

《公平交易季刊》

第 27 卷第 2 期 (108/4)，頁 43-98

©公平交易委員會

## 歐盟競爭法轉售價格維持與 電子商務發展下之反思

楊智傑\*

### 摘要

最低轉售價格維持具有正面及促進競爭效果，包括解決搭便車問題，以及展店理論等，其也被美國最高法院 2007 年 *Leegin* 案所肯定。相對於美國，歐盟至今仍將最低轉售價格維持視為核心限制，排除於集體豁免規則之適用，也很難符合 TFEU 第 101 條第 3 項的個別豁免。歐盟執委會在 2018 年 7 月 24 日，對 4 家消費電器製造廠商，包括華碩等公司在內開罰，認為這 4 家公司對網路商店的轉售價格限制，違反歐盟競爭法。就裁罰結論來看，歐盟執委會維持一貫看法，維持最低轉售價格原則上屬於 TFEU 第 101 條第 1 項的核心限制，推定有反競爭效果，且不適用之集體豁免規則的集體豁免，而在該案也不適用 TFEU 第 101 條第 3 項的個別豁免。這樣的發展，一方面有助於網路商店的比價戰爭，讓消費者買到更便宜的商品。但另一方面，電子商務發展下，網路零售商的低價競爭，確實嚴重衝擊了實體零售商的生存空間，其不僅是過去討論的服務搭便車問題，而是更根本的影響了實體零售商的存活，屬於展店理論問題。實體零售商萎縮，進而會影響製造商的整體銷售量。本文最後也將提出，或許存在幾種轉售價格維持的替代方案，但面對網路零售商的低價競爭，新的替代方案也有法規與現實上的困境。

**關鍵詞：**轉售價格維持、歐盟競爭法、集體豁免、個別豁免、電子商務、圖書定價銷售制度、搭便車理論、展店理論

投稿日期：107 年 12 月 6 日

審查通過日期：108 年 3 月 26 日

\* 國立雲林科技大學科技法律所教授，台灣大學法學博士。本文初稿發表於第 25 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」，感謝研討會與談人楊宏暉教授給予之寶貴意見。經修改後投稿，作者亦感謝二位匿名審查人之寶貴意見。惟所有文責由作者自負。

## 一、前言

歐盟執行委員會（European Commission，下稱歐盟執委會）在 2018 年 7 月 24 日，對 4 家消費電器製造廠商，包括華碩、Denon & Marantz、Philips 和 Pioneer 開罰，認為這 4 家公司對網路商店的最低轉售價格維持限制（以下本文若沒有特別強調，所使用轉售價格維持／Resale Price Maintenance，RPM，均指最低轉售價格維持），違反歐盟競爭法。由於在調查期間與歐盟執委會配合，故執委會對 4 家公司的裁罰減輕，最終裁罰金額共 1 億 1 千 1 百萬歐元。該案是歐盟執委會第一次針對網路轉售價格維持案例，進行開罰。從裁罰理由看，歐盟執委會維持過去對維持轉售價格在歐盟競爭法上的一貫立場，認為其屬於核心限制，無法適用集體豁免規則，也很難符合歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，下稱 TFEU）第 101 條第 3 項的個別豁免。

關於歐盟垂直交易限制相關法規與指引之發展與內容，國內已有文獻詳細討論，例如楊宏暉<sup>1</sup>；此外，對於歐盟最低轉售價格維持的討論，國內也有文獻進行討論，包括魏杏芳<sup>2</sup>及楊宏暉<sup>3</sup>等。但是，對於實體歐盟法院處理對最低轉售價格維持案例的細部操作，上述文獻介紹稍少，尤其對於所謂能否適用 TFEU 第 101 條第 3 項之個別豁免條件之具體討論，國內文獻幾乎沒有觸及。此外，魏杏芳雖然介紹了歐盟對於網路最低轉售價格維持可能涉及的法規操作進行討論，但 2018 年的華碩案，才是歐盟執委會真正首次處理網路最低轉售價格維持案例。因此，本文認為，儘管有前述文獻的貢獻，但仍需要就具體案例進行深入介紹，方能體會歐盟執委會與歐洲法院對第 101 條第 3 項個別豁免要件的實際解釋，以理解為何在歐盟華碩裁罰案中，華碩直接放棄了個別豁免要件的抗辯。

由此一歐盟執委會處罰華碩網路轉售價格維持案例，引發吾人思考，在電子商務<sup>4</sup>蓬勃發展下，製造商為何要採取轉售價格維持？傳統上對於轉售價格維持的爭

<sup>1</sup> 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，115-152（2019）。

<sup>2</sup> 魏杏芳，「論網路經銷的價格限制」，公平交易季刊，第 26 卷第 2 期，161-164（2018）。

<sup>3</sup> 楊宏暉，前揭註 1，152-153。

<sup>4</sup> 對於電子商務（E-commerce）乃描述整個商業交易環境大幅的發生在網路上，此用語乃描述這樣的產業大環境的發展。本文另外使用網路銷售（internet sale）則是用於指涉相對於實體店面的銷售。在許多文獻上均採用這樣的使用方式，例如本文以下所援引的 2017 年「電子商務產業調查

辯，已經有非常多的論述，正反雙方均提出精彩的理論攻防。但是，在電子商務興起的近二十年間，網路零售商的出現，對於傳統的轉售價格維持論述，有無強化哪一方的論述？或有不同的理由。

簡單來說，在電子商務環境下，製造商之所以要限制網路商店的最低轉售價格，最主要是怕網路商店搭便車的問題。因為網路商店並不提供銷售前的產品展示與解說服務，以及銷售後的安裝與維修服務；消費者可能會利用實體店面的疑問解說及產品體驗等零售服務之後，回家在線上比價並購買看中的產品。不論過去對去最低轉售價格的文獻（例如馬泰成<sup>5</sup>）或者對網路最低轉售價格的文獻（例如魏杏芳<sup>6</sup>），均著重討論搭便車理論之論述。而筆者將在本文提出，網路零售商之所以可以低價競爭，並非不提供「服務」，而是根本沒有實體商店的營運成本，導致其所能提供的低價競爭問題，比起傳統的服務搭便車理論討論的問題，還要更為嚴峻。

搭便車理論之論述，作為最低轉售價格維持的理由，是為了解決水平外部性之問題。但是，本文更想強調的是，展店理論及垂直外部性問題，才是製造商為何想要限制網路零售商轉售價格的重要原因。這方面的論述，馬泰成已有簡單介紹<sup>7</sup>，而筆者認為在網路銷售與實體銷售的競爭上，展店理論比起搭便車理論有更強的解釋力。網路零售商一方面沒有實體店面經營成本，另一方面也不提供售前或售後服務，而採取低價競爭，造成實體商店銷售量減少，不但會選擇減少所提供服務，甚至可能慢慢關店。由於實體商店的存在本身，以及所提供的銷售服務，可以提高消費者需求，當實體商店關店或減少銷售服務，消費者需求也減少，製造商整體的產品銷售量也會減少。因此，製造商為了鼓勵實體商店持續提供良好的售前與售後服務，或者希望實體商店存活，就會想避免網路商店把價格壓得過低，會想限制網路商店的最低轉售價格。

以下本文第二部分，將先簡單介紹轉售價格維持的正面與促進競爭功能，說明需要提供展示體驗解說的產品，轉售價格維持可以避免搭便車，進而避免實體店面萎縮、影響製造商的整體銷售。第三部分，介紹 TFEU 對於維持轉售價格的相關規範，尤其是豁免規定，包括集體豁免規則與個別豁免規則等內容。第四部分，介紹

---

報告」（Final report on the E-commerce Sector Inquiry），其描述電子商務為一產業環境，但內容仍使用網路銷售（online sale）或網路零售商（online retailers）。

<sup>5</sup> 馬泰成，「限制轉售價格與合理原則」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期，36-39（2017）。

<sup>6</sup> 魏杏芳，前揭註 2，155-156。

<sup>7</sup> 馬泰成，前揭註 5，42。

圖書定價銷售制度在歐盟引發的案例。透過圖書定價銷售，一方面從案例中瞭解個別豁免規則四條件的操作，二方面也可思考圖書此種文化傳承的重要商品，確實會因為取消圖書定價銷售制而造成整體銷售萎縮，以及許多國家都另外立法採取圖書定價銷售制，以凸顯在某些產品上，轉售價格維持的必要性。第五部分則介紹歐盟 2018 年 7 月對華碩等 4 家公司進行的裁罰案的論述，該案是歐盟執委會第一件對於電子商務的轉售價格維持案例進行處罰。從該案中可以看到，歐盟執委會並不認為轉售價格維持在電子商務上的適用有何獨特性，而需要例外豁免。第六部分，則針對網路商店崛起，對實體零售店造成的衝擊，探討是否惡化了搭便車理論，還是有其他的原因造成實體商店萎縮。有學者認為，促銷折讓或選擇性經銷體系，相對於轉售價格維持，是限制競爭較小的手段；但本文將提出，其在法規上或現實上仍有許多困難，導致轉售價格維持，仍然是必須思考的手段之一。最後為本文結論。

## 二、轉售價格維持的促進競爭效果

轉售價格維持一般來說，會有限制競爭效果與促進競爭效果。轉售價格維持可能的限制競爭效果，並非本文主要討論焦點，本段僅簡單說明<sup>8</sup>。

第一種類型，是下游零售商採取聯合行為，希望避免價格競爭，故透過製造商的轉售價格維持約定，來協助零售商的聯合行為<sup>9</sup>。第二種類型，則是上游製造商與其他製造商進行價格的聯合行為，因此製造商對下游零售商透過轉售價格約定，以協助遵守製造商間的聯合行為<sup>10</sup>。第三種類型，則是具有市場力量的大型零售商，不希望有其他新進的零售商採取價格競爭而奪取其市場，因此要求製造商採取轉售價格維持，讓其他新進的零售商無法透過降價競爭，或者在經銷體系上創新，而威脅到原本具市場占有率（下稱市占率）的零售商<sup>11</sup>。

本文關心的是轉售價格維持的促進競爭效果。以下（一）先介紹，一般文獻中

---

<sup>8</sup> 採取轉售價格維持可能的各種傷害競爭的態樣與條件，詳細分析，可參考馬泰成，前揭註 5，51-58。

<sup>9</sup> Daniel B. Nixa, "Internet Retailers and Intertype Competition: How the Supreme Court's Incomplete Analysis in *Leegin v. PSKS* Leaves Lower Courts Improperly Equipped to Consider Modern Resale Price Maintenance Agreements," *11 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 461, 473-474 (2009).

<sup>10</sup> *Id.*, at 474.

<sup>11</sup> *Id.*, at 474-475.

提及的，轉售價格維持具有的正面或促進競爭效果。（二）則介紹美國 *Leegin* 案中最高法院提及的轉售價格維持可能有的促進競爭效果。

### （一）轉售價格維持的正面及促進競爭效果

根據文獻整理，一般認為，維持最低或固定轉售價格的促進競爭效果，可以解決非價格的外部性（*solving non-price externalities*）。而非價格外部性主要有六種，其中前兩種是要解決水平的（零售商間）外部性問題，後四種理由則是要解決垂直的（製造商和零售商間）外部性問題<sup>12</sup>。

第一種水平外部性稱為特殊服務理論，也就是為了避免搭便車問題。有些貨物的銷售，需要特別的銷售前服務（*pre-sale services*），包括廣告、有知識銷售人員的解說、貨物展示、消費者的體驗等。提供這些銷售前服務，需要零售商投資，但若可讓零售商自由降價折扣，消費者可能會在提供銷售前服務的商店體驗服務後，再去便宜的零售商那邊去購買，這就是典型的服務搭便車問題<sup>13</sup>。

第二種水平外部性，則是品質驗證理論<sup>14</sup>。有提供商品庫存與展示的零售商，會挑選好的商品在店面展示，並塑造流行趨勢。而不提供商品庫存與展示的零售商，就可以搭便車，販賣其他廠商經過品質驗證挑選的商品。所以，這種品質驗證理論，其實也是第一種搭便車問題的延伸類型<sup>15</sup>。

第三種理論是品牌形象理論，亦即製造商想要透過維持高價來訴諸產品的高級形象，但若讓零售商隨意打折扣，會傷害到製造商的品牌形象。所以這個外部性是垂直外部性，是零售商影響到製造商的品牌形象<sup>16</sup>。

<sup>12</sup> Frederik van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: A Law and Economic Perspective*, Master Thesis, Utrecht University School of Law, 62-65 (2009); Marina Lao, "Internet Retailing and 'Free-Riding': A Post-Leegin Antitrust Analysis," *14(9) Journal of Internet Law*, 14, 15 (2011). 於此補充說明，雖然 Frederik van Doorn 之論文為碩士論文，但因為其詳細整理介紹了各種維持轉售價格之理論，且於經濟解釋上區分為水平外部性與垂直外部性，本文受其區分類型啟發較大，故仍然加以引用。

<sup>13</sup> Frederik van Doorn, *id.*, at 62-63; Marina Lao, *id.*, at 15. 黃銘傑，「維持轉售價格規範之再檢討」，收錄於：黃銘傑，*公平交易法之理論與實際*，初版，新學林出版公司，257-262（2002）。

<sup>14</sup> Howard P. Marvel & Stephen McCafferty, "Resale Price Maintenance and Quality Certification," *15(3) RAND Journal of Economics*, 346 (1984).

<sup>15</sup> Frederik van Doorn, *supra* note 12, 63-64. 黃銘傑，前揭註 13，262-263。

<sup>16</sup> Frederik van Doorn, *id.*, at 64; Edward Iacobucci & Ralph A. Winter, "European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective," *81(1) Antitrust Law Journal*, 47, 52-53 (2016). 馬泰成，前揭註 5，42。

第四種理論是品質保證理論，亦即，製造商想要鼓勵零售商多提供售後服務，才能確保產品銷售後因為售後服務，而維持商品使用上的品質，形成口碑。但倘若沒有最低轉售價格限制，不提供售後服務的零售商可以提供折扣，導致沒有零售商願意提供售後服務<sup>17</sup>。

第五種理論是展店理論<sup>18</sup>。製造商希望零售商設置多一些店面，可以庫存並展示多一點商品，而有助於提高消費者需求。但展設店面需要成本，若沒有最低轉售價格限制，零售商就不願意花這麼多成本投資店面，而減少庫存與店面，進而影響了消費者需求，而減少製造商的整體銷售<sup>19</sup>。

第六種理論是需求風險理論<sup>20</sup>。由於零售商不確定銷售的情況，為了避免庫存太多賣不出去，而會減少庫存而避免風險。若製造商能提供維持最低轉售價格，保證有一定的獲利空間，可讓製造商和零售商一起分攤滯銷的風險<sup>21</sup>。

整體而言，透過轉售價格維持，一方面讓零售商無法在價格上競爭，而在銷售前服務上競爭，除了可以避免零售商間的搭便車問題，解決水平外部性問題；二方面透過轉售價格維持，避免品牌內的價格競爭，促使零售商只能在銷售服務做競爭，可以刺激消費者需求，讓產品賣的更好，進而提升品牌間的競爭。此時，不會因為轉售價格維持（提高價格）而使銷售量減少，反而會因為提供更多服務，提升消費者需求，整體而言對製造商有利，解決垂直外部性問題<sup>22</sup>。

## （二）美國 Leegin 案對轉售價格維持正面效果的論述

過去美國法院長達一世紀以上的見解認為，轉售價格維持限制屬於當然違法（per se illegal）行為。但到了 2007 年的 *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 案（下稱 Leegin 案）<sup>23</sup>，則認為「垂直最低轉售價格維持協議」應改依合理原則

<sup>17</sup> Frederik van Doorn, *supra* note 12, 64.

<sup>18</sup> J.R. Gould & L.E. Preston, "Resale Price Maintenance and Retail Outlets," *32(127) Economica*, 302 (1965).

<sup>19</sup> Frederik van Doorn, *supra* note 12, 64-65.

<sup>20</sup> Raymond Deneckere, Howard P. Marvel & James Peck, "Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance," *111(3) Quarterly Journal of Economics*, 885 (1996).

<sup>21</sup> Frederik van Doorn, *supra* note 12, 65.

<sup>22</sup> Daniel B. Nixa, *supra* note 9, 472-473.

<sup>23</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

(rule of reason) 來判斷其是否違反競爭法<sup>24</sup>。

對於轉售價格維持，美國最高法院在 2007 年的 *Leegin* 案，推翻了 1911 年的 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 案<sup>25</sup>，從過去採取的當然違法，改採合理原則分析 (rule of reason analysis)。在 *Leegin* 案所提到的合理原則分析指出，轉售價格維持雖然有反競爭效果<sup>26</sup>，但也可能會有促進競爭效果<sup>27</sup>。

美國最高法院指出，最低轉售價格維持，可以減少品牌內的競爭 (intra-brand competition)，促進品牌間的競爭 (inter-brand competition)。促進品牌間的競爭很重要，因為反托拉斯法的主要目的，就是保護這種競爭類型。當廠商使用垂直價格限制，是希望消除品牌內競爭，這可以鼓勵零售商投資在有形或無形的服務，或投資在促銷活動上，而有助於提升製造商與競爭對手競爭的地位。轉售價格維持也有可能給消費者更多選擇，讓他們可以在低價低服務品牌、高價高服務品牌、和中價位中服務品牌間進行選擇<sup>28</sup>。

最高法院繼續說明，若沒有垂直價格限制，可以促進品牌間競爭的零售服務，需求就會出現不足。因為提供折扣的零售商，可以對提供服務的零售商搭便車 (free ride)，奪取那些提供服務者產生出來的增加需求。零售商若投資好的展示間提供商品展示，或雇用受訓練的解說員工，消費者可能會理解產品的好處。但當消費者可以向其他降價的零售商購買，高服務的零售商就會損失銷售額，就會促使他們減少服務，降低到低於消費者可能希望的服務水準。而維持最低轉售價格可以減緩這個問題，價格的競爭減少，這些零售商就會在服務上做競爭<sup>29</sup>。

此外，最高法院提及，轉售價格維持有助於促進品牌間的競爭，因為其可促進新公司和新品牌的加入。對新公司或要推銷新產品的製造商來說，若能採取轉售價格維持，可以吸引有能力且積極的零售商增加在實體店面和員工的投資，這對推銷消費者不認識的產品而言，是有必要的。新產品和新品牌對動態經濟發展是必要的，這就有促進競爭的效果<sup>30</sup>。

<sup>24</sup> 關於美國 *Leegin* 案之中文詳細討論，參見周振鋒，「美國法對轉售價格維持的新發展－兼論公平交易法第 18 條的妥適性」，*公平交易季刊*，第 19 卷第 1 期，119-154 (2011)。

<sup>25</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

<sup>26</sup> *Leegin*, 551 U.S. at 892-894.

<sup>27</sup> *Id.*, at 889-892.

<sup>28</sup> *Id.*, at 890.

<sup>29</sup> *Id.*, at 890-891.

<sup>30</sup> *Id.*, at 891.

最後，最高法院指出，就算沒有搭便車問題，轉售價格維持可以鼓勵零售商提供服務。製造商通常很難在契約中明確要求零售商要提供什麼服務。但若能在契約中確保零售商的銷售獲利空間，約定若沒有達到銷售的期望則會終止契約，這將是擴張製造商市占率最有效的方法，因為可以鼓勵零售商提高表現，使用自己的創意和經驗，提供有價值的服務<sup>31</sup>。

從美國最高法院的說理可知，其提到三個正面效果，對應到前述六種理論，至少包括第一種特殊服務理論（搭便車理論）、第四種品質保證理論、第五種展店理論。必須強調的是，美國最高法院明確指出，就算沒有搭便車問題，維持轉售價格可以鼓勵零售商提供服務，且也提到，由製造商約定零售商要提供什麼服務，有所困難，監督上更困難，所以可用轉售價格維持，作為激發零售商提供各種服務的最佳手段<sup>32</sup>。

### 三、歐盟轉售價格維持相關規範

相對於美國前述 *Leegin* 案不再將維持最低轉售價格當成當然違法，歐盟仍將維持最低轉售價格視為有「目的」違法的「核心限制」（hardcore restriction），推定其違法。但歐盟執委會也曾明示，當事人仍然可以主張效率抗辯，尋求依 TFEU 第 101 條第 3 項所定個別豁免的可能。不過要符合個別豁免的可能性很低。以下詳細介紹歐盟競爭法下轉售價格維持相關規定。

#### （一）TFEU 第 101 條

歐盟對於限制競爭協議之規定，於 1958 年生效的羅馬條約（歐洲經濟共同體條約，Treaty establishing the European Economic Community）中，規定於第 85 條；到 1999 年生效的歐洲共同體條約（阿姆斯特丹條約，Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts），相同規定改到第 81 條<sup>33</sup>；到 2009 年的里斯本條約（即現在的

<sup>31</sup> *Id.*, at 891-892.

<sup>32</sup> Benjamin Klein, “Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding,” *76(2) Antitrust Law Journal*, 431, 440, 453 (2009).

<sup>33</sup> 對歐洲共同體條約第 81 條之介紹，可參考劉孔中，*公平交易法*，初版，元照出版公司，134-135（2003）。



TFEU) ，改為現在的第 101 條<sup>34</sup>。

TFEU 第 101 條第 1 項規定：「下述行為不符合建立內部市場，應被禁止：所有事業間的協議、同業公會間的決定與共同行為 (concerted practices)<sup>35</sup>，會影響會員國間的貿易<sup>36</sup>，其主要目的或效果是要避免、限制或扭曲內部市場的競爭，尤其下列行為：

- (a) 直接或間接固定購買或銷售價格，或任何其他交易條件；
- (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
- (c) 分享市場或供應來源；
- (d) 對其他交易對象的相同情況給予不相似條件，而產生競爭上劣勢；
- (e) 要求契約簽署必須先接受其他補充義務，那些義務從性質或商業用途來看，與原交易標的沒有關聯。<sup>37</sup>」

由上述規定可知，TFEU 第 101 條乃規範一般反競爭協議行為，但沒有限於水

<sup>34</sup> 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」，收錄於：洪德欽、陳淳文，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），初版，臺灣大學出版中心，8（2015）。

<sup>35</sup> 關於 concerted practices 這個詞，有翻譯為「一致性行為」，參見何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期，147（2006）；許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，收錄於：廖義男、黃銘傑，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司，156（2017）。亦有翻譯為「共同行為」，參見謝國廉，「論歐盟競爭法『共同行為』（concerted practice）之概念與實務」，收錄於：廖義男、黃銘傑，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司，115-152（2017）。其內涵，非常接近我國公平交易法第 14 條第 2 項：「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」中的共同行為，故本文採「共同行為」此一用語。

<sup>36</sup> 此要件之討論，可參考許曉芬，同上註，164-165；陳麗娟，歐洲經濟法，4 版，五南圖書出版公司，205-206（2018）；謝國廉，前揭註 34，22-23。

<sup>37</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101(1) (“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.”).

平的協議，也包括垂直的協議<sup>38</sup>。因此，第 101 條第 1 項 a 款所謂的「直接或間接固定銷售價格」，包括水平聯合行為（約定共同漲價或維持價格），也包括垂直的協議（由上游廠商約束下游廠商的轉售價格）<sup>39</sup>。

雖然第 101 條第 1 項禁止上述反競爭協議或共同行為，尤其是 a 款直接或間接固定銷售價格，但若根據 TFEU 第 101 條第 3 項的例外，則不予禁止。其規定：

「3.第 1 項之規定，在下列情形可不適用：

- 事業間的任何協議或協議類型，
- 同業公會的任何決定或決定類型，
- 任何共同行為或類型的共同行為，

有助於提昇產品的製造或分銷，或促進科技進步或經濟成長，且讓消費者公平分享其利益（allowing consumers a fair share of the resulting benefit），且沒有：

- (a) 加諸該事業的限制，對達成上述目標不是不可或缺的（are not indispensable to）限制；
- (b) 提供該事業有消除系爭產品實質部分競爭的機會。<sup>40</sup>」

## （二）集體豁免與個別豁免

### 1. 集體豁免規則

歐盟執委會於 2010 年發布 330/2010 關於適用 TFEU 第 101 條第 3 項於垂直協

<sup>38</sup> 謝國廉，前揭註 34，18-22；謝國廉，前揭註 35，124-125；陳麗娟，前揭註 36，202-203。

<sup>39</sup> 相對於歐盟將維持轉售價格規定於歐盟運作條約第 101 條的聯合行為下，我國公平交易法的聯合行為，規定於第 14 條至第 18 條，而將維持轉售價格獨立規定於第 19 條。謝國廉，前揭註 35，125。

<sup>40</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101(3)(“3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”).

議和共同行為類型之規則<sup>41</sup>，一般稱為「垂直限制集體豁免規則」（Vertical Block Exemption Regulation）。該規則的前身，為 1999 年版本的「歐盟執委會(EC) No 2790/1999 關於適用共同體條約第 81 條第 3 項於垂直協議和共同行為類型之規則」<sup>42</sup>。

魏杏芳指出：「所謂『集體豁免規則』（Block Exemption Regulation），是歐盟執委會對原本依 TFEU 第 101 條第 3 項可個別豁免於依同條第 1 項被禁止的協議、決定或共同行為，予以類型化並以『規則』（regulation）的形式規定，使豁免規定的範圍較為明確。由於這類事業間的合意通常不會影響市場競爭而不會被禁止，為減輕執委會的執行壓力，並提供事業不受處罰的安全港，歐盟執委會自 1965 年開始，即獲得歐盟理事會的授權，得制定集體豁免規則。<sup>43</sup>」

其中第 2 條，乃先將第 101 條第 3 項不適用的垂直協議（vertical agreements），予以明訂。該 330/2010 垂直協議和一致性規則第 2 條規定：「

1.根據條約第 101 條第 3 項以及本規則相關條文，在此明訂，條約第 101 條第 1 項不適用於垂直協議。

此一豁免規定，適用於協議包含了垂直限制（vertical restraints）的情形。

2.第 1 項所規定的豁免，適用於產業公會及其成員間、或產業公會和其供應商間，達成的垂直協議，只要所有成員都是產品的零售商，且該協會單一成員及其相關事業的年營收不超過 5,000 萬歐元。此種工會所簽署的垂直協議在本規則涵蓋範圍內，但不影響 TFEU 第 101 條就公會成員間的水平協議和工會所為決定之適用。

3.第 1 項所規定的豁免，應適用於包含智慧財產權轉讓或授權條款的垂直協議，只要那些條款不構成這種協議的主要目的，且與買方和其消費者就產品服務的使用、銷售或再銷售直接相關。此一豁免適用之條件在於，就契約產品或服務，這些條款並沒有包含與本規則未豁免之垂直限制具相同效果的競爭限制。

4.第 1 項所規定的豁免，不適用於相競爭事業間簽署的垂直協議。然而，其適用於

---

<sup>41</sup> 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, OJ 2010 L 102/1 (hereinafter referred to as “Vertical Block Exemption Regulation”).

<sup>42</sup> Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (Text with EEA relevance).

<sup>43</sup> 魏杏芳，前揭註 2，154，註 35。類似背景說明，亦可參考劉孔中，前揭註 33，140-141。

相競爭事業所簽署之非交互的垂直協議，且：

- (a) 供應商是商品之製造和經銷者，買方是經銷者，且並非在製造階段的相競爭事業；或
- (b) 供應商在貿易的幾個階段是服務之供應商，而買方在零售階段為產品或服務提供者，且並非在所購買服務的貿易階段為一相競爭事業。

5. 此規則並不適用下列之垂直協議，該垂直協議落入任何其他限制豁免規範（block exemption regulation）的範圍內；除非在該規則中另有規定。<sup>44</sup>」

垂直限制集體豁免規則最重要的規定就是，由於垂直協議比起水平協議，沒有水平協議傷害競爭來的嚴重，因此，其規定只要參與垂直限制協議的廠商，在相關市場市占率不超過 30%，原則上均可獲得集體豁免<sup>45</sup>。該規則第 3 條規定市占率門檻：「第 2 條規定豁免之適用條件為，供應者在其銷售商品服務之相關市場市占率

<sup>44</sup> Vertical Block Exemption Regulation, *supra* note 41, Article 2 (“Exemption

1. Pursuant to Article 101(3) of the Treaty and subject to the provisions of this Regulation, it is hereby declared that Article 101(1) of the Treaty shall not apply to vertical agreements.

This exemption shall apply to the extent that such agreements contain vertical restraints.

2. The exemption provided for in paragraph 1 shall apply to vertical agreements entered into between an association of undertakings and its members, or between such an association and its suppliers, only if all its members are retailers of goods and if no individual member of the association, together with its connected undertakings, has a total annual turnover exceeding EUR 50 million. Vertical agreements entered into by such associations shall be covered by this Regulation without prejudice to the application of Article 101 of the Treaty to horizontal agreements concluded between the members of the association or decisions adopted by the association.

3. The exemption provided for in paragraph 1 shall apply to vertical agreements containing provisions which relate to the assignment to the buyer or use by the buyer of intellectual property rights, provided that those provisions do not constitute the primary object of such agreements and are directly related to the use, sale or resale of goods or services by the buyer or its customers. The exemption applies on condition that, in relation to the contract goods or services, those provisions do not contain restrictions of competition having the same object as vertical restraints which are not exempted under this Regulation.

4. The exemption provided for in paragraph 1 shall not apply to vertical agreements entered into between competing undertakings. However, it shall apply where competing undertakings enter into a non-reciprocal vertical agreement and:

(a) the supplier is a manufacturer and a distributor of goods, while the buyer is a distributor and not a competing undertaking at the manufacturing level; or

(b) the supplier is a provider of services at several levels of trade, while the buyer provides its goods or services at the retail level and is not a competing undertaking at the level of trade where it purchases the contract services.

5. This Regulation shall not apply to vertical agreements the subject matter of which falls within the scope of any other block exemption regulation, unless otherwise provided for in such a regulation.”)

<sup>45</sup> S. Umit Kucuk & Harry J.P. Timmermans, “Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. perspectives,” *19(5) Journal of Retailing and Consumer Services*, 537, 539 (2012).

不超過 30%，且購買者在其購買商品服務之相關市場市占率不超過 30%。<sup>46</sup>」市占率低於 30%，其假設不會對競爭造成傷害，或者造成的傷害不會大於該行為帶來的效益<sup>47</sup>。

儘管有上述豁免規定，但在該規則第 4 條，仍規定了所謂的核心限制（hardcore restrictions），無法適用第 2 條的集體豁免。第 4 條規定：「會移除集體豁免利益的限制：核心限制

第 2 條所規定之豁免，不應適用於下述垂直協議，其會直接或間接、獨立或搭配其他當事人控制的元素，具有下述目的（object）：(a)限制買方決定銷售價格的能力，但不影響供應商可以加諸最高銷售價格或建議銷售價格，只要其不會因為當事人的壓力或所提供之誘因，而沒成為固定或最低銷售價格；...<sup>48</sup>」

由於核心限制已經明文規定，只要具有限制買方決定銷售價格能力的「目的」，本質上就是限制競爭，而不需要考慮是否確實造成限制競爭之效果（effect）<sup>49</sup>。

在 2003 年的 Yamaha 案，涉及的是日本鋼琴 Yamaha 公司，對歐洲各國經銷商，限制其轉售地區，以及轉售價格的案件<sup>50</sup>。其中，對於荷蘭的轉售價格約定，其約定經銷商只能按照建議轉售價格做廣告，但允許折扣行銷，但最大的折扣不能超過建議價格的 15%。因而，執委會認為，對折扣空間做限制，實際上等於是設定了最低銷售價格<sup>51</sup>。另外，Yamaha 對義大利的經銷商，要求其絕對不可以在任何形

<sup>46</sup> Commission Regulation (EU) No 330/2010, Article 3 (“1. The exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the market share held by the supplier does not exceed 30 % of the relevant market on which it sells the contract goods or services and the market share held by the buyer does not exceed 30 % of the relevant market on which it purchases the contract goods or services. ...”).

<sup>47</sup> S. Umit Kucuk & Harry J.P. Timmermans, *supra* note 45, 539.

<sup>48</sup> Commission Regulation (EU) No 330/2010, Article 4 (“Article 4 Restrictions that remove the benefit of the block exemption — hardcore restrictions The exemption provided for in Article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object: (a) the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties; ...”).

<sup>49</sup> 關於目的限制或效果限制的討論，可參考楊宏暉，前揭註 1，119-121；許曉芬，前揭註 35，165-166；陳麗娟，前揭註 36，207-208。

<sup>50</sup> Case COMP/37.975 PO/Yamaha, Commission decision of 16.07.2003, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37975/37975\\_91\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37975/37975_91_3.pdf), last visited on date: 2018/12/5.

<sup>51</sup> *Id.*, at paras. 124-126.

式的廣告或標價上，標示與建議價格不同的價格。但是，Yamaha 主張，那只是一個建議轉售價格，只是要求不能將其他價格印在廣告上或店內標示上，並沒有真的禁止經銷商降價。因此，其主張該建議轉售價格，雖然有限制競爭之目的，但沒有限制競爭的效果<sup>52</sup>。但執委會認為，其仍然會有限制競爭的可能效果，因為其既然限制可以看到的標示價格，就會有視覺上和心理上的效果，尤其是廠商的市場地位越大，這種效果就越大<sup>53</sup>。在奧地利，Yamaha 則對經銷商建議，轉賣給其他經銷商的價格，為進貨價乘以 1.0877。雖然 Yamaha 主張那也只是一種建議，並沒有真的約束經銷商轉賣給其他經銷商的價格，但執委會認為，這已經具有限制競爭的目的，不管其有無限制競爭的效果<sup>54</sup>。

執委會強調，由於該案系爭的限制轉售區域以及限制轉售價格，屬於核心限制，所以只要具有限制競爭之目的，不必去管到底實際上有無限制競爭的效果。限制競爭的效果，只是在決定罰鍰時的參考因素<sup>55</sup>。該案執委會進而討論，是否適用 1999 年版本「歐盟執委會(EC) No 2790/1999 關於適用共同體條約第 81 條第 3 項於垂直協議和共同行為類型之規則」的豁免規定。執委會指出，Yamaha 在上述三國所為的價格限制，屬於轉售價格維持。上述規則第 4 條 a 款，任何協議或一致行為，具有直接或間接目的，限制買方決定其售價的能力，建立一個要求買方遵守的固定或最低轉售價格或轉售價格水準，就是第 4 條 a 款的核心限制，而不適用該集體豁免規則<sup>56</sup>。

## 2.第 101 條第 3 項的個別豁免條件

前已說明，雖然第 101 條第 1 項禁止上述協議或共同行為，尤其是 a 款直接或間接固定銷售價格，但若根據 TFEU 第 101 條第 3 項的例外，則不予禁止。但其有四個條件要同時滿足：「有助於提昇產品的製造或分銷，或促進科技進步或經濟成長，且讓消費者公平分享其利益（allowing consumers a fair share of the resulting benefit），且沒有：

---

<sup>52</sup> *Id.*, at paras. 138-140.

<sup>53</sup> *Id.*, at para. 141.

<sup>54</sup> *Id.*, at paras. 144-146.

<sup>55</sup> *Id.*, at para. 156.

<sup>56</sup> *Id.*, at para. 174.

(a) 加諸該事業的限制，對達成上述目標不是不可或缺的（are not indispensable to）限制；

(b) 提供該事業有消除系爭產品實質部分競爭的機會。<sup>57</sup>」

上述第 101 條第 3 項的豁免條件，是累積性（cumulative）的，亦即必須同時具備<sup>58</sup>。對於第 101 條第 3 項的例外規定，於轉售價格維持的適用上，目前為止歐洲法院尚沒有機會表達其見解。而少數幾個執委會裁罰案例中，有討論到其適用的可能性<sup>59</sup>。

在 1980 年的 Hennessy-Henkell 案，涉及法國的 Hennessy 酒商，限制德國的獨家代理商 Henkell 轉售價格的上下空間，且限定只能販售 Hennessy 的干邑白蘭地酒<sup>60</sup>。執委會指出，雖然獨家代理可以鼓勵經銷售進行投資，以確保該產品的廣泛銷售，但執委會認為，要讓這種經銷能夠進步，必須讓經銷商能夠根據進貨價自行設定利潤，並根據市場情況決定價格。如果要讓 Hennessy 的酒在德國賣得更好，打贏其他品牌，這個自由決定價格的要件是必要的<sup>61</sup>。而且，獨家代理所促進經銷上的投資，這個獲利也沒有公平地與消費者分配。要能夠與消費者分配利益，就應該允許降低售價，但根據雙方的協定，經銷商卻無權自由調整售價<sup>62</sup>。最後，限制經銷商轉售價格，不能算是達到該協議目標所不可或缺的行為，雖然 Hennessy 主張系爭產品屬於高價產品，限制轉售價格是為了避免降低其價位，但執委會並不認為這是為了阻止價格低落導致形象降低所不可或缺的限制<sup>63</sup>。

前述 2003 年的 Yamaha 案，在討論完轉售價格不適用集體豁免規則後，仍繼續討論是否有機會適用第 101 條第 3 項的個別豁免。但執委會很簡短就認定：「本案的地理區域保護和轉售價格維持，都沒有助於促進生產、產品銷售，或讓消費者可以分享利益。」而不適用於個別豁免<sup>64</sup>。

<sup>57</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101(3), *supra* note 40.

<sup>58</sup> Csongor István Nagy, “Resale Price Fixing after Revision of the EU Vertical Regime – A Comparative Perspective,” *54(4) Acta Juridica Hungarica*, 357 (2013). 關於這四個要件的中文說明，可參考許曉芬，前揭註 35，171-173。

<sup>59</sup> Csongor István Nagy, *id.*, at 357-358.

<sup>60</sup> 80/1333/EEC Hennessy-Henkell OJ [1980] L 383/11.

<sup>61</sup> *Id.*, at paras. 27-28.

<sup>62</sup> *Id.*, at para. 30.

<sup>63</sup> *Id.*, at para. 32.

<sup>64</sup> Case COMP/37.975 PO/Yamaha, Commission decision of 16.07.2003, at para. 175.

### （三）垂直限制指導原則

但歐盟執委會也在其闡釋該豁免規則的「垂直限制指導原則」<sup>65</sup>中，明示當事人的協議中具有維持最低轉售價格條款時，仍可以主張效率抗辯，以尋求依 TFEU 第 101 條第 3 項所定個別豁免的可能<sup>66</sup>。

在垂直限制指導原則中，再次強調，轉售價格維持（本段稱 RPM），就是直接或間接設定固定或最低轉售價格（fixed or minimum resale price），或固定或最低轉售水準，並要求買方遵守則，其屬於核心限制。只要事業間的協議涉及 RPM，就被推定（presumed）為違反第 101 條第 1 項的限制競爭。且也推定（presumption），該協議不太可能滿足第 101 條第 3 項的豁免條件，因此集體豁免也不適用。不過，事業還是有機會在個別案件中主張第 101 條第 3 項的效率抗辯（efficiency defence）。主張者必須證明，將 RPM 納入協議中的可能效率，並證明所有第 101 條第 3 項的條件都已滿足<sup>67</sup>。

其進而說明，為何 RPM 會有限制競爭的效果：1.RPM 可能會促進市場間價格的透明，而促進供應者之間的勾結，讓其更容易發現哪一個供應者偏離了約定的價格。RPM 會減少供應者對經銷商降價的誘因，因為採取固定轉售價格，不會因為增加銷售而獲利；2.RPM 其會消除品牌內（intra-brand）的價格競爭，而促進經銷層級買方之間的勾結。有堅強或良好組織的經銷者，可能會強迫或說服供應商固定他們的轉售價格，高於競爭水準，而協助經銷商達到或穩定勾結均衡；3.RPM 可以減少製造商和零售商間的競爭，或者減少零售商間彼此的競爭；4.RPM 的立即效果是，可避免所有或部分的經銷商降低特定品牌的售價，也就是說，其直接效果造成售價提高；5.RPM 可以減輕製造商降價的壓力，尤其是其對前面的經銷商保證「不會對後面的經銷商降低價格」時；6.擁有市場力量的製造商可以執行 RPM，封鎖小的競爭對手，因為有轉售價格維持可讓經銷商有較大獲利，因而經銷商較願意向消費者推薦此種商品，或者根本不賣競爭對手的品牌；7.RPM 可能減少經銷層級的動態和競爭。其將使更有效率的零售商不進入這個市場，或不能用低價取得足夠的規

<sup>65</sup> European Commission, Guidelines on Vertical Restraints, [2010] OJ C 130/1 (hereinafter referred to as the “Guidelines on Vertical Restraints”).

<sup>66</sup> 魏杏芳，前揭註 2，162。

<sup>67</sup> Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 65, para. 223.



模，也可能阻礙經銷商採取低價進入市場或擴張<sup>68</sup>。

但是，2010 年版指導原則與 2000 年版最不同的地方在於<sup>69</sup>，其部分受到 2007 年美國 *Leegin* 案影響，而具體指出，RPM 有時候也可能促進效率，尤其是供應商所發起的 RPM，則在 101 條第 3 項下可加以考量。其指出三種可能情形：

最常見的情況是，當製造商要推介新產品時，在增加需求的推介階段，RPM 能吸引經銷商，願意協助促銷該新產品。RPM 能讓經銷商願意增加銷售努力，且如果市場上的經銷商有競爭壓力的話，這會讓他們擴張對該產品的整體需求，讓該產品走向成功，也對消費者有利<sup>70</sup>。

有的時候，在建立一個連鎖加盟系統或類似系統時，採取一個統一的經銷規格，一起進行低價促銷（通常介於 2 到 6 週），採取固定轉售價格有時是必要的<sup>71</sup>。

在某些情況下，RPM 提供給零售商的獲利，是鼓勵他們提供一些銷售前服務（*pre-sales services*），尤其是需要體驗或複雜的產品。如果有些消費者利用了這種服務，卻向其他不提供這種服務而售價更低的零售商購買，則提供高服務的零售商將減少或取消這類有助於增加消費者需求的服務。RPM 有助於避免經銷階段的搭便車問題。但是，事業要主張這一點，必須證明，其動機是為了避免可能的零售商間的搭便車問題，且此種銷售前服務整體來看對消費者有利，才能夠滿足第 101 條第 3 項的要件<sup>72</sup>。

#### （四）建議或最高轉售價格

在「垂直限制指導原則」中也提到，向轉售商建議轉售價格（*recommending a resale price*），或者只是要求轉售者尊重最高轉售價格（*maximum resale price*），只要當事人的市占率不超過 30%，且其給廠商的壓力或誘因，沒有達到最低或固定轉售價格的效果，則在集體豁免規則裡已經可以豁免。但以下則是對於超過市占率

<sup>68</sup> *Id.*, at para. 224.

<sup>69</sup> Csongor István Nagy, *supra* note 58, 360.

<sup>70</sup> Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 65, para. 225.

<sup>71</sup> *Id.*, at para. 225.

<sup>72</sup> *Id.*, at para. 225.

30%的案件提供一些處理指引<sup>73</sup>。

其指出，最高轉售價格和建議轉售價格的可能競爭危害在於，其會作為零售商的一個基準點（focal point），導致大部分的廠商都會遵循這個最高或建議價格，因而減緩供應者間的競爭或促進供應者間的勾結<sup>74</sup>。

在評估最高和建議轉售價格的潛在反競爭效果時，一個重要因素就是供應者的市場地位。供應者市場地位越強，最高或建議轉售價格導致轉售者間的統一價格的危險就越高，因為他們會用這個價格作為基準點<sup>75</sup>。如果最高或建議轉售價格具有反競爭效果時，如何豁免於第 101 條第 3 項？對最高轉售價格方面，第 107 段(f)提到的避免雙重邊際化（avoiding double marginalisation）<sup>76</sup>的效率也許特別重要。最高轉售價格有時也可以確保在同一個經銷者所銷售的該品牌與其他品牌間更強力的競爭<sup>77</sup>。

在 2001 年執委會的 Volkswagen 案中，涉及德國福斯汽車公司，對經銷商提供建議轉售價格<sup>78</sup>。該案中，福斯公司會給予經銷商建議轉售價格，但契約中並沒有要求經銷商遵守建議轉售價格。一般經銷商平均會給予大約 10%的折扣<sup>79</sup>。但是，當福斯在 1997 年推出新的 Passat 車款時，發現有經銷商對新車進行廣告時，提供太多折扣，而發信給該經銷商，要求其不要偏離建議轉售價格太多，因為這將違反契約中所寫到的「必須以各種方式維護和促進福斯公司、福斯經銷體系、福斯品牌的利益」<sup>80</sup>。其後，福斯又幾度發信給所有汽車經銷商，要求經銷商遵守嚴格的價

<sup>73</sup> *Id.*, at para. 226.

<sup>74</sup> *Id.*, at para. 227.

<sup>75</sup> *Id.*, at para. 228.

<sup>76</sup> Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 65, para. 107. 在垂直限制指導原則的第 107 段提到，垂直限制可能有的效益(f)是，垂直外部性議題，亦即零售商無法對其增加銷售所採取行為回收所有好處，某些效益會外溢給製造商。其中，過高的轉售價格，有時候會對製造商產生負面外部性，稱為「雙重邊際化問題」，而製造商可以採取最高轉售價格，以避免這個問題。所謂的雙重邊際化，白話一點說明，倘若零售商具有市場力量，其在決定售價時，是採取邊際利潤等於邊際成本，這是第一次邊際化定價，因此零售定價已經比邊際成本高出一次，導致需求降低；其次，倘若製造商也有市場力量，也會在零售商採取的價格所產生的需求上，在決定批發給零售商的批發價時，也會採取邊際利潤等於邊際成本，這是第二次邊際化定價，因而，需求又會再次降低。由於經過兩次邊際化定價，定價過高，需求降低，消費者福利也降低，製造商的利潤也降低。因此，製造商會希望為零售商制定最高或固定轉售價格，以避免其提高零售價格，降低消費者需求。詳細說明，可參考 Frederik van Doorn, *supra* note 12, 59-60.

<sup>77</sup> Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 65, para. 229.

<sup>78</sup> 2001/711/EC Volkswagen OJ [2001] L 262/14.

<sup>79</sup> *Id.*, at para. 22.

<sup>80</sup> *Id.*, at paras. 29-30.

格紀律 (strict price discipline)，甚至在信中說考慮設定配額制度，以解決品牌間的低價競爭<sup>81</sup>。福斯公司在給經銷商舉辦的會議中，將違反建議價格的行為納入討論，甚至討論可能的懲罰機制<sup>82</sup>。後來，對打廣告違反建議轉售價格的經銷商，福斯汽車寄信給他們，並強調若再違反，將採取後續法律行為<sup>83</sup>。

對於此案，執委會首先要討論，這是否屬於協議 (agreement) 或共同行為？執委會認為，從過去的案例法已經支持，一旦加入一個經銷體系，就代表簽約商明示或默示地接受製造商的經銷政策。而福斯發給所有經銷商的信件，就是屬於其經銷政策的一部分<sup>84</sup>。其中最關鍵的，就是在福斯寄給幾個經銷商的警告信中，有具體引用契約的相關條款，表示其試圖影響契約的履行，故成為契約協議的一部分<sup>85</sup>。而且，執委會認為，因為福斯在給經銷商的警告信中，提到可能會採取法律動作，或終止契約等，因此該建議轉售價格並非沒有拘束力的建議<sup>86</sup>。

因此，在本案中，執委會不認為這是一個建議轉售價格，或者是因為福斯後來的動作，給廠商的壓力，已經達到最低或固定轉售價格的效果。所以不適用集體豁免規定，而在討論個別豁免上，也沒有正當理由<sup>87</sup>。

#### 四、圖書定價銷售制度與案例

歐盟執委會和歐洲法院目前為止，沒有在任何一個案件中，承認轉售價格維持，可以適用 TFEU 第 101 條第 3 項之豁免，甚至很多案例根本都不討論是否有適用個別豁免的條件<sup>88</sup>。

在少數有討論適用個別豁免條件的案例中，有一個最有可能適用成功的案件，就是出版社協會與書店等組成的出版協會，所制定的圖書定價銷售約定。其之所以很有機會成功，主要是因為，圖書的定價銷售確實是為了避免零售商的折扣戰爭，導致部分實體書店的書籍銷售量減少，影響實體書店的獲利，進而影響出版社的獲

---

<sup>81</sup> *Id.*, at paras. 33-35.

<sup>82</sup> *Id.*, at para. 42.

<sup>83</sup> *Id.*, at paras. 44, 48, 52.

<sup>84</sup> *Id.*, at para. 57.

<sup>85</sup> *Id.*, at paras. 62-64.

<sup>86</sup> *Id.*, at para. 66.

<sup>87</sup> *Id.*, at paras. 93-94.

<sup>88</sup> Csongor István Nagy, *supra* note 58, 357-358.

利。而在相關案件中，出版協會均會主張，其符合第 101 條第 3 項的第一個豁免條件，即採取定價銷售制度的目的是為了讓書店有獲利空間，這樣書店就願意進貨更多種類的書籍，讓更多種類的書籍有機會銷售，進而讓更多種類的書籍有機會出版等。

雖然歐洲執委會有許多案例，歐盟法院也有其他案例<sup>89</sup>，但這些案件均未經太多論述即認為沒有第 101 條第 3 項豁免要件的適用機會。因此，雖然本文所討論的圖書定價銷售制度屬於舊的案例，但其對第 101 條第 3 項豁免要件適用可能性的思考上，具有重要參考價值。此外，雖然王銘勇過去曾經介紹過英國圖書限制轉售價格案例<sup>90</sup>，但就歐盟執委會與歐盟法院的詳細論理，介紹過於簡短。

以下介紹兩個重要案例，一個是 1981 年 VBBB / VBVB 案，第二則是 1989 年英國出版協會案。這兩個案件都有上訴到歐洲法院，也都有討論是否適用當時的歐洲共同體條約第 85 條第 3 項的個別豁免。從這兩個案子的詳細介紹中，一方面可以得知，執委會與歐盟法院對第 101 條第 3 項個別豁免條件的操作，另一方面這個案子也可以讓我們看到，轉售價格維持限制並非為了解決搭便車問題，而是為了解決展店理論與垂直外部性問題。

### （一）1981 年 VBBB / VBVB 案

1982 年執委會的 VBBB / VBVB 案<sup>91</sup>中，荷蘭促進書籍交易協會（Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen，下稱 VBBB）和促進佛蘭芒語書籍協會（Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels，下稱 VBVB）同意，銷售於比利時或荷蘭的書籍，不可低於出版社所採取的固定價格。亦即，其採取集體性的轉售價格維持。具體而言，其要求所有加入兩國協會的出版社、批發商、書籍銷售商等，都必須取得該協會的認可地位（*recognized status*）。協會規定，比利時的出版商，想要在荷蘭賣書，一定要設定每一本書的轉售固定價格，其也可以限定在特殊的條件下零售價可以打的折扣<sup>92</sup>。而書籍銷售商、零售商，不可低於該轉

<sup>89</sup> 例如楊宏暉於其論文中介紹的 1985 年的 SA Binon & SA Agence et Messageries de la Presse 案（Case 243/83）。參見楊宏暉，前揭註 1，152-153。

<sup>90</sup> 王銘勇，「圖書限制轉售價格法制」，*公平交易季刊*，第 8 卷第 1 期，80（2000）。

<sup>91</sup> VBBB / VBVB [1982] OJ L54/36.

<sup>92</sup> *Id.*, at para. 9(c).

售固定價格出售其書籍<sup>93</sup>。而且，加入該協會之出版社，不可將其書籍賣給未得到認可的批發商、書籍銷售商等<sup>94</sup>。

執委會認為，該協議屬於共同體條約第 85 條第 1 項所禁止的行為。執委會在裁罰書中，雖然指出不需要逐項去討論第 85 條第 3 項的所有條件，但執委會仍然逐項討論之。

1. 雖然協會主張，其轉售價格維持制度，有助於促進書籍產品的生產和銷售，因為其可以補貼比較不暢銷的書籍，因而讓出版社可以生產較多的書籍進入市場，因而確保維持廣泛類型書籍的存在。另外，小出版社出版不受歡迎的冷門書籍，可以靠固定轉售價格維持利潤。而書店因為有轉售價格維持，可以庫存更多更廣泛的書籍，從賣得較快的書籍獲利，去補貼賣得緩慢的書籍<sup>95</sup>。但執委會不同意此點。其認為，協會所主張的論點，是跨部門的補貼，這並不一定需要採用轉售價格維持制度。出版社自己在出版書籍時，可以用暢銷書的獲利，來補貼冷門書的銷售。因此，執委會認為不需要採取轉售價格維持，要求書店一定要遵守出版社設定的價格<sup>96</sup>。執委會認為，必須提出證據，證明冷門書若沒有靠轉售價格維持就無法出版，另外，也必須提出證據證明，小的專業出版社會因為沒有這個制度而無法生存。但執委會指出，協會並沒有提出這樣的證據<sup>97</sup>。這個協議可能帶來的客觀優點，從競爭法的角度來看，都被其帶來的缺點所蓋過<sup>98</sup>。
2. 協會主張，消費者可以從該書籍生產和銷售的利益中獲得公平的利益分配，因為有了該轉售價格維持制度，消費者有機會接觸更多種類型的書籍。但是執委會不同意此看法，認為書籍銷售者可以不採用轉售價格維持制度，而以其他一般的商業方法來達成此目的，尤其是，該制度不讓消費者有自己決定的機會，是要在含有提供服務的書店購買書籍，還是在不提供服務、因而更便宜的書店購買書籍<sup>99</sup>。而且，執委會認為，所謂的獲得公平利益分配，最主要的應該是價格上的折扣，但這個制度卻不允許對良好的客戶提供折扣，故不能算是有提供消費者公平

---

<sup>93</sup> *Id.*, at para. 9(b).

<sup>94</sup> *Id.*, at para. 9(b).

<sup>95</sup> *Id.*, at para. 50.

<sup>96</sup> *Id.*, at para. 51.

<sup>97</sup> *Id.*, at para. 52.

<sup>98</sup> *Id.*, at para. 53.

<sup>99</sup> *Id.*, at para. 54.

利益分配<sup>100</sup>。

3. 對於是否為不可或缺手段（最小限制競爭手段）這一點，執委會並沒有提出其他可能限制較小的手段，而是認為，目前書籍銷售量的減少，可能是別的問題造成（經濟問題）。執委會認為，出版業應該想辦法找到其他限制較小的手段，而避免具文化價值的著作不再被出版<sup>101</sup>。協會可能是想透過轉售價格維持，維持荷蘭語和佛蘭芒語書籍的出版，以促進文化的統一。執委會最後認為，對於文化問題，不應該由事業或事業協會簽署協議，而應該是政府的事務<sup>102</sup>。
4. 對於是否有消除實質部分競爭，協會認為，該制度並沒有完全消除實質競爭，因為並非所有的出版社都參與該集體制度。然而，執委會認為，大部分的出版社和銷售者都參與了該協議，至於其他的競爭形式，包括儲存、專業化、服務提供和訂購設施，都是價格競爭以外的次要競爭，而消費者通常不關心高度專業化的書籍<sup>103</sup>。

因而，執委會最後認為，在所有四個豁免要件上，協會都無法滿足，因而無法豁免適用第 85 條第 3 項的限制規定。協會後來也上訴到歐洲法院，而歐洲法院支持執委會的決定<sup>104</sup>。但歐洲法院在判決中也強調，只有針對跨荷蘭和比利時的協議才屬於違法的標的，至於純粹國內的定價書協議，則不屬於討論範圍<sup>105</sup>。因此，其暗示了，純粹國內的定價書協議並不會違反歐盟競爭法<sup>106</sup>。

## （二）1988 年英國出版協會案

### 1. 英國淨價書協議制度

在 1957 年時，英國出版協會（Publishers Association）與會員們、出版業者等，簽署了「淨價書協議」（Net Book Agreements），制定了書籍的固定價格銷

<sup>100</sup> *Id.*, at para. 55.

<sup>101</sup> *Id.*, at paras. 58-59.

<sup>102</sup> *Id.*, at para. 60.

<sup>103</sup> *Id.*, at para. 62.

<sup>104</sup> C-43/82 - VBVB and VBBB v Commission, ECLI:EU:C:1984:9.

<sup>105</sup> *Id.*, at para. 44.

<sup>106</sup> Christine E. Zandvliet, "Fixed Book Prices in the Netherlands and the European Union: A Challenge for Community Competition Law," *3(3) Columbia Journal of European Law*, 413, 432 (1997).

售，稱為「淨價書」(Net Books)<sup>107</sup>。這個淨價書協議有二份，一份是與出版協會的會員們所簽署，一份則是出版協會與非會員們所簽署<sup>108</sup>。原則上，書籍不可以低於該淨價銷售、提供銷售、允許銷售給公眾。但其有例外，例如庫存書、二手書，可在該條件下銷售，或者也可以折扣價銷售給圖書館、書籍經銷商、大量購買者等。協會也在該協議的授權下制定該折扣和可銷售的數量<sup>109</sup>。該協議規定，當出版社出版或散布一圖書，決定採用淨價銷售價格時，英格蘭和愛爾蘭的大盤商、零售商，都必須以淨價零售價格銷售該書籍<sup>110</sup>。

如果出版社指定書籍為淨價書，則出版協會會執行監督。如果有零售商違反該淨價，則出版社可以執行其契約權利<sup>111</sup>。亦即，其可以向法院請求禁制令，要求違約的出版社不得再銷售<sup>112</sup>。

根據資料，當時英國每年約出版 4 萬本書，80%是由「淨價書協議」的會員所出版，其中 65%的書在英國銷售，其餘則出口。而所有書籍中，大約 75%的書會被指定為淨價書<sup>113</sup>。

關於此「淨價書協議」是否違反競爭法，英國限制競爭法院 (Restrictive Practices Court) 曾經幾度處理這個議題。限制競爭法院在 1962 年時，認定出版協會與會員間簽署的淨價書協議合法。法院認為，(1)若廢除淨價書協議，將會剝奪公共利益，因為可能使價格抬高、減少實體書店的庫存，以及減少出版書籍的種類；(2)公眾不會因為淨價書協議的維持而受到任何傷害，但若廢除淨價書協議則會產生不利益；(3)因此，淨價書協議並沒有違反公共利益<sup>114</sup>。

1964 年時，限制競爭法院對於另一份與非會員簽署的淨價書協議，也基於 1962 年案相同的理由，認為沒有違反公共利益<sup>115</sup>。但英國於 1964 年通過轉售價格法 (Resale Prices Act 1964)，故 1968 年時，限制競爭法院又再次處理淨價書協議

---

<sup>107</sup> 關於英國淨價書協議的詳細中文介紹，可以參考邱炯友，「圖書定價銷售制度的標竿：英國與德國」，圖書定價銷售制度對出版產業影響評估研究報告，文化部委託研究計畫，35-39 (2016)；王銘勇，前揭註 90，78-79。

<sup>108</sup> Case T-66/89, *Publishers Association v Commission*, [1992] ECR II-1995, para. 2.

<sup>109</sup> *Id.*, at para. 4.

<sup>110</sup> *Id.*, at para. 5.

<sup>111</sup> *Id.*, at para. 6.

<sup>112</sup> *Id.*, at para. 16.

<sup>113</sup> *Id.*, at paras. 17-18.

<sup>114</sup> *Id.*, at para. 19.

<sup>115</sup> *Id.*, at para. 20.

是否違反 1964 年轉售價格法的問題。但法院仍基於相同理由，認為其可以符合該法中的豁免規定<sup>116</sup>。

## 2. 執委會英國出版協會案

1986 年，歐盟執委會決定對英國出版協會之定價書協議，啟動調查，認為可能違反當時的共同體條約第 85 條第 1 項（現在的 TFEU 第 101 條第 1 項）。英國出版協會雖主張其符合第 85 條第 3 項的豁免，但執委會認為其不符合規定<sup>117</sup>。執委會於 1988 年做出正式決定，認定該淨價書協議違反共同體條約第 85 條第 1 項，且不適用於第 85 條第 3 項之豁免<sup>118</sup>。其中，執委會認為，第 85 條第 3 項的累積性適用條件中，至少有一個項目不符合，就是其並非是對於「限制是對達成上述目標不是不可或缺的」（restrictions which are not indispensable to the attainment of those objectives）<sup>119</sup>。

有一前提必須說明，執委會認為其違法，主要是因為該協議影響了會員國家的交易。其中，該淨價書協議，不只是限制英國和愛爾蘭境內的銷售，還限制了出口到愛爾蘭的銷售，以及從其他會員國進口或再進口的銷售，因而影響了共同體內部的價格競爭<sup>120</sup>。

首先，出版協會主張，其設計的目的有好幾項。因為設計淨價銷售，實體書店才敢進貨較多的書籍，因為其不用擔心後來會有其他銷售者提供折扣。但若沒有此協議，實體書店庫存和展示書少，就會影響書籍的銷售，進而出版社也會減少書籍的印製量，導致成本提高。加上出版社考量到，書店通路會要求提供較高折扣，所以出版社就會提高定價。這兩個因素共同會導致，若無該淨售書價協議，書籍的價格會提高。同時，有些銷售量小的書籍，將根本無法被出版<sup>121</sup>。出版協會主張，為了追求上述目的，所以有必須採取轉售價格維持，讓所有書店的書籍售價一致，沒

---

<sup>116</sup> *Id.*, at para. 21.

<sup>117</sup> *Id.*, at paras. 27-29.

<sup>118</sup> *Id.*, at para. 31.

<sup>119</sup> 89/44/EEC: Commission Decision of 12 December 1988 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/27.393 and IV/27.394, Publishers Association - Net Book Agreements), at para. 70.

<sup>120</sup> *Id.*, at paras. 63-68.

<sup>121</sup> *Id.*, at para. 73.



有價格競爭<sup>122</sup>。

執委會質疑，由出版協會出面約定的「淨價書籍協議」並非達成上述目的不可或缺手段，其乃是討論，比起由出版協會集體約束的協議，是否可能由個別出版社個別通知銷售書店，其希望的建議轉售價格（較小的限制手段）？出版協會主張：(1)其不可行（*impracticability*），一方面單一出版社不可能與所有經銷商簽約或通知，只由出版協會出面簽約，才能拘束所有的直接和間接購買者；(2)對賣書商來說亦不可行，其不可能根據上百家出版社的轉售條件來執行，因為每一家出版社的轉售條件可能都不相同<sup>123</sup>；此外，出版協會主張，(3)這個制度的好處在於，每個賣書商只要看到該書屬於淨價書籍，就可以確定其他競爭對手不會獲得不公平的利益，因此給予賣書商某種信任；而且，(4)該淨售價格的執行，必須由出版協會透過法院提起訴訟，屬於最後手段<sup>124</sup>。

執委會認為，出版協會所指第一個理由，因為若個別出版社個別通知出版社，可能在內國法的契約執行上，無法約束間接的購買者，這只是出於內國契約法的問題，但不能因為這個問題，而作為採取影響到會員國家貿易的集體轉售價格維持協議的行為<sup>125</sup>。對第二個理由，個別書店無法執行上百家出版社的不同限制轉售要求，執委會認為，這只是書店執行上的問題。而且，對每一個書店來說，其進貨的出版社數量並不一定很高。且實際上，書店往往在不同時間會對不同出版社的書進行折扣，表示書店對不同出版社進行不同處理，並不困難<sup>126</sup>。對第三個理由，必須要让書店在買到淨價書時有信任感，執委會認為，這也可以由個別出版社與書店去簽約要求轉售價格協議，一樣可確保書店買到淨價書時能信任不會有其他書店折扣競爭，看不出來為何一定要由出版協會作此集體協議<sup>127</sup>。對第四個理由，由出版協會來提訴執行協議，執委會則不認為跟不可或缺的手段有何關聯<sup>128</sup>。

---

<sup>122</sup> *Id.*, at para. 74.

<sup>123</sup> *Id.*, at para. 72 (i)-(ii).

<sup>124</sup> *Id.*, at para. 72 (iii)-(iv).

<sup>125</sup> *Id.*, at para. 76.

<sup>126</sup> *Id.*, at paras. 80-83.

<sup>127</sup> *Id.*, at paras. 84-85.

<sup>128</sup> *Id.*, at para. 86.

### 3. 歐盟法院判決

隨後，英國出版協會申請停止該命令之執行，並提出訴訟。1992年時，歐盟初審法院（The Court of First Instance）做出判決<sup>129</sup>，判決英國出版協會敗訴。英國出版協會隨後又上訴到歐洲法院（Court of Justice），認為初審法院的判決理論有問題。歐洲法院於1995年做出判決<sup>130</sup>，撤銷初審法院判決。

其主要討論集中於，到底集體的淨價書籍協議制度是否為不可或缺的手段？初審法院大致上均支持執委會之決定<sup>131</sup>。但是，歐洲法院卻基於三個法律論述上的理由，撤銷了初審法院的判決。

- (1) 初審法院認為，執委會強調的是其對跨會員國家貿易的影響，出版協會沒有解釋，為了其限制的最低銷售價格，要及於出口到其他會員國的銷售<sup>132</sup>。對於最小侵害的判斷，是否要討論淨價書協議制度在英國國內市場的效益？初審法院認為，由於執委會該案主要否決適用豁免條款的理由，在於其並非不可或缺手段，而沒有爭執該手段是否真能促進產品的生產銷售，所以其該手段對於英國國內市場的效益，是否會擴散到共同體內部，不需要進行評估<sup>133</sup>。進而，初審法院也認為，在討論於英國出版協會所採限制競爭手段造成的限制時，也不需要討論其手段對愛爾蘭的效益<sup>134</sup>。但歐洲法院認為，初審法院在評估淨價書協議是否為不可或缺手段時，沒有討論該制度在英國或英語系區域（英國和愛爾蘭）內達成的效益，這對評估是否為不可或缺手段，有所不足<sup>135</sup>。
- (2) 同樣地，歐洲法院認為，既然要評估淨價書協議的正反面效益，則該協議在愛爾蘭境內造成的正面效益，也應該納入評估，因而認為初審法院的判決有誤<sup>136</sup>。
- (3) 英國出版協會主張，初審法院沒有考量，英國限制競爭法院於1962和1964年兩度判決說明，淨價書協議制度，具有公共利益。初審法院認為執委會不需要考慮

---

<sup>129</sup> Publishers Association, [1992] ECR II-1995.

<sup>130</sup> Case C-360/92 P, The Publishers Association v Commission of the European Communities, [1995] ECR I-23.

<sup>131</sup> Publishers Association, [1992] ECR II-1995, paras. 88-90.

<sup>132</sup> *Id.*, at paras. 80-82.

<sup>133</sup> *Id.*, at para. 83.

<sup>134</sup> *Id.*, at para. 84.

<sup>135</sup> Publishers Association, [1995] ECR I-23, para. 27.

<sup>136</sup> *Id.*, at paras. 28-29.

英國國內法院的認定，尤其是該國法院並非討論該手段是否為不可或缺手段<sup>137</sup>。但歐洲法院認為，英國國內法院的判決與認定，仍應加以參考，而不應該完全不予參考<sup>138</sup>。

綜合上述三項理由，歐洲法院撤銷了初審法院之判決<sup>139</sup>。而撤銷初審法院判決後，歐洲法院決定自己審理，執委會決定是否合法。

(1) 歐洲法院認為，由於執委會在討論適用個別豁免條款時，沒有認真看待英國限制競爭法院認定的淨價書協議帶來的正面效益，故該執委會之決定並非適當決定<sup>140</sup>。

(2) 執委會在決定理由中，引述了 1982 年的 VBBB / VBVB 案，認為該案指出，採取集體轉售價格維持制度，就不是不可或缺的制度。但是，荷蘭和比利時所採取的制度，是要求所有出版社對所有書籍都要設定固定價格，因此沒有不設定固定價格的空間；但英國的淨價書協議只要求設定淨價的條件，但個別出版社可以決定是否對哪一本書設定淨價，因此執委會不該援引 1982 年的 VBBB / VBVB 案見解<sup>141</sup>。基於上述二個理由，歐洲法院也直接撤銷了執委會的決定<sup>142</sup>。

英國的淨價書協議制度在經過多年的訴訟後，儘管在 1995 年獲得歐洲法院撤銷執委會決定，但因為從 1988 年的執委會決定開始，就動搖了這個制度，許多出版社已經不再對出版新書指定淨價，也引起英國國內各連鎖書店的反彈<sup>143</sup>，在 1997 年，英國限制競爭法院正式作出判決，推翻其 1962 年之判決，認定淨價書協議違反 1976 年轉售價格法<sup>144</sup>，使英國的淨價書協議制度，最後取消而不復存在<sup>145</sup>。英國在取消淨價圖書協議後，十年間關閉了三分之一的獨立書店，獨立書店已不到 1,000 家<sup>146</sup>。

<sup>137</sup> Publishers Association, [1992] ECR II-1995, paras. 77-78.

<sup>138</sup> Publishers Association, [1995] ECR I-23, paras. 30-31.

<sup>139</sup> *Id.*, at para. 33.

<sup>140</sup> *Id.*, at paras. 40-44.

<sup>141</sup> *Id.*, at paras. 45-48.

<sup>142</sup> *Id.*, at para. 49.

<sup>143</sup> 邱炯友，前揭註 107，35、40。

<sup>144</sup> 關於 1997 年英國限制競爭法院判決之中文介紹，可參考王銘勇，前揭註 90，80-85。

<sup>145</sup> Christine E. Zandvliet, *supra* note 106, 431-432.

<sup>146</sup> 陳慧敏，「圖書統一定價是毒藥還是解藥？下決定前得先知道的各國現狀」，<https://news.readmoo.com/2015/05/18/to-fix-book-price-or-not/>，最後瀏覽日期：2018/12/5。

### (三) 思考

#### 1. 第 101 條第 3 項個別豁免條件的適用可能性

從 1995 年歐洲法院撤銷執委會決定與初審法院判決來看，歐洲法院其實支持英國限制競爭法院原本的看法，亦即，淨價書協議是具有公共利益價值，(1)其可讓小書店不怕大型連鎖書店折扣戰，而有獲利空間，故願意庫存更多書籍；(2)進而也可以讓小出版社維持獲利，可以出版較多書籍；(3)因為印刷量增加，可以壓低價格，反而不會抬高書價，對消費者也有利。

從這個案例中吾人可以發現，在淨價書制度的案例中，被處分的各國出版協會，並不是提出「搭便車論述」，認為大型連鎖書店在「搭便車」小型書店的服务。其真正的理由在於，小型書店的銷量小，大型書店比較有折扣空間，但若大型書店給予太大折扣，小型書店競爭困難，必須降價，將導致獲利減少。而獲利減少，小型書店基於風險考量，也不敢進貨太多庫存或展示太多書籍，導致出版社的銷售量也減少。這樣的惡性循環，先是小書店會關門，專業或小眾出版社也因為銷售量降低，將減少小眾書籍出版。在這整套論述中，強調的並非「服務搭便車」，事實上書店所提供的服務，就是書籍庫存及展示，嚴格來說，所有的實體書店都有提供庫存與展示。所以，並非大型書店對小型書店所提供的庫存展示「搭便車」，而是本文強調的，是因為展店理論與垂直外部性問題，大型書店書賣的好，卻會讓小型書店關門，最終導致出版社整體書籍賣不好。因此，出版社才想要以維持轉售價格的方式，讓小型書店有基本獲利，讓其能夠生存，這樣對出版社的整體銷量才能維持。

若從 TFEU 第 101 條第 3 項個別豁免的角度來看，淨價書制度確實符合：(1)有助於提昇產品（書籍）的製造或分銷，以及(2)讓消費者公平分享其利益。1981 年 VBBB / VBVB 案執委會質疑是否符合這兩項要件，但到 1988 年英國出版協會案，執委會已經不再質疑這些所謂的好處，而將關注的焦點，放在該淨價書協議是否為不可或缺限制，亦即是否為限制競爭最小手段？

執委會認為，集體性的轉售價格維持制度，因為不是不可或缺之手段，無法得到豁免，但是，個別出版社若透過契約，與書籍經銷商約定轉售價格維持，也許可

以得到豁免。這一點，在執委會 1993 年競爭政策 23 年報告<sup>147</sup>中，就有正面表態<sup>148</sup>。但現實的問題是，單一出版社如何有談判力量，與具有市場地位的大型連鎖書局，個別的約定維持轉售價格條款？這也就是為何，英國出版協會對執委會的「個別出版設有辦法自己約定，而作為不可或缺（最小）限制手段」，表示不認同。

不過，歐盟競爭法所管轄的議題，主要是涉及會員國間的交易，至少執委會就圖書轉售價格維持的案例，都只針對該制度會影響到跨會員國的圖書交易，才認為有限制競爭之效果。亦即，倘若純粹是國內的轉售價格維持的集體協議，歐盟執委會的態度傾向於不進行調查處理<sup>149</sup>。因此，目前歐洲部分國家仍然有國內的定價書制度，或者定價書協議。

根據法蘭克福書展資料，在全球 23 個最大圖書市場中，有 11 個國家採取圖書統一價格制模式，其中，有 9 個國家為圖書統一價格制立法，2 個國家僅是交易協議，前者是德國<sup>150</sup>、法國<sup>151</sup>、義大利、西班牙、荷蘭、南韓、印度、墨西哥和澳洲等，後者是日本<sup>152</sup>和挪威<sup>153</sup>。其中 5 個國家是歐盟國家。

另外，值得一提的是，前述 1981 年 VBBB / VBVB 案，歐洲法院討論到，促進或維護文化語言或社群，是否在處理競爭法議題，會有所影響？歐洲法院認為不需要討論。但是，於 1992 年時的馬斯垂克條約，引入了所謂的文化條款（culture clause），該條文在 1997 年的阿姆斯特丹條約，寫的更完整，規定於 151 條第 4 項<sup>154</sup>，其規定：「共同體應在執行本條約其他條款時，將文化面向納入考量，尤其是

---

<sup>147</sup> European Commission, *XXIIIrd Report on Competition Policy*, Publications Office of the European Union, 98-99 (1993).

<sup>148</sup> Christine E. Zandvliet, *supra* note 106, 426.

<sup>149</sup> *Id.*, at 428-429.

<sup>150</sup> 德國在 1999 年版及之前的限制競爭法，對於維持轉售價格，均保有出版品的例外規定，亦即不適用限制轉售價格維持的規定。2002 年立法通過「圖書定價法」（Fixed Book Price Law），規定圖書統一定價，除有例外情形，不允許零售通路自行折扣出售，限縮連鎖書店的影響力，保護獨立書店生存。關於德國營業競爭防制法中，對於轉售價格維持的出版品例外規定的詳細介紹討論，參考王銘勇，前揭註 90，69-76。

<sup>151</sup> 法國最早是在 1924 年通過的朗恩法（Lang Law），定價權歸出版社所有，新書出版兩年內，書店通路折扣不能超過出版社定價的 5%。法國於 2011 年，把電子書納入此法管轄範圍，判定近年崛起的 Kindle Unlimited 和其他訂閱服務違法，而 2014 年 6 月還通過反亞馬遜法（Anti-Amazon Law），禁止網路零售商推出「九五折+免運費」的組合優惠，以保護獨立書店的生存空間。陳慧敏，前揭註 146。

<sup>152</sup> 關於日本圖書定價制度，以及獨占禁止法上之除外規定，詳細介紹，可參考王銘勇，前揭註 90，85-95。

<sup>153</sup> 陳慧敏，前揭註 146。

<sup>154</sup> Volker Kitz, “The Difference Between Books and Chocolate Bars – How EC Treaty Art. 151(4)

為了尊重和促進文化之多元性。<sup>155</sup>」該條規定現放在 TFEU 第 167 條第 4 項。因此，倘若未來再次出現跨國的圖書交易且限制圖書售價，是否會因為要考量文化促進因素，而有不同認定，則不得而知<sup>156</sup>。

## 2. 網路書店與電子書的衝擊

近三十年到了電子商務時代，網路書店崛起，由於網路沒有排他性與敵對性的關係，容易形成超大型的獨占網路書店。超大型的網路書店沒有高額店面成本與人事成本，且銷售區域及於全國甚至可跨國，可以提供的折扣比起大型實體連鎖書店還要多。過去在傳統實體書店間，雖然沒有明顯的搭便車問題，但到了實體書店和網路書店，卻因為網路書店折扣幅度大，倒真的會出現搭便車問題，亦即消費者在實體書店體驗翻閱了書籍，但卻回家從網路書店購買便宜的書。所以，到了電子商務時代，在書籍市場上，搭便車的問題變得較為明顯。但是，網路書店後來也開發出讓消費者可以在線上翻閱體驗書籍部分內容的功能，因此，消費者漸漸也不需要去實體書店翻閱書籍，而可以在網路書店閱覽直接購買，這樣的搭便車問題又獲得部分緩解。即便搭便車問題獲得部分緩解，但因為網路書店的成本低、售價低，讓實體書店確實沒有獲利空間，導致不只是小型書店大量倒閉，大型實體連鎖書店也陸續關門。進而，因為實體書店的關門，沒有實體書店的展示、體驗導致的刺激消費，而書籍的整體銷售量，慢慢減少。也就是說，前述歐洲國家發展淨價書制度所擔心的「展店理論與垂直外部性」問題，在電子商務時代超大型網路書店出現。

另外，當初執委會認為，個別出版社應該有辦法個別與出版社談固定價格銷售制度，而不需要由出版協會出面。但是，在大型網路書店出現後，一家大型網路書店的市占率就可能已經超過整體書籍銷售量的 30% 以上，個別出版社沒有力量與大型網路書店談判，不但無法要求等同於實體書店的批發價，反而往往被大型網路書店要求必須提供比實體書店更低的批發價<sup>157</sup>。因此，前述歐盟執委會所謂集體淨價

---

Affects Community Actions,” *32 AIPLA Quarterly Journal*, 361, 366 (2004).

<sup>155</sup> Treaty establishing the European Community (2002), Article 151(4)(“4. The Community shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures.”).

<sup>156</sup> 詳細討論，可參考 Volker Kitz, *supra* note 154, 388-398.

<sup>157</sup> 對大型網路書店的談判力量，個別書店難與其談判價格，故採聯合行為與大型網路書店進行議價，以及其引發的後續競爭法問題，可參見楊智傑，「最優惠條款與競爭法之案例研究」，公

書協議制度並非「不可或缺」或「限制競爭最小手段」，在網路時代來看更無說服力。正是由於個別出版社根本無法與大型連鎖書店或超大型網路書店個別談判固定銷售制度，所以部分國家是直接以立法的力量，制定固定書價制度，以保護小出版社及小書店的生存空間。

在這樣的發展下，或有認為，實體書籍銷售量減少是電子書市場成長所造成。確實，過度便宜的電子書，會影響實體書籍的銷售量。因此，美國和歐盟才會出現電子書與最優惠待遇條款（MFN clauses）案<sup>158</sup>，在美國先是由 Apple 發起和各大出版社合作，希望將原本電子書的批發價模式，改成代理人模式，直接由出版社決定在網路書店的電子書售價；既然電子書可由出版社決定終端售價，則各網路書店都希望採取最優惠待遇條款，要出版社保障給自己的定價不能高於給其他網路書店平台的定價。美國和歐盟雖然指責對最優惠待遇條款的使用，可能有聯合行為的問題，但基本上沒有指責出版社從批發價模式改採代理人模式<sup>159</sup>。出版社現在也普遍對電子書採取代理人模式，由自己決定終端售價，其目的，就是避免電子書的售價太低，影響到實體書的銷售。因而，在這樣的發展下，電子書的銷售量不再成長反而消退。

一方面，這樣的發展可以看出，出版社寧可減少電子書的銷售，也要維持實體書的銷售，同時也是維護實體書店存在的一種方式。另一方面，就電子書採取代理人模式，由出版社決定終端售價，實質上達到了轉售價格維持的功能<sup>160</sup>。不過，是因為電子書的特性不需要庫存，所以電子書平台才能夠和出版業轉換為代理人模式，以實質達到轉售價格固定的效果；但實體書的批發銷售仍有庫存進貨退貨問題，無法採取代理人模式，因此，在實體書的銷售，出版社無法採取代理人模式自己決定終端售價，只有在部分國家以立法採取圖書定價制度，才有辦法讓出版社決定實體書的終端售價。

---

平交易季刊，第 23 卷第 3 期，57-63（2015）。

<sup>158</sup> 美國 Apple 案的討論，可參考楊智傑，同上註，58-90；歐盟 Apple 案為 Case AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon)，相關討論可參見 Peter Alexiadis, “Forging a European Competition Policy Response to Online Platforms,” *18(2) Business Law International*, 91, 121-126 (2017).

<sup>159</sup> Peter Alexiadis, *id.*, at 127-128.

<sup>160</sup> *Id.*, at 128.

## 五、歐盟對華碩網路轉售價格維持裁罰案

作為數位單一市場策略 (Digital Single Market Strategy) 的一部分，歐盟執委會在 2015 年 5 月啟動電子商務產業調查，並於 2017 年 5 月公布「電子商務產業調查報告」(Final report on the E-commerce Sector Inquiry)<sup>161</sup>，指出轉售價格限制，是目前為止在電子商務市場中，最被廣泛使用的一種限制競爭的手段。調查顯示，有高達 42% 的網路零售商與供貨商之間，設有價格限制或維持轉售價格約定<sup>162</sup>。歐盟執委會並決定根據該報告，啟動個案執法，對網路零售商普遍採用的轉售價格維持問題，進行調查裁罰<sup>163</sup>。

2018 年 7 月，歐盟執委會對華碩等 4 家公司所涉及的網路零售商轉售價格維持案，就網路零售商之轉售價格維持問題，做出第一件指標性裁罰案。華碩等 4 家公司，對於其所銷售的家用電器、筆記型電腦、高傳真 (hi-fi) 產品等，限制網路商店設定銷售價格的能力。這 4 家製造商要求以低價銷售的網路商店，必須遵守轉售價格的約定，倘若違反約定，就以斷貨作為制裁。許多大型網路商店在標示價格時，乃是自動尋找其他競爭對手的網路標價，然後設定相對應的價格。因此，對低價網路商店的轉售價格限制，連帶地也會影響到所有網路商店的定價。由於 4 家公司的裁罰內容與論理大致相同，以下本文僅介紹我國華碩公司的裁罰案（下稱華碩案）作為代表。

### （一）華碩案

#### 1. 相關公司和產品

本案涉及的華碩公司，包括華碩電腦、德國華碩公司、法國華碩公司，統稱為

---

<sup>161</sup> 對於此份電子商務產業調查報告之內容，國內已有文獻詳細介紹其重點，參見魏杏芳，「論數位經濟時代的網路經銷限制—以歐盟規範管制與實踐為核心」，月旦法學雜誌，第 273 期，224-226 (2018)；魏杏芳，前揭註 2，148-149，本文不擬重複介紹。但是，本文於第六部分討論電子商務衝擊下轉售價格維持之替代方案時，會再援引這份報告的發現與觀點，以作為討論的基礎。

<sup>162</sup> 魏杏芳，前揭註 2，163；European Commission, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Brussels, 10.5.2017 COM (2017) 229 final, paras. 28-29, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf), last visited on date: 2018/12/5.

<sup>163</sup> 魏杏芳，同上註，163。



華碩公司。其中，德國華碩公司和法國公司，分別限制德國和法國經銷商的轉售價格<sup>164</sup>。

華碩在各國的公司，大致分為兩個事業體，一個是「系統」（System）部門，負責銷售筆電、平板電腦、手機，另一是開放平台（Open Platform）部門，負責銷售顯示器、主機板、無線區域網路設備、視訊轉換器、圖像顯示卡、和桌機<sup>165</sup>。

華碩銷售其產品，主要透過獨立批發商，經由批發商（wholesalers）再銷售給不同的零售商（retailers）。另外，少部分產品也會直接銷售給少數的零售商或系統整合業者<sup>166</sup>。但是，雖然華碩不直接銷售產品給零售商，其業務經理卻以不同的管道直接管理許多零售商。例如，批發商直接處理產品運送和付款問題，但華碩卻會與零售商直接協商產品購買的條件<sup>167</sup>。

這次處罰的行為，在德國涉及的系統部門所銷售的所有產品，以及開放平台部門銷售的區域網路、桌機和顯示器產品。在法國，則涉及所有開放平台部門銷售的產品<sup>168</sup>。

歐盟執委會從 2015 年 3 月 10 日，開始對德國和法國的零售商展開調查<sup>169</sup>。2017 年 2 月 2 日，執委會正式啟動對華碩案的反競爭法調查程序<sup>170</sup>。

## 2. 德國部分

雖然華碩分成開放平台部門和系統部門，分別其銷售管道，但華碩在這兩個部門的銷售行為差不多。這兩個部門都發展並執行一個策略，用以監督和接受零售商的零售價格，希望讓轉售價格保持在其「建議轉售價格」（recommended resale prices）一致<sup>171</sup>。

華碩以各種方式監督價格，包括觀察價格比較網站（price comparison

---

<sup>164</sup> Commission Decision of 24.7.2018 relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Case AT.40465 – ASUS, at para. 1 (Brussels, 24.7.2018, C(2018) 4773 final).

<sup>165</sup> *Id.*, at para. 6.

<sup>166</sup> *Id.*, at para. 9.

<sup>167</sup> *Id.*, at para. 11.

<sup>168</sup> *Id.*, at para. 13.

<sup>169</sup> *Id.*, at paras. 15-16.

<sup>170</sup> *Id.*, at para. 17.

<sup>171</sup> *Id.*, at para. 26.

websites)，例如「geizhals.de」和「idealo.de」<sup>172</sup>；針對某些產品，則使用內部的軟體監測工具，找出銷售華碩產品低於建議轉售價格的零售商。此外，某些零售商也可以向華碩抗議，其他零售商的價格太低。華碩發現零售價格低於建議水準後，會直接聯繫零售商，要求提高價格<sup>173</sup>。這些零售商完全瞭解華碩的商業政策，且通常都會同意轉售價格維持，並提高價格到華碩希望的水準<sup>174</sup>。

華碩也會採取一些更精緻的方法，來執行其轉售價格維持的政策<sup>175</sup>：

- (1) 就網路連線產品，其在 2012 年第 3 季採用了一個優質伙伴計畫（premium partner program），只要零售商遵守某些品質指引，就可以獲得額外紅利，其中包括要求零售商遵守建議轉售價格。華碩每個月會提供每一項產品的店面銷售和網路銷售建議價格清單給零售商。華碩在 2013 年 6 月至 2014 年 6 月間，乃以內部的監視清單，稱為「OUVP-WLAN」，監視優質伙伴的轉售價格。如果零售商的價格低於建議轉售價格，清單就會顯示紅色。一旦發現紅色，華碩的業務經理會與零售商聯繫，告知他們需提高價格，否則將喪失品質紅利<sup>176</sup>。
- (2) 就顯示器產品，從 2013 年第 3 季德國華碩也展開類似的優質伙伴計畫。只要遵守建議轉售價格，除了可以獲得紅利之外，也可以比非優質伙伴拿到較佳的購買價格<sup>177</sup>。
- (3) 就筆電產品，華碩在 2011 年在內部使用一套「online map」軟體，讓員工可以每天掌握德國各區域和線上的價格。有證據顯示，德國華碩員工曾與零售商聯繫，認為其偏離建議轉售價格，而說要終止與零售商之關係<sup>178</sup>。
- (4) 德國華碩威脅零售伙伴，倘若不遵守其售價政策，就要撤回其對華碩網路商標使用的授權<sup>179</sup>。
- (5) 德國華碩會直接與零售商聯繫，取得他們的同意，提高特定產品的價格。例如，2012 年 3 月，華碩員工在比價網站中發現一些筆電價格下降，並討論如何要零售商在比價網站中移除這些產品及開價，後來零售商雖然改變了比價網站上的資

---

<sup>172</sup> *Id.*, at para. 33.

<sup>173</sup> *Id.*, at para. 27.

<sup>174</sup> *Id.*, at para. 28.

<sup>175</sup> *Id.*, at para. 36.

<sup>176</sup> *Id.*, at paras. 37-40.

<sup>177</sup> *Id.*, at paras. 42-46.

<sup>178</sup> *Id.*, at paras. 47-50.

<sup>179</sup> *Id.*, at paras. 51-54.

訊，但華碩發現零售商自己的網站仍然沒有變更，並進一步聯繫零售商，要求抬高零售商網頁的售價<sup>180</sup>。

- (6) 德國華碩對那些持續不遵守建議轉售價格的零售商，會進行威脅與制裁。制裁包括：減少供貨或停止供貨、減少或刪除特定紅利、排除特定伙伴計畫資格、禁止使用華碩網路商標<sup>181</sup>。

### 3. 法國部分

經調查，法國華碩涉及轉售價格維持的行為，是在開放平台事業部門所銷售的產品。華碩會監視零售商的轉售價格，並介入要求其維持價格在建議轉售價格的水準。零售商均知道華碩的商業政策，通常也會同意維持或提高價格到希望的水準<sup>182</sup>。

具體來說，法國華碩會採取下述行為：

- (1) 法國華碩會定期地介入零售商的定價行為，希望他們提高轉售價格。例如，華碩曾向零售商抱怨其某些主機板、桌機的價格持續過低，要求提高價格。2014年2月曾有一具體案例，零售商就某款顯示器價格，降價到289歐元，而引起法國華碩關注，並聯繫要求其調高價格，最後該零售商調高為349歐元。大部分時候，被要求調高轉售價格的零售商，都會同意調整；有的時候，零售商會要求，華碩要保證讓他零售商也調高價格，自己才願意調高價格<sup>183</sup>。
- (2) 若零售商持續違反希望轉售價格水準，則會受到法國華碩的威脅或制裁。例如，在2014年2月一個具體案例中，華碩員工透過Skype與某零售商聯繫，說若不提高零售價格，華碩將不會給予任何預算（財物支援）。甚至，華碩給其批發商壓力，要求不再供貨給該零售商<sup>184</sup>。

## (二) 程序

啟動調查後不久，華碩表示願意配合調查。對於執委會根據理事會依據共同體

---

<sup>180</sup> *Id.*, at paras. 55-65.

<sup>181</sup> *Id.*, at paras. 66-71.

<sup>182</sup> *Id.*, at para. 75.

<sup>183</sup> *Id.*, at paras. 80-88.

<sup>184</sup> *Id.*, at paras. 89-94.

條約第 81 和第 82 條之程序行為規則（Council Regulation (EC) No 1/2003<sup>185</sup>）第 7 條的行為命令和第 23 條的罰款，後來華碩提出和解提案（settlement submission），內容包括：

- 明確清楚承認，華碩在德國和法國這兩個獨立且持續的侵害行為；
- 指出華碩可接受的執委會裁罰的最高金額，且願意配合執委會程序；
- 確認華碩公司已經清楚瞭解執委會將在「初步違法理由說明」（Statement of Objections）中認定其行為違法的理由，也確認華碩公司已經有足夠機會將其意見向執委會表達；
- 確認華碩公司不要求取得更多檔案或要求更多聽證，除非執委會未將其和解提案放入「初步違法理由說明」和「最終決定」中；
- 同意接受執委會根據歐洲理事會 1/2003 規則第 7 條和第 23 條的裁罰理由聲明和最終決定的英文版<sup>186</sup>。

2018 年 5 月 24 日，執委會正式提出初步違法理由說明，並在其中接受了華碩的和解提案<sup>187</sup>。最終執委會根據 Regulation (EC) No 1/2003 規則第 7 條<sup>188</sup>，做出禁止命令，要求華碩等公司不得再從事系爭行為，且未來不得從事具有類似目的和效果的措施<sup>189</sup>，並對華碩裁罰 6,352 萬歐元<sup>190</sup>。

---

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> Case AT.40465 – ASUS, at para. 21.

<sup>187</sup> *Id.*, at para. 23.

<sup>188</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003, Article 7(1)(“1. Where the Commission, acting on a complaint or on its own initiative, finds that there is an infringement of Article 81 or of Article 82 of the Treaty, it may by decision require the undertakings and associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end....”).

<sup>189</sup> Case AT.40465 – ASUS, at paras. 125-126.

<sup>190</sup> 根據 Council Regulation (EC) No 1/2003 規則第 23 條第 2 項，執委會可對違反歐盟運作規則第 101 條之事業課處罰鍰。對從事侵害行為的事業，罰鍰不能超過前一年商業年度總營收的 10%。根據第 23 條第 3 項，執委會在確定罰鍰金額時，必須考慮到侵害行為的嚴重程度與持續期間。而在決定罰鍰時，執委會也應根據自己所制定的「罰鍰指引」（Guidelines on fines）。首先，罰鍰金額要參考，侵害行為直接和間接在歐盟相關地理區域的銷售價值。最多可以銷售價值的 30% 作為基本金額，並參考侵害行為的嚴重程度，乘上侵害行為的年數。在計算銷售價值時，執委會通常是採計該事業參與侵害行為前一整個完整商業年度的銷售。在衡量侵害嚴重程度時，執委會會考量許多因素，包括侵害的性質、事業的市占率、侵害行為的地理區域範圍，以及該侵害是否被執行。執委會也可以考量基本金額是否要增減。其將會考量所有相關因素，做整體評估。執委會特別注意要確保罰鍰具有嚇阻效果。

執委會認為，華碩之系爭侵害行為屬於故意侵害。進而，執委會決定採計 2013 年的華碩整年的銷售數字，包括德國華碩在德國的營收金額，以及法國華碩在法國的營收金額。德國部分，只計算

### (三) 法律論述

以下介紹該裁罰案中，對於華碩行為如何違法且是否可適用第 101 條第 3 項個別豁免條件之論述。

#### 1. 協議或共同行為

首先，執委會指出，第 101 條第 1 項的協議（agreement），只要兩事業表達共同的意圖，在市場中以特定方式行為，就已經足夠。雖然第 101 條第 1 項區分了共同行為和協議的概念，但是其目的是想讓事業間的合作形式，在還沒有達到簽署協議的階段，而明知地以實際上的某種合作取代<sup>191</sup>，也將之納入該條禁止的範圍內<sup>192</sup>。

執委會認為，本案華碩和其零售商採取的行為，已經構成了 TFEU 第 101 條第 1 項中的一個或多個協議，以及（或）共同行為。其已經顯示了德國華碩或法國華碩，和許多德國和法國的獨立零售商間，有某種協議且（或）共同行為的特徵。透過該行為，德國華碩和法國華碩表達其意圖，要與其零售商一起，限制轉售價格之競爭<sup>193</sup>。

---

系統事業部門，以及開放平台事業部門所銷售的桌機和顯示器產品。法國部分，則計算開放平台事業部分銷售的所有產品。執委會認為在德國部分的銷售價值為 4 億到 4 億 5,000 萬歐元，法國部分為 6,000 萬到 9,000 萬歐元。就嚴重程度而言，執委會認為，雖然轉售價格維持在本質上就會限制競爭，但限制競爭的程度比起水平協議來得低，所以最後決定採銷售價值的 7%。至於銷售期間，在德國的單一且持續的侵害行為，從 2011 年 3 月 3 日開始，持續到 2014 年 6 月 27 日（3 年 3 個多月）。在法國的單一且持續的侵害行為，從 2013 年 4 月 7 日開始，持續到 2014 年 12 月 15 日（1 年 8 個多月）。因而，執委會套用上述數字及公式，算出在德國部分應該課予的罰鍰為 8,000 萬到 1 億 1,000 萬歐元，在法國部分應該課予 500 萬到 1,500 萬歐元。此外，執委會認為，並沒有其他加重或減輕因素。這個數字並沒有超過 Council Regulation (EC) No 1/2003 第 23 條第 2 項所限制的罰鍰最高金額不超過一年總營收的 10%。不過，因為華碩在被調查後，非常積極配合調查，執委會認為，根據罰鍰指引第 37 點，可以減少罰鍰 40%。執委會指出，華碩與執委會的合作，超越了其法律義務，表現在下面兩方面：(i) 提供額外的證據，對於執委會已經掌握的證據之外，顯示重要的價值，讓執委會能夠強化對該侵害行為的證明；(ii) 承認其行為構成歐盟運作條約第 101 條的侵害行為；(iii) 放棄某些程序性權利，使行政更有效率。最終的罰鍰為，對於發生在德國的單一且持續的侵害行為，處罰 5,816 萬 2,000 歐元；對於法國的單一且持續的侵害行為，處罰 536 萬歐元。

<sup>191</sup> 關於尚未達到協議程度，而可能成為共同行為，國內相關詳細討論，可參見謝國廉，前揭註 35，135-137；陳麗娟，前揭註 36，203。

<sup>192</sup> Case AT.40465 – ASUS, at para. 97.

<sup>193</sup> *Id.*, at paras. 98-99.

## 2. 單一與持續的侵害行為

執委會指出，第 101 條的侵害行為，不只包括一個單一行為，也可包括一系列行為或行為過程，即便該系列行為或行為過程中的一個或多個面向，本身也可以獨立構成侵害行為。因此，如果不同行為構成一個「整體計畫」，因為其共同的目的是扭曲內部市場的競爭，執委會有權將這些行為，認定為是參與一個整體侵害行為的部分，而課予責任<sup>194</sup>。

執委會因而認為，本案所調查的行為，在德國構成了單一且持續的侵害行為；在法國也構成了單一且持續的侵害行為。因為在德國的所有行為，都是想追求同樣的反競爭目的，亦即想在德國維持價格在建議轉售價格的水準。在法國的行為也是一樣<sup>195</sup>。

證據顯示，所有的轉售價格維持的行為，都構成了德國華碩和法國華碩在德、法 2 國所實施的整體商業策略的一部分，就是想要控制華碩商品的轉售價格，讓個別零售商的價格在建議轉售價格一樣或之上。除了上述立即之目的，此一持續的價格監視和轉售價格維持行為的更大目的，是要避免，當有一個零售商降低售價，其他零售商就會跟進，進而造成市場中全面的降價<sup>196</sup>。

最後，因為德國華碩和法國華碩在所調查的期間都採取一致的模式，參與的人實質上都一樣，實質上是一個持續且一致性的方法，因此可認定是兩個單一且持續的侵害行為<sup>197</sup>。

## 3. 限制競爭

其次，TFEU 第 101 條第 1 項所禁止之聯合行為，乃其目的或效果在於避免、限制或扭曲內部市場的競爭。執委會指出，事業間所採取某種類型的合作行為，已經對競爭產生相當程度的傷害，而不再需要檢查其行為的效果。從過去的案例法中也可歸納，事業間採取的某些類型的合作，本質上就可被視為對正常競爭的適當運作有所傷害。因此，某些聯合行為，例如轉售價格維持，可被視為很可能對產品或

<sup>194</sup> *Id.*, at para. 100.

<sup>195</sup> *Id.*, at para. 102.

<sup>196</sup> *Id.*, at para. 103.

<sup>197</sup> *Id.*, at para. 104.

服務的價格、選擇、數量、品質有負面效果，因而在適用 TFEU 第 101 條第 1 項時，無庸去證明對市場的真正效果<sup>198</sup>。

執委會認為，本案所調查的行為，德國華碩和法國華碩限制了零售商在德、法 2 國決定其轉售價格的能力。此種行為，在本質上，就已經是第 101 條第 1 項的限制競爭<sup>199</sup>。

#### 4.對會員國間貿易的影響

TFEU 第 101 條第 1 項的目的，是要禁止會傷害會員國建置內部市場的協議或共同行為，不論是想切割國內市場，或是影響內部市場競爭的結構<sup>200</sup>。

執委會認為，德國華碩和法國華碩的行為，會對會員國間貿易造成影響。在所調查違法期間，德國和法國的零售商，都將華碩產品賣給不同會員國的消費者。尤其，在本案中，德國華碩曾要求法國零售商，不要將產品以低於建議轉售價格賣到德國，更證明影響了跨國交易<sup>201</sup>。

#### 5.不適用第 101 條第 3 項

根據垂直限制集體豁免規則第 4 條 a 款，「不應適用於下述垂直協議，其會直接或間接、獨立或搭配其他當事人控制的元素，具有下述目的：(a)限制買方決定銷售價格的能力，但不影響供應商可以加諸最高的銷售價格或建議的銷售價格，只要其不會因為當事人的壓力或所提供之誘因，而沒成為固定或最低銷售價格。<sup>202</sup>」

執委會認為，德國華碩和法國華碩的行為，無法豁免於垂直限制集體豁免規則，因為其目的就是要限制華碩產品的零售商，獨立決定其銷售價格的能力<sup>203</sup>。

此外，雖然 TFEU 第 101 條第 3 項有豁免規定，但執委會也認為，本案系爭行為，也不符合該條所設定的豁免條件。尤其，並沒有證據顯示，採取這些行為是引誘零售商在某些促銷行為、銷售前服務上的投資，或避免網路和實體銷售管道間搭

<sup>198</sup> *Id.*, at paras. 106-107.

<sup>199</sup> *Id.*, at paras. 108-109.

<sup>200</sup> *Id.*, at para. 110.

<sup>201</sup> *Id.*, at para. 111.

<sup>202</sup> Vertical Block Exemption Regulation, *supra* note 41, Article 4(a).

<sup>203</sup> Case AT.40465 – ASUS, at paras. 115-116.

便車行為的衝擊，所不可或缺之行為<sup>204</sup>。

#### (四) 評析

從華碩等 4 家公司裁罰案來看，歐盟執委會就轉售價格維持的案例處理，維持過去一貫的標準，就是認為其屬於核心限制。一方面，就是否有限制競爭效果，只要有限制競爭目的，無庸去看是否真的有限制競爭效果。其次，因為屬於核心限制，所以也無集體豁免之適用。最後，也不會有第 101 條第 3 項個別豁免適用的可能。

當然，在華碩案中，因為華碩配合調查且認罪，可能並沒有提出個別豁免適用的主張。但實際上，要第 101 條第 3 項個別豁免的空間很小。從本文前二節的說明可知，執委會目前從來沒有真的認為有任何一種情形可以符合個別豁免的四個要件。2010 年版指導原則指出了轉售價格維持的促進競爭的三種可能，一是推介新產品，二是統一低價促銷，三是促使零售商提供銷售前服務，避免搭便車。而在華碩案中，執委會只簡單說到，華碩並沒有提出這三種抗辯。

既然 2010 年版指導原則已經指出了三種抗辯可能性，為何華碩等 4 家公司都不提出抗辯？筆者認為，第一個原因是，過去執委會從來就沒有真正承認過任何一個轉售價格維持的個案有機會符合個別豁免，提出抗辯的成功性太低。第二個原因則是，在上述三種抗辯理由中，顯然華碩此種長期的行為，不會符合前二種理由（推介新產品或統一低價促銷），最有可能的是第三種理由「促使零售商提供銷售前服務」。但是在前述指導原則指出：「事業要主張這一點，必須證明，其動機是為了避免可能的零售商間的搭便車問題，且此種銷售前服務整體來看對消費者有利，才能夠滿足第 101 條第 3 項的要件。」亦即，其指出的是個別豁免要件的第二個要件「且讓消費者公平分享其利益」。

若比較第四節討論的圖書定價制度，出版協會已經說明，讓小書店有獲利空間，可讓他們願意進貨庫存展示更多的書，進而導致更多元的書被出版，也因為書籍銷量增加，可導致平均製造成本降低，所以對消費者有利。但是，若是套用在華碩的消費性電子產品上，華碩之行為或許是要讓實體零售商有獲利空間而願意提供

<sup>204</sup> *Id.*, at para. 117.



展示、推介、維修等服務，但卻無法說明「促進此種銷售前服務」如何「整體來看對消費者有利」？華碩能否說明，因為提供銷售前服務，能讓整體產品銷量增加，而導致成本降低，回饋給消費者？看來這個論點很難成立。

另外，或許所謂的「讓消費者公平分享其利益」未必只能是成本的下降，是否可能包括因為實體商店提供「銷售後維修服務」，能夠讓產品使用的壽命延長，對消費者而言產品的使用價值提升？不過，2010年版的指導原則只允許為了「促進提供售前服務」，而非「促進提供售後服務」。若只限於「提供售前服務」，問題在於，「促進提供售前服務」讓消費者能夠分享到什麼利益？在涉及安全性操作或使用的產品，「促進提供售前服務」，是要讓消費者真的獲得產品使用前的安全確保<sup>205</sup>，某程度來說，確實「讓消費者公平分享了售前服務的利益」。但如果售前服務只是刺激消費，對消費者沒有特別大的利益，

因而筆者認為，雖然2010年版指導原則指出「促進提供售前服務」是一種可以提出的抗辯，但也明文指出「…此種銷售前服務整體來看對消費者有利，才能夠滿足第101條第3項的要件。」那麼，困難點還是在於，如何滿足第101條第3項第2個要件「讓消費者公平分享其利益」。

最後，筆者另想指出，所謂的「促使零售商提供銷售前服務，避免搭便車」這個理由，乃出於「搭便車理論」，但下一節詳細說明，製造商想要維持網路零售商的轉售價格，並非是要單純想要促使實體零售商和網路零售商提供服務，而是要確保實體零售商的生存空間，而確保實體零售商生存空間，是要維持製造商的整體銷量。華碩不提出「服務搭便車」抗辯的第三個理由也許正是因為，避免服務搭便車本來就不是在電子商務時代採取最低轉售價格維持的最重要理由。

## 六、電子商務興起的衝擊

上述歐盟華碩案，是歐盟執委會第一則涉及網路維持轉售價格的重要案例。但是執委會並沒有表現出，網路零售商對實體零售商的衝擊，而在轉售價格維持的判

---

<sup>205</sup> 關於安全性產品的問題，也許歐盟2011年所處理的 *Pierre Fabre* 案倒是有一點關聯性。該案涉及化妝品與個人健康用品的銷售，製造商禁止該零售商將該產品於網路平台上銷售，要求必須在有合格藥師駐點的實體商店才能販售。關於該案介紹，可參考魏杏芳，前揭註161，215-217；楊宏暉，前揭註1，158。該案中，因為相關移送事實，對於是否能夠主張第101條第3項個別豁免條款，資訊不足，故歐盟法院並未具體判斷此一爭點。See *Case C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, at paras. 49-50.

斷上，需要有不同的思考。事實上，美國最高法院 2007 年作出 *Leegin* 案判決時，也沒有思考到電子商務的衝擊<sup>206</sup>。

本文以下（一）將說明，網路零售商對實體零售商的衝擊，比起傳統實體零售商間的競爭，影響大的多，而對前述所提到的「搭便車理論」、「展店理論」等，產生更嚴重的問題。因此，比起傳統零售商間的競爭，對於網路零售商與實體零售商間的競爭，採取轉售價格維持以解決上述問題，確實有更大的正當性。但或有認為，仍然有其他限制競爭較小手段可以採用，以下（二）也會討論這些替代方案。

由於歐盟執委會於 2017 年 5 月公布「電子商務產業調查報告」中，已經描述了在現行情況下，業者會採取的各種避免網路低價競爭的替代方案，因此，該部分的討論，主要參考電子商務產業調查報告所提及的一些替代方式，並說明其在法規上的侷限。

## （一）網路零售商對實體零售商的衝擊

國際網路與電子商務的興起，革命性地衝擊了傳統的經銷與零售體系。

### 1. 網路零售商的價格競爭與經營成本

網路由於可以提供大量資訊，且使用者可以即時搜尋各種產品與價格資訊，使網路的價格競爭，比起過去實體商店的價格競爭，來得更加激烈<sup>207</sup>。電子零售商更著重於價格的競爭，因為價格與產品資訊在網路上更加透明，搜尋成本更低<sup>208</sup>。此外，網路購物的方便性，提供消費者另一種購物體驗，讓消費者能夠更快速、更便利地在家購買商品或服務。消費者不用為了消費而浪費交通時間成本，以及避免在賣場與人擁擠搶購或產生摩擦<sup>209</sup>。

網路商店之所以可以進行低價競爭，是因為比起實體商店，其成本相對低廉：(1)其沒有店面成本、人力成本<sup>210</sup>；(2)其沒有實體店面的庫存成本與庫存壓力。雖然

<sup>206</sup> Harvard Law Review, Note, "Leegin's Unexplored 'Change in Circumstance': The Internet and Resale Price Maintenance," *121(6) Harvard Law Review*, 1600, 1601 (2008).

<sup>207</sup> *Id.*, at 1612.

<sup>208</sup> Daniel B. Nixa, *supra* note 9, 479-480.

<sup>209</sup> *Id.*

<sup>210</sup> 馬泰成，前揭註 5，32。

網路商店要快速出貨，也需要有庫存，但也可以透過聰明的庫存方式，節省庫存壓力；(3)網路商店往往不提供銷售前的體驗服務，也不提供售後服務；(4)由於電子商店的銷售區域沒有實體商店的區域限制，導致經營一個網路商店，可銷售的客戶區域遍及全國，銷售量大，可降低行政管理成本，因此，網路商店的平均固定成本又比實體商店更低。由於上述幾個特性，網路商店的成本可以大幅的低於實體商店的成本。也正因為網路商店的經營成本較低，所以才有這麼多的網路商店崛起，與實體商店競爭，並奪取實體商店的市占率。

## 2. 搭便車問題變嚴重

在「二、(一)」介紹轉售價格維持的正面效果中，第一個也是最常被人提起者，就是為了解決搭便車問題，亦即在於解決，不提供服務的零售商搭提供服務零售商的便車。筆者想要提出，在 2000 年以前所討論的搭便車問題，其實都是對實體零售商間的搭便車問題進行論述，而非針對網路零售商和實體零售商間的關係進行論述。因此，在 2000 年以前所討論的搭便車，是在實體零售商間，而每一家實體零售商都有基本的店面成本、人事成本，只是提供的促銷、體驗、解說服務有所不同，而產生較小的搭便車問題。

但是，在 2000 年以後，製造商面對的是網路商店對實體商店的搭便車問題。此時，網路商店整體的平均成本比實體商店低，網路商店不存在所謂的實體展示、體驗服務，也沒有即時的解說服務，卻可以提供低價競爭。

當然我們必須承認，某些商品並不需要太多的實體展示與體驗，對於不需要實體展示與體驗的商品，本來就不需要實體零售店提供的展示與體驗服務，則對這些商品不存在搭便車問題<sup>211</sup>。但是，對於需要特殊服務的商品，則網路零售商的興起，確實存在搭便車的問題，且可能使搭便車的問題惡化。

對於網路商店與實體商店搭便車的問題，也就是消費者可能會在實體商店體驗產品或獲得產品解說服務後，回家至網路上搜尋低價產品，而在網路商店上購買<sup>212</sup>。為何會惡化搭便車問題？在沒有網路零售商的世界，消費者可以在提供服務的商店瞭解產品後，然後貨比三家，尋找不提供服務、售價更低的實體商店，但仍須

<sup>211</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 16.

<sup>212</sup> 馬泰成，前揭註 5，36-37。

耗費交通時間、實體搜尋時間，所以比價仍然需要成本。但是，由於網路興起，資訊透明，網路比價非常容易<sup>213</sup>，且沒有實體購物的交通、時間成本，亦沒有地理區域上的限制。因此，對於較需要體驗服務、或較高價的產品，搭便車的問題確實會因為網路的興起而惡化<sup>214</sup>。

但是，某些商品雖然需要較多的資訊，但不需要真的實體體驗者，網路的興起反而會減少搭便車問題。因為，網路充滿了大量的資訊，對產品特性、規格有詳細描述，甚至有專業的產品體驗介紹、影片等。部分消費者可能是先在網路上搜尋產品相關資訊，然後轉至實體商店確認後購買<sup>215</sup>。對於這種現象，或有稱為「搭便車的進行是雙向的」<sup>216</sup>。

但是，這種雙向的搭便車問題，對於網路商店和實體商店的影響卻有所不同<sup>217</sup>。網路商店所提供的網路購買資訊，因為非實體，沒有排他性與敵對性，並不會因為多一個人查詢，而產生額外成本<sup>218</sup>。但對於實體商店，商店提供展示、體驗與解說服務，展示空間有限，而體驗與解說服務也具有排他性與敵對性，影響店面交易的機會成本，若消費者享受完這些服務再去網路商店購買，對實體商店的損失較大。此外，前述網路商店的潛在客戶無區域的限制，網路商店的客群本來就較大，損失一個客人，對其影響不大；但對實體商店而言，實體商店的潛在客群就是周邊客戶，在這個區域因搭便車轉至網路消費而損失一名客人，對實體商店的損失衝擊較大<sup>219</sup>。

不過，最有趣的地方在於，如果說採取轉售價格維持，是為了解決搭便車問題，想要透過此種價格限制，促使零售商在服務上競爭，而不在價格上競爭。但是，對網路零售商採取價格限制，網路零售商仍然很難提供其他體驗、展示服務，因為現實上，網路商店本質上就不可能讓客人真的摸得到、看得到實體商品。因此，製造商對網路零售商採取轉售價格限制，沒辦法真的促使網路零售商提供服務<sup>220</sup>。這也就是華碩案中，華碩無法說明，採取轉售價格維持，是要促使網路零售商

<sup>213</sup> European Commission, *supra* note 162, para. 11.

<sup>214</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 16; Harvard Law Review, *supra* note 206, 1615.

<sup>215</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 16-17.

<sup>216</sup> 魏杏芳，前揭註 2，156。

<sup>217</sup> 同上註。

<sup>218</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 17.

<sup>219</sup> Harvard Law Review, *supra* note 206, 1615-1616.

<sup>220</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 18.

提供哪種服務。因此，在網路零售商與實體零售商的競爭中，採取轉售價格維持，真正關心的未必是服務，而是實體零售商的生存問題。

### 3.沒有搭便車問題但仍然衝擊實體零售商

傳統零售商間的搭便車論述，是在討論服務上的搭便車，因為服務搭便車，導致售前服務的減少。對於一般不需要體驗、解說的產品，實體店面與網路商店的競爭，並沒有明顯的搭便車問題<sup>221</sup>，純粹是因為網路商店的平均經營成本低，所以可以用低價競爭。

但網路零售商的低價，並非是因為不提供體驗解說服務，而是根本沒有店面成本的存在。由於網路商店的低價競爭，導致實體商店也只好在價格上競爭，自然會減少相關的展示體驗解說服務。但即便已經減少展示體驗等服務，因為店面、人事等固定成本無法下降，仍然打不贏網路商店的低價戰，最後會因為經營困難而慢慢收掉店面。此時，不是因為網路商店搭便車的問題，而是低價競爭的問題，導致實體商店減少服務或店面。

對製造商來說，實體商店所提供的展示與服務，是幫助他們提升消費者購買需求的重要方式。甚至，就算實體零售商不提供體驗解說服務，光有店面展示，就能夠引發消費衝動，若能提供更多服務，則能刺激更多消費需求<sup>222</sup>；但當實體商店因為純價格競爭，而打不贏網路零售商，不但會減少體驗解說服務，更可能減少展示空間，亦即關掉店面。而因為沒有實體店面所提供的展示與服務刺激消費需求，導致製造商的整體銷售量減少。

筆者特別強調，縱使沒有所謂的「服務搭便車」問題，實體零售商還是受到網路零售商的價格競爭嚴重衝擊，而製造商之所以想採用轉售價格維持，不是為了解決「服務搭便車」，而是為了讓實體零售商存活，因為讓實體零售商存活，有助於維持製造商整體的銷售量。

---

<sup>221</sup> *Id.*, at 16.

<sup>222</sup> Benjamin Klein, *supra* note 32, 441.

## （二）轉售價格維持之替代方法

製造商為了避免零售商間搭便車問題（水平外部性），或是為了刺激零售商採取更多展示服務，避免因展示服務不足而影響到製造商銷售減少（垂直外部性）的問題，而採取轉售價格維持。部分時候，這兩個問題是同時存在。

以下本文將討論，是否有比轉售價格維持限制競爭較小的其他替代方法，可以解決上述搭便車問題，以及實體展售店面因為網路零售商興起而漸漸消失問題。

### 1. 解決服務搭便車的替代方法

為了解決這樣的雙重外部性問題，除了轉售價格維持，製造商也許可以採取其他方法，自己購買實體商店的服務。以下討論方法，並非針對網路零售商的衝擊，而是在沒有電子商務的世界中，解決傳統的「服務搭便車」或「服務不足」問題的方法。

第一個方法，就是由製造商自己經營直營店，或者派人到賣場設點設櫃，進行產品展示、體驗與解說<sup>223</sup>。例如，市場上我們看到許多衣服品牌，確實有自己經營直營店，或在百貨公司設櫃。此種方式是用製造商的費用，直接購買展示服務。

不過，製造商自己經營直營店的成本過高；若是製造商自己派人到實體商場設點設櫃，也必須有夠多的營業量，才足以支持製造商自己在實體商場設點設櫃。這種方法並不經濟，實體店面的解說服務，可以對多個品牌與產品共用一個解說服務人員；但若由製造商提供解說服務人員，則成本過高，不可能派駐到每一個商店。因此，並非每一種產品或營業量，都足以讓製造商自己開設直營店，或自己設點設櫃。

第二個方法，製造商可以採取區域獨家經銷，避免有相競爭的零售商，進行低價競爭。不過獨家經銷商未必能夠拓展市場到每一個銷售據點<sup>224</sup>。或者，也可以透過選擇性經銷制度（selective distribution），設定選擇性標準（selective criteria），挑選願意提供相當展示服務的零售商，作為自己的零售通路，以避免零售商間的價格競爭。

<sup>223</sup> 各種可能方式的討論，可參考馬泰成，前揭註 5，47-48。

<sup>224</sup> 同上註，48。

第三個方法，就是製造商對願意進行產品服務的實體商店，購買「促銷折讓」(promotional allowances)，或進行促銷補貼<sup>225</sup>。此種促銷補貼，有認為是對競爭限制最小的一種方式，其好處在於，可以針對零售商所提供的不同服務，設定不同的折讓價格。這比起轉售價格維持還要好，因為轉售價格維持無法決定零售商要提供哪一種服務<sup>226</sup>。這種促銷補貼，可以算是製造商向零售商購買服務，補貼的價格可以當成是製造商向零售商購買銷售服務的隱藏價格<sup>227</sup>。採取促銷補貼方式的一個好處在於，由於服務是由製造商所購買，不論消費者向哪一個零售商購買，都沒有所謂服務搭便車問題<sup>228</sup>。

雖然有學者提出，促銷補貼相對於轉售價格維持，是限制競爭較小手段。但是，在可行性上其實有許多問題。促銷補貼雖然可以較有效的直接購買所需的促銷服務，但製造商必須付出更多的監督成本，並用複雜的補貼方式以確保零售商真的提供服務，所以，比起轉售價格維持，因資訊不對稱問題，監督成本較高，是一種較不效率的方法<sup>229</sup>。例如，若是補貼零售商的單次服務，困難點在於，到底要如何計算單次服務，且要如何監督，都將成為問題<sup>230</sup>。

## 2. 解決網路零售商低價競爭的替代方法

前面「六(一)、3」已經說明，網路零售商的出現，對實體零售商，其實不僅是服務搭便車問題，而是因為網路零售商沒有基本固定成本，徹底衝擊了實體零售商的存在。因而，對製造商來說，要思考的不僅是如何補貼實體零售商的「服務」，而仍然是要思考，如何不要讓網路零售商低價競爭，剝奪了實體零售商的生存。

(1) 前述說明，衣服廠商可以自己出資經營直營店，或在商場設點設櫃，直接用自己的錢購買展示，但是，更重要的是，仍然需要解決網路商店的價格戰。因此，搭配的方法在於，這些衣服製造商也可以經營自己的網路商店，並只有自己在網路

<sup>225</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 19.

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> Benjamin Klein, *supra* note 32, 461.

<sup>228</sup> Marina Lao, *supra* note 12, 19.

<sup>229</sup> Benjamin Klein, *supra* note 32, 455; Lester G. Telser, "Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?" *33(2) Journal of Law and Economics*, 409 (1990).

<sup>230</sup> Benjamin Klein, *supra* note 32, 453.

上銷售，不允許也不供貨給其他網路零售商，避免其他網路零售商與自己直營店進行價格戰<sup>231</sup>。但是，並非所有製造商都有條件設立直營店，並自己架設直營網站，而避免非直營零售商與非直營網路商店的低價競爭。

(2) 大部分的製造商，仍然需要透過實體經銷體系，將產品推廣出去。而若要避免網路零售商的低價競爭，歐盟電子商務產業調查報告發現，有許多製造商採取一種選擇性經銷制度，限制提供相當服務的實體零售商，以及該零售商經營的網站，才能夠銷售其商品<sup>232</sup>。用此方式，避免將商品供貨給沒有實體店面的網路零售商，包括網路市集（online marketplaces）或平台。其中，高級化妝品公司確實大量採用此一方法，避免零售商將其高級化妝品在網路商店被折扣出售<sup>233</sup>。

2017 年 12 月歐洲初審法院在 Coty Germany 案<sup>234</sup>中，就涉及這類問題。該案中，高級化妝品公司，為了維持高級品牌形象，所採取的選擇性經銷體系，禁止經銷商在沒有相當品質的網站（該案為德國 Amazon 網站）銷售；不過，有部分零售商，希望將商品透過網路市集銷售，而受到製造商指控違約，而至歐洲法院訴訟。歐洲初審法院判決認為，此行為並不構成違反 TFEU 第 101 條以及集體豁免規則第 4 條 b 款和 c 款的核心限制<sup>235</sup>。但是，該案的判決，只針對為了維持高級品牌形象，而對零售商的選擇性標準有所設定，而不是特別針對特定網站。一般產品製造商若出於其他理由，是否能被法院接受，並不確定，且未必能夠設定清楚的選擇性標準，以排除該商品在網路市集上銷售。從而，也無法有效地阻礙網路零售商對該

<sup>231</sup> 歐盟執委會的電子商務產業調查報告發現，有相當高比例的廠商，自己設置網站銷售自己的產品。European Commission, *supra* note 162, para. 15(i).

<sup>232</sup> European Commission, *supra* note 162, para. 15(ii).

<sup>233</sup> Edward Iacobucci & Ralph A. Winter, *supra* note 16, 53. 該論文作者支持為了維持高級品牌形象，而可採用選擇性經銷體系，避免網路零售商的低價銷售，傷害該品牌形象。Id., at 57-58.

<sup>234</sup> Case C-230/16, Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH, 6 December 2017. 中文討論，參見魏杏芳，「論數位經濟時代的網路經銷限制—以歐盟規範管制與實踐為核心」，前揭註 161，221-223。

<sup>235</sup> 集體豁免規則第 4 條 b 款規定：「(b)對協議的購買者，限制其可以銷售其商品或服務的地理區域，或者可以銷售的客人，而不影響對其設置地點的限制...」（the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, a buyer party to the agreement, without prejudice to a restriction on its place of establishment, may sell the contract goods or services, except:...）。第 4 條 c 款規定：「透過零售商層級的選擇性經銷系統，限制對終端消費者的主動或被動銷售，但不影響限制該系統成員不得在未經授權設置地點進行營運...」（(c)the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment;...）。



產品的低價銷售。

(3) 製造商為了補貼實體商店的「店面展示」（未必包含服務），而可以考慮給實體商店的批發成本較低，而給網路零售商的批發成本較高<sup>236</sup>。但是對於此一問題，面臨了一個限制。歐盟執委會認為，製造商為了對實體商店的服務補貼而提供較低價格，卻對同一商店的網路銷售採取較高價格，採取這種「雙重訂價」（*dual pricing*），乃屬違反競爭法之行為。歐盟執委會在 2010 年的「垂直限制指導原則」中的第 52 段(d)中指出，對同一個零售商的不同銷售管道（網路零售和實體零售）採取雙重定價，乃違反歐盟「垂直限制集體豁免規則」第 4 條的核心限制<sup>237</sup>。雖然歐盟執委會於 2017 年 5 月公布「電子商務產業調查報告」澄清，若是對不同的零售商採取不同售價，例如對網路零售商採取較高售價，執委會認為這是一般商業活動的常態，並不屬於前述的「雙重定價」<sup>238</sup>。但是，由於許多商店同時具有實體店面和網路店面，既然歐盟執委會不准許對同一零售商的網路銷售和實體銷售採取不同價格，就沒辦法對實體商店的服務進行價格補貼。

縱使在競爭法規上，開放製造商可以對不同的零售商採取不同的批發價，而對實體商店進行價格補貼，但實際上，大型的零售商通路因為具有較大市場力量以及談判力量，導致製造商難與大型零售商進行價格談判，所談出來的售價，不太可能高於實體零售商的售價。例如，面對網路書店的崛起，由於網路沒有排他性與敵對性的關係，容易形成超大型的獨占網路書店。而個別的書店在與獨占網路書店進行售價談判時，因為網路書店的獨占力量，使個別書店不但無法提高比實體書店更高的批發價，反而往往被要求必須提供比實體書店更低的批發價<sup>239</sup>。因此，或許可以採取雙重批發價的作法，作為提高網路零售商的售價的方式，但有時因為市場力量的關係，尤其面對具有市場力量的網路零售商，此種雙重批發價方式未必真的可行。

<sup>236</sup> European Commission, *supra* note 162, para. 34.

<sup>237</sup> See Guidelines on Vertical Restraints, *supra* note 65, para. 52(d). 而執委會 2017 年 5 月公布的「電子商務產業調查報告」中，仍維持這個看法。See European Commission, *supra* note 162, paras. 34-36.

<sup>238</sup> See European Commission, *supra* note 162, para. 37.

<sup>239</sup> 對大型網路書店的談判力量，個別書店難與其談判價格，進而只好採聯合行為與大型網路書店進行議價，以及其引發的後續競爭法問題，可參見楊智傑，前揭註 157，57-63。

## 七、結論

歐盟執委會 2018 年 7 月對華碩等 4 家公司的裁罰，是第一次針對製造商對網路零售商所為轉售價格維持做出裁罰。但就裁罰結論來看，歐盟執委會維持一貫看法，維持最低轉售價格原則上屬於核心限制，推定有反競爭效果，且不適用集體豁免，而在該案中也沒詳細討論就認為也不適用個別豁免。這樣的發展，一方面有助於網路商店的比價戰爭，讓消費者買到更便宜的商品；但另一方面，對於實體商店提供售前與售後服務的誘因降低，實體商店的經營越加困難。

有趣的是，歐盟執委會指出，華碩並沒有說明，採取轉售價格維持，能夠促使網路零售商提供何種服務。但這句話其實正是反應了，實體零售商和網路零售商間的競爭，不在於網路零售商不提供服務，所以，製造商採取轉售價格維持，不僅是為了處理服務搭便車問題。

綜合本文討論可知，電子商務、網路零售商的出現，對實體商店的衝擊，不僅是服務搭便車問題（水平外部性問題），而是根本因為沒有實體店面經營成本，將使實體商店面對網路低價競爭，生存空間萎縮。而實體零售商萎縮，也會衝擊製造商的整體銷售量（垂直外部性問題）。這樣的問題，在 2000 年以前沒有電子商務的時代，也許用維持轉售價格這個方式，來解決所謂的服務搭便車、展店理論等問題，在 2000 年後的電子商務時代，未必有說服力。從歐盟執委會 2017 年電子商務產業調查報告就可以發現，有相當部分的製造商都想要採取某種方式，限制網路零售商的低價戰。事出必有因，我們不得不面對，在電子商務的時代，不論是服務搭便車理論（水平外部性）或展店理論（垂直外部性）的問題更加嚴重。此時，對於轉售價格維持是否仍要採取原則禁止，就必須重新思考。

雖然有認為，製造商仍然可能有其他方法，可以解決上述問題，包括歐盟電子商務產業調查報告發現的，製造商採取選擇性經銷以避免供貨給沒有實體商店的網路零售商，或者希望採取雙重批發價方式，但也都另外觸及了其他垂直限制，而受到侷限。因此，所謂的其他替代方法，法規上已經碰到障礙，更別提在現實談判地位上，是否有可能成行。

一般性的消費產品，製造商若無法採取轉售價格維持以保護實體零售商，導致實體零售商漸漸萎縮，競爭不如網路零售商，或有人認為，這對消費者的傷害也許並不明顯。但是若思考到圖書出版的問題，因為網路書店的超低價折扣銷售，導致

實體書店無法透過轉售價格維持作為獲利保證，使冷門書不被出版，整體書籍出版及銷售量都減少，最後實體書店關門。實體書店的存在，對於文化、教育的推廣的價值，是否在競爭法的思考下要被納入考量，也許值得我們另外思索。

本文研究範圍僅限於歐盟法規、指引、案例之介紹分析，並對電子商務下製造商採取網路最低轉售價格進行原因分析，並不欲對我國公平交易法（下稱公平法）的規範進行評析，但於此仍嘗試進行初步簡單比較分析。我國公平法第 19 條規定：「事業不得限制其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時之價格。但有正當理由者，不在此限。」此一「正當理由」，在公平交易法施行細則第 25 條規定：「本法第十九條第一項但書所稱正當理由，主管機關得就事業所提事證，應審酌下列因素認定之：一、鼓勵下游事業提升售前服務之效率或品質。二、防免搭便車之效果。三、提升新事業或品牌參進之效果。四、促進品牌間之競爭。五、其他有關競爭考量之經濟上合理理由。」若比較本文所介紹討論的歐盟法規與解釋來看，本文認為 TFEU 第 101 條第 3 項個別豁免條件的第二個要件太過嚴格，反之，我國公平法的「正當理由」並沒有要求「讓消費者共同分享該利益」的要件，表面上我國規範相對寬鬆。但公平交易法施行細則第 25 條所謂的正當理由，可參酌的因素中，提到的「一、鼓勵提升售前服務」與「二、防免搭便車」，仍然沒有將「展店理論」（垂直外部性）納入考量。一方面，本文所提到的圖書銷售價格固定制度提升書籍銷量與書籍出版種類，似乎在五項事由中難以找到對應的事由，而一般產品製造商「為了維持整體銷量而希望讓實體店面生存」，在這五項事由中好像也找不到對應的事由。到底是否有必要讓「製造商為了整體銷量並希望實體店面生存而採取最低轉售價格維持」，作為轉售價格維持的正當理由，且這樣是否真的有傷害競爭而為公平法需要介入處理之議題，值得吾人思考反省。

## 參考文獻

### 中文部分

- 王銘勇，「圖書限制轉售價格法制」，公平交易季刊，第 8 卷第 1 期（2000）。
- 何之邁，「平行行為乎？一致性行為乎？—評析中油、台塑油品調價案」，臺北大學法學論叢，第 58 期（2006）。
- 周振鋒，「美國法對轉售價格維持的新發展—兼論公平交易法第 18 條的妥適性」，公平交易季刊，第 19 卷第 1 期（2011）。
- 邱炯友，「圖書定價銷售制度的標竿：英國與德國」，圖書定價銷售制度對出版產業影響評估研究報告，文化部委託研究計畫（2016）。
- 馬泰成，「限制轉售價格與合理原則」，公平交易季刊，第 25 卷第 4 期（2017）。
- 許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，收錄於：廖義男、黃銘傑，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初版，元照出版公司（2017）。
- 陳麗娟，歐洲經濟法，4 版，五南圖書出版公司（2018）。
- 黃銘傑，「維持轉售價格規範之再檢討」，收錄於：黃銘傑，公平交易法之理論與實際，初版，新學林出版公司（2002）。
- 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）。
- 楊智傑，「最優惠條款與競爭法之案例研究」，公平交易季刊，第 23 卷第 3 期（2015）。
- 劉孔中，公平交易法，初版，元照出版公司（2003）。
- 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」，收錄於：洪德欽、陳淳文，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），初版，臺灣大學出版中心（2015）。
- 謝國廉，「論歐盟競爭法『共同行為』（concerted practice）之概念與實務」，收錄於：廖義男、黃銘傑，競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使，初

版，元照出版公司（2017）。

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

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

## 外文部分

Alexiadis, Peter, “Forging a European Competition Policy Response to Online Platforms,” 18(2) Business Law International (2017).

Deneckere, Raymond, Marvel, Howard P. & Peck, James, “Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance,” 111(3) Quarterly Journal of Economics (1996).

Doorn, Frederik van, Resale Price Maintenance in EC Competition Law: A Law and Economic Perspective, Master Thesis, Utrecht University School of Law (2009).

European Commission, XXIIIrd Report on Competition Policy, Publications Office of the European Union (1993).

Gould, J.R. & Preston, L.E., “Resale Price Maintenance and Retail Outlets,” 32(127) Economica (1965).

Harvard Law Review, “Leegin’s Unexplored ‘Change in Circumstance’: The Internet and Resale Price Maintenance,” 121(6) Harvard Law Review (2008).

Iacobucci, Edward & Winter, Ralph A., “European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective,” 81(1) Antitrust Law Journal (2016).

Kitz, Volker, “The Difference Between Books and Chocolate Bars – How EC Treaty Art. 151(4) Affects Community Actions,” 32 AIPLA Quarterly Journal (2004).

Klein, Benjamin, “Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding,” 76(2) Antitrust Law Journal (2009).

Kucuk, S. Umit & Timmermans, Harry J.P., “Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. Perspectives,” 19(5) Journal of Retailing and Consumer Services (2012).

Lao, Marina, “Internet Retailing and ‘Free-Riding:’ A Post-Leegin Antitrust Analysis,” 14(9) Journal of Internet Law (2011).

- Marvel, Howard P. & McCafferty, Stephen, “Resale Price Maintenance and Quality Certification,” *15(3) RAND Journal of Economics* (1984).
- Nagy, Csongor István, “Resale Price Fixing after Revision of the EU Vertical Regime – A Comparative Perspective,” *54(4) Acta Juridica Hungarica* (2013).
- Nixa, Daniel B., “Internet Retailers and Intertype Competition: How the Supreme Court’s Incomplete Analysis in *Leegin v. PSKS* Leaves Lower Courts Improperly Equipped to Consider Modern Resale Price Maintenance Agreements,” *11 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* (2009).
- Telser, Lester G., “Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?” *33(2) Journal of Law and Economics* (1990).
- Zandvliet, Christine E., “Fixed Book Prices in the Netherlands and the European Union: A Challenge for Community Competition Law,” *3(3) Columbia Journal of European Law* (1997).

## **Resale Price Maintenance in EU Competition Law and Reflections on the development of E-commerce**

Yang, Chih-Chieh\*

### **Abstract**

Resale-price-maintenance (RPM) has both pro-competitive and anti-competitive effects in relation to solving the free-riding theory and outlets theory. The U.S. Supreme Court in the *Leegin* case (2007) acknowledged the free-riding theory. Compared with the U.S., the EU views the lowest resale-price-maintenance as a hardcore restriction in the Vertical Block Exemption Regulation, and is not exempt from the prohibition. Furthermore, it is very difficult for RPM to fit the requirements of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. On July 24, 2018, the EU commission sanctioned four consumer electronics manufacturers, including ASUS, for implementing their resale-price-maintenance policy against their online retailers, which was therefore deemed to be a violation of EU competition law by the EU Commission. From these sanctions we can see that the EU commission has maintained a consistent position whereby the lowest resale-price-maintenance is categorized as a hardcore restriction according to Article 101(1), is presumed to have an anti-competitive effect, which is not suited to the Vertical Block Exemption Regulation, and also does not give rise to much possibility for qualifying the requirements of the individual exemption of Article 101(3). This position is beneficial to the low-price war between online retailers, and thereby allows consumers to buy cheap products. However, on the other hand, under this E-commerce development, the low-price competition by online retailers deprives bricks-and-mortar retailers of the space to survive. This phenomenon, which has less to do with free-riding theory, and more to do with outlets theory, is related to the survival of bricks-and-mortar retailers. While the number of bricks-and-mortar retailers has decreased, the overall number of manufacturers' products sold has also declined. Finally, several alternatives to RPM are discussed, but there are still obstacles both from the legal and practical aspects.

---

Date submitted: December 6, 2018

Date accepted: March 26, 2019

\* Yang, Chih-Chieh, Professor, Institute of Technology Law, National Yunlin University of Science & Technology, Taiwan; Ph. D in Law (2006), National Taiwan University, Taiwan.

**Keywords:** Resale Price Maintenance, EU Competition Law, Block Exemption, Individual Exemption, E-commerce, Fixed Book Price, Free-riding Theory, Outlets Theory.