的性限制競爭」要件應該限縮解釋之想法更是錯誤。歐洲法院清楚指出，「『目的性限制競爭』應僅適用於特定型態，且具備足以傷害競爭程度之事業間聯合行為。若非如此，執委會將免除系爭行為實際影響市場之舉證責任」<sup>114</sup>。於此，本案佐審官甚至更明白指出，判斷一行為是否符合「目的性限制競爭」協議要件，必須是從經驗與經濟之角度，「能夠明顯辨別與證明其有害特質者」<sup>115</sup>，而不是該行為所顯示出的效果游移兩者之間或限制競爭僅為其輔助效果者。佐審官亦強調，直觀的區分方式，對於主管機關需要證明市場效果之責任大為減輕，但這樣的擴張是相當危險的<sup>116</sup>。

此外，歐洲法院認為普通法院錯誤認知相關市場界定。此處市場應是指整個支付系統，而非僅限於銀行卡支付系統<sup>117</sup>。是故，以現有證據與陳述，歐洲法院認為無法肯認系爭行為符合「目的性限制競爭」協議要件，特別是普通法院未能舉出系爭行為為何有可能造成市場上負面影響，因此發回普通法院就系爭行為之

<sup>109</sup> GCEU, T-491/07, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 29 November 2012.

<sup>110</sup> CJEU, C-67/13P, *supra* note 11, para. 46.

<sup>111</sup> *Ibid.*, para. 57.

<sup>112</sup> *Ibid.*, para. 51.

<sup>113</sup> *Ibid.*, para. 52.

<sup>114</sup> *Ibid.*, para. 58.

<sup>115</sup> CJEU, Opinion of advocate general WAHL, C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 27 March 2014, para. 56.

<sup>116</sup> *Ibid.*, para. 57.

<sup>117</sup> CJEU, C-67/13P, *supra* note 11, para. 76.



效果重審<sup>118</sup>。

最後普通法院基於歐洲法院見解，針對市場競爭影響進行詳細分析，特別是針對 CB group 的措施是否會造成新進入者障礙後，僅不同意執委會限制 CB group 未來不得為相同或類似性質約定之要求，駁回多數 CB group 的主張，認為其措施確實具體影響市場競爭，其協議具限制競爭之效果，而違反 TFEU 第 101 條第 1 項<sup>119</sup>。

本案帶來的影響主要有三。首先，從此除非是本質上極為明顯傷害競爭之案件，執委會需證明對市場競爭所產生之負面影響。其次，僅證明某些措施有可能限制競爭，並不足以單獨以協議類型認定其為「目的性限制競爭」。最後，在牽涉到新形態或是複雜經濟機制之協議中，必須進行效果為本之檢驗，而不能僅以直觀式分析認定其為「目的性限制競爭」，進而「當然」違反 TFEU 第 101 條第 1 項。透過本案，歐洲法院重新檢討近年來過度使用之目的性限制競爭捷徑，不但對執委會敲醒警鐘，也提醒了各國的競爭主管機關<sup>120</sup>。不過本案仍留下部分未解議題，例如是否要先透過效果之檢驗始能判定其為「目的性限制競爭」？如此是否影響主管機關之效率或者本末倒置？又或者是否模糊了「目的性」與「效果性」限制性之界線？仍有待後續觀察。

至於市占率與市場影響力之關係，歐洲法院於前述 Expedia 案亦有說明<sup>121</sup>。該案關於法國最高法院（Cour de cassation）向歐洲法院提請之先決裁決（preliminary ruling），請求釐清根據 TFEU 第 101 條第 1 項及競爭法令施行規則第 3 條第 2 項，若是可能影響會員間貿易之協議、決定或是事業間之限制競爭協議，但未超過微量原則所規定之市占率，內國競爭主管機關是否可認定違反聯合行為？

Expedia 為一網路提供旅遊服務之線上旅行社，而 SNCF 為法國國鐵。兩者自 2001 年開始合作於 SNCF 網站上提供網路訂位、購票及旅遊相關服務，並於 2004 年合作共設 Agence de voyages SNCF.com 之網站，並享有其他旅行服務業者無法享有的特殊待遇。法國競爭主管機關認為該合作協議之目的與效果皆影響市場競爭，造成競爭

<sup>118</sup> *Ibid.*, para. 99.

<sup>119</sup> GCEU, T-491/07 RENV, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 30 June 2016.

<sup>120</sup> Advocate general WAHL 在其意見中亦指出：“caution is all the more necessary because the analytical framework that the Court is led to identify will be imposed both on the Commission and on the national competition authorities, whose awareness and level of expertise vary.” CJEU, Opinion of advocate general WAHL, C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 27 March 2014, para. 59.

<sup>121</sup> CJEU C-226/11, *supra* note 87.

者的阻礙與限制，且兩者加起來之市占率超過 10%，無微量原則適用，因此認定 Expedia 和 SNCF 之合作違反 TFEU 第 101 條第 1 項與法國商事法典（Code de commerce）第 L.420-1 條<sup>122</sup>。

Expedia 向巴黎上訴法院（Cour d'appel Paris）提起上訴，主張競爭主管機關高估兩者之市占率。巴黎上訴法院並未針對此點直接回應，但強調法國商事法典第 L.464-6-1 條規定是競爭主管機關「得」（peut）適用微量原則。Expedia 上訴到最高法院，最高法院則提起前述問題至歐洲法院請求釋疑。

歐洲法院先強調執委會微量原則注意事項並不拘束歐洲法院與各國法院<sup>123</sup>，微量原則僅係協助判斷 TFEU 第 101 條第 1 項適用之重要因素之一，且必須連同其他考量因素一併考量，例如商品服務性質、市場結構與功能及經濟與法律背景等<sup>124</sup>。更重要的是，歐洲法院認為若是一協議明顯以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為目的，則無需考量其具體效果。換言之，若協議之目的即為限制競爭，微量原則所訂之市占率，並非內國法院或歐洲法院需要考慮的因素，即便其市占率之比例十分輕微，甚至低於微量原則，由於該協議行為與本質即意味著對市場效果有一定影響<sup>125</sup>，仍應認為違反 TFEU 第 101 條第 1 項或內國法律。也因為此判決，執委會除了修改微量原則注意事項，更於 2015 年 6 月公布「目的性限制競爭協議與微量原則處理原則」，類型化過去執委會及歐洲法院認定之目的性限制競爭協議或惡性卡特爾案件，並說明可能發生的例外適用微量原則之情形，例如共同研發合約中聯合議價或是分工等，儘管其協議之目的是限制競爭，但在執委會的看法下，仍是有可能適用微量原則<sup>126</sup>。

<sup>122</sup> 法國聯合行為規範則主要訂定在商事法典（Code de commerce）中，第 L.420-1 條規定：「事業不論直接或間接透過位於法國內或外之集團所為一致性行為、協議、明示或默示之合意，以阻礙、限制或扭曲市場競爭為目的或有可能生此效果者，應禁止之。特別是以下行為：1.限制他事業進入市場或自由競爭；2.限制市場自由定價而刻意干涉其價格高低；3.限制或控制生產、市場、技術發展或投資；4.分配市場或資源供給」（作者自翻）。

<sup>123</sup> CJEU, C-226/11, *supra* note 87, para. 22-23.

<sup>124</sup> *Ibid.*, para. 21, 31.

<sup>125</sup> CJEU, Opinion of Advocate-General Kokott delivered on 6 September 2012 in Judgment in C-226/11, *Expedia Inc v. Autorité de la concurrence and Others*, 13 December 2012, para. 55.

<sup>126</sup> European Commission, Guidance on restriction of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice 2.1.2, 2.2.2.

## 四、歐盟限制競爭協議實務發展對我國

### 聯合行為之可能借鏡

如同前述，根據我國公平法第 14 條對於水平聯合行為之規範，公平會論處違法行為時，須先界定系爭特定市場範圍，其界定市場範圍大小，影響該案成立違法可能性之高低<sup>127</sup>。其次，在界定出相關市場之基礎上，判斷聯合行為是否已經達到足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。

關於如何界定相關市場及判斷足以影響市場功能，學說及實務上已有相當討論<sup>128</sup>。不論是從經濟學角度之市場占有率或參與人數檢視，或是從法律角度之具體危險說或抽象危險說作為依據，都會影響最後是否成立聯合行為之判斷。但在我國實務操作上，由於法規限制，無論何種態樣之聯合行為，理論上皆需進行市場界定與市場效果判斷，而並非如美國認為聯合行為本質上違法（*per se illegal*），或是如歐洲區分目的性與效果性限制競爭，而有不同判斷方式。一方面造成主管機關負擔，另一方面也使得在部分案例中，市場界定與市場效果判斷徒具形式，而非實質上進行詳細分析。

例如前述連鎖超商現煮咖啡案，在市場界定議題上，公平會是從較傳統供給面之角度，認定連鎖超商提供多元化商品與服務，因此與連鎖咖啡業者不具高度可替代性。臺北高等行政法院認為不論從傳統三階段市場界定法或是二階段市場界定法檢測，公平會並未從需求替代性或其他檢測方式確認其界定是否得當，例如「需求交叉彈性」或 SSNIP 測試方法，顯缺乏消費者需求之實證<sup>129</sup>。最高行政法院不同意原審觀點，認為公平會確實已從最基本之「需求及供給替代性」概念加以檢驗，並就質化標準進行論理分析，並無原審所指摘之情事。惟上訴人公平會將市場界定為「連鎖便利商店現煮咖啡」，認消費者對此項產品之需求彈性甚小，自須有相當之市

<sup>127</sup> 顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期，26（2012）。

<sup>128</sup> 公平交易委員會，認識公平交易法，16 版，公平交易委員會，112-115（2015）；汪渡村，公平交易法，6 版，五南出版社，頁 99 以下（2015）；黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理（上）－評最高行政法院九二年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第 68 期，17-29（2005）；吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，頁 75 以下（2004）；莊春發，「論足以影響市場功能的聯合行為」，月旦法學雜誌，第 69 期，42-65（2001）。

<sup>129</sup> 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 607、649、703、715 號判決。

場調查實證，而原審並未查明此點<sup>130</sup>。該案發回更審後，公平會針對不利該會之更一審判決上訴時，最高行政法院復以原處分係以須具備「高度」需求替代性，作為能否劃入為同一「相關產品市場」之商品或服務之準則，依消費者是市場買方的主角而言，應以消費者對該等商品或服務的評價為判斷。然公平會於裁處前，並未就市場上已存在現煮咖啡產品之品質、最終使用目的、消費者主觀的感覺與態度、產品價格相似與交互影響、產品一般交易習慣等因素，對消費者作問卷調查，亦未進行 SSNIP 測試，就逕行將連鎖便利商店現煮咖啡定為一特定市場，實缺乏具體事證<sup>131</sup>。

換言之，最高行政法院於本案相較於過往，更加著重於交易相對人之特定，來判斷相關市場界定。這和歐洲近年來著重從消費者福祉與觀點出發探討限制競爭協議，有異曲同工之妙<sup>132</sup>。在特定產品領域中，甚至會考慮消費者對不同商品之特定偏好與主觀感受為市場界定決定因素<sup>133</sup>。然而，關於以質化方式分析進行市場界定，在本案中不論是最高行政法院或是原審，皆強調 SSNIP 測試方法之重要。

但在例如「水泥業者聯合壟斷案」，最高行政法院於一系列判決中<sup>134</sup>，分別從產品市場之供給與需求替代性，及地理市場經整體觀察已涵蓋臺灣整個區域，且因運送技術革新，不再存有因水泥笨重易潮之特性等無法南北互運等因素，判斷包含「具旋窯或研磨廠關鍵性設備之水泥生產業者」、「具備得儲放進口水泥之水泥倉儲 (silo) 關鍵性設備之水泥進口業者」及「具備水泥生產能力之業者合資設立之大型水泥供應業者」三類型供應業者為同一產銷階段相關市場<sup>135</sup>，亦無採用量化或 SSNIP 等分析方式。可見實務上究要運用質化分析方法或量化分析方法，須就個案事實、調查事證及調查所得之資料，選擇適當的分析方法，並不一定以何種分析方式為限<sup>136</sup>。這是由於任何一種分析方式都有其限制，並且若是要求主管機關於每一案件都進行繁複的分析似乎不切實際，因此反而應回頭探究市場界定之目的，從來不在於「界

<sup>130</sup> 最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決。

<sup>131</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 195 號判決。

<sup>132</sup> Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, 1st ed., Hart Publishing, 11-47 (2012).

<sup>133</sup> Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Roundtable on Market Definition - Note by the Delegation of the European Union, DAF/COMP/WD(2012)28, 31 May 2012, pt.5.1.

<sup>134</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 600-617 號判決。

<sup>135</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 600 號判決。

<sup>136</sup> 公平會網站，「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則問答集」，<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1345&docid=13940>，最後瀏覽日期：2017/5/15。

定」本身，市場界定也沒有統一的解釋與方式，而是為了確認與定義事業從事競爭之區域或範圍及其影響程度，是故，不論是採質化、量化或是任何經濟分析方式，應視個案而定。或採兩階段方式，先著重於產品之特徵、性質與功能，由此界定初步之市場。如有必要，再進入第二階段以量化或是經濟方式分析。這些方式都僅是為了協助判斷事業是否具有顯著市場力、系爭行為是否在相關市場造成限制競爭效果以及減損市場效能競爭程度。因此學者主張，相關市場界定，必須配合限制競爭之類型、交易型態、對象等具體事實，特別是在聯合行為規範中，過度強調市場界定之重要性，可能會導致架空與危害聯合行為規範意旨，實屬諍言<sup>137</sup>。

如同前述歐洲法院 CB 案，法院認為不應過份仰賴經濟層面之分析，而躲避深入法律與事實層面之判斷。同時，在同屬歐盟架構下之法國競爭法實務，對以經濟上之分析方式，例如交叉彈性檢測法或是 SSNIP 法，並不熱衷。甚至在部分案件上對機械性的適用 SSNIP 檢測法明確表示反感<sup>138</sup>，而比較傾向於個案針對個別審酌事項進行分析，或許可提供另一思考路徑。

至於所謂「足以影響市場效果」，我國實務見解向來認為公平法所稱「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，係以事業合意所為之聯合行為，依一般之經濟經驗，可預見通常會發生限制競爭之結果，而不以實際上確有發生限制競爭效果為必要<sup>139</sup>。因此例如在價格聯合上，即使未有實際價格調漲之情事，亦不影響聯合行為之成立。

至於如何具體判斷，典型如鮮乳價格聯合調漲案中，臺北高等行政法院依照傳統判斷市場效果之方式，綜合「量」與「質」的標準綜合判斷。其中「量」的標準，主要是以參與聯合行為事業的數目以及聯合行為之市占率為具體指標，「質」的標準，則以聯合行為之內容亦即事業所限制競爭之本質是否屬核心事項為斷，愈屬核心限制競爭手段之排除，被認為影響市場功能的可能性也就愈高。法院進而認為，本案原告等 3 家廠商產製之鮮乳在國內鮮乳市場之市占率合計超過 80%，且原告等共同調高售價亦屬核心限制競爭手段之排除，是公平會認原告等在國內鮮乳市場有高達八成的市占率，共同調高售價，排除彼此間之價格競爭，足以影響鮮乳之市場

<sup>137</sup> 黃銘傑，前揭註 128，25。

<sup>138</sup> Autorité de la concurrence, “Rapport annuels-2001 Etudes Thématiques,” [http://www.autoritedel-concurrence.fr/html/article\\_58.htm](http://www.autoritedel-concurrence.fr/html/article_58.htm), 13-14, last visited on date: 2017/5/01.

<sup>139</sup> 如最高行政法院 100 年度判字第 602 號判決。

功能，並無違誤<sup>140</sup>。

不過近年來，對於部分市占率極低之事業聯合行為，主管機關亦認定違反公平法之規定，易引起部分不同見解之討論。例如公平會 2016 年公處字第 105019 號中部聯合調漲砂石價格案<sup>141</sup>，公平會認為，由於所謂足以影響市場功能，「係以事業合意所為之限制競爭行為，客觀上具有影響市場供需功能之抽象危險性即為已足，不以市場供需功能實際受影響為必要」，被處分人之合計市場占有率雖不高，惟就案關聯合行為之內容觀之，被處分人等所限制的內容為價格，係最核心之競爭手段，屬惡質卡特爾行為，本質上對市場競爭即具有高度之危害性，不論其市占率高低，均認其足以影響市場供需功能，應認定該聯合漲價行為顯然足以影響市場供需功能，而為公平法所禁止。後經臺灣臺北地方法院 105 年度簡字第 127 號判決認定，本案 6 家事業在僅占中部地區砂石市場砂石販售總量 1.71% 之市占率，「市場尚有 98.29% 之砂石業者可隨時增加銷售能量、以較低之價格爭取顧客，交易相對人將可輕易轉向與其他未參與聯合行為之 98.29% 砂石業者進行交易，而瓦解 6 家業者之聯合調漲砂石價格行為」，顯未足以影響該地區砂石交易供需之市場功能。法院並特別強調，我國公平法並未對價格限制競爭等所謂惡性卡特爾採當然違法原則，公平會提出可察覺性理論，僅著重於「質」的考量，「凸顯價格、產量等接近核心競爭參數之惡性卡特爾本身對競爭之影響顯著，可以直接認定影響市場供需，卻忽略『量』的標準（市占率）之考量」，因此顯不合我國公平法聯合行為之要件。

本案上訴到臺北高等行政法院<sup>142</sup>，推翻下級審判決，法院指出，是否「足以影響商品交易市場功能」，原則上應尊重主管機關相當程度之判斷餘地，「縱使聯合事業之市場占有率總和未達 10%，但於涉及『價格限制』等核心參數時，如上訴人（公平會）另審酌商品特性、市場結構等其他因素後，仍可認定事業之行為有影響商品交易市場功能構成聯合行為，而非一概以市場占有率為斷」，故高等行政法院認為，砂石業者聯合作成價格限制之惡性卡特爾後，復審酌商品特性、上下游交易習慣、產業結構等因素，包括砂石屬笨重商品、對特定上游廠商有一定依賴習慣及後續可能產生之漣漪效應，認定該等砂石業者之行為足以影響商品交易市場功能而構成聯

<sup>140</sup> 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573、575、829 號判決。最高行政法院亦肯認此見解。見最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

<sup>141</sup> 公平會公處字第 105019 號處分書。

<sup>142</sup> 臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 21 號判決。

合行為，於法自無不合。筆者以為，儘管地院判決對歐盟相關規範之理解可能有誤，因為並非採當然違法，始無需考慮市占率高低。若按照歐洲法院的見解，若是其協議目的即為限制競爭，即便市占率極低，仍可能違反聯合行為，是故仍須回歸協議本質觀之。而高院的立場較接近於歐洲法院「足以傷害競爭」標準，認為協議目的為價格限制，在能夠「明顯辨別與證明其有害特質」時<sup>143</sup>，即認定其違法性，而無需進一步分析對市場競爭影響之效果，且市占率僅是參考依據之一，並不以此當作「避風港」之概念而排除於違法聯合行為態樣之外。

## 五、結論

目的性限制競爭由於大幅減少競爭法主管機關歐盟執委會之行政調查與舉證負擔，近年來執委會裁罰多以此一類型為基礎。但如同歐洲法院佐審官在 CB 案中所言，「不受控制的擴張『目的性限制競爭』行為之範圍，對於證據與舉證責任原則的維持，相當危險」<sup>144</sup>。因此歐洲法院嘗試於個案中，藉由兩階段步驟，首先透過「足以傷害競爭程度」標準區分協議類型，若達此標準，則協議之目的即為限制競爭，而不用考慮其市場效果，可認為其違反聯合行為之規範。但若並未達此標準，或無法立即判斷，則進入第二步驟，必須具體檢視該行為是否產生限制競爭效果，全面分析其對市場之影響，始得認定該行為是否違法。並且相當強調在經濟與法律的架構下，回歸協議本質之惡性程度以判斷其違法性，而非將所有行為一視同仁。此點，或許值得我國對於聯合行為要件中，「足以影響」市場功能判斷之參考。換句話說，不能僅以協議的型態，逕自認為其必然足以影響市場功能，而不進行任何分析。若此，亦有可能落入歐洲法院佐審官所批評之情狀。

然而，歐洲法院與執委會的不同見解，甚至歐洲法院自己判決中之歧異，對於法確定性的維持、可預測性及整體產業經濟狀況，未必有利。特別是在執委會為維護歐洲單一市場之競爭而大刀闊斧對限制競爭行為開刀之際，如何顧及行政效率及產業發展，而歐洲法院又該如何在理想與現實中，避免「法官造法」式的詮釋既有規範，亦是需要後續觀察之處。在越來越強勢的執委會帶領下，歐洲競爭法未來發展值得吾等密切關注。

<sup>143</sup> CJEU, opinion of advocate general WAHL, *supra* note 115, para. 56.

<sup>144</sup> *Ibid.*, para. 57.

## 參考文獻

### 中文部分

- 公平交易委員會，認識公平交易法，16版，公平交易委員會（2015）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 汪渡村，公平交易法，6版，五南出版社（2015）。
- 林宜男，「水平聯合行為之特定市場界定—公平交易法實務案例之研析與間接證據之論證」，公平交易季刊，第22卷第1期（2014）。
- 林宜男，「歐盟競爭法攸關卡特爾議題之研析」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），臺大出版中心（2015）。
- 施錦村，「公平交易法對於價格垂直限制與非價格垂直限制之評價」，公平交易季刊，第23卷第1期（2015）。
- 洪德欽，「歐盟法的淵源」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（上），臺大出版中心（2015）。
- 莊春發，「論足以影響市場功能的聯合行為」，月旦法學雜誌，第69期（2001）。
- 莊春發，「聯合行為相關問題研究—行為主體、意思聯絡、市場範圍之界定」，競爭政策研究，第7卷第3期（2003）。
- 許英傑、黃慧玲、黃銘傑，「公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範」，公平交易季刊，第13卷第1期（2005）。
- 許曉芬，「從歐洲醫藥產業看智慧財產權與競爭法之交錯」，萬國法律，第203期（2015）。
- 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理（上）—評最高法院九二年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第68期（2005）。
- 謝國廉，「歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨占地位之規範為中心」，洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），臺大出版中心（2015）。
- 顏廷棟，「聯合行為之執法檢討與展望」，公平交易季刊，第20卷第4期（2012）。



## 外文部分

Akman, Pinar, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, 1st ed., Hart Publishing (2012).

Blanco, Luis Ortiz, “Economic Power under Article 101(1) TFEU: Quantitative Evaluation of the ‘appreciable’ Nature of a Restriction on Competition and Trade between Member States,” *Market power in EU antitrust law*, 1st ed., Hart Publishing (2011).

Jones, Alison, “Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1),” *649 European Competition Journal* (2010).

Rodger, Barry J & MacCulloch, Angus, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, 5th ed., Routledge (2015).

Stragusa, Mario & Rizza, Cesare (ed.), *EU Competition Law Volume III: Cartels and Collusive Behaviour*, 2nd ed., Claeys & Casteels (2012).

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 7th ed., Oxford (2013).

---

**Restriction of Competition “by Object” and “by Effect” in European Competition Law: Defining the Relevant Market and Appreciable Effect**

Hsu, Hsiao-Fen\*

**Abstract**

The objective of Article 101 of the TFEU is to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. Article 101(1) of the TFEU distinguishes between those agreements that have a restriction of competition as their object and those agreements that have a restriction of competition as their effect. This distinction is important. According to the European Commission’s practice, once it has been established that an agreement has as its object the restriction of competition, there is no need to take into account its concrete effects. This is because restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential to restrict competition, and it is not necessary for the purpose of applying the TFEU’s Article 101(1) to demonstrate any actual effects on the market. In other words, if an agreement does not restrict competition by object, it must be examined whether it has restrictive effects on competition, and such negative effects must be appreciable.

However, there have been some clarifications and important interpretations from the recent case law of the European Court of Justice. The Court confirmed that the European Commission needs to abandon its simplistic use of the “by object” restriction in cases that are not obviously harmful to competition and focus on the actual effects of the conduct.

This study will explain and analyze the recent developments in European Competition law and practice in order to enrich the interpretation of Article 14 of the Taiwanese Fair Trade Act with respect to concerted actions.

**Keywords:** Illegal Concerted Actions, Relevant Market, Restriction of Competition, European Competition Law, Cartel.