

欧盟 Intel 忠诚折扣案：从形式推定到效果分析的逆转机理

文志成

摘 要：AMD 公司诉 Intel 公司的有条件折扣（忠诚折扣）及赤裸裸的限制反垄断案，在欧盟历时二十余年方获终审判决。2014 年普通法院初审采用基于形式的违法推定原则，判定 Intel 公司败诉；2022 年重审则转向基于效果的分析方法，判决 Intel 公司胜诉。这一判决结果的逆转，直接源于违法判定规则的逆转，其深层原因则在于欧盟委员会与法院对竞争法目标的理解各有侧重，且对忠诚折扣分类和定性方面存在差异。这一分歧凸显了系统梳理本案的必要性，为此，有必要对本案行为特征、审理过程和判决准则进行系统解构，揭示竞争法目标及忠诚折扣分类方面的分歧如何影响审理结果，阐释忠诚折扣违法判定标准从形式违法推定到基于效果的分析方法的范式转换机理及演进路径，从而为明确不同法律框架下忠诚折扣行为的违法认定标准奠定基础。此外，通过系统分析美国和中国针对忠诚折扣行为的判定标准及执法实践，并深入剖析《欧洲联盟运作条约》第 102 条指南的修订及其拟于 2025 年底定稿的《排他性滥用支配地位准则》，从而深化对欧盟忠诚折扣违法分析框架动态演进的理解，并为国内相关立法完善和执法实践提供有价值的参考和借鉴。

关键词：欧盟反垄断；忠诚折扣；基于形式的违法推定原则；基于效果的分析方法；同等效率竞争者检验

[中图分类号] D996; D814.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2025) 05-0065-27

引言

2000 年，AMD（Advanced Micro Devices）公司向欧盟委员会提起申诉，指控英特尔（Intel）公司实施了一系列排他性行为及战略，如通过向戴尔、惠普、NEC、联想公司等计算机制造商提供回扣来诱导这些企业采购 Intel 公司的 CPU，旨在阻止其竞争对手 AMD 公司进入 x86 型号的 CPU（Central Processing Unit，中央处理器）微处理器市场。欧盟委员会于 2002 年发起调查，继 2004 年和 2005 年进行了包括现场调查在内的各类调查之后，于 2007 年对 Intel 公司使用非法手段排挤 AMD 公司的行为发出异议声明（statement of objections），并最终于 2009 年 5 月发布禁止

【作者简介】文志成，产业经济学博士，东北财经大学产业组织与企业组织研究中心兼职研究员。

性决定 (prohibition decision) (下称禁止性决定)⁽¹⁾, 认定 Intel 公司在 2002 年 10 月至 2007 年 12 月期间滥用市场支配地位, 通过有条件折扣 (conditional rebates)⁽²⁾ 以及赤裸裸的限制 (naked restrictions) 等手段, 将其唯一的竞争对手 AMD 公司排除在使用 x86 型号的 CPU (下称 x86 CPU) 的计算机芯片市场之外。该行为违反了《欧洲经济区协定》(European Economic Area Agreement, EEA 协定) 第 54 条及《建立欧洲经济共同体条约》(Treaty Establishing the European Community, TEEC) 第 82 条的规定, 提高了下游主要企业的忠诚度, 降低了 AMD 公司的 x86 CPU 芯片的竞争能力, 使得下游设备制造商的选择减少且创新动力减弱, 从而最终损害了整个欧洲经济区消费者的利益。⁽³⁾ 因此, 欧盟委员会作出决定, 认定 Intel 公司违法, 并对其处以 10.6 亿欧元的罚款⁽⁴⁾, 相当于其上一年度 (即 2008 年) 营业额的 4.15%⁽⁵⁾。

Intel 公司随后提起诉讼。2014 年 6 月, 普通法院首次审理时, 沿用 Hoffmann-La Roche 案确立的基于形式的违法推定方法 (form-based approach), 直接推定 Intel 公司实施的忠诚折扣 (loyalty rebates 或 fidelity rebates) 行为构成形式违法 (form-based illegality), 故判决欧盟委员会胜诉⁽⁶⁾; 同年 8 月, Intel 公司向欧盟法院提起上诉。

2016 年, 欧盟法院佐审官 (Advocate General) 发表法律意见, 强调应遵循基于效果的分析方法, 不得忽略欧盟委员会 2009 年所进行的同等效率竞争者检验 (As-efficient Competitor test, AEC 检验/测试), 应对其过程和结果相关的效果分析证据进行审查, 因此建议法院将案件发回普通法院重新审查。⁽⁷⁾ 2017 年 9 月, 欧盟法院裁定撤销原判, 将案件发回普通法院重审。⁽⁸⁾

2022 年 1 月, 普通法院对 AEC 检验相关的过程和结果进行审查后认定, 欧盟委员会所进行的 AEC 检验过程中存在数据错误等缺陷, 因而致使其结果缺乏可靠性, 故用以证明 Intel 公司违法的证据不足, 由此普通法院改判 Intel 公司胜诉, 实质上推翻了其于 2014 年所作出的 Intel 公司败诉的判决。⁽⁹⁾ 同时, 鉴于针对有条件折扣和赤裸裸的限制的罚款难以拆分, 普通法院宣布欧盟

(1) European Commission, *Prohibition Decision of 13.05.2009*, in Case AT.37990(30 May 2009), <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/AT.37990>.

(2) 忠诚折扣是有条件折扣的一种类型, 该案例中 Intel 公司要求客户购买其全部或大部分需求, 以此作为获取折扣的前提条件, 此类行为可被视为忠诚折扣。鉴于该案例判决书中也直接将此有条件折扣称为忠诚折扣, 故本文标题直接采用忠诚折扣来代替有条件折扣。

(3) European Commission, *Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 – Intel)* (13 May 2009), paras. 1746 – 1752.

(4) European Commission, *Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 – Intel)* (13 May 2009), para. 1803.

(5) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, para. 1647.

(6) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, paras. 72 – 94, 197.

(7) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788, Opinion of Advocate General WAHL, paras. 344 – 349.

(8) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, EU:C:2017:632, paras. 129 – 151.

(9) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Judgment of 26 January 2022, paras. 522 – 537.

委员会对 Intel 公司的 10.6 亿欧元罚款无效。⁽¹⁰⁾

欧盟委员会于 2022 年 4 月提起上诉。同月，Intel 公司就欧盟委员会所欠罚款利息向普通法院提起诉讼，后于 2022 年 7 月追加诉讼请求。⁽¹¹⁾ 2024 年 10 月，欧盟法院驳回欧盟委员会的上诉，维持普通法院 2022 年的判决。⁽¹²⁾ 该终裁为历时二十余年的案件画上句号，欧盟委员会败诉并于 2025 年 2 月向 Intel 公司支付赔偿利息 5.1555 亿欧元（约合 38.7 亿元人民币）。⁽¹³⁾ 此外，鉴于 Intel 公司赤裸裸的限制行为明确违法，2023 年 9 月 22 日，欧盟委员会宣布对 Intel 公司处以罚款约 3.763 58 亿欧元。⁽¹⁴⁾

欧盟委员会诉 Intel 公司忠诚折扣及赤裸裸的限制行为反垄断案（下称欧盟 Intel 忠诚折扣案，也称 Intel 案）的完整调查和审理过程如图 1 所示。

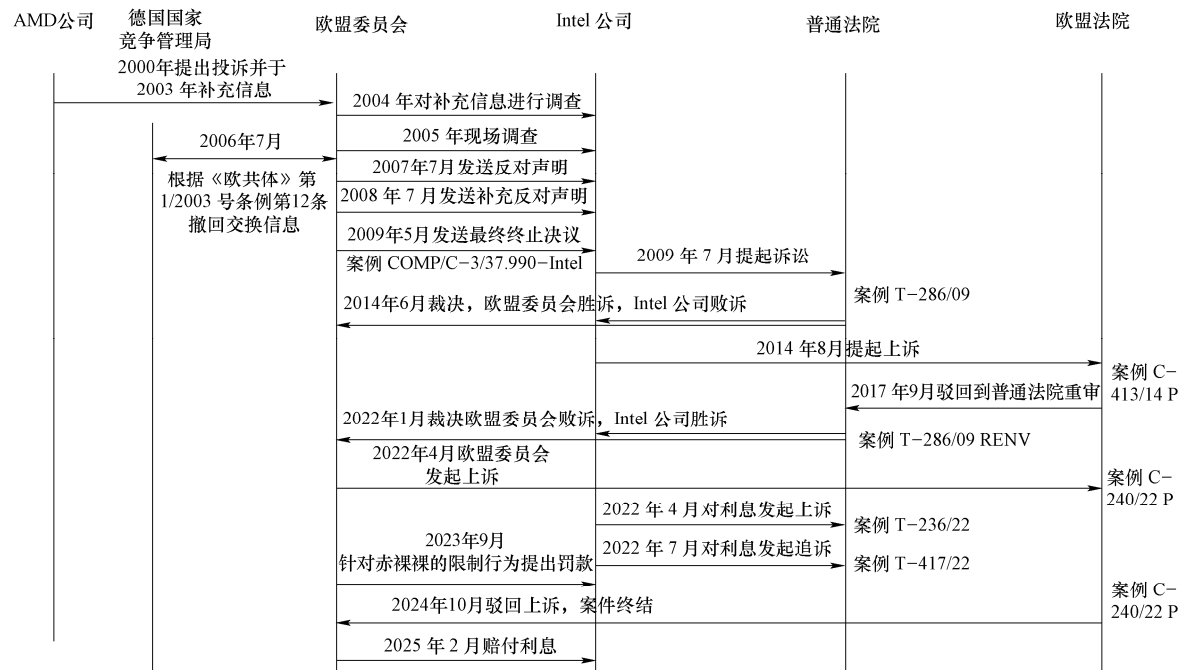


图 1 欧盟 Intel 公司忠诚折扣及赤裸裸的限制行为反垄断案审理过程

(10) General Court of the European Union, *The General Court Annuls in Part the Commission Decision Imposing a Fine of €1.06 Billion on Intel* (26 January 2022), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-01/cp220016en.pdf>.

(11) *Order of the President of the Second Chamber of the General Court* (8 January 2025), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=294290&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2604832>.

(12) *Commission v. Intel Corporation*, Case C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 24 October 2024, para. 349.

(13) Competition Policy International, *Intel Secures \$536 Million Payout After Challenging EU Antitrust Fine* (3 February 2025), <https://www.pymnts.com/cpi-posts/intel-secures-536-million-payout-after-challenging-eu-antitrust-fine/>.

(14) European Commission, *Commission Decision of 22.9.2023 Relating to a Proceeding Under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (AT.37990 – Intel)* (22 September 2023), C (2023) 5914 final, para. 76.

该案件历时二十余年，不仅持续时间长，而且审理过程曲折，审理结果前后反转，其主要原因在于诉讼各方及审理法院对折扣行为的分类存在差异，对有条件折扣适用“基于形式的违法推定方法”还是“基于效果的分析方法”的认识存在分歧。具体而言，对于欧盟委员会所进行的 AEC 检验工作，2014 年普通法院不予认可，仅基于形式推定作出 Intel 公司违法的判决；2022 年重审时，AEC 检验过程虽被普通法院认可但又被判定其结果存在错误，从而导致 2022 年普通法院推翻了其自身于 2014 年所作出的判决结果，导致欧盟委员会最终败诉。该案件为有条件折扣或称忠诚折扣的违法判定提供了新的判例和分析材料，其审理过程及结果引起了学者和法律工作者的广泛讨论和思考，比如，对于忠诚折扣行为，形式推定或基于效果的分析方法的应用准则是什么，Intel 案为何会产生结果转变，忠诚折扣违法分析到底采用什么分析方法才更合理等。这些问题需要借助案例分析、文献研究以及国别对比加以研究才能得到明确的答案。

一、欧盟委员会对 Intel 公司滥用行为的违法分析及认定

欧盟委员会在 2009 年发布的针对 Intel 公司的禁止性决定的第 VI 和 VII 部分中，对该案例进行了详细的法律和经济评估，包括对 Intel 公司违法行为和过程的详细描述。

（一）Intel 公司忠诚折扣行为的具体表现

欧盟委员会认为，Intel 公司针对设备制造商的有条件折扣行为具体表现如图 2 所示。

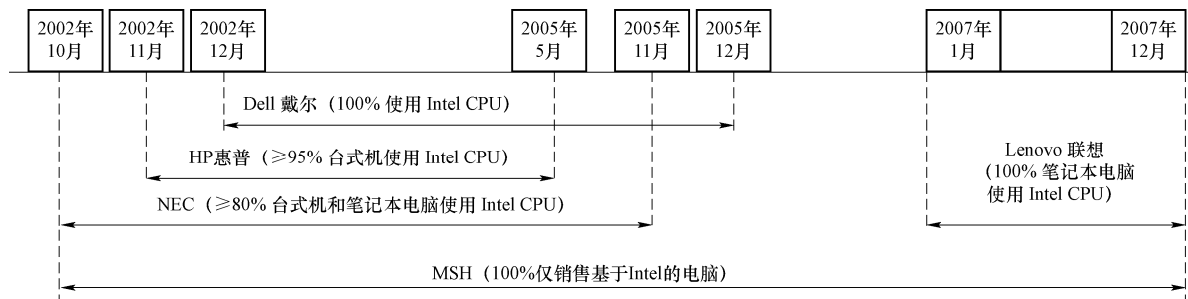


图 2 Intel 公司有条件折扣行为的具体表现

2002 年 12 月到 2005 年 12 月期间，Intel 公司向戴尔公司提供折扣，条件是戴尔公司只能独家采购 Intel 公司的 CPU 芯片；2002 年 11 月到 2005 年 5 月期间，Intel 公司向惠普公司提供折扣，条件是惠普商用台式机所需的 CPU 芯片从 Intel 公司采购的比例不少于 95%，此外剩余 5% 以下的 CPU 芯片还受其他限制性条件的约束；2002 年 10 月至 2005 年 11 月期间，Intel 公司向 NEC 公司提供折扣，条件是 NEC 台式机和笔记本电脑所需的 CPU 芯片从 Intel 公司采购的比例不少于 80%；2007 年 1 月至 2007 年 12 月期间，Intel 公司向联想公司提供折扣，条件是联想笔记本电脑所需的 CPU 芯片只能独家从 Intel 公司购买；2002 年 10 月至 2007 年 12 月期间，Intel 公司向欧洲最大的个人电脑（Personal Computer，PC）零售商 MSH 公司提供付款，条件是 MSH 公司只销售采用 Intel x86 CPU 芯片的电脑。欧盟委员会认为，Intel 公司的这些行为违反了 EEA 协定第 54

条以及 TEEC 第 82 条的规定。⁽¹⁵⁾

TEEC 第 82 条旨在规范具有市场支配地位的企业行为，防止其滥用市场支配地位损害市场竞争。欧盟委员会于 2005 年 12 月发表了有关第 82 条适用于排他性滥用行为的讨论文件⁽¹⁶⁾，并于 2009 年发布了有关指南的最终版本。由于 TEEC 第 82 条于 2009 年 12 月被修订为《欧洲联盟运作条约》（Treaty on the Functioning of the EU, TFEU）第 102 条（下称 TFEU 第 102 条），故 2009 年针对 TEEC 第 82 条所颁布的《第 82 条适用于具有支配地位的企业滥用排他性行为的执法重点指南》下文也称为《TFEU 第 102 条指南》。该指南第 37 条至第 39 条指出，具有市场支配地位的企业所提供的折扣中，有条件折扣可能产生与排他性（或独家）购买义务相类似的实际或潜在的市场封锁效果。⁽¹⁷⁾

（二）依据形式推定原则认定 Intel 公司提供的忠诚折扣构成初步违法

欧盟委员会认为，Intel 公司向戴尔、惠普、NEC 和联想公司提供折扣的前提条件是这些公司所需的全部或大部分的 x86 CPU 都必须从 Intel 公司采购，Intel 公司给予 MSH 公司的支付条件也是 MSH 公司仅销售搭载 Intel x86 CPU 的个人电脑。Intel 公司提供的这些有条件折扣和付款行为对这四家主要设备制造商和一家主要零售商的忠诚度形成了诱导，效果上显著削弱了 Intel 公司的竞争对手 AMD 公司利用其 x86 CPU 优势进行竞争的能力；MSH 公司的有条件付款（conditional payments）的经济机制也等同于为设备制造商提供有条件折扣。Intel 公司提供的这些有条件折扣可被视为忠诚折扣反竞争行为，且如果忠诚折扣的条件是客户必须全部或大部分从处于市场支配地位的企业获取其需求，则无论购买量是大还是小，该企业就是在滥用 TEEC 第 82 条意义上的市场支配地位，其目的就是为了激励购买者仅从处于市场支配地位的企业进行采购，这与共同市场内无扭曲的竞争目标不相容。鉴于折扣行为是 Intel 公司长期全面战略的一部分，旨在将竞争对手排除出市场，因此在无客观正当理由的情况下，该行为就构成了对市场支配地位的滥用，会导致消费者选择的减少和创新激励的降低。⁽¹⁸⁾ 这种情形符合 Hoffmann-La Roche 案中所体现的形式推定违法规则的适用条件⁽¹⁹⁾，故依据形式推定原则，Intel 公司给予戴尔、惠普、NEC 和联想公司

〔15〕 European Commission, Summary of Commission Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990-Intel), Official Journal of the European Union C 227/13(22 September 2009).

〔16〕 European Commission, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Public Consultation, https://www.concurrences.com/IMG/pdf/m5496_20090622_20212_en-80.pdf?11277/daa83c8e6636c3336295ca785d1c4567d0565df5027e34a1489c951344465532.

〔17〕 European Commission, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* (24 February 2009), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)).

〔18〕 European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 920, 924.

〔19〕 European Commission, Summary of Commission Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990-Intel) (22 September 2009), Official Journal of the European Union C 227/13.

的有条件折扣以及 MSH 公司的有条件支付，都会导致或可能导致反竞争性的排他性，进而损害消费者权益。

（三）AEC 检验效果分析显示忠诚折扣行为具有违法性

欧盟委员会认为，依据判例法，尽管效果分析不是判断忠诚折扣行为是否违反 TEEC 第 82 条的必要条件，且《TFEU 第 102 条指南》不适用于在其公布之前已经启动的程序^{〔20〕}，但是欧盟委员会依然采用 AEC 检验方法对 Intel 公司的忠诚折扣行为进行了分析，用于考察 Intel 公司所提供的折扣和支付是否能够或可能产生反竞争性的排他性效果，即 Intel 公司的折扣存在的条件下，竞争者是否能够以有限的规模进入市场且确保经营不亏损。

AEC 检验是一种基于价格和成本分析的反竞争效应评估方法，核心在于将有效价格（effective price）与成本基准进行比较，以判断具有市场支配地位的企业的定价行为是否构成阻止同等效率竞争者参与有效竞争的市场壁垒。有效价格并非市场实际成交价，而是指在特定参考期间，若客户将部分需求量（即可竞争份额）转向其他供应商，则会丧失其原有的全部折扣。在分析上，可将此折扣损失总额分摊至该部分可竞争需求量，从而计算得出一个理论上的单位价格，用以代表竞争对手为补偿客户的机会成本所必须匹配的单价，视其为有效价格。有效价格的计算公式为：

$$\text{有效价格} = \text{具有市场支配地位的企业的正常目录价} - \frac{\text{客户因转向采购而将失去的总折扣}}{\text{可竞争份额的量}}$$

AEC 检验所采用的成本基准须取自具有市场支配地位的企业自身，用以代表一个与该企业具有同等效率的竞争者所应具备的成本结构。如果计算得出的有效价格低于上述成本基准，则表明一个同等效率的竞争者若想争夺该部分客户需求，其必须匹配的价格水平将低于其自身成本，从而导致其无法覆盖成本并必然陷入亏损。此时，具有市场支配地位的企业通过其折扣策略所设定的商业条件，就构成了反竞争壁垒。该行为具有市场封锁效应，能够排除或限制同等效率竞争者的市场进入与扩张，最终损害市场竞争秩序与消费者福利。^{〔21〕}

进行 AEC 检验的前提是，Intel 公司是一个无法避免的交易伙伴，下游厂商必须从 Intel 公司购买一部分产品，这部分需求相关的产品可能在技术上与其他替代品不兼容，也可能更换供应商会导致系统不稳定、性能下降或客户满意度降低，因此下游厂商的这部分需求除了从 Intel 公司采购之外别无其他选择，故可称其为“不可竞争性需求”（non-contestable share）。对于剩余的“可竞争性需求”（contestable share），下游厂商才有机会从 Intel 公司的竞争对手处购买。Intel 公司提供折扣的目的正是将客户的不可竞争性需求作为杠杆（leverage），用以降低客户从 Intel 公司的竞

〔20〕 European Commission, Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 – Intel) (13 May 2009), paras. 916, 925.

〔21〕 European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (24 February 2009), paras. 37 – 45.

争对手处采购剩余可竞争性需求的价格，从而降低其竞争对手的竞争力。⁽²²⁾

欧盟委员会采用 AEC 检验来分析 Intel 公司的竞争对手是否能够与 Intel 公司进行竞争。结果表明，为了与 Intel 公司有条件折扣下的价格相匹配，在向戴尔、惠普、NEC 和联想公司等下游设备商提供 x86 CPU 时，与 Intel 公司具有同等效率的竞争对手的价格不得低于 Intel 公司的平均可避免成本（average avoidable cost, AAC）基准。⁽²³⁾ AAC 是指如果公司没有生产一定数量的（额外）产出时本可以避免的平均成本；有效价格低于 AAC 时，与具有市场支配地位的企业具有同等效率的竞争者若想争夺客户，其定价将无法覆盖其成本，因此只能亏本销售，从而经营不可持续。⁽²⁴⁾ 此外，对于 MSH 公司的情况，与 Intel 公司具有同等效率的竞争对手还需要提供补偿性支付以匹配 Intel 公司的折扣条件，这可能导致其售价低于 AAC 因而亏损。显然，此类定价策略在经济上不合理，因而不可持续。

此外，根据《TFEU 第 102 条指南》，AEC 检验中除了采用 AAC 作为短期成本基准之外，也可以考虑采用长期平均增量成本（long-run average incremental cost, LRAIC）。LRAIC 是指公司生产某一特定产品所发生的所有成本（包括变动成本和固定成本）的平均值，它与平均总成本（average total cost, ATC）相近似。在单一产品企业的情况下，LRAIC 与 ATC 相同；对于存在范围经济的多产品企业，LRAIC 通常低于每种单一产品的 ATC，因为 LRAIC 中没有考虑真正的共同成本。在多产品的情况下，任何通过不生产某一特定产品或产品系列而可以避免的成本都不被视为共同成本。评估封锁同等效率竞争者的能力时，若共同成本显著的，就必须考虑这些共同成本。⁽²⁵⁾

由此可见，AEC 检验分析表明，Intel 公司的折扣和支付行为有可能产生反竞争性排他效应，即使是一个效率相同的竞争者也难以进入 x86 CPU 市场或被阻止参与竞争，从而不公平地排除了其他竞争者，限制了市场竞争。此行为从 1997 年 10 月开始，到至少 2008 年 2 月 12 日期间都持续存在。如此长的时间跨度充分表明，Intel 公司的有条件折扣行为是一种长期的市场策略，而非短期行为或偶然事件。⁽²⁶⁾

（四）欧盟委员会最终认定 Intel 的忠诚折扣行为具有违法性

欧盟委员会认为，现有判例法条件已足以认定 Intel 公司忠诚折扣构成 TFEC 第 82 条滥用；但审慎起见，欧盟委员会依然采用 AEC 检验分析并结合定性和定量的证据，确认相关折扣可能产生反竞争排他效果，且缺乏客观正当理由和效率。据此，欧盟委员会最终认定，Intel 公司向戴尔、惠普、NEC 和联想公司提供的有条件折扣以及给予 MSH 公司的有条件支付，都构成了 TEEC 第

(22) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 1002–1007.

(23) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 1002–1007, 1574–1576.

(24) European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (24 February 2009), paras. 26, 44.

(25) European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (24 February 2009), paras. 26.

(26) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 1574–1576.

82 条下的滥用行为，因而具有违法性。⁽²⁷⁾

Intel 公司的违法行为不仅限制了市场竞争，剥夺了消费者根据个人需求进行产品组合选择的重要性，损害了消费者利益，而且还长期削弱了其竞争对手 AMD 公司的实力，从而对整个市场产生了负面影响，导致未来市场竞争减弱，进而使消费者面临更高的价格和更少的产品选择。⁽²⁸⁾

二、Intel 公司忠诚折扣行为的审理过程及判决结果反转原因分析

从 2000 年 AMD 公司对 Intel 公司发起投诉直至 2024 年的终审判决，经历了从形式推定到效果分析的违法判定标准的转变，并直接导致判决结果逆转。正是由于欧盟竞争法的目标多样化，加之欧盟委员会和法院对于折扣有着不同的分类标准，且因其所对应的违法性评估原则有所不同，才影响并决定了各个阶段的判决结果。

（一）从形式推定到效果分析的转折历程

对于 Intel 公司所提供的忠诚折扣，在 2009 年 5 月所发布的禁止性决定中，欧盟委员会不仅基于判例法进行了分析，还采用经济学方法对其进行了效果检验，并最终认定 Intel 公司的行为属于 TEEC 第 82 条所规定的市场支配地位滥用行为，无须证明其实际或可能的反竞争影响即可直接判定为形式违法。⁽²⁹⁾ 2014 年 6 月欧盟普通法院的初审判决中，虽注意到但却未充分采纳欧盟委员会所进行的 AEC 检验分析工作，主要基于形式推定的原则判决 Intel 公司败诉。⁽³⁰⁾ 2017 年，欧盟法院指出应更充分地重视 AEC 检验所代表的基于经济学的效果分析，因此将案件发回重审。2022 年，欧盟法院在重审此案时，对欧盟委员会所提供的 AEC 检验分析进行了实质性审议，并认定 AEC 检验过程中存在数据错误因而其结果不可靠，最终改判 Intel 公司胜诉。⁽³¹⁾ 这一系列判决标志着欧盟 Intel 忠诚折扣案司法审查焦点从形式推定原则向基于经济学的效果分析方式的显著转变。其变化历程陈述如下。

2014 年普通法院的判决中，将折扣归为三类：第一类为数量折扣（quantity rebates），第二类为 Hoffmann-La Roche 案意义上的忠诚折扣（fidelity rebates within the meaning of Hoffmann-La Roche），第三类为与独家或准独家供应条件无直接联系的折扣（rebates falling within the third category）。Intel 公司所提供的折扣以客户所需的全部或大部分 CPU 芯片都从 Intel 公司购买为条件，因此属于第二类；为了强调第二类折扣所具有的排他性，普通法院进一步称之为排他性折扣（exclusivity rebates），即为排他性忠诚折扣。对于这种由具有市场支配地位的企业所实施的排他性

(27) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), para. 925.

(28) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 1597 – 1616.

(29) European Commission, Prohibition Decision of 13.05.2009, in Case AT.37990 (30 May 2009), paras. 922 – 925.

(30) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T – 286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, paras. 72 – 100, 142 – 151, 173 – 175.

(31) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T – 286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Judgment of 26 January 2022, paras. 522 – 537.

折扣，普通法院认为，不用审查其案情，基于判例法就可以直接推定其是否滥用市场支配地位以及是否具有违法性，因而欧盟委员会原本就没有必要通过 AEC 检验来证明排他性折扣具有潜在的反竞争影响，其所提供的 AEC 检验结果是否正确对此判决也没有影响。⁽³²⁾

2016 年，针对 Intel 公司的上诉，欧盟法院佐审官认为，普通法院将排他性折扣与引起忠诚折扣的其他类型区分开来是错误的，不存在一个单独的无须考虑所有情况就可以确立市场支配地位滥用的排他性忠诚折扣；在确定被指控的行为是否构成市场支配地位滥用时，法院一直都需要考虑所有情况。佐审官进一步指出，普通法院 2014 年的判决中，未将欧盟委员会在禁止性决定中所进行的 AEC 检验分析视为评估所有情况的一部分，这在法律上是错误的。⁽³³⁾ 因此，此案应发回普通法院重审，重新根据案件的所有情况对事实进行评估，以审查 Intel 公司行为对欧盟内部市场竞争的实际或潜在影响。⁽³⁴⁾

2017 年，欧盟法院判决认为，分析和评估滥用市场支配地位进行市场封锁的违法行为时，需要考虑对同等效率竞争者（AEC）的影响问题。本案中，欧盟委员会在其禁止性决定第 1002 段至第 1576 段中进行了详细的 AEC 检验，并在第 1574 段和第 1575 段中得出结论认为同等效率的竞争对手将被迫提供原本不可行的价格，意味着 Intel 公司的折扣能够对其竞争对手产生封锁效应。可见，欧盟委员会在评估 Intel 公司的折扣能否对同等效率的竞争对手产生影响时，AEC 检验发挥了重要作用，普通法院必须审查 Intel 公司关于该检验的所有论点；鉴于 2014 年普通法院未将欧盟委员会所提供的 AEC 检验的相关内容考虑在内，欧盟法院决定将此案件驳回至普通法院重新审理。⁽³⁵⁾

2022 年，在对欧盟委员会提供的 AEC 检验过程及结果进行研究之后，普通法院认为，欧盟委员会所进行的 AEC 分析及检验过程中存在数据错误等问题，因此其结果无法充分证明 Intel 公司的折扣能够产生或可能产生反竞争方面的影响，从而重审判决欧盟委员会败诉。⁽³⁶⁾ 2024 年 10 月，欧盟法院驳回欧盟委员会的全部六项上诉，终审维持 2017 年普通法院的判决结果。⁽³⁷⁾

由此可见，对于 Intel 公司的有条件折扣（即排他性忠诚折扣）行为，正是其违法判定准则从

(32) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, paras. 72-100, 146, 151.

(33) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Opinion of Advocate General WAHL, Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788, paras. 80-108, 170.

(34) Court of Justice of the European Union, *Advocate General's Opinion in Case C-413/14* (20 October 2016), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>.

(35) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Judgment of the Court (Grand Chamber) 6 September 2017, paras. 139-150.

(36) General Court of the European Union, *The General Court Annuls in Part the Commission Decision Imposing a Fine of € 1.06 Billion on Intel* (26 January 2022), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-01/cp220016en.pdf>.

(37) Commission v. Intel Corporation, Case C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915, Judgment of the Court (Fifth Chamber) (24 October 2024), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=291567&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1614386>, paras. 140, 168, 246, 294, 321, 344.

基于形式的违法推定到基于效果的分析的根本转变，直接促使 2022 年普通法院推翻了其 2014 年的初审判决，并最终导致欧盟委员会败诉。

（二）Intel 案判决所引发的形式推定与效果分析的学术观点

1. 国外学者观点

采用形式推定进行违法分析时，如果具有市场支配地位的公司通过搭售、忠诚折扣、低于成本的定价等行为限制竞争，从而产生市场封锁效应，则可直接认定该行为涉嫌滥用，不用再考虑其对市场的实际影响。⁽³⁸⁾ 为了使这种方式更符合经济学的要求，2005 年 12 月欧盟委员会发表的针对 TEEC 第 82 条适用于排他性滥用的讨论文件中，提倡采用基于效果的分析方法来评估折扣问题，以验证其行为是否损害竞争。⁽³⁹⁾ 2009 年颁布的《TFEU 第 102 条指南》中，则明确提出了 AEC 检验的原则和方法，用以分析忠诚折扣等行为是否具有市场封锁效应以及是否违法。⁽⁴⁰⁾

《TFEU 第 102 条指南》颁布时，欧盟 Intel 忠诚折扣案已进入调查阶段，因此许多学者和评论家都期望其所规定的 AEC 检验原则能够在此案中得以应用，助力推动欧盟法院改变传统的以判例法为基础的形式推定的判决方法，转而采用经济学的效果分析方法。⁽⁴¹⁾ 虽然欧盟委员会表示《TFEU 第 102 条指南》不适用于在其公布之前已经启动的程序⁽⁴²⁾，但 2009 年 5 月欧盟委员会还是进行了形式推定和基于效果的双重分析。很显然，欧盟委员会这种论证方法存在模糊性，因而削弱了其决定的说服力。⁽⁴³⁾

对于 2014 年普通法院基于形式推定对 Intel 案的判决，一些学者表示，该判决错误地依据形式推定原则进行，未对行为的实际市场影响进行评估，这与《TFEU 第 102 条指南》中所提倡的基于效果的方法相悖，未能推动欧盟竞争法向更加注重经济学分析和实际效果分析的方向发展。⁽⁴⁴⁾ 还有学者认为，2014 年的判决是在错误的方向上迈出的重要一步，是 TFEU 第 102 条应用方面对效果分析方法推动工作的严重倒退，让那些希望欧盟法院改变传统判例法并采用

(38) Viktoria H. S. E. Robertson, V. H., *Rebates Under EU Competition Law After the 2017 Intel Judgment: The Good, the Bad and the Ugly*, 2 Market and Competition Law Review 15, 15–45 (2018).

(39) European Commission, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses* (December 2005), https://www.concurrences.com/IMG/pdf/m5496_20090622_20212_en-80.pdf?11277/daa83c8e6636c3336295ca785d1c4567d0565df5027e34a1489c951344465532.

(40) Miroslava Marinova, *Should the Rejection of the "As Efficient Competitor" Test in the Intel and Post Danmark II Judgements Lead to Dismissal of the Effect-Based Approach?*, 12 European Competition Journal 387, 387–408(2016).

(41) Wouter P. J. Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*, 37 World Competition 405, 405–434(2014).

(42) European Commission, *Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C – 3/37.99 – Intel)* (13 May 2009), para. 916.

(43) Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, 1 Journal of European Competition Law & Practice 112, 112–122 (2010).

(44) Nicolas Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, 43 European Law Review 728, 728–750(2018).

《TFEU 第 102 条指南》中所规定的效果分析检验标准的人感到非常失望。⁽⁴⁵⁾有学者甚至认为, Intel 案将竞争分为支持与反对定量效果分析两种类型,从而引发了基于效果和形式推定的冲突和辩论。⁽⁴⁶⁾对此,欧盟委员会内部也存在分歧,例如,听证官 Wouter Wils 支持普通法院在 Intel 案中的判决,认为其符合欧盟竞争法的传统框架;欧盟委员会高级政策分析师 Luc Peepkorn 则公开批评该判决是错误的,认为其背离了基于经济学的效果分析方法。⁽⁴⁷⁾针对 2017 年欧盟法院的判决结果,有学者认为,该案结束了判例法僵化的持久状态,事实上推翻了始于 1979 年的 Hoffmann-La Roche 案判例的形式推定的判定标准,表明效率是 TFEU 第 102 条背后的公共政策,且此效率目标得到了更权威的认可。⁽⁴⁸⁾但也有学者认为, Intel 案判决确立了一个可反驳推定与能力分析相结合的框架:排他性折扣仍被推定为违法;但若企业提交反证,欧盟委员会就必须评估其限制竞争的可能性;采用此框架进行评估时,虽未强制或排除 AEC 检验,但却须考虑支配地位、市场覆盖率、折扣条件与期限、金额、排除同等效率竞争者的策略等多种要素,且这些要素的权重或优先级未加规定,因此欧盟委员会仍可自由选用 AEC 检验、内部文件、市场数据等多种证据来认定折扣的排他性效果。⁽⁴⁹⁾

对于 2022 年普通法院的判决,有学者指出,普通法院仅以程序瑕疵撤销罚款,却回避了能力分析中 AEC 检验是否必要的问题,因此 AEC 检验并非不可或缺甚至可能走向名存实亡。⁽⁵⁰⁾此外,对于 TFEU 第 102 条的适用标准,欧盟法院虽将其从形式化保护竞争过程转向要求证明行为实际排除 AEC 检验并损害消费者福利,但却未阐明该转向的法理正当性,亦未提供可操作的经济学框架,且普通法院虽对市场覆盖率、持续时间、金额等五个要素逐项核对式地进行事实审查,但仍显过度形式化,因而两家法院都暴露了难以将现代产业经济学融入法律适用的困境。⁽⁵¹⁾

2. 国内研究现状

与国外的研究热度相比,我国学者对 AEC 检验概念及应用虽有所探讨,但对长达二十余年的欧盟 Intel 忠诚折扣案关注不足,相关研究文章较少,研究深度和广度均有待加强。

2009 年欧盟委员会对 Intel 公司发布禁止性决定之际,我国就有学者认为欧盟反垄断监管的

〔45〕 James S Venit, *Case T-286/09 Intel v. Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, 10 European Competition Journal 203, 203–230 (2014).

〔46〕 Romana Hajnovicova & Ngoc-Lan Lang & Andrea Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-efficient-competitor Test After Intel*, 10 Journal of European Competition Law & Practice 141, 141–158 (2019).

〔47〕 Nicolas Petit, N., *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, 11 European Competition Journal 26, 26–68.

〔48〕 Nicolas Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, 43 European Law Review 728, 728–750 (2018).

〔49〕 Massimiliano Kadar, *Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases*, 10 Journal of European Competition Law & Practice 439, 439–447 (2019).

〔50〕 Miroslava Marinova, M., *The EU General Court's 2022 Intel Judgment: Back to Square one of the Intel Saga*, 7 European Papers-A Journal on Law and Integration 627, 627–639 (2022).

〔51〕 Giorgio Monti, *Rebates After the General Court's 2022 Intel Judgment*, 60 Common Market Law Review 107, 107–140 (2023).

关注重点已超越了法律构成要件,进入了市场结构、生产效率和消费者福利等经济学范畴,反垄断案件也应当注重个案分析和定量分析。⁽⁵²⁾叶高芬于2009年至2013年期间系统地对欧美的捆绑折扣和忠实折扣(注:原文采用此术语)等行为作了比较分析和研究,认为涉及Intel公司的忠实折扣也是价格歧视的表现形式,违法性分析中须重视经济学分析方法,适用掠夺性定价分析规则之下的价格成本测试分析的经济学工具,并有待引入AEC检验的衡量标准和价格成本检验以及折扣配置方法等。⁽⁵³⁾还有学者基于Intel案对比分析了掠夺性定价框架与独家交易框架之间的区别,并最终认定忠诚折扣应采用独家交易的分析框架,且AEC检验中需要结合其他因素如忠诚折扣的市场覆盖面与持续时间等进行综合评估。⁽⁵⁴⁾

此外,AEC检验的原理及作用机制⁽⁵⁵⁾、AEC检验方法⁽⁵⁶⁾、AEC在排他性交易的经济学分析和反垄断执法中的应用⁽⁵⁷⁾、AEC理论规制互联网平台排他性交易的有效性⁽⁵⁸⁾、早期Intel案的国际比较⁽⁵⁹⁾等主题,也都有学者进行研究。但总体而言,我国学者对Intel案的完整过程仍缺乏系统研究,对最终审判结果的关注不足。

不同阶段的判决结果截然不同,主要原因有两点,一是参与各方对于忠诚折扣行为的分类有所不同,二是对欧盟竞争法目标的认知存在差异。

(三) Intel公司忠诚折扣行为分类差异导致判决结果有所不同

2014年普通法院的判决中认为,Intel案中的折扣行为属于排他性忠诚折扣,可直接推定其非法,但2016年佐审官Wahl认为排他性折扣这个概念并不存在,它只是普通法院创造的一个“超级类别”的折扣。⁽⁶⁰⁾由此可见,对折扣的分类标准及判决准则存在冲突,只有结合之前的判例以及Intel案中各方的观点,并与2009年所颁布的《TFEU第102条指南》中的相关规定进行对比分析,才能准确理解不同审理阶段中所涉及的具体判决准则及抗辩过程。

(52) 薛强:《反垄断视野下的企业价格行为研究——以忠诚折扣为例》,载《中国物价》2009年第8期,第11-15页。

(53) 叶高芬:《欧共体竞争法中的忠实折扣》,载《中国社会科学院研究生院学报》2009年第6期,第81-90页;叶高芬:《欧美忠实折扣比较研究及其对中国的启示》,载《比较法研究》2010年第5期,第64-79页;叶高芬:《美国反托拉斯法中的捆绑折扣和忠实折扣》,载《公民与法(法学版)》2010年第8期,第56-58页;叶高芬:《美欧捆绑折扣的比较研究及其对中国的启示》,载《环球法律评论》2010年第5期,第121-132页。

(54) 刘雅甜、林平、吴绪亮:《忠诚折扣的反垄断经济分析》,载《经济与管理研究》2019年第2期,第70-81页。

(55) 唐要家、司少杰:《支配企业折扣滥用行为的反垄断研究——基于美国、欧盟执法经验》,载《价格理论与实践》2017年第2期,第35-38页。

(56) 文志成、秦建友、Sadam Hussain:《欧盟反垄断中的同等效率竞争者分析》,载《产业经济评论(山东大学)》2023年第2期,第1-24页。

(57) [美]理查德·吉尔伯特:《排他性交易的经济学分析和反垄断执法》,黄昆译,载《经贸法律评论》2020年第5期,第93-100页。

(58) 高唤栋:《衡量对于竞争对手市场封锁效应是否实质性的经济学工具:等效竞争者理论》,载《竞争政策研究》2023年第3期,第44页。

(59) 邓峰:《同源分化和同案异判——Intel忠诚返利案的国际比较》,载《北大法律评论》2013年第2期(第14卷第2辑),第243-286页。

(60) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, EU:C:2016:788, para. 84.

1. Intel 案之外的判例中对于折扣的分类

欧盟多个反垄断案中都涉及折扣行为及其分类,如 1979 年判决的 *Hoffmann-La Roche* 案、1983 年判决的 *Michelin I* 案、2003 年判决的 *Michelin II* 案、2012 年判决的 *Tomra* 案以及 2015 年判决的 *Post Danmark II* 案等。这些案件中,折扣主要被分为数量折扣、忠诚折扣、个性化追溯性折扣(individualised retroactive rebate schemes)以及基于销售指标的折扣等四类折扣,其特性及违法判定标准可概括总结为:(1)数量折扣体现了效率增益和规模经济,原则上不会违反 TFEU 第 102 条,通常可视为合法⁽⁶¹⁾,但它也可能因诱导忠诚度而构成违法,因此有必要根据所有情况予以判定⁽⁶²⁾。(2)忠诚折扣通过向客户提供财务激励而妨碍市场竞争,属于滥用市场支配地位的行为,基于其对客户选择自由和其他竞争者的排他性影响,通常被认定为非法。⁽⁶³⁾(3)个性化追溯性折扣具有吸力效应(suction effect),接近折扣阈值时每单位商品的有效价格极低,从而人为地提高了客户转换供应商的成本,进而损害市场竞争⁽⁶⁴⁾,因此其合法性须根据具体情况进行判断⁽⁶⁵⁾。(4)基于销售指标的折扣与忠诚折扣有所不同,其合法性需要综合所有情况进行确定。⁽⁶⁶⁾

2. 2014 年普通法院对 Intel 公司折扣的分类及判决

2009 年 5 月,欧盟委员会发布的禁止性决定中认定,Intel 公司的有条件折扣和付款相当于“*Hoffmann-La Roche* 案意义上的忠诚折扣”,违反了 TFEU 第 102 条,没有必要逐案确定其实际或潜在的市场封锁效果。⁽⁶⁷⁾

Intel 公司于 2009 年 7 月向普通法院起诉,请求法院撤销欧盟委员会的全部或部分决定,撤销罚款或大幅减少罚款金额。关于排他性有条件折扣和付款的法律特征,Intel 公司认为,欧盟委员会须对所有相关情况进行评估,并证明这些折扣实际上能够排除竞争或导致对竞争对手的市场封锁。⁽⁶⁸⁾

2014 年普通法院审理认为,判例法表明,具有市场支配地位的企业可能通过与消费者签订协

(61) *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, Case C-85/76, EU:C:1979:36, paras. 9, 101; *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, Case C-23/14, EU:C:2015:343, paras. 27-28.

(62) *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission (Michelin II)*, Case T-203/01, EU:T:2003:250, paras. 3, 58-60, 62, 113.

(63) *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities (Hoffmann-La Roche)*, Case C-85/76, EU:C:1979:36, para. 13; *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (Michelin I)*, Case C-322/81, EU:C:1983:313, para. 13; *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission (Michelin II)*, Case T-203/01, EU:T:2003:250, paras. 2, 56-57, 65; *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, Case C-23/14, EU:C:2015:343, paras. 28-29.

(64) *Tomra Systems ASA and Others v. Commission (Tomra)*, Case C-549/10 P, EU:C:2012:221, para. 78.

(65) *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, Case C-23/14, EU:C:2015:343, para. 75.

(66) *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (Michelin I)*, Case C-322/81, EU:C:1983:313, para. 73; *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission (Michelin II)*, Case T-203/01, EU:T:2003:250, paras. 11, 55-59.

(67) European Commission, Decision of 13 May 2009 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 - Intel) (13 May 2009), para. 1001.

(68) *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, para. 70.

议或单方面使用忠诚折扣来滥用其支配地位。在判定这类折扣是否构成滥用时,可将其分为三类,分别为数量折扣、Hoffmann-La Roche 案意义上的忠诚折扣以及与独家或准独家供应条件无直接联系的第三类折扣。具体来讲,数量折扣反映了企业因效率和规模经济所产生的收益,通常不具有市场封锁效应。Hoffmann-La Roche 案意义上的忠诚折扣(也称排他性折扣)通过经济激励来防止客户从相互竞争的供应商处进行采购,通常可基于形式推定违法。第三类折扣通常是基于客户的购买行为或与企业之间的交易关系而给予的财务激励,例如个性化追溯折扣,它与独家或准独家供应条件无直接联系,但可能具有忠诚度建立效应(fidelity-building effect),从而产生一定的排他性效果。因此,在审查第三类折扣是否构成滥用支配地位时,有必要考虑所有相关情况,包括折扣幅度、适用条件、持续时间、对市场的影响等,以准确判断其是否构成市场支配地位的滥用。⁽⁶⁹⁾

普通法院在 2014 年的判决中分析认为,Intel 公司的折扣行为属于第二类,即忠诚折扣类别下的排他性折扣。这种折扣以客户大部分购买 Intel 公司的 CPU 为条件,利用其市场支配地位限制竞争,消除或限制购买者选择其供应来源的自由,这违反了欧盟维护公平竞争的目标,符合 Hoffmann-La Roche 案判例的条件。因此,根据 Hoffmann-La Roche 案判例,在缺乏客观理由的情况下,这种排他性折扣直接构成对市场支配地位的滥用,无须进一步证明其限制竞争的能力。⁽⁷⁰⁾

最终,2014 年 6 月 12 日,普通法院判定,驳回 Intel 公司的上诉并维持罚款额度不变。随后,Intel 公司于 2014 年 8 月向欧盟法院提起上诉,声称普通法院的判决存在六项法律错误,比如将某些涵盖少数客户购买行为的折扣归为排他性折扣的做法不合理,将折扣视为排他性折扣的法律定性方面存在错误等。⁽⁷¹⁾

3. 2016 年欧盟法院佐审官的意见及 2017 年欧盟法院的判决

(1) 2016 年欧盟法院佐审官的意见

2016 年,欧盟法院佐审官 Wahl 指出,基于对判例法的正确解读,折扣可分为两类:一类是基于购买数量(volume)的折扣,这种折扣通常被认为合法,但仍须对其实际或潜在影响进行全面审查,以确保其合法性;另一类是忠诚折扣,这类折扣是否损害竞争以及是否合法都需要通过对所有情况进行评估之后才能确定。Wahl 认为,AEC 检验分析也应被视为评估所有情况的一部分,欧盟委员会 2014 年判决中忽略 AEC 检验分析的做法是错误的;不存在无须考虑各种情况就能确定违法的“排他性折扣”这一类别⁽⁷²⁾;即便认为“排他性折扣”的条件是客户从具有市场支配地位的企业购买全部或大部分所需产品,Intel 案的情况也与此不符,因为惠普公司和联想公司

(69) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, paras. 74-78.

(70) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Judgment of 12 June 2014, paras. 74-79, 81.

(71) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, EU:C:2017:632, para. 31.

(72) Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788, paras. 106, 170.

仍可从 AMD 公司处采购大量 x86 CPU 产品。⁽⁷³⁾

针对普通法院对于 Intel 公司的忠诚折扣行为的违法判定, Wahl 认为, 实践中在确定被指控的行为是否构成滥用支配地位时, 法院通常都会考虑所有情况, 但普通法院 2014 年判决中却未考虑所有情况就认定 Intel 公司违法, 因此其判决是错误的。2016 年 10 月, Wahl 发表了不具约束力的意见, 建议欧盟法院撤销普通法院的判决, 并将案件发回普通法院重审, 由普通法院重新审查案件的所有情况, 分析 Intel 公司的行为对欧盟内部市场竞争的实际或潜在影响。⁽⁷⁴⁾

(2) 2017 年欧盟法院及 2022 年普通法院的判决结果

对于 Intel 公司的上诉中所主张的普通法院未根据所有相关情况对折扣进行审查的问题, 欧盟法院于 2017 年分析后认为, AEC 检验在欧盟委员会评估相关折扣是否能够对同等效率竞争者产生封锁方面发挥了重要作用, 因此普通法院必须审查 Intel 公司关于该检验/测试的所有论点。⁽⁷⁵⁾

此外, 依据判例法和相关法律分析, 为了判定是否存在市场支配地位的滥用, 必须审查所有情况, 包括折扣相关的水平、期限、市场份额、客户需求以及折扣对同等效率竞争者的排除能力等, 以确定这些折扣是否能够限制竞争, 是否构成 TFEU 第 102 条所指的市场支配地位的滥用。欧盟法院认为, 普通法院 2014 年审判中忽视 AEC 检验的做法是错误的, 因为这种做法未能全面评估折扣的潜在反竞争影响, 因此欧盟法院决定撤销普通法院 2014 年的判决。2017 年 9 月 6 日, 欧盟法院决定将此案驳回普通法院重审, 要求普通法院重新审查所涉及的折扣是否能够限制竞争。⁽⁷⁶⁾

2022 年 1 月 26 日, 普通法院认为欧盟委员会未能证明折扣具有市场封锁效应, 且 AEC 检验中存在数据错误, 导致其结果不可靠, 因此判决 Intel 公司胜诉, 撤销对 Intel 公司的 10.6 亿欧元罚款。⁽⁷⁷⁾ 2024 年 10 月 24 日, 欧盟法院驳回欧盟委员会的上诉, 维持普通法院 2022 年所作出的 Intel 公司胜诉的判决结果。⁽⁷⁸⁾

(四) 欧盟竞争法目标的差异对审理结果的影响

欧盟 Intel 忠诚折扣案的判决过程清楚地表明, 采用基于形式的违法推定方法还是基于效果的分析方法, 对案件的判决结果具有决定性作用。这两种方法的选择与应用, 主要取决于案件所涉

{73} Court of Justice of the European Union, *Advocate General Wahl Considers that Intel's Appeal Against the Imposition of a €1.06 Billion Fine for Abuse of Its Dominant Position Should Be Upheld* (PRESS RELEASE No 114/16) (20 October 2016), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>.

{74} Court of Justice of the European Union, *Advocate General Wahl Considers that Intel's Appeal Against the Imposition of a €1.06 Billion Fine for Abuse of Its Dominant Position Should Be Upheld* (PRESS RELEASE No 114/16) (20 October 2016), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>.

{75} Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, EU:C:2017:788, paras. 143-144.

{76} Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, EU:C:2017:788, paras. 139-140, 145-150.

{77} General Court of the European Union, *The General Court Annuls in Part the Commission Decision Imposing a Fine of €1.06 Billion on Intel* (26 January 2022), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-01/cp220016en.pdf>.

{78} Commission v. Intel Corporation, Case C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915, Judgment of the Court (Fifth Chamber) (24 October 2024), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=291567&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1614386>, paras. 140, 168, 246, 294, 321, 344.

及的法律目标,因为对不同目标的追求直接影响对形式推定还是效果分析的选择,且目标和方法上的差异在具体案件中可能导致不同的法律后果,从而影响欧盟竞争法的实施和演进。

产业组织经济学家 Matthew Cole 指出,在反垄断分析中,基于形式的违法推定方法与基于效果的分析方法均属经济学原理在竞争法中的具体应用,二者的差异根植于不同经济学流派的底层理论预设,即哈佛学派的结构主义范式与芝加哥-后芝加哥学派的效率范式之争。秩序自由主义学派(Ordoliberalism)所支持的所谓基于形式的违法推定方法实际上是一种“以竞争为中心的方法”(competition centred approach, CCA),其根本目的在于保护竞争过程本身(competition as a process),通过保障经济自由使市场自主筛选有效率的企业;美国的芝加哥学派所推行的基于效果的分析方法则是一种“以价格为中心的方法”(price centred approach, PCA),它以静态价格成本分析为核心工具,片面追求消费者福利的量化指标,却忽视了竞争过程的完整性。⁽⁷⁹⁾

有学者认为,尽管 2014 年的判决被批评为保护竞争者而非竞争,但实际上其符合经济自由标准,且经济自由标准和消费者福利标准很难兼顾,因为这可能会导致法律适用的不确定性。⁽⁸⁰⁾因此对于形式推定与效果分析方法之争,还存在更多方面的考虑。首先,对于 Hoffmann-La Roche 案中形式推定概念的理解因语言差异而存在误解;其次,欧盟竞争法的目标与 TFEU 第 102 条的目标也呈现多样性和动态性,这进一步增加了对忠诚折扣违法判定的复杂性;最后,《TFEU 第 102 条指南》中,对于忠诚折扣进行违法判定时,形式推定和效果分析也并非截然对立,二者构成了“先形式违法判定,后效果检验分析”的分层框架。这些因素共同作用,最终导致 2017 年和 2022 年的审判结果与 2014 年的审判结果完全相反的结局。详细分析如下。

1. Hoffmann-La Roche 案中语言差异对形式推定概念理解的影响

尽管忠诚折扣形式上沿用 Hoffmann-La Roche 案的形式推定原则,但该案判决书的法文版表明,形式违法推定并非单纯的意图(intend)导向的形式判断,而是一种抽象式的概率效果推定(probabilistic-effects presumption)。具体而言,法文版判决书第 90 段中以“tendent à enlever...”(倾向于剥夺)表述⁽⁸¹⁾,表明一旦折扣以采购全部或大部分需求为条件,即可推定其大概率会产生排除竞争的效果,因而不须再就具体市场份额、进入壁垒等事实进行量化验证。

该案判决书的英文译文“designed to”则将焦点转向主观意图⁽⁸²⁾,省略了概率性效果推定环节。普通法院在 2014 年对于 Intel 案的判决中,可能参考了 Hoffmann-La Roche 案英文判决书的

(79) Matthew Cole, *There Is No “More Economic Approach”*, SSRN Working Paper No. 4199620 (18 June 2021), <https://ssrn.com/abstract=4199620>.

(80) Matthew Cole, *Conditional Rebates and Intel: A Step Backwards by Any Standard?*, 20 *Journal of Competition Law & Economics* 137, 137–154.

(81) Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, Case C–85/76, ECLI:EU:C:1979:36, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085>, para. 90.

(82) Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities, Case C–85/76, ECLI:EU:C:1979:36, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085>, para. 90.

翻译结果，因而误把抽象的效果推定当作意图进行形式推定，从而几乎豁免了执法机构对任何效果的举证责任。⁽⁸³⁾

2. 竞争法目标的多样性和动态性

对于欧盟竞争法的目标，通过对 1962 年至 2020 年期间约 4 000 份资料的分析可知，效率、福利、经济自由与竞争者保护、市场结构、公平性、欧洲一体化、竞争过程这七大目标一直都存在，但其重要性随时间而波动。多元目标的存在及其相对权重的动态变化，导致不同机构在案件审理中对不同目标各有侧重。然而须强调的是，欧盟竞争法制度设计中，始终以维护竞争过程作为其首要目标，消费者福利仅被视为该过程的衍生结果，因为根据其内在法理的预设，保障竞争过程的自主性与不受扭曲性（undistorted competition），自然就会产生最优的经济社会结果。⁽⁸⁴⁾

在具体法律实施层面，TFEU 各条款通过“先推定风险再允许反证”的审查顺序，将多元目标落地，即先以形式要件快速识别可能排除竞争的折扣，随后采用 AEC 检验和效率抗辩等经济工具进行个案校正，以避免误判并兼顾效率。

具体而言，TFEU 第 101 条将限制竞争协议区分为面向目的（object）与面向效果（effect）两类，前者采用形式推定违法，后者则须进行经济分析。TFEU 第 102 条对于滥用支配地位的行为亦采取类似的逻辑，当价格低于特定的成本时，如 AKZO 掠夺性定价案所示，原告只需要证明存在被禁止的行为就可以基于形式直接判定违法；对于高于成本的行为，如忠诚折扣等，则须进行详尽的基于效果的分析工作，并允许被告提出效率或客观必要性抗辩，如《TFEU 第 102 条指南》所述。⁽⁸⁵⁾

3. 《TFEU 第 102 条指南》建议的执法框架

关于 TFEU 第 102 条的目标，学术界长期存在核心分歧。秩序自由主义学派强调保护市场竞争结构与参与者多样性，主张防止低效企业因排他性行为被淘汰；芝加哥学派则聚焦消费者福利损害，允许具有支配地位的企业通过效率优势排除低效竞争者。判例法对 TFEU 第 102 条的目标也有不同侧重，有些判决突出竞争过程保护，有些判决侧重效率验证，有些案件则同时考虑两种目标。⁽⁸⁶⁾ 比如，早期如 1979 年的 Hoffmann-La Roche 案采用基于形式的违法推定原则，将排他性折扣本身视为对竞争过程的破坏；2012 年的 Post Danmark I 案则转向效率验证，要求分析相关行为是否实际排除同等效率的竞争对手。

〔83〕 Nicolas Petit, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, 11 European Competition Journal 26, 26–68(2015); Nicolas Petit, *The Advocate General's Opinion in Intel v. Commission: Eight Points of Common Sense for Consideration by the CJEU*, Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence 1, 1–15 (2017).

〔84〕 Konstantinos Stylianou & Marios Iacovides, *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*, 42 Legal Studies 620, 620–648 (2022).

〔85〕 Pier Luigi Parcu & Giorgio Monti & Marco Botta, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, p. 24.

〔86〕 Nicolas Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, 43 European Law Review 728, 728–750 (2018).

为弥合这一分歧，2009年颁布的《TFEU第102条指南》针对有条件折扣设计了一条包含多个阶段的连贯性的分析路径，首先以排他性折扣触发可反驳性推定，再用经济学工具进行效果校验，最后开放效率抗辩，以此平衡竞争结构保护与消费者福利验证。具体分为三个阶段：（1）初步审查与严格审查触发阶段：对于以客户购买全部或绝大部分需求为条件的排他性折扣（尤其是追溯性折扣），将其视为可能产生反竞争封锁效应的高风险行为，从而触发竞争主管机构的严格审查，且在此初步阶段无须事先证明消费者已实际受损。（2）经济学效果校准阶段：通过AEC检验进行核心分析，即通过比较折扣后的有效价格与具有市场支配地位企业的AAC或LRAIC，来评估该折扣体系是否足以排挤一个同等效率的竞争者，并动态结合市场条件如市场壁垒、竞争对手的反制策略可能性等因素进行综合评估。（3）效率抗辩的最终评估阶段：若具有市场支配地位的企业能够证明其折扣行为产生了可验证的效率收益如显著的成本节约、质量提升或创新激励，且该收益已部分传递给消费者，同时满足不可或缺性（该折扣是实现效率的必要手段）及比例性（效率增益大于反竞争损害）等条件，则可能推翻前阶段关于排他性效果的推定，从而避免竞争干预。^{〔87〕}

这一包含多个步骤的分析框架体现了欧盟委员会从基于形式的违法推定原则向基于效果的分析方法的转变，既尊重具有市场支配地位的企业的竞争自由，又确保其行为不致实质性地损害竞争过程和消费者利益。

4. Intel案2014年到2022年审判结果的变化历程及其背后的目标与方法差异

欧盟Intel忠诚折扣案的审理过程中，判决结果最终翻转，体现了竞争过程保护与消费者福利验证两种范式在同一法律框架内的动态交替过程。其中，欧盟委员会、普通法院和欧盟法院对竞争法目标的解读存在差异，从而影响了其对反垄断行为的判断结果。比如，欧盟委员会倾向于预防性地禁止某些行为以维护市场竞争结构，而法院则更注重评估这些行为对市场竞争的实际影响。

具体而言，在2014年Intel案的判决中，普通法院形式上虽然沿用了Hoffmann-La Roche案的严格立场，但其分析方法却有所改变和调整，比如对形式推定规则进行了两项重要修改：一是明确了《TFEU第102条指南》中所描述的杠杆相关的经济损害理论是折扣违法的基础，将形式推定的范围限定为杠杆折扣（leveraging rebates）；二是认定具有市场支配地位的公司所提供的折扣可以通过效率利益得到补偿，因此这些折扣在某些情况下可能不被视为违法。由此可见，普通法院的2014年判决虽然在Hoffmann-La Roche案基础上进行，但不再单纯依赖形式推定，而是综合考虑排他性条件及市场竞争的实际效果，并允许被告通过效率增益或客观必要性进行抗辩。^{〔88〕}

在2017年上诉判决中，欧盟法院采用了以消费者福利标准为核心的效果分析原则，撤销原判，发回重审，并要求普通法院对欧盟委员会所提供的AEC检验进行全面的分析评估，权衡Intel公司的忠诚折扣行为对价格、质量、选择、创新的实际或潜在影响。2022年普通法院重审时，对AEC检

〔87〕 European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (24 February 2009), paras. 20, 23–27, 30–31, 37–39, 41–44, 46.

〔88〕 Nicolas Petit, Intel, *Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, 11 European Competition Journal 26, 26–68 (2015).

验过程与结果进行了全面审视，认为其中存在问题，从而推翻了其于 2014 年所作出的判决结果。这表明竞争过程保护与消费者福利验证两种标准并非完全对立，而是在同一分析框架内相互衔接与相互补充的关系，二者通过快速识别潜在风险以及经济学分析与效率抗辩相结合的方式实现动态平衡。⁽⁸⁹⁾

这种目标和方法上的差异在具体案件中可能导致不同的法律后果，从而影响欧盟竞争法的实施和演进。然而，需要强调的是，欧盟法院亦曾明确指出，尽管保护消费者是 TFEU 第 102 条的重要目标之一，但欧盟竞争政策的主要目标是保障欧盟内部市场中不受扭曲的竞争，消费者福利被视为竞争过程的间接成果，而非竞争法的独立且排他的直接目标。⁽⁹⁰⁾ 这一立场体现了竞争法对动态竞争框架的优先关注，而非局限于纯粹的静态分析。

三、中国、美国与欧盟忠诚折扣反垄断法律制度比较

从国际比较视角看，中国的利乐忠诚折扣案处理中，显示出与 AEC 价格成本检验方法相类似的特点。美国的司法实践中，虽以合理原则（rule of reason）作为基本分析框架，但其具体操作方法方面存在明显分歧，部分法院将价格成本检验作为合理原则下的核心过滤工具，用于初步筛选潜在反竞争行为；另一部分法院则更侧重于综合评估行为的“提高竞争对手成本”（raising rivals' cost, RRC）效应，以此判断排他性效果。欧盟委员会则正在推动《TFEU 第 102 条指南》执法框架的现代化，具体表现为：首先，于 2023 年 3 月对 2009 年《TFEU 第 102 条指南》（Guidance）进行了更新；继而，同步启动了制定首部《排他性滥用支配地位准则》（Guidelines）的立法进程。《排他性滥用支配地位准则》草案已于 2024 年 8 月正式公布以征询公众意见，并计划在 2025 年底完成《排他性滥用支配地位准则》的定稿，届时将取代 2009 年《TFEU 第 102 条指南》。⁽⁹¹⁾

面对这些不同的法律实践，如何更合理地分析和检验忠诚折扣的违法性成为一个关键问题。为此，本节将对中国、美国以及欧盟的相关法律实践与最新动态进行比较分析，旨在系统梳理忠诚折扣违法性认定相关的国别差异，并探讨其未来的可能演进方向。

（一）中国利乐忠诚折扣案初步采用了经济学分析方法

对于利乐涉嫌滥用市场支配地位行为案，国家工商行政管理总局于 2012 年 1 月启动调查工作，并于 2016 年 11 月作出判决。判决指出，利乐集团在没有正当理由的条件下，实施了搭售、限定交易以及排除、限制竞争的忠诚折扣等行为，这些行为违反了《中华人民共和国反垄断法》（2007 年版）第 17 条第 1 款第 4、5、7 项的规定，因此决定对利乐集团处以罚款，金额为其 2011 年度在中国内地相关商品市场销售额的 7%，总计 667 724 176.88 元人民币。

〔89〕 Matthew Cole, *Conditional Rebates and Intel: A Step Backwards by Any Standard?*, 20 Journal of Competition Law & Economics 137, 137–154 (2024).

〔90〕 Pier Luigi Parcu & Giorgio Monti & Marco Botta, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, p. 112.

〔91〕 European Commission, *Application of Article 102 TFEU*, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en.

该案中,国家工商行政管理总局明确认定了两种忠诚折扣的类型,一是追溯性累计销量折扣(即追溯累计折扣),二是个性化采购量目标折扣(即目标折扣)。该案处罚决定书中对于忠诚折扣的定义是:“经营者以交易相对人在一定时期内累计的商品交易数量、交易金额、交易份额为条件或根据其他忠诚度表现给予的折扣。”⁽⁹²⁾对于利乐所具体实施的追溯性累计销量折扣,Fu和Tan(2019)所进行的数理分析证实,在其他竞争对手因产能所限而无法满足客户全部需要的情况下,客户必须将一部分不可竞争需求固定分配给利乐,而利乐则以客户向利乐的总采购量为条件给予折扣;如果客户想从竞争对手那里采购剩余的可竞争需求,就会因总采购量下降而损失利乐提供的折扣,从而变相抬高了向竞争对手采购的实际成本。为了补偿客户的这部分损失,这些竞争对手就必须在利乐的折扣基础上再进一步降价,以致其难以盈利。该分析表明,利乐实施的忠诚折扣会显著产生排斥同等效率竞争者的封锁效应。⁽⁹³⁾

一些学者认为,该案的分析中显示出了与掠夺性定价行为相类似的一些痕迹⁽⁹⁴⁾,但判决书中并没有明确表示它是否进行了相关的价格成本检验⁽⁹⁵⁾;此外,即使利乐的价格高于相关成本,其折扣计划仍可能会导致部分市场封锁,这对与利乐成本相近的竞争对手来说是一个挑战,因为它们必须全额补偿顾客的折扣损失从而难以匹配利乐的定价,导致其竞争力减弱。⁽⁹⁶⁾由此可见,尽管判决书中没有直接提及AEC概念,但AEC检验方法在判决中显然起到了关键作用。⁽⁹⁷⁾

可见,中国在利乐忠诚折扣案中虽然首次引入经济学分析工具,但仍存在判定标准不明确以及分析框架不完善等问题,因此未来还需要通过司法解释或执法指南进一步完善相关标准和框架。

(二) 美国合理原则下忠诚折扣评估的经济学工具之争

对忠诚折扣的违法性进行评估时,美国反垄断领域统一采用合理原则的分析范式。合理原则是美国反垄断法中的一种全面分析框架,用于评估垄断行为对竞争的实际或潜在总体影响,包括正面和负面效应。它适用于除核心卡特尔外的所有垄断行为,要求对行为实际或潜在的损害竞争效应进行综合评估,因而通常需要进行详细的经济学分析以及充分的证据支持。⁽⁹⁸⁾

(92) 国家工商行政管理总局行政处罚决定书,工商竞争案字〔2016〕1号。

(93) Xiao Fu & Guofu Tan, *Abuse of Market Dominance Under China's Anti-monopoly Law: The Case of Tetra Pak*, 54 *Review of Industrial Organization* 409, 409–434 (2019).

(94) Yan, Xingyu, *Whither Antitrust Regulation of Loyalty Rebates in China: The Tetra Pak Decision and Lessons from the EU*, 40 *World Competition* 613, 613–636 (2017).

(95) Xiao Fu & Guofu Tan, *Abuse of Market Dominance Under China's Anti-monopoly Law: The Case of Tetra Pak*, 54 *Review of Industrial Organization* 409, 409–434 (2019).

(96) Yan, Xingyu, *Whither Antitrust Regulation of Loyalty Rebates in China: The Tetra Pak Decision and Lessons from the EU*, 40 *World Competition* 613, 613–636 (2017); Xiao Fu & Guofu Tan, *Abuse of Market Dominance Under China's Anti-monopoly Law: The Case of Tetra Pak*, 54 *Review of Industrial Organization* 409, 409–434 (2019).

(97) Fei Deng & Su Sun, *Raising the Bar: How Does China's Tetra Pak Decision Measure up to the ECJ's Requirements for Loyalty Rebate Cases?*, *The Antitrust Source* (February 2018), https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/7_feb2018_deng_sun.pdf?46548/99e060353a1ac695f28bf2bf2b91b85bb0ad946cc4e32fe14e8adb1e0ad443ef.

(98) Pier Luigi Parcu & Giorgio Monti & Marco Botta, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, p. 14.

在合理原则分析范式下，优先采用什么样的分析工具，美国学者和执法者持有两种不同观点。一种观点认为，忠诚折扣会通过折扣低价来牺牲利润，因此类似于掠夺性定价，应该采用价格成本检验来评估其违法性；另一种观点则认为，忠诚折扣的主要决定因素不在于价格，而在于提高了竞争对手的成本，阻碍竞争对手参与市场竞争以及客户获取，此行为类似于独家交易，因此应弱化价格成本检验并使用 RRC 效应分析方法。

针对价格成本检验与 RRC 效应评估这两种忠诚折扣违法性分析工具，美国学者对其适用优先级也存在不同立场，四位学者还曾就此进行过激烈的辩论。⁽⁹⁹⁾ 2013 年 6 月，美国联邦贸易委员会（FTC）的 Joshua Wright 在其演讲中反对使用价格成本检验机制，主张采用排他性交易方法，以便更准确地捕捉忠诚折扣的影响，避免反垄断分析中的扭曲。⁽¹⁰⁰⁾ 这一观点引发了 Daniel Crane⁽¹⁰¹⁾ 和 Thomas Lambert⁽¹⁰²⁾ 的反对，他们认为价格成本检验机制可以为高于成本定价的行为提供一种过滤机制（screen），并为合法定价提供安全港，因此更加合理。Steven Salop 则支持 Joshua Wright，认为价格成本检验可能导致误判，因此主张在 RRC 框架下寻找适当的检验方法。⁽¹⁰³⁾ 这场辩论中，基于掠夺性定价的价格成本检验方法以及基于 RRC 效应评估的分析方法各有二位学者予以支持，充分表明了忠诚折扣违法性检验方法选择方面的复杂性。

美国忠诚折扣判决的司法实践中，也存在分化和不一致性，具体体现为：一些法院在合理原则下采用独家交易相类似的分析路径，侧重通过 RRC 效应如市场份额封锁和客户获取成本来评估和判断竞争损害；另有一些法院则将价格成本检验作为合理原则中的一个分析环节并结合市场条件等要素进行综合权衡。⁽¹⁰⁴⁾ 例如，2000 年 Concord 船务公司诉 Brunswick 公司案中，第八巡回法院虽基于合理原则框架进行审理，但未曾深入进行经济学效果分析，就直接裁定忠诚折扣协议合法。⁽¹⁰⁵⁾ 2012 年 ZF Meritor 诉 Eaton 案中，第三巡回法院认为该案中价格本身并非主要的排他机

(99) Claire MacKoul & Daniel Boada, *The History and Debate Underlying the Use of Price-Cost Tests*, *The Price Point*, The Newsletter of the Pricing Conduct Committee (Volume 15, Fall 2015), https://media.thinkbrg.com/wp-content/uploads/2020/06/19094657/711_MacKoulBoada_ABA_PriceTest_Nov2015.pdf.

(100) Joshua D. Wright, *Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts*, Remarks at the Bates White 10th Annual Antitrust Conference (3 June 2013), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/simple-wrong-or-complex-more-accurate-case-exclusive-dealing-based-approach-evaluating-loyalty/130603bateswhite.pdf.

(101) Daniel A. Crane, *Dan Crane on Commissioner Wright's Rejection of a Price-Cost Test for Loyalty Discounts*, Truth on the Market (6 June 2013), <https://truthonthemarket.com/2013/06/06/dan-crane-on-commissioner-wrights-rejection-of-a-price-cost-test-for-loyalty-discounts/>.

(102) Thomas A. Lambert, *Should There Be a Safe Harbor for Above-Cost Loyalty Discounts? Why I Believe Wright's Wrong*, International Center for Law & Economics (6 June 2013), <https://laweconcenter.org/resources/should-there-be-a-safe-harbor-for-above-cost-loyalty-discounts-why-i-believe-wrights-wrong/>.

(103) Steven Salop, *Wright Is Right and Price-Cost Safe Harbors Are Wrong: The Raising Rivals' Cost Paradigm, Loyalty Discounts and Exclusive Dealing*, Truth on the Market (7 June 2013), <https://truthonthemarket.com/2013/06/07/wright-is-right-and-price-cost-safe-harbors-are-wrong-the-raising-rivals-cost-paradigm-loyalty-discounts-and-exclusive-dealing/>.

(104) Marinova, Miroslava., *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate Cases from the Recent US Case Law?*, 41 World Competition 523, 523 – 548 (2018).

(105) Moore, Derek & Joshua Wright, *Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing*, 22 George Mason Law Review 1205, 1205 – 1246 (2015).

制，因此其所涉及的独家交易不应仅通过价格成本检验进行评估，而应该适用合理原则下的 RRC 效应评估准则^{〔106〕}；然而，此案的判决结果遭到了 18 位学者的联合批评，他们认为价格成本检验标准更为合适，能够为高于成本的定价行为提供一种“过滤机制”，并为合法定价提供安全港。^{〔107〕}

美国采用合理原则框架对忠诚折扣行为进行违法检验时，两种工具路径选择方面的分歧势必会产生一些问题。具体而言，一方面，价格成本检验聚焦短期的价格/成本关系，却忽略了合同条款与结构如长期期限、高额违约金、追溯性折扣、份额要求等因素所引发的非价格封锁效应如客户锁定与规模壁垒，因此可能低估行为的反竞争风险；另一方面，司法实践中，一部分法院侧重 RRC 效应分析，一部分依赖价格成本安全港，这种对工具优先性选择方面的差异，会导致裁判标准不统一，从而削弱了法律的确定性。

为此，一些学者提出了结构化的两步检验法改进方案。例如，有学者在合理原则内植入初步筛查机制，以“价格高于边际成本”作为安全港，对未达标者再综合考虑市场份额、竞争对手反制能力等因素予以进一步评估，以审查行为潜在的竞争危害性。^{〔108〕}有学者则构建了一种更清晰的两步法来分析忠诚合同的反垄断问题：第一步，依据合同是否含有显著的非价格激励机制如排他性条款或追溯性门槛来决定是否适用价格成本检验；如果合同中存在显著的非价格激励机制，或者价格成本检验的结果不明确，则进入第二步；在合理原则框架下，对合同进行全面评估，重点考察 RRC 效应，包括最小有效规模（minimum efficient scale, MES）、封锁率、客户转换成本等指标，同时还会考虑合同的商业合理性、对消费者福利的影响以及对市场竞争的促进或抑制作用。^{〔109〕}然而此类框架的局限性在于，一方面，未设定非价格封锁的量化指标如追溯性条款的强度阈值、可竞争需求份额的临界值等，因而导致 RRC 评估缺乏可操作的统一标准；另一方面，忽视市场动态竞争维度，未将对颠覆性创新者的生存空间如最小可行规模等因素纳入分析范畴，因此还有待进一步完善和改进。

（三）欧盟 AEC 原则与美国合理原则框架的比较与应用

在评估垄断行为尤其是忠诚折扣时，欧盟和美国采取了截然不同的方法论体系。

美国的合理原则是其反垄断法的核心分析范式，要求对除核心卡特尔之外的垄断行为进行全面的个案权衡，包括行为可能产生的反竞争损害以及潜在的效率收益，最终判断其综合竞争效应。相比之下，欧盟则发展出了一套独特的分层分析框架，包含形式审查、效果校准和效率抗辩三个

〔106〕 Benjamin Klein & Andres V. Lerner, *Price-Cost Tests in Antitrust Analysis of Single Product Loyalty Contracts*, 80 Antitrust Law Journal 631, 631–680 (2016).

〔107〕 Brief for Eighteen Scholars as Amici Curiae in Support of Petitioner, *Eaton Corp. v. ZF Meritor, LLC*, No. 12–1045 (U.S. 28 March 2013), 2013 WL 1309073.

〔108〕 Spector David, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason*, 1 Competition Policy International 89, 89–114 (2005).

〔109〕 Benjamin Klein & Andres V. Lerner, *Price-Cost Tests in Antitrust Analysis of Single Product Loyalty Contracts*, 80 Antitrust Law Journal 631, 631–679 (2015).

递进的阶段。具体而言，形式审查阶段，基于行为的特定特征初步推定其是否违法；效果校准阶段，欧盟委员会通过进行“AEC 检验”将“AEC 原则”付诸实践，以此作为行为合法性的评判尺度；效率抗辩阶段，允许具有市场支配地位的企业通过证明其存在效率收益来抵销其潜在的负面竞争的影响。其中，AEC 原则是一项基础性的竞争法理念，其核心主张是反垄断法应保护竞争过程而非特定的竞争者，因此只有当某行为能够排挤一个与支配企业具有同等效率的竞争者时，该行为才应被认定为反竞争。这一原则是欧盟许多滥用市场支配地位案件的分析基石。

举例来讲，欧盟基于 Hoffmann-La Roche 案与 Intel 案等判例，对忠诚折扣等排他性折扣采取形式违法推定的方式，将初步举证责任倒置给被告企业；美国在适用合理原则时，则要求原告首先提出反竞争效果的初步证据，随后根据双方的论证动态转移举证责任。此外，在效果校准阶段，对于忠诚折扣等特定定价类滥用行为，欧盟通常要求执法机构实施同等效率竞争者分析步骤；在美国，合理原则框架下对经济学工具的选择则取决于案件的具体情况、巡回法院的倾向或所采用的类比框架等因素，这使得美国能够根据具体情境灵活运用多种经济学分析方法。最后，欧盟将效率抗辩设定为位于效果校准之后的独立阶段，而美国则将效率收益作为合理原则整体权衡的一部分，纳入对正负竞争效应的综合评估中。

一些学者认为，欧盟 AEC 原则与美国合理原则在根本目标上存在类似之处，即二者均将是否产生反竞争封锁效果置于分析的核心地位，而 RRC 理论是其重要的经济学基础之一。^{〔110〕}但二者在制度构造上呈现明显差异：AEC 原则在欧盟被设定为行为合法性的判定标准，对定价类滥用强制要求量化测算，并伴随举证倒置；合理原则在美国则是一种开放的、由原告负主要举证责任的总体权衡范式，价格成本检验仅作为可选工具之一，且通常以高于成本作为安全港。

总体而言，在欧盟竞争法和美国反垄断法中，AEC 原则、基于价格成本的 AEC 检验以及合理原则等关键概念层级分明，必须准确理解才能得以有效运用。具体而言，AEC 原则是欧盟竞争法中用于评判行为封锁效应的核心准则，AEC 检验是服务于该原则的经济学分析工具，二者在《TFEU 第 102 条指南》所规定的分层分析框架中协同作用。虽然 AEC 检验在功能上与美国合理原则框架下的经济学分析步骤存在部分对应关系，但欧盟框架的这些特点使其在实际应用中与美国的合理原则有着显著的不同。具体而言，欧盟的 AEC 原则及其检验框架强调量化分析和举证责任倒置，而美国的合理原则更注重总体权衡和灵活的经济学工具选择。

（四）欧盟 AEC 原则与 AEC 检验机制的演变及最新修订进展

2009 年《TFEU 第 102 条指南》中，欧盟采用基于价格成本的 AEC 检验方法对忠诚折扣行为

〔110〕 Gunnar Niels & Helen Jenkins & James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, 2nd ed., Oxford University Press, 2016, section 4.6; Raphaël De Coninck, *The As-efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the ECJ Intel Judgment*, 4 Competition Law & Policy Debate 73, 73–80 (2018); Germain Gaudin & Despoina Mantzari, *Google Shopping and the As-efficient-competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, 13 Journal of European Competition Law & Practice 125, 125–135 (2022); Damien J. Neven, *The As-efficient Competitor Test and Principle: What Role in the Proposed Guidelines?*, 14 Journal of European Competition Law & Practice 565, 565–581(2023).

进行违法分析，依赖 AEC 原则来评估行为的反竞争效应。然而，如 Giulio 所述，AEC 检验在实践应用中存在三大缺陷：首先，可竞争份额观测困难，有效价格计算结果可能出现偏差，从而可能引发假阳性或假阴性风险；其次，时间范围影响显著，短期检验未通过时未必会产生实际反竞争效应；最后，非折扣销量存在复杂性，削弱了实际的排他性效果。⁽¹¹¹⁾ 因此，价格成本检验不宜作为滥用行为的主要分析工具，而需要结合多元证据进行综合评估。

为此，欧盟委员会 2023 年 3 月发布了针对 2009 年《TFEU 第 102 条指南》的修订版，于 2024 年 8 月发布了《排他性滥用支配地位准则》草案，并计划于 2025 年底完成该准则的定稿。⁽¹¹²⁾

2023 年 3 月发布的《TFEU 第 102 条指南》的修订版中，体现了欧盟竞争法在排他性滥用行为执法和司法实践的最新发展，涉及反竞争封锁、价格滥用、AEC 检验等多个方面。修订后的指南将 AEC 检验从必须审查的要件调整为可选择的分析方法之一，要求执法机构结合市场结构、客户行为等多种要素进行综合评估，即使涉案行为通过了 AEC 检验，执法机构也要将其结果结合其他定量或定性证据进行综合考虑。⁽¹¹³⁾

2024 年 8 月，欧盟委员会发布了 TFEU 第 102 条下具有市场支配地位的公司进行排他性滥用行为的《排他性滥用支配地位准则》草案，这标志着规制范式的系统性革新。2024 年草案中，将折扣分为排他性折扣和有条件折扣，二者的违法性分析和评估方式有所不同。排他性折扣的评估不再以 AEC 检验为核心，AEC 检验虽然是判断排他性折扣是否合法的一个参考因素，但并非唯一或必须使用的工具，还需要综合考察市场力量与竞争环境；有条件折扣则进一步细分为标准化增量折扣和追溯性折扣，标准化增量折扣仍强制适用价格成本检验，追溯性折扣则不再强制要求进行 AEC 检验，而代之以客户需求习惯、竞争者能力等要素的动态分析。⁽¹¹⁴⁾

在延续 2009 年《TFEU 第 102 条指南》所设计的包含多个阶段连贯路径的基础上，2024 年的《排他性滥用支配地位准则》草案对每一阶段都进行了实质性改进。第一阶段，筛查机制重构：以行为属性为分类依据，对纯价格型折扣如阶梯式降价保留成本检验安全港；对含非价格机制如追溯性条款及定制采购门槛等类型的折扣，直接排除成本检验适用，这与旧指南“所有折扣均需成本检验”的要求有所不同。第二阶段，评估机制升级：引入追溯强度值（如折扣周期×追溯比例）、可竞争份额剥夺率如客户锁定需求占比等量化工具，为时间封锁效应与市场竞争空间萎缩提供实证测量标准，消除传统定性分析的模糊性。第三阶段，抗辩机制拓展：要求企业证明效率收益未

(111) Giulio Federico, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, 2 *Journal of European Competition Law & Practice* 277, 277–284 (2011).

(112) European Commission, *Application of Article 102 TFEU*, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en.

(113) Linsey McCallum et al., *A Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance*, 1 *European Commission Competition Policy Brief* 1, 1–8 (2023).

(114) European Commission, *Draft Guidelines on the Application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* (1 August 2024), https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en.

损害市场颠覆者生存能力如创新企业获取最小用户规模的可能性，并禁止任何引发市场份额扩大与市场势力强化之间自循环的行为，推动抗辩审查从静态平衡转向动态竞争生态守护方面的转变。⁽¹¹⁵⁾

尽管《排他性滥用支配地位准则》所制定的这一新的分析框架仍面临可竞争份额安全阈值不明确、算法动态折扣监管缺位等挑战，但它在继承 2009 年《TFEU 第 102 条指南》多阶段连贯路径的基础上，通过筛查阶段的行为属性分类、评估阶段的量化测量、抗辩阶段的动态约束等创新和突破，实现了从成本检验中心主义向行为本质规制的制度范式重构，将为全球反垄断实践提供新的基准。

需要指出的是，欧盟现行对包括忠诚折扣在内的排他性行为的分析核心是 AEC 原则，其内嵌的基于价格成本分析的 AEC 检验方法是评估是否可能排除同等效率竞争者的关键环节。尽管 2024 年《排他性滥用支配地位准则》草案在行为分类与筛查、引入量化工具进行评估和侧重动态生态进行抗辩等三阶段均进行了实质性改进，但仍存在一些挑战。尤其在处理含非价格机制的折扣或新型动态定价时，AEC 检验的局限性更加突出。例如，AEC 检验难以评估非价格激励对竞争的影响，也难以捕捉市场动态变化带来的复杂效应。因此，需要将 AEC 检验与更广泛的合理性评估的方式相结合，例如成本效益分析、消费者选择分析、市场动态分析和行为分析，以更全面地评估排他性行为的潜在影响，提高评估的准确性和可靠性，并为市场参与者提供更清晰的法律指引。这将有助于提升评估效率、法律确定性以及对市场变化的适应能力，从而更好地保护竞争，促进欧盟市场的健康发展。

欧盟委员会拟于 2025 年底定稿的《排他性滥用支配地位准则》中，反映了欧盟法院的判例法以及欧盟委员会在执行 TFEU 第 102 条时的经验，提高了法律确定性。《排他性滥用支配地位准则》草案中，若能进一步优化现有三阶段框架内的规则衔接和流程明晰度，例如更细致地规定各阶段工具的优先级和应用标准，特别是针对非价格行为和动态折扣场景，将有望更有效地落实 AEC 原则，增强框架应对复杂商业实践的能力，从而巩固其在引领全球反垄断规则发展中的基准作用。

四、欧盟 Intel 忠诚折扣案的影响和启示

历时二十余年的欧盟 Intel 忠诚折扣反垄断案，从 2000 年 AMD 公司举报 Intel 公司到 2024 年判决 Intel 公司胜诉，经历了 2009 年欧盟委员会发布禁止性决定、2014 年普通法院初审、2017 年欧盟法院撤销原判并发回重审、2022 年普通法院复审改判、2024 年欧盟法院终审维持判决等长期而复杂的过程，判决结果也从 2014 年 Intel 公司败诉逆转为 2024 年 Intel 公司胜诉，从而标志着对于滥用行为的违法判定已经实现了从形式违法推定原则向基于效果的分析方法的转型。同等效率竞争者检验作为效果分析的核心工具，在此过程中起到关键作用，2022 年改判的直接原因就

⁽¹¹⁵⁾ European Commission, *Draft Guidelines on the Application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* (1 August 2024), https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en.

在于欧盟委员会所执行的 AEC 检验过程中存在错误,如对可竞争份额的误解、有条件折扣金额的计算错误、审查侵权期限的不当等,这也对 AEC 检验的未来带来新的挑战,预期 2025 年底定稿的《排他性滥用支配地位准则》将会对此类问题进行修改和完善。

对于忠诚折扣的反垄断分析,美国采用统一的合理原则范式,但在分析工具层面存在价格成本检验与 RRC 效应之争。执法实践中,法院在个案中或独立适用价格成本检验,或将价格成本检验与 RRC 效应分析混合使用,从而导致裁判标准尚未统一,因此仍有待持续观察和研究。

中国在利乐忠诚折扣案中虽未直接采用基于 AAC 或 LRAIC 成本基准的 AEC 检验方法,但也采用了基于价格成本分析的经济学分析方法。然而,纵观中国针对滥用市场支配地位的规制体系,仍存在显著的制度性短板,亟待完善。在立法层面,《中华人民共和国反垄断法》(2022 年修正)第 22 条虽列举了多种禁止性滥用行为,但并未明确定义忠诚折扣行为,也未对认定价格相关行为违法性的具体量化门槛或分析方法加以规定,因而导致执法机构在忠诚折扣等案件中自由裁量权过大,确定性不足。在执法层面,《禁止滥用市场支配地位行为规定》(2023 年修订)第 14 条对“不公平的高/低价”仅要求进行“明显高于或者明显低于成本”的定性比较,但却未明确成本类型相关的操作细节,如是否应采用平均可变成本(AVC)、平均总成本(ATC)或欧盟常用的 AAC 或 LRAIC 等成本标准,如何选取价格上/下限或利润率阈值等。在司法层面,最高人民法院未出台经济学证据审查规则,导致法院难以实质评估复杂的经济模型,不利于对执法结论进行实质性的司法审查,也容易导致裁判说理难以统一深入。

为了完善忠诚折扣等滥用行为的分析准则,我国应充分借鉴欧盟预期 2025 年底定稿的《排他性滥用支配地位准则》所倡导的经济学分析框架,制定专门的“滥用行为竞争效果评估指南”,明确区分排他性交易、掠夺性定价、忠诚折扣等行为类型,并构建差异化的评估框架。针对忠诚折扣,建议引入基于 AEC 检验逻辑的量化分析方法,同时结合中国市场特点调整成本基准,并在重大案件中强制实施第三方经济学评估,以提升审查的专业性与客观性。

在数字经济和平台经济时代,忠诚折扣行为呈现出高度的复杂性和不透明性,因此 AEC 原则在零价竞争、算法合谋等场景中的应用面临新的挑战。比如,搜索引擎和社交平台上的产品零价格策略将使传统价格成本检验缺乏价格基准因而失效;如果企业通过限制数据访问的接口来使得竞争对手无法获取必要的资源,或依赖算法动态参数调整实现隐性排斥以限制竞争对手的市场参与,则市场封锁效应就难以精准量化。因此,要求监管范式实现新的革新,比如,面对免费服务场景,必须建立以数据获取成本等要素为核心的量化替代评估体系,从而突破传统价格基准缺失的限制;又如,针对非价格封锁行为,则需要深度融合欧盟 2024 年《排他性滥用支配地位准则》草案所倡导的行为本质审查原则,精准识别算法动态参数调整等隐性排他性策略,最终,规制的核心目标应从机械的成本检验转向对动态竞争生态的系统性守护,以维系市场的创新活力与竞争空间的可持续性。

后续研究中,须密切追踪欧盟预期 2025 年底定稿的《排他性滥用支配地位准则》的最终版本,尤其须关注非价格机制审查工具(如追溯强度值)与动态竞争生态守护框架如何在实时监测、预

警阈值、修复措施等环节进行深度耦合，这不仅有助于为中国应对算法折扣等新兴挑战提供国内可操作的解决方案，而且对重塑数字经济时代的反垄断规制路径具有决定性意义。

EU Intel Loyalty Rebates Case: The Reversal Mechanism from Form-Based Approach to Effects-Based Approach

WEN Zhicheng

Abstract: The landmark Commission v. Intel antitrust litigation in European, centered on conditional rebates (loyalty rebates) and naked restrictions, concluded after more than two decades of adjudication. The case saw a transformative shift in legal standards: the General Court's 2014 ruling, which applied a form-based presumption of illegality, was overturned in 2022 through effects-based analysis approach, reversing Intel's liability outcome from guilty to not guilty. This paradigm shift stemmed from differing institutional priorities—the Commission's focus on preserving market structure versus the Court's emphasis on consumer welfare outcomes—as well as conflicting methodologies for classifying loyalty rebates. By systematically dissecting the anticompetitive conduct, judicial proceedings, and doctrinal evolution, this research reveals how disparities in competition policy objectives and rebate classification fundamentally influenced the adjudicative outcomes. It also provides a comparative legal analysis, contrasting the EU's effects-based framework with the U.S. structured rule of reason assessments and China's evolving enforcement precedents, to highlight jurisdictional differences. Crucially, it examines the draft revisions to the Guidance on Article 102 TFEU as the operational embodiment of this paradigm shift. By deconstructing the transition from form-based presumption to effects-based assessment, this work achieves two main objectives: (1) elucidating the EU's evolving regulatory framework for loyalty rebates, and (2) offering actionable insights for jurisdictions advancing toward effects-centered antitrust enforcement.

Keywords: EU Antitrust; Loyalty Rebates; Form-Based Approach; Effects-Based Approach; As-efficient Competitor Test

（责任编辑：江 山 汪友年）