

欧共体竞争法中的忠实折扣

叶高芬

【提 要】 忠实折扣是指企业以顾客的忠实购买行为为条件提供的折扣，是常见的价格竞争行为，但是，在特定情况下，优势企业所提供的忠实折扣则有可能是滥用市场支配地位的行为。如何辨别忠实折扣究竟是合法的商业行为还是反竞争的排他性行为，不仅是学术界关注的热点，也是目前各国相关执法的难点。欧共体竞争法是比较成熟的法律制度，其对忠实折扣的态度渐趋审慎，目前对忠实折扣的规制是采用“同等效率竞争对手”的标准，借助“价格—成本分析”的经济学工具，遵循“效果影响原则”对忠实折扣进行全面评估——既考察忠实折扣可能的排除竞争影响，也考量它在效率方面的积极影响，并予以权衡。欧共体竞争法的相关立法与执法经验值得我国借鉴。

【关键词】 忠实折扣 欧共体竞争法 反垄断 效果影响原则

〔中图分类号〕 D912.29 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000—2952 (2009) 06—0081—10

2009 年 5 月，欧共体委员会以触犯欧共体的反垄断法规为由，向美国芯片巨头英特尔公司课以 10.6 亿欧元的巨额罚款，并且要求后者立即停止包括提供折扣^①在内的“违法行为”，英特尔公司则于两个月后针对欧盟的反垄断裁决正式提出了上诉，目前该案^②已被受理。继英航案^③和托姆勒案^④之后，英特尔案再度掀起学界与业界对忠实折扣问题的热议。作为一种不分国别的经济现象，忠实折扣也存在于我国的经济领域之中，并对我国的市场经济和竞争环境产生一定的影响。尽管我国已经颁布实施了反垄断法，但目前还未形成统一的、完善的法律制度体系，关于忠实折扣的相关规定可谓凤毛麟角。在这种背景之下，研究欧共体竞争法中的忠实折扣制度，借鉴其立法与执法经验，对于完善我国社会主义市场经济秩序很有现实意义。

- ① “rebate”或“discount”正确的翻译应为“折扣”，国内有人将它翻译为“回扣”是不妥的，因为这容易与我国反不正当竞争法所规制的商业贿赂行为之一的“回扣制度”产生混淆。
- ② 英特尔 (Intel) 公司是目前世界上最大的 CPU 生产商，它在全球的芯片产品市场上一直保持着约 70% 的市场份额。2001 年，英特尔的主要竞争对手 AMD (即超威半导体) 公司指控英特尔为了让个人电脑生产商推迟或取消使用 AMD 芯片产品而向他们秘密提供折扣优惠，还指控英特尔付钱给大型电脑零售商，以便让他们只采购英特尔芯片电脑，欧共体委员会则根据 AMD 的申诉启动了对英特尔的反垄断调查，并于 2009 年 5 月 13 日作出上述裁决。
- ③ Case T—219/99, British Airways plc v. Commission and Case C—95/04 P, British Airways plc v Commission, [2007] ECR I—2331. 英国航空公司 (以下简称英航) 是英国最大的航空公司，在英国航空运输服务市场拥有绝对的市场份额。1993 年，英航最大的竞争对手维珍航空公司指控英航的佣金和忠实折扣制度，目的是为了不让代售飞机票的旅行社只销售英航的机票，从而排挤竞争对手。欧共体委员会调查后作出裁决，认定英航违反了《欧共体条约》第 82 条并课以 680 万欧元的罚款，英航不服提出诉讼，但诉讼请求均被欧洲初审法院与欧洲法院驳回。
- ④ Case 38.112 Prokent/Tomra-Reverse Vending Machines (RVMs) · 案情简介见下文。

一、忠实折扣的性质和分类

在欧共体竞争法^①中,没有明确规制忠实折扣的成文法规定。被誉为“欧共体竞争政策的基石”的欧共体条约第82条是关于市场支配地位的专项规定,它不反对企业具有市场支配地位的状态,但禁止具有市场支配地位的企业(以下简称“优势企业”)滥用其市场支配地位的行为,因为这些行为可能影响成员国之间的贸易,与实现共同体市场的目标不协调。尽管条约第82条没有明确涉及忠实折扣问题,但其立法精神已将忠实折扣涵盖在规制范围之内,关于这一点,历年来欧共体委员会的许多裁决以及欧共体法院和欧共体初审法院的大量判例法足可作为佐证。^②为了增加执法透明度和可操作性,欧共体委员会于2005年12月发布了《关于适用条约第82条查处排他性滥用行为的讨论稿》(以下简称《讨论稿》)向各界广泛地征求意见,并于三年后的2008年12月通过了欧共体委员会《关于适用欧共体条约第82条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》(以下简称《第82条指南》),该指南专门针对忠实折扣规定了审查的框架。值得一提的是,其实,早在2000年,欧共体委员会颁布的《关于纵向限制竞争协议的指南》就提到“条约第82条尤其禁止优势企业采取……忠实折扣等手段滥用其市场支配地位”。^③换言之,欧共体委员会禁止的是利用“忠实折扣”来滥用市场支配地位的行为,如果优势企业没有滥用市场支配地位而采用了“忠实折扣”商业手段,则不在禁止之列。

(一) 忠实折扣的性质

正如国际竞争网络^④在《关于单边行为法律框架下的忠实折扣的分析报告》中指出的,对于条件折扣^⑤之一的忠实折扣,欧共体委员会强调的是它的条件,即企业基于顾客的忠诚购买行为才提供折扣。^⑥忠实折扣是价格竞争的一种表现形式,是一种有效的商业工具,也是解决生产营销问题的一种方法。^⑦为了刺激购买需求进而多销产品,企业常提供这样的折扣。“企

业”包括优势企业,即在相关市场上具有市场支配地位的企业以及不具有市场支配地位的企业,对于后者所提供的忠实折扣,其合法性是毋庸置疑的,因为这样的折扣行为不会对竞争产生负面影响,自然不在欧共体竞争执法机关查处的范围之内,因此本文无需对此作更多的讨论。然而,忠实折扣如果是由优势企业来提供,就有可能是一种滥用市场支配地位的行为,就有必要、也有可能受到干预,因为它很可能造成实际或潜在的排除竞争效应。但是,即便是优势企业提供的忠实折扣,也有合理合法的情况,例如,基于单笔交易的数量平等地给予每一位顾客的折扣通常是允许的。因此,只要优势企业提供忠实折扣的行为最终没有剥夺顾

① 通常所言欧共体竞争法,并非一项专门的单行法规,而是指欧洲共同体关于保护共同体内的正当竞争、调整竞争法律关系的各种法规总称,包括《建立欧洲经济共同体条约》的第81至第89条和欧共体委员会制定的一系列关于竞争法的条例等。

② 为叙述方便,本文将欧共体委员会、欧共体法院和欧共体初审法院统称为欧共体竞争执法机关。

③ 参见欧共体委员会《关于纵向限制竞争协议的指南》。Commission of the European Communities, *Guidelines on Vertical Restraints*, (2000/C 291/01), § 152.

④ 国际竞争网络(ICN)是2001年10月成立的一个组织,为国家的和跨国的竞争机构提供论坛,成员系自愿参加。ICN提出的建议不具有约束性,其目的在于为竞争方面的国际协作提供便利,促进竞争集团的程式和实质上的一致性。

⑤ 与“条件折扣”相对应的是“无条件折扣”,后者是指只向一定顾客群提供的、与购买形式无关、只与单笔交易行为有关的折扣,但并不意味着折扣可以提供给所有的顾客,否则就成了普通的降价行为。无条件折扣的提供对象只是一定的顾客群,比如那些身处较为广阔的地域,极可能转向其他供货商进行购买的顾客群。参见欧共体委员会竞争总司《关于适用条约第82条查处排他性滥用行为的讨论稿》。DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, (Dec. 2005), § 137.

⑥ 参见国际竞争网络《关于单边行为法律框架下的忠实折扣的分析报告》。International Competition Network, *Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws*, Presented at the 8th Annual Conference of the ICN (June 2009), p. 5.

⑦ 吉恩鲁克·菲拉:《忠实折扣的反垄断评估》。Gianluca Faella, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4 (Issue 2), 2008, p. 410.

客受益于剩余的有效竞争的权利，原则上应允许和鼓励他们以这种行为与顾客分享企业利润。同样地，在捆绑销售的情况下，也应允许优势企业提供复合产品折扣，以更符合成本效益的方式为顾客提供更好的产品和服务。鉴于欧共体竞争法仅可能将优势企业的忠实折扣认定为违法行为，下文所涉及的忠实折扣，一概指优势企业提供的忠实折扣。

近年来，欧共体的立法指导思想似乎更多地关注忠实折扣的独家交易性质，他们认为，忠实折扣可能会锁定顾客，通过堵塞竞争对手的销售渠道而排挤竞争对手。在《第 82 条指南》中，单一产品的忠实折扣是作为独家交易的一种形式置于其项下进行阐述的；^① 在 2008 年经合组织关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议上，欧共体的代表甚至表态不应该太关注忠实折扣的价格歧视性质。^② 但是，从欧共体的判例法来看，忠实折扣其实兼具独家交易与价格歧视的性质，比如，在英航案中，委员会认为英航对旅行社的佣金和折扣制度违反了排他性折扣制度，因为这些激励机制是为了鼓励旅行社代售英航的机票，从而排挤其他航空公司，同时，各个旅行社基于不同“目标”得到折扣的作法又违反了条约第 82 条第 2 款 (c) 关于禁止价格歧视的规定，因为为英航代售相同数量飞机票的旅行社并不能得到相同数量的佣金。^③

(二) 忠实折扣的分类

1. 单一产品折扣与复合产品折扣

欧共体委员会在《第 82 条指南》中把忠实折扣分为单一产品折扣与复合产品折扣。^④ 其中，单一产品折扣是指，顾客购买企业的单一产品在一定时期内的购买量超过一定的“门槛”时得到的折扣；而复合产品折扣，有时也被称为捆绑折扣，是指在混合捆绑销售^⑤的情况下企业为其顾客提供的折扣，即，企业将可单独出售的不同产品捆绑起来以低于单件产品总价的价格进行折扣销售。

2. 增量折扣和追溯折扣

在《第 82 条指南》中，欧共体委员会还把单一产品折扣分为增量折扣和追溯折扣，这是根据折扣的适用范围来区分的。增量折扣只针

对顾客的超过“门槛”的那些购买量提供折扣。^⑥ 例如英航案中的英航最初采用的激励机制，即规定代售飞机票年营业额 50 万英镑以上的旅行社，如果本年度代售的飞机票超过上一年度的代售量，可以根据增加的销售额得到额外的报酬；而追溯折扣则针对顾客的所有购买量提供折扣，例如霍夫曼—拉罗氏案^⑦中，拉罗氏公司根据顾客所购买的维生素产品的总量来提供折扣。总体而言，追溯折扣比增量折扣更容易增强“忠诚度效果”。

3. 个性化目标折扣和标准化目标折扣

《第 82 条指南》还表明，单一产品折扣其实是一种目标性折扣，又可以按设定“门槛”的依据，分为个性化目标折扣和标准化目标折扣。个性化目标折扣是根据各个顾客的总购买需求来“量身定做”，以设定具体的百分比目标或购买量目标作为得到折扣的“门槛”。例如英航案中，英航针对各个旅行社设定不同的飞机票销售目标，这一方面增加了顾客更换供应商

①⑥ 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第 82 条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。Commission of the European Communities, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 1 (Dec. 2008), § 3、36.

② 参见经合组织《关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》。OECD Policy Roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts* (2008), p. 185.

③ 王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社 2001 年版，第 260 页。

④ 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第 82 条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。European Commission, *Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates*, DAF/COMP/WP3/WD, (2008) 48 (Jul. 2008), § 11-19.

⑤ 捆绑销售有两种形式即单纯捆绑销售和混合捆绑销售，二者的区别是：前者的产品只以固定比例整体销售；而后者产品也可单独销售，但产品单独分别销售的总价高于捆绑件售价（因复合产品折扣的存在）。

⑦ Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission*. 霍夫曼—拉罗氏公司是成立于 1896 年的瑞士药品公司，它在维生素市场上具有市场支配地位，1976 年被欧共体竞争执法机关认定为违反欧共体条约第 82 条并处以数额很大的罚款。原因之一是，拉罗氏公司通过忠实折扣捆绑顾客，也即是说，给予顾客的折扣是根据顾客的忠诚程度，即看顾客是否从拉罗氏公司购买其全部的维生素产品。

的难度,形成最大的“购买忠诚度”影响,另一方面也造成了价格歧视。而标准化目标折扣的“门槛”对全部或某一顾客群来说是统一的,它对于一些小购买量的顾客来说可能太高,对于一些大购买量的顾客来说又可能太低,所以增强“购买忠诚度”的作用就相当有限。然而,如果设定的是一个接近大多数顾客需求临界的“统一门槛”,就有可能产生排除竞争的后果。^①

二、忠实折扣的规制原则

在诸多的涉及滥用市场支配地位的忠实折扣案件中,如何辨别真正有利于竞争的与反竞争的忠实折扣,历来就是欧共体竞争执法机关的工作重点与难点。一方面,忠实折扣是有效竞争的一个主要因素,可能仅仅反映优势企业的经济效率,也可能是为了激励下游市场零售商的销售热情,扩大产品销量,快速收回成本,这些都是无可非议的;另一方面,从忠实折扣的商业本质的角度看,该行为的终极目的是排挤竞争对手,乃至占领全部市场,这就有可能触犯条约第82条。因此,欧共体竞争执法机关评估忠实折扣的重点始终放在折扣行为的查处标准与审查规则上,例如,忠实折扣排除竞争的程度,以及在何种标准上,提供的忠实折扣具有客观正当性?^②欧共体委员会在《第82条指南》和提交经合组织的《关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》中指出,对具体的忠实折扣案件的审查,通常应依据以下的一般原则:

(一)“本身违法原则”的摒弃

以往的执法实践中,欧共体竞争执法机关多采用形式主义标准来查处忠实折扣案件,如英航案中,欧共体委员会认为,忠实折扣有限制竞争的倾向就足以证明优势企业在滥用其市场支配地位,^③其裁决也得到了欧共体法院的认可,忠实折扣几乎成为招致干预的一种折扣形式。欧共体竞争执法机关关于忠实折扣的判例法遭到许多尖锐的批评,被指为几乎确立了形式主义标准的“本身违法原则”,美国著名的反垄断学者赫伯特·霍文坎普就认为这种过于严苛的规则可能压制价格竞争,而这价格竞争恰

是反垄断法想方设法要鼓励和保护的,他认为这样的规则将导致很大的社会成本——既包括倒霉的涉案企业所支付的赔偿金,也包括企业受警戒后不敢大胆地实施利于竞争的降价行为而导致的数十亿美元消费者福利的损失。^④

鉴于以形式主义标准的“本身违法原则”评估忠实折扣可能禁止许多有利于竞争的折扣,欧共体委员会在2005年发布的《讨论稿》中充分认识到了从“本身违法原则”转向“效果影响原则”的必要性,因此不再对“数量折扣”和“忠实折扣”这样表面的形式作区分,而把重点放在忠实折扣可能产生的排除竞争影响。在2008年的提交经合组织的《关于捆绑折扣与忠实折扣的圆桌会议报告》以及随后颁布的《第82条指南》中欧共体委员会明确地表达对“本身违法原则”的改革:一直以来,欧共体委员会对优势企业所提供忠实折扣的潜在反竞争影响进行分析,转而开始采用“效果影响原则”来评估优势企业的忠实折扣,并将它作为依条约第82条执法政策的一部分。^⑤可以说,“效果影响原则”的确立意味着“本身违法原则”在忠实折扣领域的使命终结。

(二)“效果影响原则”的适用

“效果影响原则”是指欧共体竞争执法机关查处案件时既评估忠实折扣所造成的排除竞争影响,关注潜在损害的大小,又考量忠实折扣的抗辩理由——经济效率和客观合理性等,并予以权衡的原则。基于“效果影响

① 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第82条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。Commission of the European Communities, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 1 (Dec. 2008), § 44.

②⑤ 参见欧共体委员会《关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》。European Commission, *Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates*, DAF/COMP/WP3/WD, (2008) 48 (Jul. 2008), § 6, 10.

③ Case T-219/99, *British Airways*, judgment of 17 December 2003, par. 250.

④ 赫伯特·霍文坎普:《折扣和排他性行为》。Herbert Hovenkamp, *Discounts and Exclusions*, p. 23, Available at: <http://ssrn.com/abstract=785966>.

原则”的评估将较多地运用经济学知识，具体而言：

1. 采用“同等效率竞争对手”的考量标准

为了衡量忠实折扣行为对竞争的负面影响，欧共体委员会采用“同等效率竞争对手”的标准进行评估，也即是说，假想出一个经济效率与优势企业具同等效率的竞争对手，估算这个假想对手为了能参与竞争不得已必须做出的定价（以下称“有效价格”），并进一步衡量该有效价格与一定的成本基准之间的关系，从而评估涉案行为是否可能将该“同等效率竞争对手”排除出有效竞争。一般来说，如果有效价格保持在一定的成本基准上，忠实折扣就是合法的。

值得一提的是，尽管欧共体委员会采用的是“同等效率竞争对手”的价格基准，但委员会也注意到了，在一定情形下，效率较低的竞争对手也可能形成竞争性制约，因为如果优势企业没有提供忠实折扣，该竞争对手也可能取得需求方面的优势，如网络效应等，从而也可能增进效率，对优势企业起到一定的制约作用。所以，在评估忠实折扣的排除竞争后果时，委员会也将从动态的角度把这样的因素纳入考量之中。^①

2. 运用“价格—成本测试法”的经济分析工具

采用“同等效率竞争对手”的标准进行评估的过程实际上是一个经济分析的过程，为什么要进行这样的经济分析呢？这里有必要分析一下忠实折扣的功能，既然提供忠实折扣的是优势企业，竞争对手往往没有能力针对每个顾客的整体购买需求在平等条件下与优势企业展开竞争。具体而言，由于优势企业往往是市场上必不可少的供应商，例如，由于它的品牌受到许多最终消费者的青睐，其产品就成了经销商的“必须存货”，或由于其他供应商的产能限制，消费者的一部分购买需求只能由该优势企业来满足。忠实折扣的功能就在于所谓的“杠杆效应”或“诱引效应”，也即是说，优势企业就可以以每个顾客的“不可竞争部分”的需求，即顾客必须向该优势企业购买的量为杠杆，来

降低“可竞争部分”的需求，即顾客可能更愿意且能够转向其他供应商的那部分购买量的定价，^②这个“可竞争部分”的较低定价起到很强的“诱引效应”，诱引顾客仍然向优势企业进行购买，从而增强购买忠诚度。然而，也应该指出，实际上，“可竞争部分”的界定很复杂，因为这需要评估多项因素，诸如顾客转移购买的成本和产品供应源头单一与否等。

欧共体委员会在《第 82 条指南》中指出，上述分析过程将借助一个经济分析工具即“价格—成本测试法”进行估算。其中的价格即有效价格，如前所述，是指假设的“同等效率竞争对手”不得已的定价，该定价必须能够补偿顾客的损失，顾客由于就其部分购买需求（以下称“相关需求”）转向这个竞争对手进行购买，损失了如果仍向优势企业购买的话就可以获得的忠实折扣。因此，有效价格不等于优势企业的平均价格，而是优势企业价目单上的价格，即目录价格，减去顾客因转移购买所致的折扣损失，该损失是根据相关需求和参考期计算出来的，^③而相关需求的确定又与忠实折扣的范围和类型有很大关系。同时，还需要考察现存竞争对手扩大产能、满足顾客需求的市场能力和影响市场波动的能力，顾客的议价能力以及累计折扣的参考期间等诸多因素。鉴于篇幅所限，本文不做详细的论述。

“价格—成本测试法”的成本方面，欧共体委员会采用的是优势企业的成本数据材料。但是，在别无选择的情况下，委员会也可能使用替代数据。委员会采用的成本基准，包括 AAC

①③ 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第 82 条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。Commission of the European Communities, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 1 (Dec. 2008), § 23、40.

② 马丁·贝桑坎普、弗兰克·梅尔里各德：《对第 82 条折扣制度的调查》。Martin Bechenkamp & Frank P. Maier-Rigaud, *An Experimental Investigation of Article 82 Rebates Schemes*, 2 *Competition L. Rev. Supp.* 1, 2006, p. 14.

(平均可避免成本)^①和LRAIC(长期平均增量成本),^②这样的成本基准将与上述方法估算出的有效价格进行比较,确定优势企业的忠实折扣制度是否有能力排挤“同等效率的竞争对手”。

欧共体委员会还认为,通常来说,只要有有效价格始终高于优势企业的LRAIC,尽管优势企业实行忠实折扣制度,“同等效率竞争对手”仍然可以在保障利润的情况下参与竞争,此情形下,忠实折扣通常不会受到干预;当有效价格介于AAC与LRAIC之间时,就有必要关注是否仍有其它因素阻碍“同等效率竞争对手”的进入市场或扩大产能;而当有效价格低于AAC时,一般来说,忠实折扣制度能够排挤竞争对手,即使是“同等效率竞争对手”也难逃厄运。^③因为,正如美国著名的经济学家阿里达和特纳所言,AAC是企业价格决策的下限,企业若非出于排除竞争对手的目的,将价格定在AAC之下是毫无道理的。^④

我们可以用一个简单的数例来说明。假设某顾客总共需要购买200件产品,即,全部需求 $Q_T=200$ 件,其中有100件产品由于特殊的性能要求只能向在该产品市场上占支配地位的甲企业购买,即,不可竞争部分的需求 $Q_{NCS}=100$ 件,剩余的100件产品可以向其他企业即甲企业的竞争对手购买,也可以仍然从甲企业处购买,即,可竞争部分的需求 $Q_{CS}=100$ 件,甲企业生产该产品的长期平均增量成本为10元,即LRAIC=10元/件。

甲企业现在推出以下的折扣方案:顾客如果购买量少于200件,每件按单价20元供货,即 $P_{折扣前}=20$ 元/件(当 $Q<200$ 件时);但是如果顾客的购买量达到200件(当 $Q=200$ 件时)他就可以得到一笔高达1200元的折扣,或者说购买200件的情况下每件优惠6元,那么, $P_{折扣后}=14$ 元/件(当 $Q=200$ 件时)。为了评估折扣方案对竞争的影响,我们还需要算出有效价格 P_e ,将它与甲企业生产该产品的长期平均增量成本LRAIC进行比较。

$$P_{折扣前}=20 \text{ 元/件}$$

$$P_{折扣后}=14 \text{ 元/件}=20 \text{ 元/件}-6 \text{ 元/件}$$

可竞争部分需求 $Q_{CS}=100$ 件

$$\rightarrow \text{总价款 } T_{含折扣}=200 \times 14 \text{ 元/件}=2800 \text{ 元}$$

$$\rightarrow \text{总价款 } T_{不含折扣}=100 \times 20 \text{ 元/件}=2000 \text{ 元}$$

$$\text{总价款 } T_{含折扣} - \text{总价款 } T_{不含折扣} = 2800 \text{ 元} - 2000 \text{ 元} = 800 \text{ 元}$$

这意味着:顾客如果仍然向甲企业购买剩余的100件产品,只需这800元价款。

那么,在这最后100件产品上的有效价格 $P_e=800 \text{ 元}/100=8 \text{ 元/件}$

这意味着:甲企业的竞争对手为了竞争,为这剩余的100件产品的定价不得高于8元/件。

因为有效价格 $P_e(8 \text{ 元/件}) < \text{LRAIC}(10 \text{ 元/件}) \rightarrow$ 甲企业的忠实折扣方案产生了诱引效应,增强了“购买忠诚度”的效果,可能排除有效竞争。

3. 评估客观合理性和经济效率的抗辩理由

欧共体竞争执法机关虽然不同意将忠实折扣推定为合法行为的观点,但不否认忠实折扣也可能是有利竞争的。欧共体委员会在《第82条指南》中指出,个案分析后,即便已经初步认定涉案忠实折扣可能造成反竞争影响,在进行查处之前,委员会还将审查优势企业提出的抗辩理由。优势企业可以举证证明其行为是客

① 平均可避免成本(Average Avoidable Cost)是指企业如果不生产那些一定量的(额外)产品的话,便可以节省下来的成本。由于通常能节省的只能是可变成本,所以,AAC与AVC大部分情况下是一致的。

② 长期平均增量成本(Long-run Average Incremental Cost)则是指平均每生产一个单位的特定产品所消耗的全部成本(包括可变成本与固定成本)。LRAIC与平均总成本(Average Total Cost)可以很好地相互参照:如果企业仅生产单一产品的话,两者就是一致的;如果企业生产多种产品并具备范围经济的话,不生产其中一种或一类产品就能节省的成本不会被定性为共同成本,那么对于每一种产品而言,LRAIC都会低于ATC,因为真正的共同成本并不计入LRAIC。

③ 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第82条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。Commission of the European Communities, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 1 (Dec. 2008), § 43.

④ 转引自文学国《滥用与规制——一反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》,法律出版社2003年版,第308页。

观合理的，委员会将根据优势企业以外的因素来评估涉案行为是否是必需的，是否和该企业所谓的目标相称；优势企业还可以举证证明其行为将产生利于竞争的正面影响，并且其行为的正面效应即所产生的重大效益，超过负面影响即对竞争和消费者利益的损害，委员会将进行客观的权衡，^①这其实也恰是“效果影响原则”的要求与体现。具体而言，以下是可能的抗辩理由：

(1) 实现成本优势，分享经济效率

这表现为通过提供忠实折扣的方式降低供货价格，^②使参与交易的顾客可以直接受益，还可以将带动竞争对手的降价行为，从而降低下游市场经销商的产品零售价，使更多的最终消费者受惠。一般来说，“标准化门槛”折扣通常比“个性化门槛”折扣更能实现这种优势。

(2) 规模经济和快速收回固定成本

对于投资较大，即固定成本较高的产业，例如信息技术与医药研究行业，忠实折扣可以鼓励多销多产出，利用规模经济快速回收投资资金，降低平均成本乃至边际成本，从而降低产品价格。

(3) 奖励辅助的服务

忠实折扣还可能是有效的激励机制，这样的非线性价格可以鼓励下游的经销商为产品的宣传与销售付出更多的努力。委员会认为，增量折扣较追溯折扣更能激励分销商扩大产品的转销量。^③

(4) 避免“套牢”

在特定的情况下，优势企业也可能针对特定顾客群进行特定投资，以满足这些特定顾客群的需求，这种情况下，为了避免“套牢”，^④或者说为了确保这些顾客在相当长的时期内向该优势企业至少购买一定数量的产品，优势企业向其顾客提供忠实折扣，也是合理的。

(5) 范围经济和降低交易成本

复合产品折扣可能有利于实现范围经济，^⑤它还可以为顾客节省交易成本，为供应商节约包装成本和分销成本；^⑥此外，把两个独立的产品整合成一个新的、单一的产品还可能是一种

创新的市场进入。

当以经济效率作为抗辩理由时，优势企业还应以充分确凿的证据证明以下条件可以同时得到满足：

其一，该行为已经产生或可能产生经济效率，例如，技术改进提高了产品质量，或降低了生产或销售成本等；

其二，该行为是实现以上效率所必不可少的方式，没有其它较之反竞争后果更小的方式供选择；

其三，在受影响市场上，该行为所可能产生的效率足以抵消其对竞争和消费者福利的负面影响；

其四，该行为并没有全面消灭现实或潜在的竞争源头，没有消灭大部分的竞争源头，从而排除有效竞争。因为，企业之间的竞争是经济效率包括以创新为形式的动态效率的一个重要驱动力，一旦没有竞争，优势企业就缺乏足够的动力去继续创造效率和推广效率。^⑦

2006年的托姆勒案^⑧被认为是欧共体竞争

①③⑦ 参见欧共体委员会《关于适用欧共体条约第82条查处优势企业排他性滥用行为的执法重点指南》。Commission of the European Communities, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 1 (Dec. 2008), § 29、45、29.

② 但是，如果先把产品的目录价格提高，再实施折扣制度，就不算是真正的降低供货价格了。

④ “套牢”是指，一项交易需要一方先行投资，一旦投资就不能收回而形成沉没成本，如果有关交易价格等条款不能事先确定，只能事后确定的话，那么交易相对方就可能借机剥削另一方（即先期投资者）的利益。

⑤ 范围经济是指在相同的投入下，由单一企业生产联产品的产出水平高于由多个不同的企业分别生产这些联产品中每种单一产品的产出水平。

⑥ 尼克拉斯·伊科诺米迪斯：《忠实折扣和美国反垄断现代委员会：何为适当的责任标准？》。Nicholas Economides, *Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?* Available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370699.

⑧ 梅里各德、维各史盖特：《托姆勒/普罗肯特案：一个典型案例》。Maier-Rigaud and Vaigauskaitė, *Proken/Tomra, a textbook case?*, DG COMP Competition Newsletter, No 2 (2006), pp. 19—24.

执法机关改变传统的形式主义审查标准,转而采用“效果影响原则”查处忠实折扣的标志性案例。托姆勒公司是一家成立于20世纪70年代的生产自动退瓶机^①的挪威企业。1998年以来,托姆勒公司在其本国市场和欧洲经济协会5个成员国的自动退瓶机市场上占有80%以上的市场份额,是一个具有市场支配地位的企业。2001年,它的德国竞争对手普罗肯特公司指控托姆勒公司利用追溯折扣等制度排挤竞争对手。之后,欧共体委员会展开了调查,并于2006年裁定托姆勒公司滥用市场支配地位,处以二千四百万欧元的罚款。与以往不同的是,欧共体委员会在该案的审查过程中增加了许多经济分析,具体而言,就是遵循《讨论稿》中提出的“效果影响原则”评估托姆勒公司的追溯折扣在相关市场上的影响。比如托姆勒公司市场份额稳定有加,竞争对手被兼并或破产退出市场,潜在的竞争对手难以进入市场等因素,还考量托姆勒公司提出的经济抗辩,最后才认定托姆勒公司的独家购买协议和“个性化门槛”的追溯折扣制度排除了有效竞争,构成滥用行为。然而,关于托姆勒案的裁决,比如欧共体委员会对“效果影响原则”的适用程度以及不予采信托姆勒公司的经济抗辩的理由仍然引发了一些质疑。^②

4. 考量主观目的的要求

欧共体委员会认为,滥用行为必须是客观存在的,仅有“滥用”的主观目的不足以认定优势企业的滥用行为。然而,如果优势企业的内部文件或商业计划中载有排挤竞争对手的折扣方案,就很可能影响到欧共体委员会对涉案折扣行为的评估。如在托姆勒案中,欧共体委员会搜集到托姆勒公司的内部文件,发现该文件载有排挤竞争对手的计划,这种“主观故意”的发现就影响了评估结果。

(三)“安全港”的设立问题

经合组织在《关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》中指出,尽管为忠实折扣设立一个“安全港”的呼声甚高,^③但是,迄今为止,包括欧共体在内的各国竞争执法机关都还没有能够为之设出一个“明线标准”。^④欧共体委员会认为,忠实折扣的评估非常复杂,比如

“可竞争性部分”,即相关需求的确定就极其困难,有太多的因素需要分析,所以不可能制定出绝对的“安全港”标准。然而,国际竞争网络的《关于单边行为法律框架下的忠实折扣的分析报告》又指出,欧共体委员会其实为忠实折扣设立了一个“软性安全港”,即当“有效价格”保持在相关的成本基准即LRAIC之上时,忠实折扣一般不太可能招致干预。^⑤

三、评析欧共体竞争法对忠实折扣的规制

欧共体条约的有效实施是为了促成统一的共同体市场,更好地造福于企业和消费者,基于共同体统一市场的目的,从某种意义上说,欧共体竞争法重视竞争过程的保护甚于消费者福利的保护。因此,对于可能阻碍竞争的滥用市场支配地位行为如忠实折扣,欧共体竞争法的态度较为强硬。相比而言,美国竞争法由于奉行“消费者利益保护”的宗旨,其态度则较为宽松。^⑥但是,在以往的执法实践中,欧共体

① 自动退瓶机(RVMs)常被置于超级市场入口附近,便于各类废饮料罐瓶的回收利用,人们把废罐塞进机器上方的圆孔,机器对废罐进行扫描、识别与分拣之后打印出印有瓶罐价值的抵用券,该券可抵扣购物费用。

② RBB律所反垄断经济学简报:《退回形式主义标准的托姆勒案》。RBB Economics, Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?, *Economics*, Brief 21, (Feb. 2007), p. 3.

③ 约书亚·怀特:《评估排他性行为和忠实折扣的效果影响原则》。Joshua D. Wright, An Evidence-based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts, *Global Competition Policy*, July 2009 (01), p. 6.

④ 参见经合组织《关于忠实折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》。OECD Policy Roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, (2008), p. 10.

⑤ 参见国际竞争网络《关于单边行为法律框架下的忠实折扣的分析报告》。International Competition Network, *Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws*, Presented at the 8th Annual Conference of the ICN (June 2009), Note 28.

⑥ 理查德·但肯、布莱恩·摩克考玛克:《美国与欧洲的忠实折扣:在适用成本测试标准查处案件方面是否产生分歧?》。Richard A. Duncan & Brian S. McCormac, Loyalty & Fidelity Discounts & Rebates in the U.S. and EU: Will Divergence Occur over Cost-Based Standards of Liability? *The Sedona Conference Journal*, Volume 9, 2008, p. 144.

竞争法对忠实折扣的规制几乎确立了本身违法原则，过于形式主义的评估规则不仅无法达到适用第 82 条进行审查所追求的更富效率，而且还影响欧共体竞争政策在这一领域的未来发展。^①

近年来，欧共体竞争法对忠实折扣的态度有所改变，即改循“效果影响原则”进行评估。其中，把“排除竞争效果”作为分析的关键，其采用的“同等效率竞争对手”的标准是比较适当的。因为忠实折扣只有在将“同等效率的竞争对手”排除出相关市场的一大部分的情况下，才是反竞争的。如果由于忠实折扣导致效率较低的企业失去交易机会并最终退出市场，那是因为这些竞争对手缺乏效率，在质量和技术性能等方面竞争不力，不能提供更具竞争力的价格，这种忠实折扣不应该被禁止，因为它缺乏反竞争影响。^② 毕竟，欧共体竞争法要保护的是竞争过程，而不是竞争对手，尤其不保护效率低下的竞争对手，除非所有的竞争源头即将被消除。同样地，评估过程中应用的“价格一成本测试法”的经济分析过程，不采用现存竞争对手的或其他高于优势企业成本基准的成本数据材料，也是为了避免造成以下的尴尬局面：保护了低效率的竞争对手，最终却使消费者不能受益于有效的、激烈的竞争，这就违背了竞争法的主旨。目前来看，尽管“价格一成本测试法”还有一些不完善之处，它还是较为有效的评估方法。此外，“效果影响原则”将经济效率的抗辩纳入考量范围，也是条约第 82 条的主要发展，因为几年前，普遍认为条约第 82 条没有效率抗辩的余地。^③

最后是关于“安全港”的问题，因为“安全港”是保证法律确定性的规则和产业行为的指示器。有了它，在守法的层面上，企业就可以事先自我预测与评估行为的合法性；在执法的层面上，则可以节约司法资源，避免执法过宽或过严的偏差。在忠实折扣的领域，缺乏“安全港”标准，就缺乏较明确的规则来管制企业的竞争性行为，可能令企业冒不必要的风险，执法机关的工作也就不能更有效地开展。所以，设置一个“明线”的“安全港”标准还是很有

必要的。

四、结语

忠实折扣是常见的商业作法，它如同一个硬币的两面，一方面，它可能仅仅是优势企业效率的反映，因为许多优势企业都是技术创新和先进管理的领先者，它们提高了企业经济效率之后就能够与消费者分享利润；另一方面，忠实折扣也有可能成为优势企业滥用市场支配地位的工具，从而造成对竞争以及消费者福利的损害。因此，有必要区分真正有利于竞争的和反竞争的忠实折扣，以期更有效地打击违法的折扣行为，同时注重保护优势企业的竞争信心。但是，对忠实折扣区分良莠确实是一个难点问题，目前，欧共体竞争法对忠实折扣的规制持以较审慎的态度，即遵循“效果影响原则”，以“同等效率竞争对手”为标准，采用“价格一成本测试法”的经济分析工具，权衡忠实折扣对竞争的负面影响和忠实折扣在经济效率方面的抗辩理由。当“同等效率竞争对手”的有效价格保持在涉案优势企业的长期平均增量成本之上时，一般不干预涉案忠实折扣。忠实折扣也存在于我国的经济生活之中，相关问题必然日渐凸显，但我国新颁布的反垄断法比较粗线条，对忠实折扣几乎没有相关规定，因此，有必要借鉴发达国家地区如欧共体竞争法对忠实折扣的规制经验。

① 丹尼斯·维尔布罗克：《米其林 2 案：对优势企业的忠实折扣适用本身违法原则？》。Denis Waelbroeck, *Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?*, 1 *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, p. 149.

② 达米安·格瑞丁：《区分利于竞争的和反竞争的忠实折扣的框架》。Damien Geradin, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-competitive Ones*, P11, Available at: <http://ssrn.com/abstract=1308484>.

③ 阿科塞尔·古特慕斯：《第 82 条指南：细探分析框架及指南对欧共体竞争执法实践的影响》。Axel Guter-muth, *Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice, the online policy for Global Competition Policy*, (Feb. 2009), p. 7.

[导师王晓晔教授点评]

争的一种重要方式, 但我国目前对此深入研究的论文极少, 因此我大力向贵刊推荐此文。

我读过叶高芬同学的论文“欧共体竞争法中的忠实折扣”, 觉得这篇文章观点明确, 结构清晰, 语言流畅, 而且引用了大量的外文资料, 理论性和实践性都很强。“忠实折扣”是市场竞

本文作者: 中国社会科学院研究生院法学系 2008 级博士研究生
责任编辑: 赵 俊

Loyalty Rebate in EC Competition Law

Ye Gaofen

Abstract: Loyalty rebate is conditioned on the customers' engaging in loyal purchasing behavior and it is a common business activity involved price competition. However, in a certain case, loyalty rebate provided by a dominant firm is probably the abuse of its market dominant position. Therefore, how to distinguish legal or pro-competitive loyalty rebates from anti-competitive or exclusionary ones is not only the hot issue among the scholars, but also the difficulties in law enforcement in the world. EC competition law which treats loyalty rebate more and more prudently is a developed legal system, in which loyalty rebate is given an overall evaluation of both its possible foreclosure impact on competition and its possible positive effects in terms of efficiency. The preceding analyses are guided by an effects-based approach in which the price-cost tests and the standard of the equally efficient competitors are applied. The relevant legislation and enforcement experience of loyalty rebate in EC competition law is worth learning.

Key words: loyalty rebate; EC competition law; anti-monopoly; effects-based approach

观点选萃

论企业的生命管理

蒲德祥

肇庆学院教育学院副教授蒲德祥说, 企业组织内外环境变化, 要求企业应该从生命有机体的视角来分析管理问题。对企业作为一个生命有机体的历程进行探索, 并将企业视为一个生命系统, 其目标是为生命意义而发展, 以最终实现终极之善的快乐与幸福。为此, 企业必须进行生命管理。

企业组织类似生命, 具有自己的生命特征属性。企业应该以生命有机体的视角构建生命型企业。生命型企业是为了企业的生命意义而发展, 以此获得终极之善的快乐与幸福。生命管理就是通过系统代谢作用与环境进行物质能量交换使其生命有机体的潜力和优势获得生命意义的机制运行过程。企业生命管理的基本策略, 是企业健康和持续发展的保证, 也是企业获得生命力的保障。