

歐體執委會(COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES)

(2009 年委託翻譯)

比利時，2008 年 12 月 3 日

歐體執委會將歐體條約第 82 條適用於具優勢地位之事業(Dominant Undertakings)之濫用排除行為(Abusive Exclusionary Conduct)時關於執行優先性(Enforcement Priorities)的指導說明

內容目錄

一、引言.....	2
二、本文件之目的.....	2
三、解決排除行為之一般方法.....	4
A. 市場力量.....	4
a) 具優勢地位之事業之市場地位及其競爭者.....	5
b) 擴張或進入市場.....	6
c) 對抗的買方力量.....	6
B. 導致消費者受害之封鎖 (「反競爭封鎖」 [“anticompetitive foreclosure”])	7
C. 建立在價格基礎上的排除行為.....	9
D. 客觀必要性及效率.....	10
四、濫用行為之具體種類.....	11
A. 獨家交易 (Exclusive dealing).....	12
a) 獨家購買 (Exclusive Purchasing).....	12
b) 條件式回扣.....	13
c) 效率.....	15
B. 合併買賣與搭售 (Tying and bundling).....	16

a) 不同產品.....	16
b) 在合併產品或被合併產品之市場中的反競爭封鎖	17
c) 複數產品回扣.....	18
d) 效率	18
C. 掠奪行為 (Predation).....	19
a) 犧牲.....	19
b) 反競爭封鎖.....	20
c) 效率.....	21
D. 拒絕供給及利潤擠壓 (margin squeeze).....	22
a) 輸入之客觀必要性.....	24
b) 有效競爭之消除.....	25
c) 消費者損害.....	25
d) 效率.....	26

一、引言

1. 歐體條約第 82 條(下稱「第 82 條」)禁止支配性地位之濫用。依照判例法(the case-law)，事業擁有支配性地位一事本身並非違法，且該具優勢地位之事業有權透過其優勢來從事競爭。然而，系爭事業有一特別責任，來禁止其行為對於共同市場上真實且未受扭曲的競爭造成損害。第 82 條乃競爭政策之決定性構成要素的法律基礎，且本規定之有效執行，有助於市場為企業及消費者之利益來運作地更好。在為了達成一個已整合內部市場(integrated internal market)之更廣大目標的背景下，前開說明具有特別的重要性。

二、本文件之目的

2. 本文件規定了數種執行優先性(enforcement priorities)，這些關於優先性的規定將引導本會對於具優勢地位之事業之排除行為適用第 82 條的規範活動。本會具體之執行決定將依本文件作成。本文件之目的，乃對於本會在決定是否應就不同種類之排除行為從事案件調查時所作之分析，在分析之一般架構上提供較清楚的說明及預見可能性。本文件之另一目的，係幫助事業更適當地評估，某種行為是否可能導致本會依第 82 條進行干預。

3. 本文件目的並非為了制定出法律規範，且本文件之說明不影響歐洲法院(the

European Court of Justice, the ECJ)及第一審法院(the Court of First Instance, the CFI)對第 82 條所作之解釋。此外，當本會考慮到某案件基於諸如欠缺共同體利益(Community interest)之其他原因而不具優先性的情形時，本文件所規定之一般架構在適用上不影響本會可能會對該案件所提出之指控加以駁回。

4. 第 82 條適用於掌握一個以上相關市場之支配性地位的事業。如此之地位可以係由一個事業所持有(單獨支配, single dominance)，或由二個以上事業所持有(集體支配, collective dominance)。本文件僅適用於擁有單獨支配性之事業所為的濫用行為。

5. 本會在適用第 82 條至具優勢地位之事業之排除行為時，將集中於對消費者造成最大損害的那些行為類型。消費者會受惠於透過較低價格、較佳品質以及對於新種或改良之商品與服務擁有較廣泛選擇的競爭。因此，本會將在執行重點上確保市場適當地運作，並確保消費者受惠於因企業間有效之競爭，而產生的效率及生產力。

6. 本會關於排除行為之執行活動，著重於保護內部市場之競爭過程，並確保持有支配性地位之事業不會透過利用其產品或服務之優勢來從事競爭以外的不正方法，對其競爭者加以排除。本會在進行前開行為時會特別注意到，真正重要者乃保護一個有效競爭之過程，而非僅保護競爭者。此即表示，提供消費者較差之價格、選擇、品質及創新的競爭者將退出市場。

7. 直接剝削消費者的行為(例如收取過高的價格或破壞為達成已整合內部市場之所作努力的某種舉動)，亦會違反第 82 條。特別在消費者保護及內部市場之良好運作無法經由其他方式加以適當確保的情形，本會可能會決定對該種行為進行干預。基於對其執行優先性提供指導說明之目的，本會在此階段僅觀注排除行為，以及特別是排除行為之某些具體類型；這些類型在本會之經驗中，似乎是最常見的。

8. 本會在適用本文件所規定之一般執行原則時，會將每一個案之具體事實及情況列入考量。例如，在涉及被管制市場的個案中，本會於從事評估時將考量具體的管制環境。¹因此，在適度修正於個案中似乎是合理且適當的情形下，本會可能會調整下述規定之方法。

¹ 參見，例如本文件第 81 段。

三、解決排除行為之一般方法

A. 市場力量

9. 評估一事業是否具有支配性地位及其所掌握之市場力量的程度，乃適用第 82 條的第一步。依照判例法，持有支配性地位會使得系爭企業負有一特別責任；該責任之範圍則必須根據每一個案之具體情況加以考慮。²

10. 在歐體法律(EC Law)下，支配性(dominance)已被定義為由一事業所享有之經濟力量的地位；該種地位藉由賦與該事業得獨立於其競爭者、顧客(且最終得獨立於消費者)而為所欲為之力量，使得該事業能妨礙相關市場中的有效競爭。³上開獨立性的概念，乃與施加於系爭事業之競爭約束的程度有關。支配性在概念上，則係指前開競爭約束非充分有效，因而系爭企業於一段期間內享有重要的市場力量。這意味著，該事業所作之決定，相當不易受競爭者、顧客之行為與反應的影響(最終亦不易受消費者的影響)。縱使存在著某些事實上或潛在的競爭，本會可能會認為此種情形仍缺乏競爭的約束。⁴一般而言，支配性地位須結合數種要素來認定；這些要素若分開來看，則各該要素在認定上不一定具有決定性。⁵

11. 本會認為，一事業若能在相當期間內(a significant period of time)提升價格(increase prices)到高於經過競爭後的水準以獲利，則該事業並未面臨充分有效的競爭約束，且可因而被一般認定為具有支配性。⁶本文件中「價格提升」一詞，意義上包括將價格維持高於經過競爭後的水準。該詞被用來簡稱競爭之因素特徵(諸如價格、輸出、創新、產品或服務之多樣性或品質)所受到影響的各種方式；且前開因素特徵可能係為了具優勢地位之事業之利益或而受到影響，或影響的結

² Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR 3461, 第 57 段；Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1993] ECR II-755, 第 114 段；Case T-111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937, 第 139 段；Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, 第 112 段；以及 Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071, 第 97 段。

³ 參見 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 65 段；Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461, 第 38 段。

⁴ 參見 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 113-121 段；Case T-395/94 *Atlantic Container Line and Others v Commission* [2002] ECR II-875, 第 330 段。

⁵ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 65 及 66 段；Case C-250/92 *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovareselskab* [1994] ECR I-5641, 第 47 段；Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, 第 90 段。

⁶ 「相當期間」在認定上須視產品及系爭市場之情況而定，但通常二年期間將足以該當。

果則對消費者造成損害。⁷

12. 在評估是否存在著支配性時，將會考慮市場之競爭結構，特別是以下因素：

- 實際競爭者之現行供給所施加的約束，以及實際競爭者在市場上的地位(具優勢地位之事業及其競爭者之市場地位)；
- 實際競爭者未來擴張之可能威脅所施加的約束，或潛在競爭者進入市場(擴張及進入)；
- 一事業之顧客的議價實力所施加之約束(對抗的買方力量)。

a) 具優勢地位之事業之市場地位及其競爭者

13. 關於市場結構及活躍於市場上之各種事業的相關重要性，市場佔有率(market shares, 下稱「市佔率」)提供本會第一個有用的指標。⁸然而，本會將根據相關市場條件(以及特別是市場動態與產品差異程度)來解釋市佔率。在多變或競價(bidding)的市場中，隨著時間而改變之市佔率的趨勢或發展亦可能被納入考量。

14. 本會認為，低市佔率一般而言是一個好的代理指標，表示重要市場力量的不存在。本會之經驗指出，若事業之市佔率在相關市場中低於 40%，則支配性即不可能存在。然而，可能存在著低於此門檻之特定個案；在這些個案中，競爭者很可能無法有效約束具優勢地位之事業之行為，例如競爭者面臨嚴重之能力限制的情形。就本會來看，此種事例可能亦值得關注。

15. 經驗表示，市佔率愈高且所維持之期間愈長，即愈有可能在初期重要地指出支配性地位的存在，以及(在某些情形)濫用行為可能有的嚴重影響；這些徵兆即正當化本會依第 82 條的干預舉動。⁹然而，一般原則是，本會在未檢驗所有足以約束事業行為的因素之下，將不會對於開啟案件調查的機會作出最終決定。

⁷ 對於市場力量之行使，會計上的獲利可能不是一個好的代理指標(proxy)。關此，參見 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207，第 126 段。

⁸ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461，第 39-41 段；Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359，第 60 段；Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439，第 90-92 段；Case T-340/03 *France Télécom v Commission* [2007] ECR II-107，第 100 段。

⁹ 至於支配性程度與濫用之調查結果間的關係，參見 Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v Commission* [2000] ECR I-1365，第 119 段；Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969，第 186 段。

b) 擴張或進入市場

16. 競爭乃一個動態過程；且在評估施加於一事業之競爭約束時，不可單獨根據現存的市場情形。實際競爭者擴張所生之潛在衝擊或潛在競爭者進入市場(包含此種擴張或進入威脅的情形)，亦屬相關的評估因素。若擴張或進入市場係可能、及時且充分地發生，一事業可能會受到遏止而不提升價格。為使本會認為要擴張或進入市場係可能發生的，則競爭者或進入市場者必須有足夠的獲利，且本會會考慮下述因素以作出認定：1)擴張或進入市場的障礙；2)據稱之具優勢地位之事業及其他競爭者的可能反應；3)失敗的風險及成本。為使本會認定擴張或進入市場乃及時的，則這些行為必須充分迅速地進行，以遏止或破壞重要市場力量之行使。為使本會認為擴張或進入市場係充分的，則進入市場不可以僅是小規模的(例如進入利基市場[market niche])，反而必須具有相當重大的規模，因而能遏止受推定為具支配性之事業在相關市場上所作出的價格提升企圖。

17. 擴張或進入市場之障礙可能會有各種類型。它們可能是法律障礙，例如關稅或配額；或其形式可能是由具優勢地位之事業所特別享有的利益，例如規模及範疇經濟(economies of scale and scope)，對於基本輸入或自然資源的特許使用權，重要科技¹⁰或既有的銷售網路¹¹。其亦可能包括成本及其他阻礙，例如源於網路效應之阻礙；消費者在轉換至新的供應商時，即會遭遇該阻礙。具優勢地位之事業自身行為亦可能會創造進入市場的障礙，例如以下情形：1)該事業作出進入市場者與競爭者將必須比得上的重大投資¹²；2)該事業已與其顧客簽訂具有相當大之封鎖效果的契約。持續性的高市佔率，可能表示進入及擴張市場障礙的存在。

c) 對抗的買方力量

18. 不僅實際或潛在競爭者可施加競爭約束，顧客亦得為之。甚至一個擁有高市佔率的事業，可能無法相當地獨立於擁有充足議價能力之顧客而不受影響。¹³如此的對抗買方力量可能源於顧客規模或其對於具優勢地位之事業之商業重要性，亦可能源於顧客下述的能力：1)迅速轉換到競爭供應商、2)促進新進入市場或垂直結合之行為以及 3)很可能做出以上行為所造成的威脅。若有足夠的重大對抗力量，其可能遏止或破壞事業提升價格以獲利的企圖。然而，若買方力量僅能確保一特定或有限部分之顧客免於受到具優勢地位之事業之市場力量的影響，該

¹⁰ Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439，第 19 段。

¹¹ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461，第 48 段。

¹² Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207，第 91 段。

¹³ 參見 Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969，第 97-104 段。在該案中，第一審法院(CFI)考慮該企業對於其顧客所據稱之獨立性欠缺，是否應看作一個例外狀況，而避免其作出支配性地位存在的判決；儘管該企業在愛爾蘭工業用糖市場上所記載之出售額，佔有相當大的一部分。

買方力量則不能被視為足夠有效之約束。

B. 導致消費者受害之封鎖 (「反競爭封鎖」 [“anticompetitive foreclosure”])

19. 本會關於排除行為之執行活動的目標，係確保具優勢地位之事業不會藉由以反競爭手段封鎖競爭者，並因而對消費者福利產生負面衝擊的方式，破壞有效的競爭；而不論具優勢地位之事業之封鎖形式係採用高於一般普遍價格者，或採取其他諸如限制品質或減少消費者選擇之作法。本文件中「反競爭封鎖」一詞，乃用來說明一種情形；在該情形中，實際或潛在競爭者對於供給或市場之有效使用因為具優勢地位之事業之行為，而受到破壞或排除。該具優勢地位之事業很可能透過前開行為提升價格¹⁴以獲利，並對消費者造成損害。關於對消費者可能造成之損害的確認，可能仰賴質化以及量化證據(在可能且適當的情形)。再者，本會將在中間及/或最終消費者的此二個階段，解決此種反競爭封鎖的問題。¹⁵

20. 在基於切實且有說服力之證據，據稱之濫用行為很可能導致反競爭封鎖的情形，本會通常將依第 82 條進行干預。本會認為，下述因素通常與作出如此處分相關：

- **具優勢地位之事業之地位。**一般而言，支配性地位愈牢固，保護該地位之行為愈有可能導致反競爭封鎖。
- **相關市場條件。**本因素包括進入及擴展市場之條件的情形，例如規模及/或範疇經濟以及網路效應的存在。規模經濟意指，若具優勢地位之事業對相關市場之一個重要部分進行封鎖，競爭者則較不可能進入或待在市。類似的情形，封鎖行為可能會讓具優勢地位之事業能些許影響(“tip”)具有網路效應特徵之市場，使該事業獲得利益；封鎖行為亦可能讓該事業能進一步在該市場上穩固其地位。同樣地，若上游及/或下游市場上的進入障礙係嚴重的，此即表示對於競爭者而言，透過垂直結合來克服可能的封鎖乃所費不貲。
- **具優勢地位之事業之競爭者的地位。**此因素包含競爭者對於有效競爭之維持乃重要的情形。甚至在一特定競爭者與其他競爭者相較下僅擁有非重要之市佔率的情形，該特定競爭者可能仍扮演著重要的競爭角色：例如，該競爭者對於支配性公司而言，可能是最勢均力敵者；該競爭者可

¹⁴ 對於「提升價格」一詞的意義，參見第 11 段。

¹⁵ 「消費者」(‘consumers’)之觀念在範圍上包含所有受上開排除行為影響之產品的直接或間接使用者；包括將產品當作原料輸入之生產者，以及中間產品及由中間生產者所提供之產品的銷售商與最終消費者。在中間使用者乃支配性事業之實際或潛在競爭者的情形，處分之評估即聚焦在排除行為對於更下游使用者的影響。

能特別有創新力；或該競爭者可能具有能持續抑制價格之名聲。本會在進行評估時，亦可能基於可得資訊而考慮到在適當個案中，是否存在著實際、有效且及時之競爭者將可能使用的制衡策略。

- **顧客或輸入供應商之地位。**此因素可能包括系爭濫用行為所可能挑選之對象的情形。具優勢地位之事業可能僅挑選對於競爭者之進入或擴張市場而言具有特別重要性的特定顧客或輸入供應商，以從事該等行為，藉此增加反競爭封鎖發生的可能性。¹⁶舉例而言，這些被挑選者可能對於其他替代供應商之要約最有可能加以回應；其可能代表著銷售產品之特別途徑，而此途徑將適合於新進入市場者；其可能位於相當適合於新進入市場者之地理上區域；或其很可能會影響其他顧客的行為。在輸入供應商的情形，與支配性公司已締結專屬排他性供應約定者，可能是對於顧客之要求最可能加以回應者，且這些顧客係支配性公司在下游市場中的競爭者；或這些締結上開供應約定者可能生產某一等級之產品(或在某地點生產)，且此種產品特別適合於新進入市場者。任何對顧客或輸入供應商作出安排，且可能有助於制衡具優勢地位之事業之濫用行為的策略，亦將獲得考慮。
- **據稱濫用行為之程度。**一般來說，相關市場上總銷售額受濫用行為影響之百分比愈高、受影響之期間愈長以及濫用行為愈定期地發生，則可能的封鎖影響即愈大。
- **實際封鎖的可能證據。**若濫用行為已存在一段相當的期間，支配性公司之市場表現及其競爭者即可能提供關於反競爭封鎖的證據；依照源於據稱濫用行為之種種原因，支配性公司之市佔率可能已上升，或市佔率之下滑已獲得減緩；基於相似的原因，實際競爭者可能已被邊緣化或已自市場外移，或潛在競爭者可能已試著進入市場而最終功敗垂成。
- **任何排除策略(any exclusive strategy)之直接證據。**此因素包括內部文件即相當於排除競爭者之策略的直接證據等情形；例如，為排除對手所從事之濫用行為的詳細計畫，避免他人進入市場或搶先佔領新興市場之詳細計畫，或排除行為所形成之具體威脅的證據。這樣的直接證據可能有助於說明具優勢地位之事業之行為。

本會在進行調查時，將詳述上述一般因素之分析內容，並同時考量下述處理某些類型之排除行為等段落的較具體因素，以及任何其他本會可能認為合宜之因素。此種評估之作成通常將比較相關市場上實際或可能發生的未來情況(存在著具優勢地位之事業之行為)，以及一個適當的反事實論述(counterfactual，例如如果真不存在系爭濫用行為)或另一個考慮到既定商業實務之實際的替代情境。

21. 可能存在著某些情形，其中，本會在作出系爭濫用行為很可能會導致消費者

¹⁶ Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969，第 188 段。

損害之結論前，可能不必進行詳細的評估。若前開行為看起來可能只增加競爭的障礙，且該行為似乎未創造出效率，則可能推論出存在著反競爭的效果。此種情形可能在下述例子中發生：具優勢地位之事業制止其顧客測試競爭者之產品，或以其顧客不試用這些產品為條件來提供渠道等財務上誘因；或具優勢地位之事業亦可能付錢給銷售商或顧客，以延遲對手產品的引進。

C. 建立在價格基礎上的排除行為

22. 下述考量因素適用於建立在價格基礎上的排除行為。激烈的價格競爭常有益於消費者。本會為了避免反競爭封鎖的發生，通常將只在下述情形進行干預：系爭行為已經或能夠破壞來自競爭者之競爭，且這些競爭者被認為與具優勢地位之事業同樣地有效率。¹⁷

23. 然而，本會承認在某些情形，較無效率的競爭者亦可能產生約束的力量；且當本會考慮一建立在價格基礎上的特定行為是否會導致反競爭封鎖，應將前開約束力量納入考量。有鑑於在欠缺濫用行為的情形，上開競爭者可能自與需求有關的有利條件(例如網路及學習效應，且這些好處將有助於增加其效率)中獲益，本會將以功能性的觀點來看待此約束力量。

24. 為了決定是否甚至是一個與具優勢地位之事業同樣有效率之假想競爭者將很可能會遭到系爭行為的封鎖，本會將檢驗與成本及出售價格有關的資料，特別是將調查具優勢地位之事業是否從事低於成本的定價活動。此種調查將需要獲得充分可靠的資料。在本會可獲得相關資料的情形，本會將使用具優勢地位之事業本身關於成本的資訊。若無法取得關於這些成本的可靠資訊，本會可能會決定使用競爭者之成本資料或其他品質比得上的可靠資料。

25. 本會很可能使用的成本基準，乃平均可避成本(average avoidable cost, AAC)及長期增支成本(long-run average incremental cost, LRAIC)。¹⁸未能足夠支付平均

¹⁷ Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, 第 72 段。關於低於平均總成本(average total cost, ATC)之定價，歐洲法院表示：「如此的價格可能出自市場上或許與支配性事業同樣有效率之事業，但由於這些事業財務資源較欠缺，其等無法禁得起針對他們所發起的競爭。」亦參見 2008 年 4 月 10 日 Case T-271/03 *Deutsche Telekom v Commission* nyr 的判決，第 194 段。

¹⁸ 平均可避成本係指，若公司從未生產一明顯數量之(額外)產品，則原本可被避免支出之成本的平均值；在此情形，所據稱之額外數量，即是濫用行為之對象。在大多數情形，平均可避成本及平均變動成本(average variable cost, AVC)將是相同的，蓋通常僅有變動成本可以獲得避免。長期增支成本係指，公司為生產特定產品所支出之所有(變動及固定)成本的平均值。長期增支成本及平均總成本(average total cost, ATC)對彼此來說乃良好的代理指標，且在單一產品事業的情形二者乃相同。若複數產品事業具有規模經濟，長期增支成本就每一單獨產品而言將低於平均總成本，蓋真正共同成本(true common cost)未被納入長期增支成本中考量。在複數產品的情形，任何藉

可避成本一事即指出，具優勢地位之事業正在犧牲短期獲利，且一個同樣有效率的競爭者若不蒙受損失則無法供應身為目標的顧客。長期增支成本通常高於平均可避成本，蓋與後者(其若於調查期間支出，則僅包括固定成本)相反，前者包含與特定產品有關的固定成本，且該固定成本的支出係發生於據稱濫用行為出現期間之前。未能足夠支付長期增支成本一事即意味著，具優勢地位之事業關於產出系爭產品或服務，未能回收所有(可歸屬的)固定成本，且一個同樣有效率的競爭者可能遭封鎖於市場之外。¹⁹

26. 若資料明確地指出，一個同樣有效率的競爭者可有效地與支配性公司之定價行為競爭，本會將原則上推論具優勢地位之事業之定價行為不可能會對有效競爭產生負面衝擊，因而對消費者亦不會有負面影響；且本會因此將不可能進行干預。相反地，若資料指出，具優勢地位之事業所索取之價格可能封鎖同等有效率的競爭者，則本會將把此資料與反競爭封鎖的一般評估相結合(參見上述 B 部分)，同時考量其他相關的量化及/或質化證據。

D. 客觀必要性及效率

27. 本會在執行第 82 條之際，亦有意調查具優勢地位之事業所提出關於其行為具有正當性的主張。²⁰具優勢地位之事業可藉由下述二種陳述作出此種主張：1) 其行為具有客觀必要性；或 2) 其行為產生比對消費者所生之反競爭影響更重要的重大效率。在此脈絡下，本會將評估是否系爭行為係不可或缺，且此手段與具優勢地位之事業據稱所追求之目的合乎比例。

28. 行為是否具有客觀必要性及合乎比例此種問題，必須要根據具優勢地位之事業之外的因素來決定。例如，基於與系爭產品性質有關之健康或安全上原因，排除行為可能被認為是客觀上必要的。然而，證明是否該種行為具有客觀必要性之

著不生產某特定產品或特定類別之產品而原可被避免支出的成本，不被認為是共同成本。在共同成本顯著重要的情形，於站在有效率競爭者之角度評估封鎖的能力時，共同成本可能必須被納入考量。

¹⁹ 為了適用這些成本基準，可能也必須在更寬廣的背景下，考慮支配性公司及其競爭者的收益及成本。僅評估價格或收益是否足以支付系爭產品的成本可能是不充分的；但在支配性事業之系爭行為負面影響到其於其他市場或其他產品之收益的情形，查看增加的收益則可能是必要的。同樣地，在雙邊市場(two sided markets)的情形，則可能有必要同時考慮供給與需求兩邊的收益及成本。

²⁰ Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207，第 184 段；Case 311/84 *Centre Belge d'etudes de marche Telemarketing (CBEM) v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion (CLT) and Information Publicite Benelux (IPB)* [1985] ECR 3261，第 27 段；Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439，第 102-119 段；Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1993] ECR II-755，第 136 及 207 段；Case C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331，第 69 及 86 段。

證據必須考慮到，公共健康及安全標準之設定及執行通常是公務機關之工作。具優勢地位之事業主動地採取動作來排除其(正確地或錯誤地)以為具有危險性或劣於其本身產品者，可謂是越俎代庖。²¹

29. 本會認為，具優勢地位之事業亦可基於效率之理由來正當化導致封鎖競爭者之行為；且此效率原因足以擔保對消費者不會產生淨損害。在此背景下，具優勢地位之事業一般將被期待能以充分可能的證明度並基於可證實的證據，論證下述所有條件均獲滿足：²²

- 由於有該行為，效率已經或很可能獲得實現。例如，這些效率可能包括商品品質在技術上的改善，或是製造或銷售成本的降低。
- 該行為對於這些效率之實現而言乃不可或缺的：必須不存在其他能產生相同效率且又較不具反競爭效果的替代行為。
- 由系爭行為所引起之可能效率，超過對於被影響市場上之競爭及消費者福利的可能負面效應。
- 該行為不會藉由移除實際或潛在競爭之所有或大部分現存來源的方式，消除有效的競爭。公司間競爭乃經濟效率之一種基本的驅動器，且經濟效率包括以創新的形式出現的動態效率(dynamic efficiencies)。若欠缺有效競爭，支配性公司將失去持續創造並移轉效率利得的誘因。在沒有其他剩餘的競爭，亦無可預見之市場進入威脅的情形，對競爭及競爭過程的保護即比可能的效率利得重要。就本會來看，維持、創造或增強趨近於獨占地位之市場上地位的排除行為，一般而言不能因其亦創造效率利得而受到正當化。

30. 支配性公司有責任提供必要的證據，證明系爭行為有客觀上的正當性基礎。接著，本會必須就下述事項作出最終的評估：遭調查的行為是否不具客觀必要性；且衡量任何明顯的反競爭影響與任何受到提升且證實的效率之下，前開行為是否可能導致消費者損害。

四、濫用行為之具體種類

²¹ 例如參見 Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, 第 118-119 段; Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1993] ECR II-755, 第 83-94 及 138 段。

²² 參見在第 81 條中不同的背景說明，the Commission Communication-Notice-Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty (OJ 101, 27.4.2004, p. 97).

A. 獨家交易 (*Exclusive dealing*)

31. 具優勢地位之事業可能試著透過妨礙競爭者出售予顧客的方式，以封鎖競爭者；其妨礙行為乃使用獨家購買義務或回扣的形式，此二種形式合稱為獨家交易。²³本部分說明，關於具優勢地位之事業所締結之獨家交易約定，哪些情形最有可能促使本會進行干預。

a) 獨家購買 (*Exclusive Purchasing*)

32. 獨家購買義務要求在特定市場的顧客必須只能專門向具優勢地位之事業從事購買，或向該事業進行大規模的購買。某些其他義務(例如進貨條件[*stocking requirements*])縱使看起來未要求獨家購買，但實際上可能產生相同效果。²⁴

33. 獨家購買可能要求具優勢地位之事業對買方進行全部或部分地補償，以彌補因獨有性(*exclusivity*)而來的競爭上損失。在如此補償獲得支付的情形，與具優勢地位之事業訂立獨家購買合約可能對個別買方顧客有利。但逕自此種情形得出下述結論則有誤：所有獨家義務加總來看對全體顧客有利，這些顧客包括現今尚未向支配性事從事購買者以及最終消費者。在全體消費者很可能將無法受益的情形，本會將特別注意這些個案。若存在著許多買方，且具優勢地位之事業之獨家購買義務加總來看會產生阻制競爭公司進入或擴張市場的效果，則特別會有前開消費者無法受益的情況發生。

34. 除了第 20 段所提及的因素外，下述因素在決定本會是否將介入獨家購買約定之際，一般而言將有特別的關聯。

35. 特別在若獨家購買義務不存在，卻由下述二種競爭者行使重要之競爭約束力量的情形，前開義務即有能力導致反競爭封鎖的發生：1)在前開義務締結時，競爭者尚未於市場出現；或 2)競爭者在競爭上未能對顧客提供完全的供給。競爭者可能在競爭上無法滿足一位個別顧客之全部需求，蓋具優勢地位之事業至少就市場上的部分需求來說，係一個無法避免的交易夥伴。可能的原因是，例如，該事業品牌係許多最終消費者所偏愛的「必備進貨項目」(‘*must stock item*’)；或其他

²³ 獨家交易之概念亦包括獨家供給義務或具有相同效果之誘因。藉著前開二種方法，支配性事業試圖透過妨礙競爭者向供應商購買之方式，以封鎖競爭者。本會以為，若獨家供給義務或誘因束縛了大部分效率高的輸入品供應商，且與支配性公司競爭之前開供應商的顧客無法找到輸入品供應之其他效率高的替代來源，則如此的輸入品封鎖原則上易於導致反競爭封鎖。

²⁴ *Case T-65/98 Van den Bergh Foods v Commission* [2003] ECR II-4653.在本案中，唯獨為支配性事業之產品使用冷藏箱的義務，被認為會產生銷路獨有性(*outlet exclusivity*)的效果。

供應商在競爭能力上如此受限，以致於僅能由支配性供應商供給一部分的需求。²⁵若競爭者能在平等條件下爭取並滿足每位個別顧客的全部需求，除非因獨家購買義務之期間限制而使得顧客更換供應商變得困難，否則獨家購買義務通常不可能阻礙有效競爭。一般而言，前開義務的期間愈長，可能的封鎖效應就會愈大。然而，若具優勢地位之事業對於所有或大部分顧客來說係一個無法避免的交易夥伴，則甚至是一個短期的獨家購買義務可能導致反競爭封鎖。

b) 條件式回扣

36. 條件式回扣係獎勵顧客特定種類之購買行為所給予的退款。條件式回扣之通常性質指出：若顧客在一段限定參考期間內之購買量超過一定門檻，則該顧客即獲給予回扣。回扣之給予基礎，乃參考所有的購買量(追溯型回扣[retroactive rebates])，或僅參考超過被要求達到之門檻的購買量(增加型回扣[incremental rebates])。條件式回扣不是一個不常見的實務作法。公司為了吸引更多需求，可能就提供這樣的回扣；就回扣本身而論，其可刺激需求並有利於顧客。然而，這樣的回扣(當由具優勢地位之事業授予時)亦可能造成類似於獨家購買義務之實際或潛在的封鎖效果。條件式回扣不一定需要具優勢地位之事業做出犧牲，即可有如此效果。²⁶

37. 除了第 20 段所已提及之因素外，本會在決定一組特定的條件式回扣是否易於導致反競爭封鎖，並因而將具有本會認定的執行優先性時，下述因素對本會來說具有特別的重要性。

38. 與獨家購買義務一樣，在競爭者不能以平等條件爭取且滿足每一個別顧客之完整需求的情形，反競爭封鎖發生之可能性就會更高。由具優勢地位之事業所給予的條件式回扣，可能促使該事業得利用每一位顧客需求中的「無可爭」(‘non-contestable’)部分(亦即顧客無論如何將從具優勢地位之事業購買的數量)，來作為減少將支付予需求中「可爭」(‘contestable’)部分之價格的手段(亦即顧客可能另有偏好且能找到替代品加以取代之數量)。²⁷

39. 一般而言，追溯型回扣可能嚴重地封鎖市場，蓋若顧客將少量需求移轉至其他供應商之行為會導致顧客損失追溯型回扣，則追溯型回扣可能使得轉換供應商

²⁵ Case T-65/98 *Van den Bergh Foods v Commission* [2003] ECR II-4653，第 104 及 156 段。

²⁶ 就此點而言，對條件式回扣的評估乃不同於對掠奪行為所為者。後者經常需要有所犧牲。

²⁷ 參見 Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071，第 162-163 段。亦參見 Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917，第 277 及 278 段。

一事對顧客來說較不具吸引力。²⁸在超過門檻前被購買之最後一個產品單位的情形，追溯型回扣之潛在封鎖效應原則上是最強的。然而，就本會來看，與回扣之忠誠度提升效果的評估有關者，不僅是提供最後一單位個別產品對競爭產生之效應，而且亦含回扣系統對支配性供應商之(實際或潛在)競爭者所生的封鎖效果。回扣佔總價之百分比愈高且須達到的門檻愈高，購買低於門檻之誘因就愈大，且因而對實際或潛在競爭者所生之可能封鎖效果即愈強。

40. 本會在適用第 22-26 段所闡釋之方法論時，試圖在可獲取可靠之資料的情形下，調查回扣系統是否藉由使得同樣效率高之競爭者更難以提供個別顧客必需品的的方式，能對前開競爭者之擴張或進入市場行為造成阻礙。在此背景下，若顧客將其部分之需求(「有關範圍」[‘the relevant range’])自具優勢地位之事業移轉出去，本會將估計競爭者為補償顧客在條件式回扣上之損失所將必須提供的價格。競爭者將必須支付之能相匹敵的有效價格不是具優勢地位之事業之平均價格，反而是通常(目錄上)的定價減去顧客因轉換供應商所損失的回扣；進行上開計算時，必須參考有關時期內之銷售額的有關範圍。本會將會把誤差幅度納入考量，而這些誤差幅度可能是因為該種分析所固有之不確定性所導致。

41. 特定個案中計算有效價格所參考之有關範圍，須視每一個案之具體事實，以及回扣究竟是增加型或追溯型而定。就增加型回扣而言，有關範圍通常係指正被考慮之增加購買量。就追溯型回扣而言，在具體市場背景下，評估有多少的顧客購買需求可實際被移轉至競爭者手中(「可爭市佔率」[the ‘contestable share’]或「可爭部分」[‘contestable portion’])一事，將通常是有關的。若顧客很可能會願意且能夠相當快速地移轉大量需求給(潛在)競爭者，相關範圍則可能是相當大的。另一方面，若顧客將僅願意或能夠漸增地移轉少量需求，則有關範圍將相當的小。對現存競爭者來說，其擴展出賣予顧客之銷售量的能力，以及隨著時間過去這些銷售量的波動，亦可能提供關於有關範圍的指標。對潛在競爭者而言，在可能的時候，吾人即可能評估新市場進入者所將實際能進入拓展之市場規模。吾人可能會採用相同或類似市場之新進入者的歷史成長模式，作為新進入市場者之現實市佔率的指標。²⁹

42. 與支配性供應商之平均價何比較下，在有關範圍內所估計出來的有效價格愈低，則忠誠度提升效果即愈強。然而，只要有效價格一致地維持高於具優勢地位之事業之長期增支成本的價格，儘管有回扣存在，同樣效率高之競爭者將通常能

²⁸ Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR 3461, 第 70-73 段。

²⁹ 吾人將依據可能有不同程度準確率之資料，來估計有關範圍。本會在就支配性事業封鎖同等有效率之競爭者的能力作出任何結論時，將考量前開事項。計算市場進入者平均應獲得之顧客需求的市佔率大小，亦可能是有助益的；如此一來，有效價格至少等同於支配性事業之長期增支成本。在許多個案中，前開市佔率的大小在與競爭者之實際市佔率以及競爭者對顧客需求之市佔率比較下，可能釐清回扣系統是否能產生反競爭封鎖之效果。

從事有獲利的競爭。在那些情形下，回扣通常無法以反競爭地之方式進行封鎖。

43. 在有效價格低於平均可避成本之情形，一般而言，回扣計劃能封鎖甚至是同樣有效率的競爭者。在有效價格介於平均可避成本與長期增支成本之間的情形，本會將調查是否其他因素都說明下述結論：甚至是同樣效率高之競爭者的進入或擴張市場行為亦可能受到影響。在此背景下，本會將調查競爭者是否及在何種程度上擁有實際且有效之其可使用的反制策略(counterstrategies)；例如，其亦能使用其買方需求中的「不可爭」部分，做為減少有關範圍之價格的手段。在競爭者未有如此其可使用之反制策略的情況，本會將認定回扣計劃能夠封鎖同等有效率的競爭者。

44. 如上述第 26 段所指出，此種分析將與一般評估結合，並考量其他相關之量化或質化證據。對回扣計劃是否與個體或標準化之門檻一同適用一事加以考慮，通常也是重要的。個體門檻(individualized threshold)—立基於顧客總需求之一定比例或個體數量目標—會讓支配性供應商在如此水平上設立門檻，而使得顧客難以變換供應商；藉此，即創造了一個最低的忠誠度提升效果。³⁰相比之下，標準化數量門檻(standardized volume threshold)—門檻對所有及一群顧客來說均屬相同—對某些需求較小的顧客實屬太高，且/或對需求較大的顧客而言則屬太低，即均無法產生忠誠度提升效果。然而，若標準化數量門檻可確定近似於顧客之一個相當比例的需求，本會很可能認為，如此之回扣的標準化制度可能會產生反競爭封鎖效果。

c) 效率

45. 倘若上述 III D 部分所提及的條件均獲滿足，本會將考慮具優勢地位之事業所提出之主張：回扣制度達成成本上或其他利益，該等利益會傳給消費者。³¹與個體數量目標相較下，透過標準化數量目標常較可能達成與交易有關之成本上利益。同樣地，增加型回扣計劃一般而言較追溯型回扣計劃，更可能給予轉售者生產及轉售更高數量之誘因。³²在相同條件下，本會將考慮能證明下述論點之證據：若獨家交易約定對於具優勢地位之事業為能供應特定顧客而作出某些關係特定性投資(relationship-specific investments)來說，乃有必要的，則前開約定對前開顧客會產生好處。

³⁰ 參見 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461，第 89-90 段；Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969，第 213 段；Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917，第 7-11 及 270-273 段。

³¹ 例如，就回扣而言，參見 Case C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331，第 86 段。

³² 就此效果而論，參見 Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071，第 56-60 及 74-75 段。

B. 合併買賣與搭售 (*Tying and bundling*)

46. 具優勢地位之事業可能試著藉由合併買方或搭售之方式，來封鎖競爭者。本部分說明，本會在評估具優勢地位之事業所為之合併買賣及搭售時，哪些情形最有可能引發本會的干預。

47. 「合併買賣」(“*tying*”)通常係指，購買一項產品(合併產品[*the tying product*])之顧客被要求亦購買另一項產品(被合併產品[*the tied product*])的情形。合併買賣之發生，可能建立在技術性或契約性的基礎上。³³「搭售」(“*bundling*”)通常係指，由具優勢地位之事業提供產品並開價的方式。在純粹搭售的情形，產品僅共同以固定比例的方式出售。在混合搭售的情形(常亦被稱為「複數產品回扣」[*multi-product rebate*])，產品雖亦得分開購買，但分開買時的價格總和係高於搭售時的價格。

48. 合併買賣及搭售乃常見的實務做法，其目的係以較節省成本的方式，提供顧客較好的產品及出售價格。然而，在一個(或以上)合併買賣或搭售之產品市場(稱為「合併市場」[*the tying market*])中居於支配地位的事業，可以透過合併買賣或搭售來對消費者造成傷害，其方式是封鎖屬於被合併買賣之其他產品或遭搭售之其他產品的市場(稱為「被合併市場」[*the tied market*])；如此一來，亦間接傷害了合併市場。

49. 在一事業於合併市場³⁴中居於支配地位的情形，再加上下述條件均獲滿足的情形，本會通常將依第 82 條採取行動：(i)合併及被合併產品乃不同的產品，且(ii)合併買賣的實務作法很可能導致反競爭封鎖。³⁵

a) 不同產品

³³ 技術性合併買賣(*technical tying*)之發生，係當合併產品如此地設計下，以致於其僅與被合併產品在一起始能適當地運作時(與競爭者所提供之替代品則無法一同良好地運作)。契約性合併買賣(*contractual tying*)之發生，乃當購買合併產品之顧客契約上承諾亦會購買被合併產品時(其未承諾購買由競爭者所提供之替代品)。

³⁴ 雖然事業不一定在被合併市場中享有支配地位，但其應能支配合併市場。在包裹出售的情形，公司必須能支配遭包裹出售的市場之一。在合併市場係修配零件市場(*after-markets*)之特殊情形，前提是公司須在合併市場及/或被合併市場中享有支配性地位。

³⁵ 2007 年 9 月 17 日 *Case T-201/04 Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決，尤其是第 842、859-862、867 及 869 段。

50. 本會是否將認為產品係屬不同乃視顧客的需求而定。若無合併買賣或搭售之情形，且大量顧客將購買或本來將購買(但實際沒買)合併產品時，不會也從相同供應商購買被合併商品，進而使得合併與被合併產品可進行獨立地生產，則此際前開二種產品則屬不同產品。³⁶證明兩項產品係屬不同的證據包括下述三種：1) 第一乃直接證據，其證明當顧客獲得選擇機會時，其會分別自不同的供應來源購買合併及被合併產品；或 2) 第二乃間接證據，例如市場上存在著專門製造或銷售被合併產品(而不製造或銷售合併產品)之事業³⁷，或該事業僅製造或銷售由具優勢地位之事業所搭售的每項產品中之一種；第三項證據指出，尤其是位於競爭激烈市場中且擁有少許市場力量之事業，傾向於不合併買賣或不搭售上述產品。

b) 在合併產品或被合併產品之市場中的反競爭封鎖

51. 合併買賣或搭售可能會在被合併市場、合併市場或同時於此二市場上，產生反競爭的效應。然而，甚至當合併買賣或搭售之目的係為保護具優勢地位之事業在合併市場上的地位時，前開手段亦是間接透過封鎖被合併市場之方式來完成。除了第 20 段已提及之因素以外，本會認為下述因素對於辨識出會造成可能或實際之反競爭封鎖的個案來說，通常具有特別的重要性。

52. 在具優勢地位之事業使其合併買賣或搭售等策略之效果持續發揮的情形(例如透過技術性合併買賣為之，回復此策略之效果將所費不貲)，反競爭封鎖之風險預期會更嚴重。技術性合併買賣也會降低個別零件轉售之機會。

53. 在搭售的情形，事業可能對於包裹內一項以上之產品擁有支配性地位。該包裹內之上述產品的數量愈多，可能之反競爭封鎖的效果就會愈強。如果競爭者不論是自行或與他人合作下，均難以複製該包裹內涵，則前述情形尤其會是如此。

54. 合併買賣對於有意購買被合併產品(而非合併產品)之顧客而言，可能造成較弱的競爭。如果欠缺充足數量之顧客將單獨購買被合併產品，來對於具優勢地位之事業於被合併市場上的競爭者提供支持，則合併買賣可能導致這些顧客要面臨更高買受價格的結果。

55. 若合併及被合併產品得透過不同可變的比例加以使用，而成為生產過程的輸入品，顧客可能會藉由增加其對被合併產品之需求且同時減少對合併產品者的方式，對於合併產品之價格上漲做出反應。透過將前開二項產品合併買賣的方式，具優勢地位之事業即得試著避免此種替代效果的產生，且因此能提高該事業之出

³⁶ 2007 年 9 月 17 日 Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決，第 917、921 及 922 段。

³⁷ Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439，第 67 段。

售價格。

56. 如果具優勢地位之事業在合併市場上所得索取之價格受到管制，合併買賣可能讓支配性公司得提高被合併市場上的價格；此作法之目的係為了補償合併市場之管制所引起的收益損失。

57. 如果被合併產品對於合併產品之顧客而言乃重要的互補產品，則被合併產品之替代供應商的減少，以及因此產生之取得被合併產品的可能性降低，可能使得獨自進入合併市場一事變得更困難。

c) 複數產品回扣

58. 若複數產品回扣之規模相當大，而使得僅提供某些零件之同樣有效率的競爭者無法與削價出售的包裹競爭，則複數產品回扣在合併或被合併市場上亦可能產生反競爭效果。

59. 理論上，如果可藉由檢驗就具優勢地位之事業之包裹的每一項產品而言，增加收益(Incremental Revenue)是否足以彌補增加成本(Incremental Cost)的方式，來評估回扣的效果，則這將會是很理想的情形。然而，實際上對增加收益加以評估乃複雜的。因此，本會在執行之實務上，在大多數情形將使用增加價格(Incremental Price)，來做為一個合適的代理指標。如果顧客對於具優勢地位之事業在包裹內之每一項產品所支付的增加價格，係高於支配性公司將前開包裹內產品算入之下所產生的長期增支成本，則既然一個僅擁有一項產品而具同等效率之競爭者，應原則上能與上開包裹競爭並獲利，本會將通常不會進行干預。然而，如果增加價格低於長期增支成本，則執行行動可能獲得批准，蓋在此種情形下，甚至是具有同等效率之競爭者可能遭妨礙而無法擴張或進入市場。³⁸

60. 如果證據指出，具優勢地位之事業之競爭者係出售相同的包裹，或能及時地為之而不會遭到可能額外增加的成本所遏止，則本會將通常把此情形當作能與具優勢地位之事業之包裹競爭者。在此情形下，有意義的問題並非係包裹中之每一產品的增加收益是否足以支付增加成本，反而係就整個包裹價格來說，是否具有掠奪性。

d) 效率

³⁸ 原則上，只要競爭對手不能也出售包裹，長期增支成本此種成本基準在此即有意義。

61. 假如上述 III D 部分之條件均獲滿足，本會將研究具優勢地位之事業之主張：其合併買賣及搭售的慣例可能導致生產或銷售上的節省，而這將有利顧客。本會亦可能考量上述慣例是否減少顧客的交易成本(在其他情形，這些顧客將被迫分開購買零件)，且是否使得供應商在包裝及銷售上節省大量花費。本會亦可能調查將二項獨立產品合併成一項新單一產品，是否可能增加將此種新產品引進市場且有益於消費者之能力。本會亦可能考慮到合併買賣及搭售之慣例是否讓供應商有能力移轉所達成的效率；這些效率乃源於其生產或購買大量的被合併產品。

C. 掠奪行為 (Predation)

62. 按照本會的執行優先性規定，在下述情形本會一般將進行干預：證據顯示，具優勢地位之事業藉由在短期內故意招致損失或放棄獲利(以下稱此為「犧牲」[“sacrifice”])的方式從事掠奪行為，以封鎖或很可能封鎖其一位以上之實際或潛在的競爭者；其目的係增加或維持該事業之市場力量，因此造成消費者的損害。

39

a) 犧牲

63. 如果具優勢地位之事業藉著在相關期間內對其所有或特別部分之產出索取較低價格的方式，或透過在相關期間內擴張生產其產出之方法，曾經或正帶來原可避免的損失，則本會將把此行為視為帶有犧牲的情形。本會將使用平均可避成本做為適宜的起點，來評估支配性公司是否帶來或曾招致可避免的損失。如果具優勢地位之事業對其所有或部分產出索取低於平均可避成本的價格，則其並無收回藉由不生產該部分產出即原可獲避免的成本：該事業正招致原可獲避免的損失。⁴⁰從事低於平均可避成本之定價活動，在大部分情形將因而被本會視為一個清楚顯示做出犧牲的指標。⁴¹

³⁹ 本會也可能對支配性事業在次要市場中之掠奪實務手段進行調查(在該市場中該事業尚未具支配性)。尤其，本會將更可能在相關活動受到合法獨佔(legal monopoly)保護之產業部門中，發現上述的濫用行為。雖然支配性公司不需要從事掠奪行為，來保護其在受到合法獨佔所保護之市場上的支配性地位，其仍可能利用在獨佔市場上所得到的獲利來交叉補貼其於其他市場上的活動，並因此具有終結該其他市場上之有效競爭的危險。

⁴⁰ 在大部分個案中，平均變動成本與平均可避成本將是相同的，蓋經常只有變動成本始可被避免。然而，在平均變動成本與平均可避成本出現差異的情形，後者較能反映出可能的犧牲：例如，如果支配性公司為能進行掠奪而必須擴張產能，則此額外產能之沈沒成本在查看支配性事業之損失時，應獲得考量。這些成本會反映在平均可避成本，而非平均變動成本之上。

⁴¹ 在 AKZO 乙案中，關於從事低於平均變動成本之定價行為，歐洲法院認為：「支配性事業所獲利益除了消滅競爭者，以使其後來可藉由利用其獨佔地位的方式來提高價格之外，其實施如此價

64. 然而，犧牲的概念非僅包括從事低於平均可避成本的定價活動。⁴²本會為顯示掠奪性策略的存在，亦可能調查據稱之掠奪行為在短期內所導致的淨收益，是否低於一個合理代替行為理應原可得到者；亦即，具優勢地位之事業是否招致其原本避免的損失。⁴³本會將不會比較實際行為與假設或理論上可能本將帶來更多獲利的替代行為。唯有經濟上理性且可行之替代行為始將獲考慮；在考量了具優勢地位之事業所面臨的市場條件及商業現實之下，此等行為才可實際地被預期會帶來更多獲利。

65. 在某些個案中，吾人將可能依靠包括具優勢地位之事業所擁有之文件的直接證據；這些證據清楚地證明掠奪性策略的存在⁴⁴，例如為了排除競爭對手、防止進入市場或在新興市場中先發制人等目的，所擬具進行犧牲的詳細計畫。吾人亦可能依賴能證明掠奪行為之具體威脅的證據。⁴⁵

b) 反競爭封鎖

66. 若能獲得充足可靠的資料，本會將適用第 24-26 段所述關於同等有效率競爭者之分析(the as efficient competitor analysis)，來決定行為是否可能對消費者造成損害。通常，唯有從事低於長期增支成本之定價活動，始可能封鎖同等有效率的競爭者，並將其驅離市場。

67. 除第 20 段已提到之因素外，本會一般仍將調查遭懷疑之行為是否及如何降低對手從事競爭之可能性。例如，如果支配性公司就成本或其他市場條件能獲得較充足的資訊，或有能力扭曲關於獲利率之市場信號，則其可能進行掠奪，以影響潛在市場進入者之期望，並藉此遏止進入市場之行為。如果在複數市場上及/或在可能之進入市場行為發生的連續期間內，可感受到該行為及其可能的效果，則可能顯示出支配性公司正被普遍認為從事掠奪行為。如果目標競爭者(the targeted competitor)仰賴外部融資，則大量的價格下跌或具優勢地位之事業之其

格手段並未獲得好處，蓋每次出售即造成損失……。」(Case C-62/86 *AKZO Chemie v Commission* [1991] ECR I-3359, 第 71 段。)

⁴² 如果成本的估計係建立在生產之直接成本的基礎上(如於公司帳目所記錄者)，即可能未適當地掌握犧牲是否發生的情形。

⁴³ 然而，在從事該行為之事前決定乃基於善意的情形，事業即不應為帶來事後損失一事遭到處罰；亦即，如果其可提供確實證據，指出其可合理地預見到該行為將產生獲利。

⁴⁴ 參見 Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1993] ECR II-755, 第 151、171 段；以及 Case T-340/03 *France Télécom v Commission* [2007] ECR II-107, 第 198-215 段。

⁴⁵ 在 AKZO 乙案中(Case C-62/86 *AKZO Chemie v Commission* [1991] ECR I-3359)，法院相信在兩場會議中存在著如果 ECS 不退出有機過氧化物(organic peroxides)市場，則 AKZO 會以低於成本之定價威脅 ECS 的明確證據。此外，亦有附具數據之詳細計畫，敘述 ECS 若不退出該市場，AKZO 將實行之措施(參見第 76-82、115 及 131-140 段)。

他掠奪行為可能對競爭者之表現造成負面影響，從而其進一步取得融資之機會可能遭到嚴重地破壞。

68. 本會不認為為了要顯示反競爭封鎖的存在，即有必要證明競爭者已自市場外移。吾人不能排除下述情形發生之可能：具優勢地位之事業可能偏好於僅制止競爭者從事激烈地競爭，且使競爭者跟隨支配性公司之定價行為，而非欲使競爭者完全從市場上消滅。上述自我抑制的舉動即避免了消滅競爭者之行為的固有風險，尤其是以下風險：競爭者之資產以低價賣出後仍留在市場上，因而創造了一個新低成本之市場進入者。

69. 一般而言，如果具優勢地位之事業在掠奪行為進行到最後能合理地認為，其市場力量較若一開始未從事該行為所獲得者要來得大(亦即，如果該公司很可能有機會因犧牲行為而獲益)，則消費者很可能遭到損害。

70. 這並非意味著，僅在具優勢地位之事業很可能有能力提升其價格高於掠奪行為發生前在市場上維持之價格水準的情形，本會始會進行干預。例如，在該行為很可能妨礙或延緩原本即會發生之價格下跌的情形，即足以讓本會進行干預。確定消費者損害之事並非在從事獲利與損失的機械式計算，且亦不需要證實全部獲利。在結合其他因素(例如進入市場障礙)之考量下，對行為之可能效果加以估定，即有機會證明可能的消費者損害。⁴⁶在此背景下，本會亦將考量重新進入市場的可能性。

71. 如果具優勢地位之事業選擇性地透過低價以特定顧客作為目標，則對該事業而言可能較容易從事掠奪，蓋此方法將限制了該事業所招致之損失。

72. 如果掠奪行為係關於一般會運用在長期間之低價方式，具優勢地位之事業在此情形下較不可能從事掠奪。

c) 效率

73. 一般來說，吾人不可能認為掠奪行為將創造效率。然而，假如上述 III D 部分所提及的條件均獲滿足，本會將考慮具優勢地位之事業之主張：低定價活動使

⁴⁶ 此見解在 *Case T-83/91 Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II-755 乙案中獲得確認。經上訴到歐洲法院，該見解於 *Case C-333/94 Tetra Pak International v Commission* [1996] ECR I-5951 乙案中再獲維持；該案中，第一審法院說明無法獲得實際回收(actual recoupment)之證據(第 150 段最後)。不僅如此，由於掠奪行為在實行上可能結果顯示，較行為開始當初所預期者要來得困難，支配性公司從事掠奪之總成本可能超過其事後的獲利，並因此導致無法進行實際回收；不過，決定繼續進行先前開始之掠奪性策略，可能仍是理性的。亦參見 *COMP/38.233 Wanadoo Interactive*, 2003 年 7 月 16 日歐盟執委會裁決(Commission Decision)，第 332-367 段。

其達成與擴張市場有關之規模經濟或效率。

D. 拒絕供給及利潤擠壓 (margin squeeze)

74. 本會在設定其執行優先性時，係自以下立場開始著手：一般而言，無論是否具有支配性之任何事業，應有權利選擇其交易夥伴並自由處分其財產。因此，本會認為，在第 82 條之適用會導致對具優勢地位之事業施加供給義務的情形，基於競爭法原因所進行的干預即需要小心的考量。⁴⁷ 上述義務的存在-甚至在提供公平補償之下-可能破壞公司投資及創新的誘因，並藉此可能損害消費者。若具優勢地位之事業了解到其可能有義務須違反意願地做出供給，將可能導致具優勢地位之事業-或預見其可能變得具有支配性之事業-就系爭活動不進行投資或從事較少的投資。再者，競爭者可能受誘惑去搭上具優勢地位之事業所作投資之便車，來代替自己的投資。以上這些結果長期而言沒有一個是有利於消費者。

75. 通常，當具優勢地位之事業在下游市場(the “downstream” market)與其拒絕供應之買方競爭時，競爭的問題即會產生。「下游市場」一詞被用來指稱，為製造產品或提供服務所需之輸入品遭拒絕供給的市場。本部分只處理此種拒絕類型。

76. 其他類型之可能違法拒絕供應的行為(供應的前提條件乃買方接受其行為受到限制)，未於本部分獲得處理。例如，本會將按照關於獨家交易及合併買賣與搭售等部分規定的原則，檢驗為了處罰顧客與競爭者交易而停止供應，或對於不同意合併買賣約定之顧客拒絕供應等行為。同樣地，基於防止買方參與平行交易(parallel trade)⁴⁸或降低其轉售價之目的而拒絕供應的行為，亦未於本部分獲得處理。

77. 拒絕供應之概念所涵蓋的實際作法很廣，例如拒絕向現存或新顧客供給產品⁴⁹，拒絕授權使用智慧財產權⁵⁰ (包括當有必要提供介面資訊之時⁵¹)，或拒絕給

⁴⁷ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR I-743，第 50 段；Case C-418/01 *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039，第 35 段；Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601，第 319、330-332 及 336 段。

⁴⁸ 參見2008年9月16日Joined Cases C-468/06 à C-478/06 *Sot. Léloukas and Others v GlaxoSmithKline*, nyr 判決。

⁴⁹ Joined Cases 6/73 and 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

⁵⁰ Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR 743; Case C-418/01 *IMS Health v NDC*

予對基本設備或網路的使用機會⁵²。

78. 在拒絕供應行為之認定上，本會不認為遭拒絕產品已經被交易一事係必要的：能得知潛在買方有提出需求，且系爭輸入品的潛在市場可獲得確認⁵³二事，即屬足夠。同樣地，具優勢地位之事業作出實際拒絕行為一事非屬必要；「擬制拒絕」(“constructive refusal”)即為已足。例如，擬制拒絕可能採取過度延遲提供之形式，或以其他方式降低產品供應的品質，或涉及強加作為供給對價之不合理條件。

79. 最後，具優勢地位之事業可能不拒絕供應，而對於上游市場上的產品索價；該價格與其向下游市場所索取的價格相較下⁵⁴，無法讓甚至同樣有效率之競爭者能持續地在下游市場上交易並獲利(所謂的「利潤擠壓」[a so-called “margin squeeze”])。在利潤擠壓的個案中，本會一般將依賴用來決定同等有效率競爭者之成本的衡量基準，乃已合併之支配性公司裡下游部門的長期增支成本。⁵⁵

80. 如果下述要件均該當，本會將認定這些實務作法具有執行優先性：

- 拒絕行為係有關於為能在下游市場從事有效競爭所客觀上必要的產品或服務。
- 拒絕行為很可能導致下游市場上有效競爭的消滅。
- 拒絕行為很可能導致消費者損害。

81. 在某些特定個案中，吾人可清楚地發現，無論事先或事後地強加供應義務，對於輸入品所有人及/或其他企業經營者在上游市場從事投資或創新的誘因，顯然不可能造成負面影響。本會以為此種說法在下述情形特別是如此：符合共同體法(Community law)之管制已對具優勢地位之事業強加供應義務，且吾人清楚地自上述管制之基本考量因素中了解到，當公權力機關(public authority)強加上述供

Health [2004] ECR I-5039.這些判決顯示，在例外情形下，拒絕授權使用智慧財產權乃濫用行為。

⁵¹ 2007年9月17日 *Case T-201/04 Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決。

⁵² 參見以下歐盟執委會裁決：*B&I Line v Sealink Harbours and Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255;

IV/34.689 *Sea Containers v Stena Sealink – Interim Measures* (Commission Decision 94/19/EC of 21

December 1993, OJ 1994 L 15, 18.01.1994, pp. 8–19); IV/33.544 *British Midland v Aer Lingus*

(Commission Decision 92/213/EEC of 26 February 1992 - OJ 1992 L 96, 10.4.1992, p. 34).

⁵³ *Case C-418/01 IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039，第44段。

⁵⁴ 尚包括下述情形：出售一「組」(a “system” of)互補性產品的已合併公司，拒絕向一生產其他互補性產品之競爭者分拆出售其中一種互補性產品。

⁵⁵ 然而，在某些個案中，一個未遭合併之下游競爭者的長期增支成本，可能被用來作為衡量基準。例如，當吾人不可能就支配性公司之成本，明確地分派哪些屬下游營運，而哪些屬上游營運的時候。

應義務時已經在各誘因間作出必要的權衡。在具優勢地位之事業之上游市場部位已接受國家資源的融資，或在特別或排他性權利的保護下，前開部位已獲得發展的情形，前述說法亦會成立。在上述特定個案中，本會沒有理由偏離其一般執行標準；本會在未考慮到上開三要件是否均該當下，也可能會證明出可能的反競爭封鎖效果。

a) 輸入之客觀必要性

82. 本會在調查拒絕供應行為是否值得獲得執行優先性上的重視時，將考量對於企業經營者能夠在市場上從事有效競爭來說，遭拒絕之輸入品的供應是否客觀上有必要。這並非意味著，若欠缺遭拒絕之輸入品，沒有一個競爭者能進入或生存在下游市場中。⁵⁶毋寧是說，在下游市場上之競爭者無實際或潛在之替代輸入品可供仰賴，以(至少長期地)對抗拒絕行為之負面結果的情形，該輸入品即是不可或缺。⁵⁷就此點而言，本會通常將評估競爭者是否能有效地在可預見的將來，複製具優勢地位之事業所生產的輸入品。⁵⁸複製的觀念意指，創造出一個有效率供給之替代來源，而能夠讓競爭者在下游市場中對具優勢地位之事業發揮競爭上約束的力量。⁵⁹

83. 第 80 段規定之要件不僅適用於先前供應之中斷的個案，亦適用於拒絕供應具優勢地位之事業以往未曾供應予他人之商品或服務的情形(重新拒絕供應[*de novo refusals to supply*])。然而，現存供應約定之終止較重新拒絕供應之情形更有可能被發現係濫用的。例如，如果具優勢地位之事業以往曾供應提出供應要求之事業，且後者為了能使用後來遭拒絕供應之輸入品而已作出關係特定性的投資(*relationship-specific investments*)，則本會更有可能將系爭輸入品當作不可或缺

⁵⁶ 2007 年 9 月 17 日 Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決，第 428 及 560-563 段。

⁵⁷ *Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR 743，第52及53段；Case 7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft* [1998] ECR I-7791，第44-45段；2007年9月17日Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601的判決，第421段。

⁵⁸ 一般而言，在強烈的網路效應存在的情形，或當涉及所謂的「單一來源」資訊(“single source” information)的時候，則在輸入品牽涉到因規模或範疇經濟而生之自然獨占時，複製輸入品很可能是辦不到的。然而，在所有個案中，吾人應考慮到產業的動態本質，且特別要考量市場力量是否可能快速地消失。

⁵⁹ Case 7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft* [1998] ECR I-7791，第46段；Case C-418/01 *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039，第29段。

的。同樣地，基本輸入品之所有人在過去曾發現供應係對其有利的此一事實，即指出供應輸入品並未意味著所有人就原有投資會有收到足夠報酬的任何風險。因此，支配性公司有責任證明，何以情況已實際上有所改變，而使得現存供應關係之繼續會危及其充足的報酬。

b) 有效競爭之消除

84. 如果第 82-83 段所規定之要件獲得滿足，則本會認為具優勢地位之事業拒絕供應的行為，一般而言很可能立即或隨著時間的過去消滅了下游市場上的有效競爭。有效競爭遭消滅之可能性通常愈大，則支配性公司在下游市場之市佔率就會愈高；與下游市場之競爭者相比，支配性公司在能力上受到的約束也就愈小；支配性公司與其下游市場上競爭者之輸出品間的替代性即會愈高；下游市場上受影響之競爭者的比例亦會愈高；且遭封鎖之競爭者原能供應的需求，即更可能會自其移轉出去，而使得具優勢地位之事業受益。

c) 消費者損害

85. 本會在調查拒絕供應行為對消費者福利之可能衝擊時，將研究對於消費者而言，相關市場上拒絕供應行為所生之可能負面結果，是否隨著時間的經過超越了強加供給義務所造成的負面後果。若是，則本會通常將開始調查該個案。

86. 本會以為，在以下例示的兩種情形下，消費害損害可能會發生：1) 具優勢地位之事業所封鎖之競爭者由於拒絕供應行為而遭阻止不讓其將創新商品或服務引進市場；及/或 2) 後繼的創新可能遭到扼殺。⁶⁰ 在下述情況中，實際情形特別是如此：提出供應請求之事業不打算劃地自限地僅複製具優勢地位之事業於下游市場上已提供的商品或服務，反而企圖生產新的或經改良的商品或服務；且該種商品或服務有潛在的消費者需求，或很可能促進技術發展。⁶¹

87. 本會亦認為，在上游輸入品市場之價格受到管制，下游市場價格未受管制，且具優勢地位之事業能夠藉由透過拒絕供應行為來排除下游市場競爭者的方式，於未受管制之下游市場攫取較其他情形所能獲得者的更多利潤等情形下，拒絕供應行為可能導致消費者損害。

⁶⁰ 2007 年 9 月 17 日 Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決，第 643、647-649、652-653 及 656 段。

⁶¹ Case C-418/01 *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039，第 49 段；Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601，第 658 段。

d) 效率

88. 本會將考量具優勢地位之事業所提出之主張：對於使具優勢地位之事業能夠就發展其輸入品業務所必要之投資實現足夠的報酬而言，拒絕供應行為係屬必要；從而讓具優勢地位之事業將失敗計劃亦納入考量下，產生其繼續進行未來投資的誘因。本會亦將考慮具優勢地位之事業之以下主張：供應義務，或強加上述義務所將引發市場條件之結構性改變(包括競爭者後續創新的發展)，將對前開事業本身的創新造成負面影響。

89. 然而，本會當考量上述主張時，將確保前開 III D 部分所規定之條件獲得滿足。尤其，具優勢地位之事業有義務證明供應義務對其本身創新水平所可能造成的負面衝擊。⁶²並且，如果具優勢地位之事業以往曾供給系爭輸入品，則對於拒絕供應行為基於效率理由獲得正當性之任何主張的評估，上開證明事項可能是關係重大的。

⁶² 2007 年 9 月 17 日 Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 的判決，第 659 段。