

從歐盟調查亞馬遜電子書案探討最優惠條款是否構成濫用 市場地位之反競爭行為

李文秀

摘要

自 2015 年 6 月 11 日起，歐盟執委會針對亞馬遜 (Amazon) 電子書最優惠條款 (Parity Clause) 涉及濫用市場地位進行調查，並於去 (2017) 年 5 月 4 日提出完整調查報告，亞馬遜業已回應歐盟執委相關競爭法關切，提出自行改正承諾。除此之外，去年 8 月 15 日，日本公平交易委員會復在官網發布，因其調查關切，亞馬遜業已改正，並同意將不再使用最優惠條款。網路平台業者與上游事業間約定最優惠條款是否構成競爭法上濫用市場地位，恰可透過前開歐盟執委會調查案檢視分析。藉此闡明網路產業限制競爭行為構成要件之分析，如非屬雙邊市場或多邊市場，仍實質同於傳統競爭法之經濟及法律分析途徑。惟須特別考慮網路經濟之創新面影響，對可能阻礙創新之限制競爭行為，競爭法執法機關應有效及時介入，而非審慎觀望；且於執法上應觀察國際間競爭法執法機關之調查認定及所採手段，以使事業提出自行改正承諾之行政和解為宜。

去 (2017) 年 8 月 15 日，日本公平交易委員會於其官網發布：由於日本公平交易委員會之調查關切，亞馬遜 (Amazon) 不會對電子書供應商行使經銷協議之最優惠條款 (Parity Clause)。歐盟執委會則自 2015 年 6 月開始調查亞馬遜最優惠條款是否涉及濫用市場地位 (以下簡稱歐盟亞馬遜電子書最優惠條款案)，並於去年 5 月 4 日提出完整調查報告，亞馬遜亦對歐盟提出自行改正承諾以終結調查。顯見亞馬遜作為大型網路平台事業與上游事業間約定最優惠條款，業已引發國際間競爭法執法機關對其是否有限制競爭之疑慮。

歐盟執委會調查亞馬遜電子書最優惠條款案中之電子書市場，雖非屬「雙邊或多邊市場」，而不具有跨越多群體之消費者的「間接網路效應」，然亞馬遜係網路經濟之主要參與者，兼具大型網路交易平台及綜合零售商之地位，聚合跨越不同實體產品市場之提供，其上游為分屬不同實體產品市場之供應商，下游為開放網路中來自世界具有主動選擇權之個別消費者。於電子書市場，亞馬遜並透過其電子書閱讀器 (Kindle) 開創成功之商業模式，成為電子書供應商不可或缺之交易對象。本案適足以探討在虛實相錯之網路經濟與傳統經濟架構下，競爭法之適用是否應有不同考量的問題。

再者，網路經濟之全球性已使各國執法機關面臨相同競爭法問題。如何取法於外國執法先例，於變動網路經濟適用競爭法之妥適作為，正可以本案作為參考適例。事實上歐盟已於 2015 年 6 月向外發布「數位經濟對競爭政策之挑戰 (Challenges for competition policy in a digitalised economy)」的政策評估報告¹，必要時亦可參考對照之。本文先簡述本案的背景事實，再針對大型網路平台事業與上游事業間約定最優惠條款是否構成競爭法上濫用市場地位之行為，以本案例就執委會相關評估，詳加闡明，據此評析網路經濟是否構成濫用市場地位之反競爭行為，及競爭法執法機關面對變動創新的網路經濟所應有之執法作為。

壹、本案背景介紹

本案例所涉之關鍵事實為於歐洲共同市場之電子書經銷市場上，大型網路平台零售業者亞馬遜對電子書供應商約定並行使經銷協議之最優惠條款，是否構成濫用市場地位之反競爭行為²。因之，於相關構成要件前，對電子書經銷市場之特性和現況及亞馬遜之最優惠條款內涵，先予以簡明介紹。並另簡要說明電子書經銷市場中另一電子書零售商蘋果及五家出版商前曾遭執委會之處分案例，以對照本案之處分結果，俾使讀者對本案背景有整體概括之認識。

一、電子書經銷市場

本案系爭產品為電子書，乃可於電腦或移動式電子閱讀設備上閱讀的數位書。多數電子書為簡單的黑白文本，但亦可包含插圖、附加功能以及交互式內容，如作者訪談、多媒體內容，或原來不存在於原始文本之外部連結。電子書經銷態樣，係由最上游之文本內容提供者，即作者或著作權授權人將內容授權予出版商或批發商，再由出版商或批發商將電子書銷售給零售商，使其得於線上銷售平台將電子書販售給消費者。傳統上，出版商會積極取得上游作者之授權、收購、編輯及銷售作者作品。近來因科技發展，業多有作者自行出版。較大型的出版商亦傾向直接與大型線上電子書零售商合作，簽訂電子書分銷協議³。

亞馬遜係該市場垂直整合之參與者，既身為上游積極之電子書供應商或發行人，亦作為下游電子書之零售商，同時出版並銷售電子書籍。除此之外，亞馬遜亦製造自己的專門的電子書閱讀器 (Kindle) 和平板電腦 (Kindle Fire)，並透過

¹ European Parliament, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf (last visited May 10, 2018).

² European Commission, CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf (last visited May 10, 2018).

³ *Id.* at 6-7.

其於歐盟各國所設立的網站提供 61 種語言的電子書予歐洲共同市場之消費者，該電子書之內容主要供應商係五大出版社業者⁴。

二、亞馬遜之最優惠條款

最優惠條款，亦稱為相同條件條款。其典型態樣為約定交易方對另一方的待遇，會比照其最優惠的客戶，其優惠待遇可包括價格及非價格方面，於競爭法之本質為垂直交易限制行為。透過最優惠條款約定，雖可使垂直交易雙方於確保獲得優惠之處境下，加速投入與付出，促進下游平台的投資和效率。然如被不當使用，就有可能破壞競爭的動力，降低消費者的福利⁵。

本案亞馬遜要與下游供應商之商業協議中最優惠條款的約定範圍廣泛，包括：商業模式最優惠條款、選擇最優惠條款、代理價格最優惠條款、促銷最優惠條款、折扣池條款和通知條款等。概括來說，此等最優惠條款係指電子書供應商對亞馬遜外其他任何電子書零售商之各種商業模式相關契約約款條件，皆有義務通知並提供予亞馬遜（例如：訂閱、租賃，與實體書籍搭售、下載及任何流式串流之傳送提供），且該通知及提供義務不得晚於相關電子書透過該等商業模式條件適用於消費者前，並且要具有實質等同之優惠及提供包含價格、收入分享、佣金及付款等相同經濟條件⁶。

三、執委會對另一電子書零售商蘋果之處分

執委會於 2011 年 12 月開啟對蘋果和五大國際出版商的調查⁷，並在其初步評估中認定：在「不晚於 2009 年 12 月」之時間點，五家出版商和蘋果公司合意（聯合行為）提高於歐洲共同市場亞馬遜電子書的零售價格。為實現此目標，五家出版商和蘋果公司聯合將批發模式（由電子書零售商確定零售價格）轉為代理商模式（由出版商確定零售價格，電子書零售商僅作為其代理人），於全球基礎上，對包括亞馬遜在內的各種電子書零售商給予相同的定價條件。為了消除執委會前開初步評估所認違反競爭法之疑慮，五家出版商和蘋果公司提出改正承諾，

⁴ *Id.* at 6-7.

⁵ Ariel Ezrachi, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, 11(2-3) EUROPEAN COMPETITION JOURNAL 488, 492-501(2015).

⁶ European Commission, *supra* note 2, at 9-12.

⁷ 五大國際出版商包含：拉加代爾出版，法國；新聞集團，美國；西蒙與舒斯特（CBS 公司，USA），企鵝（英國皮爾遜集團）和 Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck（德國 Macmillan 公司的老闆）。執委會於本案例報告中特別敘及其對另一電子書零售商蘋果之處分，係因有助說明電子書供需市場之特殊性及執委會對相關案例之執法態度。雖皆係涉及最優惠條款，然執委會對二者認定及適用法條迥然有別，主因應為蘋果公司和五家出版商約定最優惠條款之最終目的在合意提高於歐洲共同市場亞馬遜電子書的零售價格，係屬有利雙方之聯合行為協議。然亞馬遜電子書約定最優惠條款之目的係有利亞馬遜而不利出版商，故係被認為亞馬遜濫用市場優勢地位之行為。有關電子書零售商蘋果與出版商間最優惠條款約定被認為聯合壟斷處分之分析，亦可參：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 期第 3 期，頁 47-92（2015 年）。

並經歐盟執委會決議認可。該等受約束之承諾包括終止所有相關協議、對零售價格條款、批發價格條款和佣金平價條款之五年禁令，以及五家出版商必須給予兩年「冷靜期 (cooling off period)」，以允許所有電子書零售商，根據其各自的年度總佣金依代理條款折扣，藉此五家出版商必須允許所有電子書零售商按照代理條款以折扣電子書的零售價格⁸。

四、本案處分結果

執委會於 2015 年 6 月 11 日展開調查，至 2016 年 12 月 9 日完成初步評估結果，認定本案之相關市場於產品市場為英文電子書零售市場及德語電子書零售市場⁹，地理市場則為歐洲共同市場¹⁰。執委會於報告中認定亞馬遜在歐洲共同市場的英文和德文電子書的經銷市場具優勢地位，且其濫用於該相關市場之優勢地位，透過電子書經銷協議中最優惠條款強制其電子書供應商向亞馬遜通報並向亞馬遜提供相同或相當的條件，可能構成違反「歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)」第 102 條之規定¹¹。

亞馬遜為回應前開執委會對其違反競爭法疑慮，提出初始承諾自行改正方案，復由執委會進行相關外界意見及內部審查程序，最終經執委會許可由亞馬遜提出修正定案之承諾：承諾期間為五年，包括禁止亞馬遜自承諾生效日起於電子書經銷協議新訂任何最優惠條款，並禁止執行現有電子書經銷協議中任何最優惠條款，同時為確保亞馬遜履行承諾，亞馬遜承諾「非規避條款」，該條款禁止亞馬遜從事任何直接或間接導致與執委會初步評估中確定類似反競爭效果之作為或不作為¹²。

貳、亞馬遜電子書最優惠條款案構成濫用市場地位行為要件之探討

正如同世界先進國家競爭法之立法例，歐盟競爭法亦包括對市場結構及行為之管制，且並不禁止企業依自身競爭能力取得市場優勢地位，而係禁止企業不當利用自身優勢地位以弱化市場競爭度，並藉此鞏固優勢地位，以排除競爭。換言之，優勢地位企業有特殊的責任，其不能於自身競爭優勢範圍外，損害歐洲共同市場內真正競爭¹³。歐盟競爭法即 TFEU 第 102 條乃明文規定禁止企業濫用市場優勢地位。

就該成文規定之解釋適用上，自應先界定相關市場，以認定企業於該相關市場是否具優勢地位，對已具優勢地位之企業方進而探討系爭行為是否為濫用市場

⁸ European Commission, *supra* note 2, at 8.

⁹ *Id.* at 13.

¹⁰ *Id.* at 15.

¹¹ *Id.* at 33.

¹² *Id.* at 44-45.

¹³ Case C-322/81, *Michelin v Commission*, Judgment of 9 November 1983, ¶ 57.

地位行為。傳統上，競爭法之判例法對構成要件之探討，亦依循此適用邏輯，從而相關市場之界定自為適用之關鍵因素。然於各國競爭法執法實務上，市場之界定不易，為爭點之所在，相關案件對市場之認定常引發外界「先射箭再畫靶」之譏。此於實體經濟已然，對打破市場界線且虛實相錯之數位經濟尤然。歐盟雖已向外發布「數位經濟對競爭政策之挑戰」政策評估報告，本案執委會是否因亞馬遜為網路平台業者而有不同於實體經濟之分析判斷，將於本節說明之。

至於何種行為屬 TFEU 第 102 條所規定之濫用優勢地位的行為，因市場競爭情況瞬息萬變、商業手法推陳出新，難以且不適於窮盡式列舉規定，而應於具體案例情況下，考量該具優勢地位企業特殊責任範疇，何種行為將減損競爭致損害消費者¹⁴。質言之，具優勢企業使用超越本身優勢範圍之商業手段減損競爭，應適足當之。網路平台業者基於本身競爭優勢取得之市場地位，往往基於商業模式創新，本案亞馬遜電子書最優惠條款是否悖於固有優勢範圍為不當限制競爭手段，執委會是否因其為網路平台事業有異於實體事業之判準，亦於本節一併闡明。

一、相關市場之界定

執委會依調查結果及評估，分別認定本案產品市場及地理市場。

(一) 電子書之產品市場

執委會基於下述五個理由，認定電子書產品市場與紙本圖書或有聲書係屬不同之產品市場，且本案可進一步區分為英文電子書市場及德語電子書市場：第一，就供需替代性言，電子書和紙本書間縱存在某程度的競爭互動，仍不具充分替代性¹⁵。；第二，根據執委會以往決定，認定有聲書與電子書為不同市場，特別是在批發和零售階段之價格及典型最終消費者和消費模式上；第三，就電子書市場進一步劃界言，執委員會注意到相關市場只包括透過貿易管道，而不包括圖書館和教育等目標群眾、需求、整體市場結構及適用之協議安排皆迥異之其他管道；第四，不同客戶對不同類別電子書之需求尚不足以進一步對電子書進行分類，且通常電子書經銷協議並不區分不同類型的電子書，而涵蓋了有關電子書供應商的整個目錄；第五，電子書發行市場應以語言為基礎再細分產品市場，縱電子書之語言不會構成電子書供應商與零售商間關係之關鍵因素，然讀者通常不會用不同

¹⁴ Cases C-395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission*, Judgment of 16 March 2000, ¶ 114.

¹⁵ 就需求替代性言，電子書零售價格上漲 5-10% 時，消費者亦不可能從電子書轉向紙本書籍（總體而言，即便增加 5-10% 零售價格，電子書仍會比紙本書籍價格顯著為低），消費者的偏好於區分電子書和紙本書發揮重要作用。消費者會因易攜帶、附加功能（如可改變字體的類型和大小）、支持互動功能（如視頻或音樂附件、字典、有關書籍或作者主題信息的鏈接）及可立即購買和下載等便利性，考慮購買電子書；就供應可替代性言，紙本圖書之經銷，需於倉儲和物流進行重要投資，而電子書經銷需建立和維護線上銷售平台，二者不具供應替代性。

語言的電子書替代，且以他們的母語購買電子書。部分電子書零售商似乎提供不同的電子書目錄，且某些電子書零售商主要銷售德語電子書，而其他電子書零售商主要提供英語電子書¹⁶。

(二) 地理市場

基於下述理由，執委會認定英文和德文電子書之相關地理市場並沒有超越歐洲共同市場。而無論其係全國性的，或僅限於主要使用各種語言之區域，或構成整個歐洲經濟區，亞馬遜於任何其他進一步分界之地域市場都可能占主導地位：一、提供消費者英文和德文電子書籍之國家市場確實存在¹⁷；二、亦有可依語言界限所界定之相關地理市場，即可分為該等國家主要使用語言得對應各自電子書語言，抑或主要使用語言與電子書語言非相對應的國家分組（即英語或德語是否為其主要使用的語言）；三、相關地理市場可能與歐洲經濟區一樣廣泛，因為線上平台的屬地性，授權協議範圍、定價、客戶偏好及增值稅問題已使歐洲共同市場成為電子書發行之明顯的經濟區域¹⁸。

前開執委會所界定之相關市場，就地理市場言，係就所界定之英文電子書市場及德語電子書產品市場依次界定地理範圍，且符合歐洲共同體單一市場目標及向來之認定，自不待言。其係相同於傳統界定市場之方式，並未因亞馬遜為網路平台業者而有不同於實體經濟之分析判斷。其雖亦論及亞馬遜為線上平台，然係認為因其線上平台的屬地性，授權協議範圍、定價、客戶偏好及增值稅問題已使歐洲共同市場成為電子書發行之明顯的經濟區域。

二、亞馬遜之優勢地位

依執委會之初步評估，基於下述理由，認定不管具體的相關地理市場如何劃分，亞馬遜於歐洲共同經濟區的英文和德文電子書零售分銷市場上具優勢地位。

(一) 不論相關地理市場如何界定，亞馬遜在英語和德語電子書銷售市場上都占有相當高市場占有率，且時間推移增加¹⁹：

1. 由市占率觀之，無論係英語及德語之語言區域或整個歐洲經濟區內，亞馬遜皆占高市占率²⁰。

¹⁶ European Commission, *supra* note 2, at 13-15.

¹⁷ 其或因各國的客戶偏好不一致；或因某些電子書零售商經營國家特定的商店，業已建立地理封鎖和地理過濾系統，阻止消費者跨境購買電子書；或因某些電子書分銷協議僅限於一個地區，限制電子書零售商於不同國家自由分銷電子書範圍；或因由不同國家所在之電子書店所提供跨國間價格之差異。

¹⁸ European Commission, *supra* note 2, at 15-17.

¹⁹ *Id.* at 18-19.

²⁰ 如在由英國和愛爾蘭組成的英語地區之市場，亞馬遜之占有率從 2011 年到 2015 年間約 70%

2. 從相對營業額來看:無論是德國語言電子書或英語電子書的市場,從 2011 年到 2015 年每年亞馬遜的淨營業額始終比最接近的競爭對手高出數倍。

(二)亞馬遜的潛在市場力量從其占有電子書供應商銷售至電子書零售商總銷售額極大比例獲得進一步證實:

在 2011 至 2015 年期間,英語電子書供應商的總營業額 70-90%係來自亞馬遜,於 2012 至 2015 年期間,德語電子書供應商超過總營業額的 40-60%亦來自亞馬遜²¹。

(三)就英語及德語電子書的零售發行言,存在進入和擴展之障礙得從以下五點觀之²²:

1. 需要擁有必要的資產,以提供足夠的電子書產品(標題目錄):電子書零售商須與控制必要書籍之主要電子書供應商及自行出版作者達成協議才能競爭。亞馬遜透過 Kindle 自助出版(Kindle Direct Publishing, KDP)選擇計畫與自行出版作者達成的排他性協議顯示,亞馬遜可以排他性取得高需求的部分電子書目錄,從而阻止其競爭對手取得到那些成功的書目。
2. 電子書閱讀器推動銷售和鎖定客戶的能力:亞馬遜借助其 Kindle 電子書閱讀器,營運一個封閉的「生態系統」(或「牆花園」)。擁有 Kindle 的客戶只能將該電子書閱讀器用於在亞馬遜 Kindle 商店購買的電子書。且於 Kindle 商店購買的電子書不能在其他電子書閱讀器上閱讀,然而它們可以透過 Kindle 應用程式(所謂的「多歸屬」)在諸如平板電腦或手機的各種電子閱讀設備(包括不由亞馬遜製造和銷售)上閱讀自己的品牌。此導致已買 Kindle 電子書籍的顧客如欲向他平台購買電子書須面臨轉換成本,因需購買其他的電子書閱讀器且無法將於亞馬遜的 Kindle 商店裡購買的電子書庫轉移到另一電子書平台上。因而有效保持亞馬遜電子書購買者於 Kindle 系統之鎖定狀態,從而增強了亞馬遜相對於競爭對手的市場力量。
3. 建立可行的電子書分銷平台所需投資之規模及範圍:即使執委會的調查顯示,如果通過中介或是批發商,進入門檻可能不大,且已有其他新進業者進入亦有退出市場者。然如欲和現有之亞馬遜競爭,則需大量資源發展業務至相當規模和範圍。且在現存市場上的電子書零售商中,似無能夠對亞馬遜進行重大擴張之限制。事實上,亞馬遜於 2011 年至 2015 年間,業以犧牲競爭對手為代價提高英文和德

-90%,於整個歐洲經濟區之英語電子書分銷市場,亞馬遜的占有率從 2011 年到 2015 年間約 80-100%;亞馬遜於由德國和奧地利組成的德語區域分佈德國語言電子書的估計市場占有率從 2012 年到 2015 年約 40-60%;於整個歐洲經濟區之德語電子書分銷市場,亞馬遜占有率則從 2011 年 30-50%增加到 2015 年的 50-70%以上。

²¹ European Commission, *supra* note 2, at 19.

²² *Id.* at 19-20.

文電子書零售市場中占有率。

4. 英語和德語電子書的零售市場缺乏相對買方的力量。亞馬遜的客戶是無市場力之個人消費者，個別消費者只佔電子書銷量的極小部分，自無法限制亞馬遜。
5. 亞馬遜似乎是許多英語和德語電子書供應商不可或缺之貿易夥伴。亞馬遜亦準備利用此地位來獲得競爭對手無法獲得的優惠條件。

依據歐盟競爭法已確定之判例法，決定優勢地位一個重要因素是高市場占有率，除了特殊情況外，高市占率就是存在優勢地位的證據²³，50%的市場占有率通常構成了優勢地位存在的證據²⁴。進入市場或擴張的障礙是否存在亦為評估優勢地位之重要因素，即阻止潛在的競爭對手進入市場及實際的競爭對手擴大其在市場上的活動²⁵。前開執委會對亞馬遜之優勢地位評估，主要係依據判例法之市占率及進入市場或擴張的障礙等因素評估。

三、亞馬遜電子書協議最優惠條款可能構成濫用市場地位行為

本案被執委會所認定亞馬遜濫用市場地位行為，非傳統上具有市場優勢地位之事業所為單方排除競爭對手之排他行為，乃係亞馬遜與電子書供應商約定並行使經銷協議之最優惠條款。然同為最優惠條款，前文所提及執委會乃係認定五家出版商和另一電子書零售商蘋果聯合壟斷有違反競爭法疑慮。何以亞馬遜與電子書供應商雙方所約定經銷協議之最優惠條款係被認定為可能構成濫用市場地位行為？主因應在於蘋果公司和五家出版商約定最優惠條款之最終目的在合意提高於歐洲共同市場亞馬遜電子書的零售價格，係屬有利上下游雙方但壟斷市場競爭之聯合行為協議。然亞馬遜電子書約定最優惠條款之目的係有利於約定之一方電子書之零售商亞馬遜而不利於約定之另一方電子書之出版商，故該最優惠條款之約定及行使應係具市場優勢地位之亞馬遜不當濫用其優勢，迫使電子書之出版商接受。

復依執委會之初步評估，亞馬遜與電子書供應商之商業協議相關最優惠條款內容，基於下述理由，認定該等最優惠條款引發競爭法上濫用市場地位之高度疑慮²⁶：

1. 電子書供應商有義務通知及給予亞馬遜與其他電子書零售商實質相同商業模式條件 (Business Model Parity Clause) 之最優惠條款：此可能減少或降低電子書供應商之誘因，去支持和投資替代性新的創新的商業模式，亦降低亞馬遜的競爭

²³ Case C-85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, Judgment of 13 February 1979, ¶¶ 39, 41.

²⁴ Case C-62/86, AKZO v Commission, Judgment of 3 July 1991, ¶ 60.

²⁵ Case C-27/76, United Brands and United Brands Continental v Commission, Judgment of 14 February 1978.

²⁶ European Commission, *supra* note 2, at 20-39.

對手發展和差異化電子書產品之的能力和激勵機制²⁷；亦可能阻止其他電子書零售商進入電子書零售市場或擴展業務與亞馬遜競爭，導致電子書零售階層競爭之減弱及加強亞馬遜已為優勢之市場地位²⁸。

2. 電子書供應商有義務通知及給予亞馬遜與其他電子書零售商實質相同取得電子書內容 (Catalogue Parity clause)、取得日期 (Availability Date Parity Clause)、必要協助及功能，特徵等條件之最優惠條款：此可能減少或降低電子書供應商及零售商對電子書功能特徵的創新誘因，阻礙非主要文本內容之發展及差異化，造成創新性及品質之降低，對消費者之選擇造成損害²⁹；亦可能弱化電子書零售商間的競爭，且阻止其他電子書零售商進入或擴展市場，致限制了差異化的電子書產品範圍，並導致更高價格、更少選擇，造成消費者損害。

3. 電子書供應商有義務給予亞馬遜相較其他電子書零售商之最低代理價及促銷價等最優惠條款 (統稱為「零售價最優惠條款」)³⁰：由於實現各類型零售價最優惠條款，皆係為直間接確保亞馬遜於相競爭的電子書零售商間的零售價 (包含促銷價) 皆為最低，藉此強化亞馬遜之優勢地位，阻止其他電子書零售商進入或擴展市場³¹。除此之外，亦可能弱化電子書零售商間的競爭，從而使亞馬遜從電子書供應商獲得更高佣金，最終導致更高電子書零售價格³²。

然就最優惠條款之約定本身觀之，其被廣泛運用於上下游垂直交易關係契約之訂定。依其運用之具體情狀，可能具有「促進競爭」與「限制競爭」之正反兩面效果。從促進競爭效果言，最優惠條款之約定可能具有下列競爭利益³³：一、為有效率的契約設計，得鼓勵特定關係之投資：蓋在未來市場狀況難以預測情況下，長期契約之買方和供應商都有被鎖定於潛在的不利條款交易之憂慮³⁴。二、降低交易成本以強化協議的連續性：傳統的最優惠款得降低交易成本業已得到普遍承認³⁵。三、防止交易之延遲及阻礙：最優惠條款可紓解買方為達成更好的交易之猶豫遲疑³⁶。四、鼓勵對品牌或平台進行投資；五、預防搭便車；六、降低

²⁷ *Id.* at 22-26.

²⁸ *Id.* at 26.

²⁹ *Id.* at 27-29.

³⁰ 零售價最優惠條款係包含代理價最優惠條款、折扣池條款及促銷最優惠條款。

³¹ European Commission, *supra* note. 2, at 33.

³² *Id.* at 34.

³³ Gönenç Gürkaynak, Ayşe Güner, Sinan Diniz & Janelle Filson, *Most-favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline*, 42(1) EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 129, 131-135 (2016).

³⁴ 如採用最惠國條款將可使契約更具彈性，確保買方不會比相關供應商之未來客戶承受更差條件，減輕買方不可預測性之相關風險，因此更可能使交易發生。從而，買方也願付更高價格使供應商受益。

³⁵ 實證結果發現最惠國待遇可以減少談判的頻率，從而降低相關成本。

³⁶ 例如土地開發商想要要求最少數量的土地所有者出售他們的財產。每個土地所有者都應該想成為最後一個賣主，因為這會增加他們的討價還價的槓桿作用。最優惠條款可透過向更早的賣家保證他們將獲得最優惠的價格來解決這個問題。

價格³⁷。從反面效果言，最優惠條款之約定則可能具有下列競爭之不利益：一、降低價格之競爭；二、透過提高競爭對手的成本或以其他方式提高進入壁壘而導致排除競爭；三、促進價格之聯合。然最優惠條款所產生促進競爭及降低競爭效果依具體個案不同，所產生整體之正面或負面效益，何者較強，尚須個案實證檢證。

為使業者易於遵法俾免誤蹈法網及基於競爭法主關機關執法之明確性起見，已有論者主張執法機關應針對最優惠條款如何適用競爭法訂定相關之執法標準，並明確規範安全港條款³⁸。則於尚未對最優惠條款適用競爭法有明確規範前，就電子書之開創者亞馬遜言，無論其獨有之 Kindle 電子書閱讀或可於各種電子閱讀設備上閱讀所運用之 Kindle 應用程式，其開發及改善皆需投入龐大之投資，電子書供應契約中最優惠條款自應屬有效率之契約設計，得鼓勵特定關係之投資。且最優惠條款亦得以降低亞馬遜與電子書供應商之交易成本以強化契約之延續性，並可避免他競爭對手如蘋果公司搭便車，最終使電子書維持較低價格，蘋果公司和五家出版商甚至反制約定最優惠條款以合意提高歐洲共同市場電子書的零售價格。亞馬遜亦曾主張最優惠條款對為亞馬遜之消費者保存效率，極為重要，因亞馬遜消費者期待在亞馬遜市場上發現最低價³⁹。然則，亞馬遜最優惠條款何以被認定有濫用市場地位違反競爭法之疑慮？因買方具有高度之市場力即易被認定限制競爭，亞馬遜之優勢市場地位可能為關鍵因素。復依前述執委會之初步評估，其亦一一探究各別最優惠條款之合理性，特別從創新及競爭替代觀點，認為該等最優惠條款阻滯了替代性之創新商業模式，亦降低亞馬遜的競爭對手差異化電子書產品之的能力和激勵機制，加強亞馬遜已為優勢之市場地位。顯見就競爭變動迅速之網路經濟言，判斷是否為濫用市場地位行為，乃特別考量是否對創新有負面影響及阻礙了替代性競爭之形成。

參、歐盟亞馬遜電子書案評析

本案例亞馬遜電子書最優惠條款涉及濫用市場地位案，亞馬遜雖為網路平台業者，但電子書零售市場並非屬雙邊或多邊市場，依歐盟執委會之調查評估，其認定適用競爭法之構成要件，實質仍同於傳統競爭法之經濟及法律分析途徑。惟執委會亦特別強調該等限制競爭行為對創新之負面影響。茲分就本案例適用於競爭法之構成要件及對執法機關執法政策之啟示，進一步申論之。

³⁷ 在某些特定情況下，最優惠條款可能會降低平均市場價格。如小買家可能獲得比大買家更低的價格的市場（可能是因為賣方的邊際產能過剩），於價格不透明的情況下，最優惠條款可能允許較低價格進一步擴散市場。

³⁸ Gönenç Gürkaynak, Ayşe Güner & Sinan Diniz Janelle Filson, *supra note 33*.

³⁹ Amelia Fletcher & Morten Hviid, *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM "at Its Worst?"*, 81(1) ANTITRUST LAW JOURNAL 65, 66 (2016).

一、相關市場之界定

相關市場的界定是識別和定義競爭邊界的工具。於產品⁴⁰和地理⁴¹兩個面向上，界定相關市場之目標，係為指明識別能夠限制企業為競爭行為並防止其獨立於有效競爭壓力之實際競爭對手⁴²。產品市場及地理市場之界定皆取決於供需替代性。

就產品市場言，歐盟執委會顯係劃定相對較小產品範圍之市場。市場劃愈小，相對應就愈易認定具市場優勢地位者。執委會雖從供需替代性，特別是消費者需求，一一排除紙本、有聲書、非透過貿易管道提供及不同語言電子書之替代性，然消費者需求係消費者主觀之選擇，僅能透過難以客觀評估之消費者意願調查，自難排除對替代性不同認定之看法，何以不能和紙本、有聲書及相同語言電子書界定為同一相關市場？反面極端言之，亞馬遜係網路平台事業，電子書又係透過特殊形式工具提供予消費者，亞馬遜既製造及透過自己的專門的電子書閱讀器（Kindle）提供電子書予消費者，如從網路消費者之主動性需求考量，何以未能將亞馬遜電子書閱讀器（Kindle）所提供之電子書，界定為最小之相關市場？

本案執委會之市場界定評估，顯未特別探究亞馬遜電子書提供予消費者之市場為網路市場，亦未凸顯和傳統「實體」市場間差異。因此，其界定市場替代性分析仍無異於傳統上實體經濟市場之界定。

二、亞馬遜市場優勢地位之認定

執委會並未特別凸顯亞馬遜作為大型網路平台於網路市場之特殊市場地位，亦未敘及網路市場之全球性，然業已認定不論相關地理市場如何界定，亞馬遜在英語和德語電子書銷售市場上都占有相當高市場占有率，且時間推移增加。且就進入市場或擴張的障礙而言，業已分析確認亞馬遜透過擁有足夠必要之電子書產品目錄、借助其電子書閱讀器之網路效應，推動銷售和鎖定客戶的能力及建立可行的電子書分銷平台所需投資之規模及範圍，除增強亞馬遜相對於競爭對手的市場力量，亦有效排除競爭。由於其上下游之相對力量相較亞馬遜亦顯薄弱，故亞馬遜具市場優勢地位自無可爭辯。即便認知到網路經濟高度變動之特性，本案例執委會雖仍評估亞馬遜現有之市場占有率。惟本文認為，進入市場或擴張的障礙才是確認市場優勢地位之關鍵，而該等障礙亦會阻礙網路經濟之創新。

⁴⁰ 產品市場：指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍。詳細資料請參考：公平交易委員會，公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則，2015年3月6日，網址：

<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1345&docid=13926>.

⁴¹ 地理市場：指事業提供之特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍。詳細資料請參考：公平交易委員會，同上註。

⁴² European Commission, *supra* note 2, at 13.

三、亞馬遜電子書最優惠條款為濫用市場優勢地位行為之判定

最優惠條款雖可因減少議價談判之交易成本、消除投機以避免套牢及降低經營風險等促進競爭效果，然亦有促進業者之協調勾結、維持價格之僵固性、增加對手成本及減少競爭誘因等反競爭效果。然當交易之一方為具市場優勢地位者，行使最優惠條款將實質保障及強化其優勢地位，無形中弱化競爭。亞馬遜雖曾主張最優惠條款對為亞馬遜之消費者保存效率，極為重要。然基於亞馬遜之強大市場力，復加以該等優惠條款範圍包括商業模式、電子書形式內容及價格等通知及提供義務，誠如歐盟執委會之評估，其無論對創新的商業模式或差異化之電子書產品之內容、功能特徵，皆降低電子書供應商之投資誘因及競爭對手之發展。其負面影響網路經濟最核心之競爭要素：創新致減損競爭。

四、網路經濟對是否構成濫用市場地位之反競爭行為之判準應注重對創新之影響

競爭法適用於網路經濟時，競爭法主管機關所面對之不同考驗主要來自評估相關市場和優勢地位之分析步驟和手段。蓋分析步驟通常為先劃定市場界線，繼而分析市場力量，最後判定事業之行為是否為反競爭。然網路企業主要於創新之基礎上進行競爭，不斷重新界定市場的界限。市場占有率不再是市場力之決定因素，而應以商業模式為出發點，即注重於企業如何以商業模式實現利潤之評估方式。該種方式整合了市場定義和市場力量評估，考慮多個平台之間的相互依賴關係及企業行為與市場界限之間的相互作用。因之，相關市場之界定應與商業創新模式息息相關。

以本案言，亞馬遜既製造及透過自己的專門的電子書閱讀器提供電子書予消費者，如以該商業創新模式為特定相關市場範圍，更能凸顯亞馬遜之市場優勢地位，且更亦辨明其逾越自身固有優勢範圍所為之濫用行為，如藉最優惠條款，阻礙其他商業模式之創新及商品差異化。再者，因網路競爭優勢取決於創新，則濫用行為之認定取決於是否排除競爭者之創新。

肆、結語

執法機關應隨時關注網路經濟競爭動態，且其於面對複雜且變動劇烈之網路經濟競爭時，應可選擇更為彈性之執法手段（如：行政和解），允許事業以自行承諾改正之方式，俾及時消弭市場之反競爭行為。以本案言，歐盟執委會業已持續深入觀察了解電子書市場，並先針對亞馬遜電子書之競爭對手：蘋果為處分，即同樣以行政和解之方式，命蘋果公司和五家出版商提出改正承諾在案。對本案除進行積極嚴謹之調查外，並借助群體公眾之智慧及輿論，進行公開透明之程序徵詢意見，使亞馬遜得以提出消弭外界競爭疑慮之自行承諾改正方案。歐盟執委會靈活之行政作為，不僅有效維持市場競爭，避免訟累，且更有助國際間競爭法主管機關以類此方式維持市場秩序，如之後（2017年8月15日）日本公平交易

委員會亦在官網發布，由於日本公平交易委員會之調查關切，亞馬遜不會對電子書供應商行使經銷協議之最優惠條款。

