

## 美欧捆绑折扣的比较研究及其对中国的启示\*

叶高芬

**内容提要:**捆绑折扣是价格竞争的一种表现形式,它是一种有效的商业工具,但有时也可能成为企业滥用其市场支配地位的手段。在执法实践中,欧美竞争执法机关将审查范围限定在具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣上,并以“同等效率竞争对手”为参照对象,运用“价格—成本测试”方法、区别不同情形分别适用“整个捆绑件的掠夺性定价分析规则”和“折扣配置规则”对捆绑折扣进行全面评估并设置“软安全港”。虽然欧美竞争执法机关在执法立场和采用的成本基准等方面存在差异,欧美的先进作法对于刚出台不久的中国反垄断法都有很重要的启示意义。

**关键词:**捆绑折扣 滥用市场支配地位 效果原则 成本标准 折扣配置规则

叶高芬,福州大学法学院讲师,中国社会科学院法学研究所博士生。

2009年年底,美国联邦贸易委员会(FTC)起诉芯片巨头英特尔公司,指控的理由之一是,英特尔提供折扣将 CPUs(电脑中央处理器)与 GPUs(图形处理器)等捆绑销售。FTC认为英特尔公司这么做是为了排除竞争对手如 Nvidia 公司的竞争。<sup>[1]</sup>若干年前,美国 3M 公司也因为将其垄断性产品“思高牌胶带”与其他竞争性产品捆绑起来销售被竞争对手拉佩吉(LePage)公司指控,又因为美国法院对该案的判决不够透明,3M 案引发了美国学界对捆绑折扣空前热烈的讨论。<sup>[2]</sup>捆绑折扣是一种常见的经济现象,由于它对竞争的影响和较大的复杂性,捆绑折扣成为各国竞争执法的难点。

### 一 理论思考:捆绑折扣与滥用市场支配地位

所谓捆绑折扣,是指企业根据客户购买两种或两种以上不同产品的购买方式提供的折扣,或者说,企业将可以单独出售的不同产品捆绑起来以低于各组成产品单价之和的价格进行销售,由此向其客户提供价格折扣。在欧盟竞争法中,它又被称为“复合产品折扣”。在现实经济生活中,捆绑折扣比较常见,例如,餐馆的点菜服务包括“单点”,也包括“套餐”或“合菜”,相同菜品在两种点菜方式之下的差价就是捆绑折扣。

\* 本文系中国社会科学院法学研究所重点课题“独家交易行为的法律问题研究”的课题成果之一。

[1] In the Matter of Intel Corp., Docket No. 9341 (December 16, 2009) Complaint § 18, § 24.

[2] LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

值得注意的是,捆绑折扣与单一产品折扣不同。单一产品折扣是指企业根据客户购买的某种产品占其该产品总需求量的比例提供的折扣,<sup>[3]</sup>它只涉及一个产品市场;而捆绑折扣则涉及两个或两个以上产品市场。所以,捆绑折扣常被置于“搭售和捆绑销售”之下分析。搭售通常是指企业要求客户在购买其一种产品(搭售品)时,必须同时购买其另一种产品(被搭售品);而捆绑销售通常是指企业供应产品的定价方式,分为纯捆绑和混合捆绑。纯捆绑是指产品只以固定比例整体销售;混合捆绑是指被捆绑起来销售的产品也可单独销售,但各组成产品分别销售的总价款高于捆绑件整体的价格,因为企业为捆绑件提供了捆绑折扣。可以看出,搭售实际上就是纯捆绑;捆绑折扣只在混合捆绑的情形下存在。例如,上述的英特尔案中,如果英特尔公司规定,客户购买 CPUs 的同时必须购买 GPU<sub>s</sub>,那就可能构成“搭售”;如果客户还有分别、单独购买 CPUs 与 GPU<sub>s</sub> 的选择权,英特尔公司为了打开捆绑件的销路,就必须使捆绑件售价低于 CPU<sub>s</sub>、GPU<sub>s</sub> 二者单独售价之和,那么就可能产生“捆绑折扣”。

捆绑折扣实质上是企业在分别购买和一揽子购买两种或两种以上不同产品的客户之间实行的“价格歧视”。由于给客户提供了让利空间,捆绑折扣往往受到客户的欢迎。如果提供捆绑折扣的市场主体是在相关市场上不具有市场支配地位的企业,捆绑折扣就仅是企业的一种竞争手段,企业的这种自主定价行为不会造成反竞争后果,因此不会招致竞争执法机关的干预。

然而,捆绑折扣如果由具有市场支配地位的企业提供,情况又是怎样呢?我们打一个比方,甲企业既生产洗发精也生产护发素,而乙企业只生产洗发精。在护发素市场上,甲企业具有市场支配地位,其生产护发素的成本是 16 元;在洗发精市场上,甲、乙两企业互为竞争关系。我们假设乙企业生产洗发精的效率高于甲企业,甲企业生产洗发精的成本是 10 元,乙企业只要 9 元。如果分开销售的话,甲企业为洗发精定价 12 元,为护发素定价 23 元。如果客户愿意都从甲企业购买洗发精和护发素的话,甲企业一揽子定价为 30 元,在这种情况下,甲企业仍然盈利,因为其捆绑销售的定价即一揽子定价仍然高出其成本 4 元。图示如下:

	甲企业		乙企业
	洗发精	护发素	洗发精
平均可变成本	10 元	16 元	9 元
分别定价	12 元	23 元	12 元
捆绑件定价	30 元 仍然盈利,因高出成本 4 元 [30 - (10 + 16) = 4 元]		没能提供捆绑件 若要竞争,洗发精定价必须 ≤ 7 元 (30 - 23 = 7 元)

上图表明,仅仅在洗发精定价不超过 7 元的情况下,乙企业才可能参与竞争,因为只有这样,客户为洗发精和护发素支付的总价才不会超过 30 元即甲企业的一揽子定价。但是,企业的生存不可能靠低于成本的定价来维持。本例中,客户从甲企业一揽子购买比分别购买洗发精和护发素节约下来的 5 元(12 + 23 - 30 = 5 元)就是甲企业提供的捆绑折扣。很明显,它可以排挤效率相当甚至效率更高的竞争对手,使甲企业在护发素市场上的市场支配地

[3] United States, Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)47 (Jul. 2008), § 37.

位得以延伸到洗发精市场上。短期来看,捆绑折扣确实让部分客户受益;长远来看,企业采用捆绑折扣排除竞争之后很可能提高产品价格,使消费者利益受损。

可见,捆绑折扣一旦由具有市场支配地位的企业提供,它就可能产生所谓的“杠杆效应”,换言之,具有市场支配地位的企业就可以以每个客户产品需求中的“不可竞争部分”,即客户必须向该具有市场支配地位的企业购买的产品(被搭售品)为杠杆,将市场支配地位延伸到其他产品市场上。这是一种典型的企业滥用其市场支配地位的行为,将产生排除竞争的危害后果,损害市场竞争和消费者利益。因此,竞争执法机关对具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣较为关注,也就是说,往往对这类捆绑折扣进一步审查,判定该折扣是否违法。

这里解决的是捆绑折扣的审查范围或审查前提问题,即只有那些由具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣,竞争执法机关才有必要进一步展开审查。对于由普通企业提供的捆绑折扣,它由于不损害竞争,没有审查的必要。限于篇幅,本文对涉案企业的市场支配地位之认定不作赘述。对具有市场支配地位企业提供的捆绑折扣的审查方法、审查原则和具体审查标准等将在下文通过欧美两种模式的比较考察与分析研究一一予以揭示。

## 二 比较研究:欧盟模式和美国模式

捆绑折扣是企业开展有效竞争的一种商业作法。一方面,即使是具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣,也有可能是合法的、有利于竞争的,例如可以节约分销成本等。另一个方面,具有市场支配地位的企业提供捆绑折扣的行为可能是一种滥用市场支配地位的行为。如何打击反竞争的捆绑折扣,同时保护企业进行有益价格竞争的积极性,就需要辨别捆绑折扣是有利于竞争的还是反竞争的,这项工作历来就是各国竞争执法机关的工作难点。正如一位美国反托拉斯官员指出的,“任何企业战略性的、竞争性的行为,即使受市场势力所驱,也是对消费者有利的,法院应该予以鼓励;然而攻击性的、排他性的行为却对消费者有害,法院应该予以干预。执法的困难在于很难分辨竞争性和排他性的行为,因为二者很相似。”<sup>[4]</sup>

### (一) 欧盟模式

欧盟委员会把捆绑折扣看作是滥用市场支配地位的行为之一,相关的法律规定是《欧盟工作模式条约》第102条(原《欧共同体条约》第82条)。2008年12月欧盟通过的《关于适用〈欧共同体条约〉第82条查处具有市场支配地位的企业排他性滥用行为的执法重点指南》(Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings,以下简称《指南》)针对捆绑折扣规定了审查的框架。

#### 1. 审查方法:两分法

在执法实践中,欧盟竞争执法机关采用“两分法”,即区别两种情形分别适用不同的分析规则审查涉案的具有市场支配地位企业提供的捆绑折扣。

[4] Frank H. Easterbrook, When Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?, 2003 *Colum. Bus. L. Rev.* 345.

捆绑折扣的一种情形,是指有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下涉案企业提供的捆绑折扣。如果有证据表明,涉案企业的竞争对手也在进行相同的捆绑销售,或者能够及时克服成本增加的困难也推出捆绑件,欧盟委员会将把这看成捆绑件与捆绑件之间的竞争,把捆绑折扣类比为掠夺性定价进行分析。

捆绑折扣的另一种情形,是指不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下涉案企业提供的捆绑折扣,这种情况是指,竞争对手既无力单独推出、也没法联合他人推出类似的捆绑件参与竞争。欧盟委员会将通过考量具有市场支配地位企业的捆绑件中每个产品的边际收益是否超过相应的边际成本来评估折扣对竞争的影响。

### 2. 审查标准:价格—成本测试

对于有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下涉案企业提供的捆绑折扣,欧盟委员会运用“价格—成本测试”考量捆绑件整体的价格是否低于“平均可变成本”。对于不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下涉案企业提供的捆绑折扣,由于评估边际收益很复杂,在执法实践中,欧盟委员会多采用“增量价格”作为指征,并以“同等效率竞争对手”作为参照对象。审查捆绑折扣时,竞争执法机关估算这个对手为了参与竞争不得已做出的定价即“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,评估涉案企业的捆绑折扣是否可能将该“同等效率竞争对手”排挤出市场。<sup>[5]</sup> 如果客户为涉案企业的捆绑件中的每个产品所支付的增量价格保持在该产品的“长期平均增量成本”之上,通常不干预涉案企业提供的捆绑折扣。因为,在单件产品市场上的“同等效率竞争对手”仍可能在保障利润的基础上与涉案企业提供的捆绑件展开竞争。但是,一旦涉案企业的“增量价格”低于“长期平均增量成本”,就有可能受到干预,因为在这种情况下,即使是“同等效率竞争对手”也可能无法扩大产能或进入市场。<sup>[6]</sup> 评估的关键是,计算出捆绑件中“可能由竞争对手提供的竞争性产品”的“有效价格”,并将它与涉案企业生产这件竞争性产品的“长期平均增量成本”进行比较。

### 3. 审查原则:效果原则

“效果原则”是指在查处捆绑折扣案件时,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,又考量捆绑折扣的抗辩理由即经济效率和客观合理性等,并予以全面权衡。<sup>[7]</sup> “效果原则”实际上是一种“合理原则”。<sup>[8]</sup> 审查捆绑折扣时,欧盟竞争执法机关不会采用“本身违法原则”,<sup>[9]</sup> 而是遵循“效果原则”进行个案评估,只有全面权衡并认定捆绑折扣对竞争和消费者利益的不利影响大于其正面效应时,才干预涉案企业的捆绑折扣。

[5] 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), § 24.

[6] 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), § 59.

[7] 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, § 27.

[8] 合理原则,是指某些行为是否在实质上构成限制竞争并在法律之上予以禁止不是一概而论,而是需要对经营者的动机、行为方式及其后果加以慎重考察后做出判断,予以认定。参见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2009年版,第246页。

[9] 本身违法原则,是指对于某些行为,只要发现某些事实或行为存在,即可判定其违法。参见尚明:《对企业滥用市场支配地位的反垄断法规制》,法律出版社2007年版,第170页。

#### 4. 抗辩理由与“软安全港”

欧盟委员会在《指南》中指出,个案分析后,即便已经初步认定涉案捆绑折扣可能造成反竞争影响,在进行查处之前,委员会还将审查具有市场支配地位的企业提出的抗辩理由。涉案企业可以举证证明其行为是客观合理的,委员会将根据涉案企业以外的因素来评估捆绑折扣是否是必需、合理的;涉案企业还可以举证证明其捆绑折扣将产生利于竞争的正面效应,例如有利于实现范围经济,为客户节省交易成本,为供应商节约包装成本和分销成本,把两个独立的产品整合成一个新产品还可能是一种市场进入的创新等等。捆绑折扣的正面效应是否超过其对竞争和消费者利益的负面影响由涉案企业负举证责任。<sup>[10]</sup>

当以经济效率作为抗辩理由时,涉案企业还应充分证明以下条件可以同时得到满足:其一,该捆绑折扣已经产生或可能产生经济效率;其二,该捆绑折扣是实现以上效率所必不可少的,没有其他较之反竞争后果更小的方式供选择;其三,在受影响市场上,该捆绑折扣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,该捆绑折扣并没有全面消灭现实或潜在的竞争源头,没有排除有效竞争。

具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣在某些情况下可能产生反竞争影响,也可能使有利于消费者的定价机制受抑于法律的不确定性。因此,有必要制定明确的、可操作的“安全港”,以便企业能够预测他们拟提供的捆绑折扣是否有可能招致反托拉斯的干预。经合组织在《关于捆绑折扣与捆绑折扣的圆桌会议报告》(OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts)中指出,到目前为止,各国竞争执法机关都还没有能够为捆绑折扣设立明确的“安全港”。<sup>[11]</sup>在执法实践中,欧盟委员会针对不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的捆绑折扣设立了“软安全港”,即如果捆绑件中“可能由竞争对手提供的那部分竞争性产品”的“有效价格”高于其相应的“长期平均增量成本”,涉案企业的捆绑折扣就一般不受干预。

#### (二) 美国模式

美国反托拉斯法中也没有明确规定捆绑折扣。在执法实践中,捆绑折扣和掠夺性定价、搭售等行为一样归属于单边企业行为,适用的法律条文主要是《谢尔曼法》第2条。在审查捆绑折扣时,美国反托拉斯执法机关也采用“两分法”将捆绑折扣分为有可能以及不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争两种情况分别适用不同的规则加以评估,不难发现,美国对捆绑折扣的审查也适用“合理原则”。

##### 1. 审查标准:“成本标准”与“非成本标准”的变迁

##### (1) 成本标准:“掠夺性定价分析规则”与“折扣配置规则”

成本标准是指以成本为考量标准的做法,即需要考察产品实际价格和一定成本基准的关系。美国反托拉斯现代化委员会(the Antitrust Modernization Commission, AMC)建议采用“成本标准”来审查捆绑折扣。<sup>[12]</sup>

“整个捆绑件的掠夺性定价分析规则”是指对于有可能展开整个捆绑件与捆绑件之间

[10] 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.

[11] OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, (2008), p. 10.

[12] United States, Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)47 (Jul. 2008), § 4.

竞争情况下的捆绑折扣,竞争执法机关将捆绑折扣类比为企业的“掠夺性定价”,借用“掠夺性定价分析规则”之下的“价格—成本测试”和“弥补损失理论”<sup>[13]</sup>对捆绑折扣进行评估。<sup>[14]</sup>在有可能展开整个捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,不论捆绑件是由单个竞争对手自己提供全部的组成产品,还是由众多的竞争对手联合提供组成产品,或是由老练精明的客户自己组装出捆绑件。一般来说,只要捆绑件与捆绑件之间的竞争是可能的,“同等效率竞争对手”就有可能在高于成本的捆绑件定价基础上与涉案企业展开有效竞争。根据“掠夺性定价分析规则”,涉案企业只要其捆绑件整件的价格高于整个捆绑件的“平均可变成本”,通常情况下不会被认定为违反《谢尔曼法》第2条。

“折扣配置规则”是指将涉案企业向整个捆绑件提供的所有折扣都归因并配置于其竞争性产品即涉案企业不具有市场支配地位的产品上。<sup>[15]</sup>在捆绑折扣的另一种情形即不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,由于涉案企业的竞争对手无力提供类似的捆绑件参与竞争,捆绑折扣很可能会引诱客户向具有市场支配地位的企业购买包含竞争性产品的整个捆绑件,而不是向“同等效率竞争对手”购买该竞争性产品。美国反托拉斯执法机关将捆绑折扣类比为企业的搭售行为,适用搭售分析规则来评估捆绑折扣对竞争的潜在损害。AMC 和美国著名学者赫温坎姆(Hovenkamp)教授都建议采用“折扣配置规则”来计算竞争性产品的实际价格,即该竞争性产品的目录价格减去涉案企业提供给整个捆绑件的折扣,并将该实际价格与涉案企业的相应产品成本相比较。<sup>[16]</sup>该实际价格如果低于其相应的“增量成本”,捆绑折扣就很可能被认定为意在排除竞争、违反《谢尔曼法》第2条。<sup>[17]</sup>

我们仍以上文的图表为例,甲企业在护发素市场具有市场支配地位,护发素单独定价为23元;与乙企业相竞争的洗发精成本10元,单独定价为12元。如果甲企业把洗发精和护发素捆绑销售定价为30元,那么捆绑折扣为5元( $23 + 12 - 30 = 5$ 元)。按照AMC提出的“折扣配置规则”,应该将捆绑折扣5元配置给竞争性产品洗发精,那么甲企业洗发精的实际价格就是7元( $12 - 5 = 7$ 元),7元定价低于甲企业生产洗发精的成本,因此甲企业提供的捆绑折扣是违法的。

## (2)非成本标准

非成本标准是指不以成本为考量标准的作法。美国法院在3M案中采用“非成本标准”的判例标志着在《谢尔曼法》第2条的框架下审查捆绑折扣的标准曾经发生变化。

在3M案中,拉佩吉公司是生产用于客户标签的透明胶带生产企业,它指控3M公司通过提供捆绑折扣给大型零售商等多种手段保持其在相关市场上的垄断地位。据称,3M公司提供折扣的条件是,客户必须购买多种3M产品,而且客户购买每种产品的数量还必须分

[13] 弥补损失理论,是指评估企业的价格行为时,除了将企业产品的市场价格与一定成本相比较,还要分析企业是否有合理的预期能够在将来收回目前低价销售的代价或损失,以认定企业是否在实施掠夺性定价。

[14] Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* § 749b, at 245-246, 258-259 (Supp. 2007).

[15] United States, Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)47 (Jul. 2008), § 21.

[16] Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* § 749b2, at 246 (Supp. 2007).

[17] 实际上,美国反垄断现代委员会提出了包括“折扣配置”原则在内的捆绑折扣三步测试法,即要求原告举证:(1)在把被告向整个捆绑件提供的所有折扣都配置给其竞争性产品后,被告以低于其增量成本的价格销售其竞争性产品;(2)被告有可能收回这些短期亏损;(3)捆绑折扣已经或可能对竞争产生不利影响。参见 Antitrust Modernization Comm'n, Report and Recommendations 99 (2007), available at [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf).

别达到3M公司规定的量。拉佩吉公司称自己的客户被3M公司抢走了,因为客户为了得到3M公司的捆绑折扣,就会尽量从3M公司购买以达到所谓的最低购买量。如此,为了继续竞争,拉佩吉公司就不得不向客户补偿整个产品生产线的折扣损失,而非仅是某一透明胶带产品的折扣损失。拉佩吉公司认为,3M公司的捆绑折扣等行为阻碍了拉佩吉公司的客户标签胶带与3M公司的高价位“思高牌”透明胶带之间的竞争,维持了3M公司在透明胶带市场上的垄断地位。陪审团采信了拉佩吉的证据,判定3M公司违法。第三巡回法院以全体法官满席审理的方式维持了初审法院的本案判决,原告胜诉。值得注意的是,法院没有要求拉佩吉公司证明它或者假设的其他“同等效率竞争对手”由于3M公司的低于成本定价而不能与之进行盈利性竞争。<sup>[18]</sup>

美国联邦最高法院拒绝对3M案进行复审。法庭之友的辩论摘要<sup>[19]</sup>指出,最高法院拒绝复审是因为该案的法庭记录存在瑕疵,这也意味着最高法院允许该案之后的判例和理论深化、纠正对捆绑折扣的研究。辩论摘要批评了第三巡回法院的判决,认为它没能解释为什么3M公司的行为是非法的,没有为如何适用《谢尔曼法》第2条分析捆绑折扣提供有益的指导;认为它很可能打击企业的积极性,使企业不愿或不敢采取有利于竞争和消费者的价格策略。其他的批评指出,法院对3M案的判决太模糊。<sup>[20]</sup>

### (3)“成本标准”的复归

由于3M案判决的不透明性,在随后的PeaceHealth案<sup>[21]</sup>和Information Resources案<sup>[22]</sup>中,法院拒绝采用上述3M案中的“非成本标准”,转而重新采用“成本标准”评估捆绑折扣。

以PeaceHealth案为例,和平医护公司和麦肯其公司(Cascade保健公司的前身)在第一级、第二级紧急医疗服务市场上存在竞争关系,和平医护公司还提供第三级医疗服务并占有非常高的市场份额,麦肯其公司没有提供第三级医疗服务,但其声称可以比和平医护公司的定价更优惠的价格提供第一级和第二级医疗服务。因为和平医护公司将第一、二、三级的所有医疗服务捆绑起来优惠地提供给客户(如保险公司),条件是客户只能接受和平医护公司的第一、二、三级医疗服务。麦肯其公司遂向法院控诉和平医护公司的垄断行为和意图垄断的行为。

本案中,第九巡回法院解释了重回“成本标准”的原因。法院指出,“非成本标准”的根本问题在于,它会得出结论即具有市场支配地位的企业采取的所有捆绑折扣都是违法的,因为他们的竞争对手没有生产同样多种产品的生产线。所以“非成本标准”根本无法判定捆绑折扣是否可能有利于竞争,<sup>[23]</sup>法院还指出,最高法院在Brooke Group案<sup>[24]</sup>和Weyerhaeuser案<sup>[25]</sup>中都采用“成本标准”之下的“价格—成本测试”,这些司法实践有力地说明,高于边际成本的价格策略不应该受到谴责。<sup>[26]</sup>

[18] LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

[19] Brief for the United States at Amicus Curiae at 13, 3M v. LePage's Inc., 542 U.S. 953 (2004) (No. 02-1865), denying cert. to 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

[20] Daniel L. Rubinfeld, 3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective, 72 U. Chi. L. Rev. 243, 250-251 (2005).

[21] PeaceHealth, 515 F.3d 883.

[22] Information Resources Inc. v. Dun & Bradstreet Corp., 359 F. Supp. 2d 307 (S.D.N.Y. 2004).

[23] PeaceHealth, 515 F.3d 883-903.

[24] Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

[25] Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 127 S. Ct. 1069 (2007).

[26] PeaceHealth, 515 F.3d 901.

在具体运用“成本标准”之下的“价格—成本测试”评估捆绑折扣的过程中,为了计算产品的实际价格,第九巡回法院采用了AMC建议的“折扣配置规则”,即把和平医护公司提供第一、二、三级一揽子医疗服务的捆绑折扣配置给其竞争性产品第一、二级医疗服务,由此计算和平医护公司提供第一、二级医疗服务的实际价格,将它与相应的“增量成本”进行对比。和平医护公司曾提出“累计折扣规则”的申请,主张仅在涉案企业的整个捆绑件的折后价格低于其生产整个捆绑件的“增量成本”时,企业才是违法的。法院拒绝了和平医护公司的申请,理由是“累计折扣规则”忽视了以下事实:即使涉案企业的捆绑价定价高于整个捆绑件的成本,仅生产其中一种或两种产品的“同等效率竞争对手”也可能被捆绑折扣排挤出市场,因为该竞争对手可能无法在一种或两种产品上与涉案企业提供给整个生产线的总折扣进行竞争。

## 2. 抗辩理由和“软安全港”

在美国,对于捆绑折扣,可能的抗辩理由包括:企业实现规模经济、节约包装成本、降低交易成本;或者吸引现有的客户尝试新的产品和服务;或者激励零售商对特殊产品和服务的营销付出努力;<sup>[27]</sup>或者在商品价值观有差异的消费者之间实行价格差别,以增加产量,造福消费者的福利。<sup>[28]</sup>

关于“安全港”,美国司法部和联邦贸易委员会指出,由于最高法院尚无相关判例,所以对于价格行为尤其是对于高于成本的价格行为很难设立明确的“安全港”。<sup>[29]</sup>在执法实践中,美国针对有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的捆绑折扣,采用“掠夺性定价分析规则”下的“价格—成本测试”为捆绑折扣设置“软安全港”,即如果涉案企业的产品折后价格高于其相应的“平均可变成本”,折扣行为就是合法的。<sup>[30]</sup>AMC指出,针对不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的捆绑折扣,“折扣配置规则”可以作为审查捆绑折扣的初步“安全港”,即如果捆绑件中竞争性产品的实际价格高于其相应的“增量成本”,涉案企业的捆绑折扣就一般不受干预。AMC同时强调,“折扣配置规则”不能作为赔偿责任标准,也即是说,如果涉案企业的折扣行为经“折扣配置”后被排除在安全港之外,并不意味着反竞争影响的推定,<sup>[31]</sup>而应该进一步分析其实际的或可能的反竞争影响。在这方面,应着重考虑的因素包括原告能否证明由于捆绑折扣使得竞争对手已经或正在退出市场等。此外,除非捆绑折扣对竞争的损害确实明显超过对竞争的积极影响,涉案企业也可以提出反证,证明自己的捆绑折扣没有排挤竞争对手、没有违反《谢尔曼法》第2条。<sup>[32]</sup>

[27] David E. Mills, Market Share Discounts, Mimeo, University of Virginia (2004).

[28] 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. 16.

[29] 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. 11.

[30] Herbert Hovenkamp, The Law of Exclusionary Pricing, *Competition Pol'y Int'l*, Spring 2006, at 21, 28.

[31] 在反托拉斯的分析中,如果企业或法院不恰当地推定“安全港”之外的行为就是反竞争行为,“安全港”的应用就有可能适得其反。特别是,具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣经“折扣配置”之后被排除在“安全港”之外,只能说明单一产品生产线上“同等效率竞争对手”可能无法争取到客户,因为这些既买垄断产品又买竞争性产品的客户如果选择从具有市场支配地位的企业处购买竞争性产品,会得到折扣的优惠,这本身并不表明在任何市场上消费者的利益都会受到损害。

[32] United States, Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)47 (Jul. 2008), § 36.



### (三) 比较评析

总体而言,在捆绑折扣领域,美国的判例和研究比欧盟的丰富。美国从“成本标准”到“非成本标准”再到“成本标准”的评估标准变迁经历既说明了判例在英美法系国家中的重要性,也佐证了美国在捆绑折扣领域的较多探索。欧盟对捆绑折扣的评估实际上是采用了“效果原则”下的“成本标准”。比较后不难发现,欧盟与美国的做法既有相似之处,又有差异。

二者相似之处包括:其一,欧盟与美国都将捆绑折扣的审查前提限定于,提供捆绑折扣的市场主体必须是具有市场支配地位的企业。其二,欧盟与美国都运用“价格—成本测试”将产品价格与一定的成本基准进行比较。其三,欧盟与美国对涉案捆绑折扣都采取“两分法”区别对待。换言之,都将涉案捆绑折扣分为有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况和不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况,分别适用不同的分析规则。对于前者,将涉案企业的捆绑折扣类比为企业的掠夺性定价行为;对于后者,则将涉案企业的捆绑折扣类比为企业的搭售行为。其四,针对有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争情况下的捆绑折扣,欧盟和美国都采用“平均可变成本”作为成本基准。

同时,针对不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争情况下的捆绑折扣,欧盟和美国的具体作法存在一定的差异。首先,美国采用“折扣配置规则”计算实际价格,折扣配置的对象是竞争性产品;而欧盟虽然也采用类似“折扣配置规则”的方法计算“有效价格”,但折扣配置的对象较窄,只包括可能由竞争对手提供的那部分竞争性产品。<sup>[33]</sup>其次,美国采用“增量成本”作为成本基准;而欧盟采用“长期平均增量成本”作为成本基准。最后,依照美国 AMC 的捆绑折扣三步测试法,要求原告证明涉案企业有可能在将来弥补眼前因提供捆绑折扣所致的损失;<sup>[34]</sup>但欧盟则认为由于捆绑折扣具有“杠杆效应”的功能,涉案企业的排除竞争并不需要以牺牲利润为代价,所以不要求原告证明涉案企业事后得以弥补所谓损失。

尽管在执法实践中,欧盟对“可能由竞争对手提供的那部分竞争性产品”的界定有更大的难度,并存在更高的不确定性,但欧盟异于美国的具体作法,即更窄地限定折扣配置对象、采用“长期平均增量成本”的成本基准以及不要求原告证明涉案企业事后的“弥补损失”,都说明了在捆绑折扣领域欧盟的执法立场严于美国。

欧盟和美国执法立场差异源于不同的社会 and 经济发展要求以及不同的竞争政策趋向。美国反托拉斯法的最终目的是优化配置资源,保护消费者,推动社会福利。<sup>[35]</sup>20世纪80年代以来,芝加哥学派成了美国垄断政策的主流,并直接推动了美国反垄断政策的重大转变。以斯蒂格勒(Stigler)为代表的芝加哥学派产业组织理论,其基础是彻底的经济自由主义思想,他们坚信只有自由的企业制度和自由的市场竞争秩序才是提高产业活动效率、保证消费者福利最大化的基本条件;同时,他们怀疑政府在众多领域进行市场干预的必要性,认为应

[33] Economides (et. al.), The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases (November 11, 2009). *NET Institute Working Paper No. 07-47*; *NYU Law and Economics Research Paper No. 08-02*; *University College London Law Research Paper No. 09-03*; *NYU Stern School of Business 2451/26009*; *NYU Working Paper No. EC-08-01*; *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 3, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1078932>

[34] 这在美国也有例外,例如在 *PeaceHealth* 案中,第九巡回法院只同意采纳 AMC 的“折扣配置”原则,但不同意采纳 AMC 的“损失弥补理论”,参见 *PeaceHealth*, 515 F.3d 883.

[35] 王晓晔:《竞争法学》,社会科学文献出版社 2007 年版,第 179 页。

该尽可能减少政策对产业活动的干预,以扩大企业和私人的自由经济活动范围。美国反托拉斯执法机关担忧在捆绑折扣领域的法律不确定性可能阻止有益的降价行为,所以美国对捆绑折扣的态度一向较为宽松。正如著名的美国学者阿里达(Areeda)和赫温坎姆教授所言,“折扣通常是有益于竞争的,只有在企业拥有相当重要的市场势力、又被证明其行为产生反竞争影响的情况下,才应该予以谴责。”<sup>[36]</sup>。

值得一提的是,奥巴马新政下的美国司法部于2009年5月撤销了生效仅仅8个月的原司法部执法政策报告《竞争和垄断:在〈谢尔曼法〉第2条下的单边企业行为》(Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act),这一举措鲜明地反映了美国反托拉斯执法理念的变化,也明确表明了新政之下司法部的态度:将对企业滥用市场支配地位遏制竞争和损害消费者的行为采取更为强硬的措施,并将在执法中重新适用最高法院的判例。这意味着,在捆绑折扣领域,美国的反托拉斯执法力度将越来越大。

与美国相比,欧盟竞争政策体系的目标是通过一体化的竞争政策来推动欧洲共同市场的发展,进而实现欧洲联盟内部一体化经济的协调和平衡发展。从某种意义上说,欧盟竞争法重视竞争过程的保护甚于消费者福利的保护。欧盟竞争法强调保护的是竞争过程,除非到了所有竞争源头即将被消除的地步,否则,不会保护市场竞争者尤其是那些效率低下的竞争者。因此,对于可能阻碍竞争的滥用市场支配地位行为如捆绑折扣,欧盟竞争法的态度较为强硬。此外,近年来欧盟的反垄断思想深受“后芝加哥学派”的影响。“后芝加哥学派”认为,对许多企业行为必须采取具体事物具体对待的方式,而不能硬性地把具体事物塞进理论框架进行评估。<sup>[37]</sup> 所以欧盟审查捆绑折扣时遵循“效果原则”,主张更多的、更周密的考量和权衡。

### 三 借鉴建议:“成本标准”和“效果原则”

捆绑折扣在现实经济生活中非常普遍,例如,电信公司提供的“电信套餐”优惠服务。但面对形形色色的捆绑折扣,中国的竞争执法机关如何辨别捆绑折扣是企业滥用市场支配地位的行为还是有利于竞争和消费者的行为?又应该如何有效规制违法的捆绑折扣行为呢?中国法律目前还没有关于捆绑折扣的明确规定。我国《反垄断法》第17条是关于“滥用市场支配地位”的专项规定,其第6款规定,“没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”,由于捆绑折扣的性质可以合理地界定为“价格歧视”,所以该款规定可以适用于捆绑折扣,但是,该规定缺乏可操作性。因此,很有必要比较研究并借鉴欧盟和美国的相关作法以应对具体的捆绑折扣案例。

通过对比考察,针对捆绑折扣的审查前提、审查方法、审查标准、抗辩理由和“安全港”等问题,笔者认为,美国和欧盟关于捆绑折扣的作法对中国至少有以下几点启示或借鉴意义:

第一,在审查前提方面,应将捆绑折扣的审查前提限定于,提供捆绑折扣的市场主体必须是具有市场支配地位的企业。也即是说,如果捆绑折扣的市场主体是不具有市场支配地

[36] Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* § 749b, p.245 (Supt. 2007).

[37] [美]克伍克·怀特:《反托拉斯革命》,林平、臧旭恒等译,经济科学出版社2007年版,中译本导言。

位的企业,捆绑折扣不应该受到审查,以免打击有利于竞争的降价行为。在欧盟和美国,捆绑折扣只有由具有市场支配地位的企业提供的情况下,才会引起竞争执法机关的关注;普通企业提供的捆绑折扣则被视为价格竞争的常态,甚至受到提倡和鼓励,因为这可以促进竞争、提高消费者福利。

第二,在审查方法方面,应借鉴欧美的作法对捆绑折扣采取“两分法”。在涉案企业的竞争对手也提供类似的捆绑件进行竞争的情况下,可将捆绑折扣类比于企业的掠夺性定价行为,适用“掠夺性定价分析规则”进行评估。一般来说,只要捆绑件与捆绑件之间的竞争尚有可能,“同等效率竞争对手”就有可能在高于成本的捆绑件定价基础之上与涉案企业展开竞争。在不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,应把捆绑折扣类比于企业的搭售行为,适用搭售分析规则来评估捆绑折扣对竞争的潜在损害。

第三,在审查原则方面,对具有市场支配地位的企业提供的捆绑折扣不能持偏颇的态度,不能适用“本身违法原则”,而应适用“合理原则”对每个具体的捆绑折扣案件展开客观、合理的分析与评估。换言之,应借鉴欧盟的“效果原则”,对捆绑折扣一分为二地客观审查,既要评估它的反竞争后果,也要评估它的客观合理性和效率;还应全面、充分地权衡捆绑折扣对于竞争和消费者利益的正面效应以及负面影响,只有当正面效应无法抵消负面效应时才查处该捆绑折扣。

第四,在审查标准、运用的分析工具和具体评估等方面,可以借鉴欧盟或美国的作法。

(1)将“同等效率竞争对手”设定为参照对象。原则上,只有在将“同等效率竞争对手”排除出相关市场的情况下,才可以认定捆绑折扣是反竞争的。

(2)应运用“价格—成本测试”的经济分析工具。经济分析与法学分析相结合已成为反垄断立法、执法的新特点。通过将产品价格和一定的成本基准相比较,可以初步评估捆绑折扣对竞争的影响。

(3)关于计算竞争性产品的实际价格,宜借鉴美国的作法。也即是说,在不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,宜借鉴美国的“折扣配置规则”,将捆绑折扣全部配置给竞争性产品,从而计算出竞争性产品的实际价格并与一定成本基准相比较。

(4)关于成本基准,宜借鉴美国的作法,针对有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争情况下的捆绑折扣,采用“平均可变成本”作为成本基准;针对不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争情况下的捆绑折扣,采用“增量成本”作为成本基准。

第五,在抗辩理由方面,具体的考量可以借鉴欧盟的作法。也即是说,如果某一涉案捆绑折扣已被认定为具有反竞争影响,在做出查处决定之前,还应审查该捆绑折扣是否具有充分的“正当理由”。“正当理由”包括客观合理性和经济效率方面,例如节约成本等。

第六,在“安全港”方面,为了引导具有市场支配地位的企业定价决策,应尽可能为捆绑折扣设立“安全港”,在条件尚不成熟的情况下,可以借鉴美国的经验设立“软安全港”,即上文提到的,在有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,如果捆绑件整件的价格高于“平均可变成本”,就不予干预涉案企业提供的捆绑折扣;在不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的情况下,如果折扣配置后的竞争性产品实际价格高于相应的“增量成本”,就不予干预涉案企业提供的捆绑折扣。同时应注意,不能把“折扣配置规则”作为赔偿责任标准,也即是说,即使涉案企业的捆绑折扣经“折扣配置”后被排除在“安全港”之外,还应该进一步分析其实际的或可能的反竞争影响。

第七,应针对以上具体操作方法尽快出台实施细则或指南,相关立法的完善既有助于引导企业对自己的定价行为进行预测与自评,又可有效指导竞争执法机关的执法活动。

## 四 结 语

捆绑折扣是企业以客户购买两种或两种以上产品为条件而提供折扣的商业作法,它通常有利于竞争。但是,在一定情形下,具有市场支配地位的企业所提供的捆绑折扣则有可能排除竞争。如何打击反竞争的捆绑折扣,同时保护企业进行有益价格竞争的积极性,需要辨别捆绑折扣的良莠,这已是目前各国相关竞争执法的难点,也是学术界关注的热点。

在执法实践中,欧美对捆绑折扣采用“两分法”,即以“同等效率竞争对手”为参照对象,对于有可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的捆绑折扣,采用“掠夺性定价分析规则”下的“价格—成本测试”来评估捆绑折扣;对于不可能展开捆绑件与捆绑件之间竞争的捆绑折扣,采用“折扣配置规则”计算竞争性产品的实际价格或“有效价格”,并与一定的成本基准相比较来评估捆绑折扣。当价格高于相关成本基准的话,反托拉斯执法机关一般不干预。欧美对捆绑折扣的司法实践和学术探讨也在不断的发展。中国的反垄断法刚刚开始在经济生活中发挥重大的作用,配套细则尚未到位,捆绑折扣等诸多问题却亟待解决,因此,应该在立法和执法层面多多借鉴欧美经济发达国家地区的先进经验。

---

[Abstract] Bundled discount is regarded as a form of price competition. On one hand, it serves as an effective business tool; on the other, it may sometimes become a means to abuse one's market dominant position. In the practice of law enforcement, only the bundled discount employed by dominant firm shall be scrutinized by both European and American competition and law enforcement authorities. The bundled discount in question is given an overall evaluation under total bundle predation-based test or discount allocation principle when bundle-to-bundle competition is impossible, in which the price-cost test and the standard of equally efficient competitors are applied. Moreover, soft safe harbor of bundled discount is also established. Although there are some differences on competition and law enforcement approach and cost benchmark between European and American authorities concerned, yet their advanced experience in bundled discount is of great practical significance to China.

---

(责任编辑:姚 佳)