

## 欧盟委员会

### 适用欧共体条约第 82 条查处市场支配地位企业滥用性排他行为的执法重点指南\*

(与欧洲经济区相关的文本)

(2009/C 45/02)

#### I. 引言

(1) 欧共体条约第 82 条（下文简称“第 82 条”）禁止滥用市场支配地位。依照判例法，企业具有市场支配地位不属于本身违法，且该企业有权利用此优势进行竞争。但是，该企业承担其行为不得损害（欧洲）共同市场有效竞争的特殊责任。第 82 条作为法律根据，是竞争政策的重要组成部分，此条款的有效执行能让市场更好的为企业和消费者的利益发挥市场作用。在实现统一的内部市场这一大目标背景下，这显得尤其重要。

#### II. 本指南的宗旨

(2) 本指南规定了执法重点，这为委员会在对具有优势地位的企业的排他行为而适用第 82 条时提供指导。结合委员会具体的执法决定，本指南的目的是为委员会决定是否追究各种形式的排他性行为以及企业更好的评估其行为是否将受到委员会依据第 82 条进行的干预提供明晰的分析框架。

(3) 本指南不属于法律声明，不会影响欧洲法院或者欧洲初审法院对第 82 条的解释。此外，委员会可能以缺乏共同体利益为由认为案子不是执法重点从而不受理对该案的指控，本指南规定的一般框架不影响这种可能性。

(4) 第 82 条适用于在一个或多个相关市场占支配地位的企业。这种支配地位可能由一个企业（单一支配）或者多个企业（集体支配）所拥有。本指南仅涉及拥有单一支配地位的企业滥用行为。

---

\* 翻译：曾雄，中国社会科学院研究生院硕士研究生；审校：韩伟，中国科学院大学博士后。

译者注：本中文译本依据 *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009/C 45/02)。在本中文译本中注释采用连续编号。

(5) 对具有市场支配地位企业的排他性行为适用第 82 条时，委员会重点关注那些对消费者损害最大的行为类型。竞争可以让消费者获益，消费者可以更低廉的价格、更广泛的选择获得更高质量的高级、新颖的产品和服务。因此，委员会的执法保证市场功能的正常发挥，且让消费者从企业之间的有效竞争所产生的高效率和高生产力中获益。

(6) 委员会针对排他性行为的执法重心在于保障内部市场的竞争过程，以及确保拥有市场支配地位的企业以其提供的商品和服务而非其他手段来与对手竞争。委员会注意到，这样做真正重要的是保护有效竞争的过程，而不是保护竞争者。这可能意味着任何竞争者只要在为消费者提供价格、选择、质量和创新方面做得更差，就将被市场淘汰。

(7) 对于直接剥削消费者的行为，例如收取过高价格以及其他阻碍实现统一的内部市场的某些行为也都可能违反第 82 条。委员会可能会对此种行为进行干预，尤其是在消费者的利益和内部市场功能的正常发挥无法得到保障时。为了给执法重点提供指南，委员会在此阶段只关注排他性行为，尤其是那些依其经验可以判断的最常见的特定类型的排他行为。

(8) 在适用本指南规定的一般执法原则时，委员会还将考虑每个案件的事实和具体情况。例如，在一些涉及受管制市场的案件中，委员会进行评估时会考虑具体的监管环境。<sup>1</sup>在给定的案件中只有满足合理、适当的条件，委员会才可能采用本指南规定的方法。

### III. 针对排他行为的一般分析方法

#### A. 市场势力

(9) 评估一个企业是否处于支配地位及其持有市场势力的程度是适用第 82 条的

---

<sup>1</sup> 参见本指南第 (82) 段。

第一步。按照判例法，一个拥有市场支配地位的企业应承担特殊责任，该责任的范围必须考虑到每个案件的具体情况。<sup>2</sup>

(10) 根据共同体法律，支配地位是指一个企业所拥有的经济实力，这种经济实力能够让其在相关市场中妨碍有效竞争，且能够让其很大程度上独立于竞争者、顾客和最终的消费者，从而使该企业继续保持此种市场支配地位。<sup>3</sup>这里的独立性与相关企业受到竞争约束的程度有关。市场支配地位就意味着对企业的竞争约束不是充分有效的，因此相关企业在至少一段时间内拥有支配性的市场力量。这意味着，企业的决定在很大程度上对竞争者、客户和最终的消费者的行为和反应不敏感。委员会可能会认为即使存在一些实际的或潜在的竞争，仍然缺乏有效的竞争约束。<sup>4</sup>在一般情况下，市场支配地位源于几个因素的组合，尽管这些因素分开考虑各自不一定具有决定性作用。<sup>5</sup>

(11) 委员会认为如果一家企业能够在一段时期内以高于竞争水平的高价盈利，说明该企业没有受到充分有效的竞争约束，因此该企业通常被认为具有市场支配地位。<sup>6</sup>本指南所指的“提高价格”包括将价格维持在竞争水平之上的一种支配力，这种支配力以短期手段运用在各种竞争要素之中，如商品和服务的价格、产量、创新、品种或质量，这对占支配地位企业的竞争优势和消费者遭受的损害有

---

<sup>2</sup> 参见欧洲法院判决 Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR 3461, 第 57 段; 欧洲初审法院判决 Case T 83/91 *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* [1993] ECR II 755, 第 114 段; 欧洲初审法院判决 Case T 111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II 2937, 第 139 段; 欧洲初审法院判决 Case T 228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969, 第 112 段; 和欧洲初审法院判决 Case T 203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II 4071, 第 97 段。

<sup>3</sup> 参见欧洲法院判决 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 65 段; 欧洲法院判决 Case 85/76 *Hoffmann La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461, 第 38 段。

<sup>4</sup> 参见欧洲法院判决 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 113 段到 121 段; 欧洲法院判决 Case T 395/94 *Atlantic Container Line and Others v Commission* [2002] ECR II 875, 第 330 段。

<sup>5</sup> 参见欧洲法院判决 Case 27/76 *United Brands and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 65 段 和第 66 段; 欧洲法院判决 Case C 250/92 *Gøttrup Klim e.a. Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab* [1994] ECR I 5641, 第 47 段; 欧洲法院判决 Case T 30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II 1439, 第 90 段。

<sup>6</sup> 这段重要的时间的长短取决于产品和市场状态，但通常为 2 年。

影响。<sup>7</sup>

(12) 对市场支配地位的评估将考虑市场的竞争结构，特别是以下因素：

- 现有供应渠道、市场地位、实际的竞争对手（占支配地位企业和其竞争对手的市场地位）带来的约束，
- 实际竞争对手未来扩张或潜在竞争对手的进入威胁带来的约束，
- 客户讨价还价能力（抵消性买方力量）带来的约束。

#### (a) 占支配地位的企业及其竞争对手的市场地位

(13) 市场份额为委员会提供了关于市场结构和活跃在市场中的各个企业之间相对重要性的首要有用指示。<sup>8</sup>但是委员会将根据相关市场条件，特别是市场的活力和产品差异化程度对市场份额进行解释。在行情易波动的市场或者招投标市场中，市场份额的未来趋势或发展也可能作为考虑因素。

(14) 委员会认为低市场份额通常是表明缺乏实质性市场势力的重要标志。委员会的经验表明，如果企业在相关市场的市场份额低于 40%，该企业不太可能具有市场支配地位。但是，可能在特定情形下，尽管占支配地位的企业市场份额低于 40%，竞争对手也无法对其行为进行有效约束，例如当竞争对手面临着严重的产能限制时。这种情况可能也应引起委员会的关注。

(15) 经验表明，市场份额越高，持有的时间越长，市场份额就越可能成为支配地位的一项重要初始标志。在某些情况下，高市场份额可能导致滥用行为的严重后果，因此需要委员会根据第 82 条对其进行干预。<sup>9</sup>然而，作为一般规则，如果

---

<sup>7</sup> 企业盈利能力可能不是反映其行使市场势力的一个理想指标，具有此效应的例子参见欧洲法院判决 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207, 第 126 段。

<sup>8</sup> 参见欧洲法院判决 Case 85/76 *Hoffmann La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461, 第 39 段、第 41 段;欧洲法院判决 Case C 62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I 3359, 第 60 段;欧洲初审法院判决 Case T 30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II 1439, 第 90 段、第 91 段和第 92 段;欧洲初审法院判决 Case T 340/03 *France Télécom v Commission* [2007] ECR II 107, 第 100 段。

<sup>9</sup> 关于占市场支配地位的程度和滥用行为调查结果之间的关系，参见欧洲法院判决 Cases C

没有对所有足以约束企业行为的因素进行检查,委员会不会对一个案件是否应该受到追查作出最终结论。

### (b) 市场扩张或市场进入

(16) 竞争是一个动态的过程,对一个企业限制竞争的评估不能仅仅根据现有的市场状况。实际竞争对手的扩张或潜在竞争对手的进入带来的潜在影响,包括此类扩张或进入的威胁都应作为相关因素予以考量。如果市场扩张或进入是可能、及时与充分的,这可以阻止企业提高价格。如果委员会认为扩张或进入是可能的,那么考虑了诸如扩张或进入的障碍、被指占支配地位的企业和其他竞争对手的可能反应以及失败的风险和成本等因素后,这种扩张或进入对于竞争对手或新进入者而言必须具有充分的盈利性。如果认为扩张或进入是及时的,那么这种扩张或进入必须能足够迅速的阻止或击败利用实质性市场势力的行为。如果认为扩张或进入是充分的,那么这种扩张或进入不是小规模,比如进入一些利基市场<sup>10</sup>,而是必须足够大以至于能够阻止在相关市场被推定为占支配地位企业的任何提价企图。

(17) 市场扩张或进入的障碍有多种形式。可能是法律障碍,如关税或配额,或占支配地位企业所特别享有的有利条件,例如规模经济和范围经济、获得基础投入品或自然资源的特权、重要技术<sup>11</sup>或者已经建立的分销网络。<sup>12</sup>还可能包括成本障碍和其他一些障碍,如网络效应、客户转向新的供应商等。占支配地位企业的自身行为也可能制造进入障碍,如该企业进行巨大投资以至于进入者或竞争对手也不得不进行相应的巨大投资,<sup>13</sup>或者与客户签订具有明显封锁效应的长期合同。企业持续性地拥有高市场份额可能意味着存在市场进入和市场扩张的障碍。

---

395/96 P 和 C 396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra Lines v Commission* [2000] ECR I 1365, 第 119 段; 欧洲初审法院判决 *Case T 228/97 Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969, 第 186 段。

<sup>10</sup> 译者注: 利基市场是指企业选定一个很小的产品或服务领域, 集中力量进入并成为领先者, 从当地市场到全国再到全球, 同时建立各种壁垒, 逐渐形成持久的竞争优势。

<sup>11</sup> 参见欧洲初审法院判决 *Case T 30/89 Hilti v Commission* [1991] ECR II 1439, 第 19 段。

<sup>12</sup> 参见欧洲法院判决 *Case 85/76 Hoffmann La Roche v Commission* [1979] ECR 461, 第 48 段。

<sup>13</sup> 参见欧洲法院判决 *Case 27/76 United Brands v Commission* [1978] ECR 207, 第 91 段。

(18) 竞争约束不仅可以由实际或潜在的竞争对手施加, 同样也可能由客户施加。甚至一家拥有极高市场份额的企业, 在一定程度上都不能独立于具有充足讨价还价能力的客户而实施某些行为。<sup>14</sup> 这种抵消性买方力量可能源于客户的数量或他们对于占支配地位企业的商业价值, 也可能源于客户的某种能力以及这种能力的威胁, 包括能快速转向其他具有竞争关系的供应商或能吸引更多新的进入者或能促进垂直整合。如果这种抵消性的力量足够强大, 这种力量就能够阻止或击败企业为盈利而提价的企图。然而, 如果只有特定的或有限的客户不受占支配力量企业市场势力的影响, 买方力量便不可能成为一种充分有效的约束力量。

## B. 损害消费者封锁 (反竞争性封锁)

(19) 委员会针对排他性行为执法活动的目标是防止占支配地位的企业以反竞争的方式封锁其竞争对手, 否则这种不当的封锁行为会对消费者的福利产生不利影响, 不管是以高价格的形式, 或以其他形式, 如限制产品质量或减少消费者选择的余地等。本指南所称的“反竞争性封锁”是指, 由占支配地位的企业行为导致的, 实际或潜在竞争对手的有效市场扩张或市场进入受阻或者被消除, 从而支配地位企业可以在损害消费者利益的基础上可盈利性的涨价。<sup>15</sup> 识别消费者的可能损害可以依赖定性证据和可能及合适的定量证据。委员会将以中间商水平或以最终消费者的水平, 或者以两种水平对反竞争封锁行为进行认定。<sup>16</sup>

(20) 在切实和令人信服的证据基础之上, 如果涉嫌滥用行为可能导致反竞争封锁效果, 通常委员会才会根据第 82 条进行干预。委员会作出评估时一般考虑如下相关因素:

——占支配地位的企业的市场地位: 一般而言, 市场支配地位越强, 保护其市场

---

<sup>14</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969, 第 97 段到第 104 段, 在此判决中, 一审法院考虑缺乏独立性的企业 vis à vis 的客户是否应该被当作阻碍发现市场支配地位的特别情形, 但事实上该企业应该为在爱尔兰工业制糖市场的大量销售记录负责。

<sup>15</sup> “提价”一词的含义参见本指南第 (11) 段。

<sup>16</sup> “消费者”的概念包含所有直接或间接的产品使用者, 包括将产品作为投入品的中间生产商、分销商和最终消费者。如果中间生产商是占支配地位企业现实的或潜在的竞争对手, 那么评估的重点是该行为对下游使用者的影响。

支配地位的行为越有可能导致反竞争封锁之效果

——相关市场的条件：这包括市场进入和市场扩张条件，如现存的规模经济或范围经济及网络效应。规模经济意味着，如果占支配地位的企业封锁相关市场的一个重要组成部分，那么竞争对手不大可能进入或处于这个市场之中。类似地，占支配地位的企业可能通过自身行为让具有网络效应的市场向己方倾斜或进一步巩固其在此市场的地位。同样，如果上游市场或下游市场的进入有明显的障碍，这意味着竞争对手试图以垂直整合的方式克服此障碍的成本高昂。

——占支配地位的企业的竞争对手的市场地位：这包括维持有效竞争的竞争对手的重要性。一个特定的竞争对手即使与其他竞争者相比，仅仅拥有很小的市场份额，也可能扮演着重要的竞争角色。例如，一个实力可能最接近占支配地位的企业的竞争者，或者一个特别有创新能力的竞争者，或者一个因价格低廉而享有盛誉的竞争者。委员会进行评估时，也可能在合适的情形下及在充足信息的基础上，考虑是否有竞争对手可能采取的，真实、有效和及时的应对策略。

——客户或投入品供应商的市场地位：这可能包括对被质疑行为可能的可选择度的考虑。占支配地位的企业可能将此策略仅仅运用于精选的对于竞争对手的市场进入或扩张特别重要的客户或投入品供应商，因此强化反竞争封锁之效果。<sup>17</sup>如，对客户而言，他们是最有可能对可替代供应商的要价有所反应的，他们可能代表一种适合新进入者的产品的特殊分配方式，他们可能处在对于新进入者而言适合的地理区域之内，或者他们可能会影响其他客户的行为。对于投入品供应商而言，那些与占支配地位的企业签订了独家供应协议的，最有可能对客户的要求有所反应，这些客户对于下游市场占支配地位的企业而言是竞争对手，或者对于新进入者而言其生产一个档次的产品，或生产的地理位置特别合适。客户或投入品供应商采取的有助于对抗占支配地位的企业行为的任何策略也将予以考虑。

——涉嫌滥用行为的程度：一般情况下，在受到滥用行为影响的相关市场中，销售总额的比例越高，该滥用行为持续的时间越长且更频繁的被使用，封锁效应可能就越强。

——实际封锁效应的可能证据：如果滥用行为持续了一段比较长的时间，占支配地位的企业和其竞争对手的市场绩效可能就是反竞争封锁效应的直接证据。由于

---

<sup>17</sup> 参见欧洲法院初审判决 Case T 228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II 2969,第 188 段。

涉嫌滥用行为，占支配地位的企业的市场份额可能上升或缓慢的下降。出于同样的原因，现存的竞争对手可能被边缘化或被迫退出市场，或者潜在的竞争对手曾经尝试进入相关市场但最后以失败告终。

——任何排他性行为策略的直接证据：这包括含有直接证据表明有排挤竞争对手的策略的内部资料，比如一份涉嫌实施排挤竞争对手行为或阻止新的竞争者进入或抢占市场的详细计划，同时还包括含有证据表明有排他性行为的具体威胁的内部资料。此类直接证据可能有助于解释占支配地位的企业的行为。

(21) 当要查处一个案件时，委员会将对第 20 段中提到的一般因素作进一步分析，结合处理某些类型的排他性行为部分所描述的更具体的因素，并结合委员会认为适当的任何其他因素。这种评估通常是以对比的方式作出，即将相关市场（占支配地位的企业的行为实施的市场）的现实或未来的情形与一个适当的反事实，如企业没有实施这种行为，或与另一个现实的且涉及已存在业务活动的可替代性方案进行比较。

(22) 可能存在这样的情形，即在作出有问题行为可能导致消费者损害的结论之前，委员会没有必要进行详细的评估。如果该行为只能引起竞争障碍而没有提高任何效率，那么可以推断此行为具有反竞争效果。情况可能如此，占支配地位的企业阻止其客户测试竞争对手的产品，或者以不测试竞争对手的产品的条件下，为客户提供金钱奖励，或者为推迟介绍竞争对手的产品而对分销商或客户进行支付。

### **c.以价格为基础的排他性行为**

(23) 本指南第 23-27 段给出的意见适用于以价格为基础的排他性行为。激烈的价格竞争通常对消费者有利。对于阻止反竞争封锁效应，当某些行为已经妨碍或能够妨碍被认为与占支配地位的企业具有同等效率的竞争对手的竞争时，委员会通常对此有关行为进行干预。<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> 参见欧洲法院判决 Case 62/86 AKZO Chemie v Commission [1991] ECR I 3359,第 72 段，法院对低于平均总成本（ATC）的定价指出：“这样的价格可以由与占支配地位的经营者的具

(24) 然而，委员会认识到，在某些情况下一个效率更低的竞争对手也可能施加竞争约束，因此当考虑基于价格的特定行为是否导致反竞争封锁效果时，此效率更低的竞争对手的作用也应该被考虑。如果没有滥用行为，这样的竞争对手可能从与需求有关的优势中获益，例如网络效应和学习效应<sup>19</sup>，这往往可以提高效率，因此委员会将以动态的观点来看待效率更低的竞争对手所施加的竞争约束。

(25) 为了判断一个假想的与占支配地位的企业具有同等效率的竞争对手是否可能被有问题的行为所封锁，委员会将对与成本和销售价格有关的经济数据进行调查，尤其是调查占支配地位的企业是否以低于成本的价格进行销售。这就需要有充足的且可信赖的数据。在有条件的情况下，委员会将利用占支配地位的企业自身的关于成本方面的信息。如果难以获得关于成本的可靠信息，委员会可能会决定使用竞争对手的成本数据或其他比较可靠的数据。

(26) 委员会很可能使用的成本标准是平均可避免成本（AAC）和长期平均增量成本（LRAIC）。<sup>20</sup> 如果占支配地位的企业不能承受平均可避免成本，那么表明其在短期内牺牲利润，还表明一个与其具有同等效率的竞争对手如果为目标客户供货就必须蒙受损失。长期平均增量成本一般高于平均可避免成本，因为相较于平均可避免成本（只包括审查期间所产生的固定成本），长期平均增量成本包括在涉嫌滥用行为发生前所产生的特定产品的固定成本。如果占支配地位的企业不能承受长期平均增量成本，那么表明其不能收回投入到产品或服务中的所有固定成

---

有同等效率的企业所改变，但是由于这些企业财力不足，还无法承受这样的竞争。” 另外参见 Judgment of 10 April 2008 in Case T 271/03 Deutsche Telekom v Commission not yet reported, 第 194 段。

<sup>19</sup> 译者注：学习效应是指企业的工人，技术人员，经理等人员在长期生产过程中，可以积累产品生产、技术设计以及管理工作经验，从而通过增加产量导致长期平均成本下降。

<sup>20</sup> 平均可避免成本是企业没有额外生产就可避免的成本的平均值，在这种情况下，企业额外的生产量就是受滥用行为影响的生产量。在大多数情况下，平均可避免成本（AAC）和平均可变成本（AVC）是相同的，因为通常只有可变成本才能避免。平均长期增量成本是企业生产特定产品发生的所有成本（可变成本和固定成本）的平均值，平均长期增量成本

（LRAIC）和平均总成本（ATC）都是很好的表现形式，并且如果对于只生产单一产品的企业而言 LRAIC 和 ATC 是相同的。如果生产多种产品的企业具有规模经济，那么每个产品的 LRAIC 低于 ATC，这是因为共同成本没有计算在 LRAIC 之中。在多种产品的情形下，本来通过不生产特定产品就可以避免的任何成本不认为是共同成本。如果共同成本很大，那么当评估封锁具有同等效率的竞争对手的能力时，还应当考虑共同成本。

本，还表明一个具有同等效率的竞争对手在这个市场中将被封锁。<sup>21</sup>

(27) 如果数据清楚地表明，一个具有同样效率的竞争对手可以与占支配地位的企业定价行为进行有效竞争，那么委员会将原则上推定该占支配地位的企业定价行为不会对有效竞争和消费者产生不利影响，因此委员会不会对此进行干预。如果相反，数据表明占支配地位的企业要价对具有同样效率的竞争对手具有潜在的封锁效应，那么委员会将结合其他相关定性或定量证据，对反竞争封锁效应进行总体评估（见上文 B 节）。

#### D. 客观必然性和效率

(28) 执行第 82 条时，委员会也会对占支配地位的企业提出的宣称其行为正当的主张进行调查。<sup>22</sup> 一个占支配地位的企业可能这样操作，即证明其行为是客观必要的或者其行为产生的实质性效率大于对消费者产生的任何反竞争效果。在这种情况下，委员会将对所涉行为是否属于不可缺少及是否与占支配地位的企业所追求的目标相称进行评估。

(29) 对占支配地位企业的行为是否客观必要且适当的问题，必须以外部因素为基础才能予以确定。例如，排他性行为由于与产品性质有关的健康或安全原因，有可能被认为是客观必要的。但是，如果要证明此类行为是客观必要的，则必须考虑到政府部门为履行正常职责所制定及执行的健康和安全标准。占支配地位的企业没有这样的职责，即主动采取措施，封锁与其产品相比之下，其正确或错误

---

<sup>21</sup> 为了应用这些成本标准，有必要在更广泛的范围内调查占支配地位的企业及其竞争对手的收入和成本。仅仅评估价格或收入是否能弥补产品的成本可能是不够的，当占支配地位企业的行为对在其他市场或其他产品的收入有消极影响时，有必要调查该企业的增量收入。同样地，在双边市场的情况下，有必要同时调查双边收入和双边成本。

<sup>22</sup> 参见欧洲法院判决 Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, 第 184; Case 311/84 *Centre Belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM) v Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* [1985] ECR 3261, 第 27 段; Case T 30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II 1439, 第 102 段到第 119 段; Case T 83/91 *Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II 755, 第 136 段和第 207 段; Case C 95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I 2331, 第 69 段和第 86 段。

的认为是危险或劣质的产品。<sup>23</sup>

(30)委员会认为一个占支配地位的企业也可能以其效率足以保证消费者不受到任何损害为理由,对其封锁竞争对手的行为进行辩护。在此情况下,占支配地位的企业通常需要有足够的可能性及以可核实的证据为基础,证明其满足以下诸项条件<sup>24</sup>:

——其行为已经或可能实现效率。这包括,如产品质量方面的技术进步,或者降低生产或分销的成本。

——为实现这些效率,其行为是不可或缺的:一定不存在具有更低的反竞争效应且能够产生同样效率的可替代行为。

——其行为所产生的可能的效率,应胜过受到影响的市場中的竞争者和消费者福利所遭受的负面效应。

——其行为没有以清除所有或大部分现有的实际或潜在竞争来源的方式,排除有效竞争。企业之间的竞争是经济效率的重要动力,包括以创新为形式的动态效率。如果没有竞争对手,占支配地位的企业缺乏充足的动力进行持续创新和提高效率。当没有剩余竞争和可预见的进入威胁时,竞争对手和竞争过程的保护比获得可能的效率更重要。委员会认为,维系、创建或加强市场地位的排他性行为与一个垄断者一样,通常不能以其也创造效率收益为理由进行辩护。

(31)占支配地位的企业有义务提供证明其行为客观合理的所有必要证据。然后委员会将负责作出最终评估,包括评估有关行为是否客观和必要的,以及基于对任何先进的、实质性的效率具有任何明显反竞争效应的权衡,评估有关行为是否可能导致消费者损害。

## IV.滥用行为的具体形式

### A.独家销售

---

<sup>23</sup> 相关例子参见欧洲初审法院判决 Case T 30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II 1439, 第 118 段、第 119 段; Case T 83/91 Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II) [1994] ECR II 755,第 83 段、第 84 段和第 138 段。

<sup>24</sup> 关于第 81 条的不同情形,参见 the Communication from the Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004, p. 97).

(32) 一个占支配地位的企业可能试图以排他性采购协议、折扣的方式妨碍竞争对手向客户销售，进而封锁竞争对手，此类行为统称为排他性销售。<sup>25</sup> 本节规定了委员会最有可能对占支配地位的企业从事的排他性销售安排进行干预的各种情形。

### (a) 排他性采购

(33) 独家采购义务要求特定市场上的客户专门或在很大程度上仅仅从占支配地位的企业处进行采购。其他某些义务，如库存要求，似乎没有排他性采购的要求，但在实践中可能产生同样的效果。<sup>26</sup>

(34) 为了说服客户接受排他性采购义务，占支配地位的企业可能必须补偿他们全部或大部分由排他性采购行为所致的在竞争中造成的损失。如果存在这种补偿，与占支配地位的企业订立排他性采购协议可能是有利于消费者个体利益的。但是不能由此自动得出结论，认为全部的排他性采购协议整体而言对所有客户都是有利的，包括那些目前不在占支配地位的企业处采购的客户和最终的消费者。委员会将重点关注那些消费者整体不获利的案件。如果一个案件中有很多客户都和占支配地位的企业签订排他性采购协议，且共同起到阻止竞争企业市场进入或扩张的效果，那么该案尤其受到委员会的重点关注。

(35) 除了第 20 段中提及的因素外，下列因素通常对于委员会决定是否对排他性采购安排进行干预具有特殊的意义。

(36) 尤其在下列情形下，排他性采购协议会导致反竞争的封锁效应，即如果没有排他性采购义务，未进入市场的竞争对手或不能为客户完全供货的竞争对手能

---

<sup>25</sup> 独家交易的概念也包括具有相同效果的排他性义务或者排他性奖励，占支配地位的企业以此为手段试图阻止购买者从其他供应商处采购而封锁竞争对手。如果排他性供货义务或排他性供货奖励关系到与占支配地位企业竞争的大多数投入品供应商和客户无法找到有效的替代性投入品，那么委员会认为这样的投入品封锁，一般容易导致反竞争封锁效应。

<sup>26</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 65/98 Van den Bergh Foods v Commission [2003] ECR II 4653.在这个案件中，独家使用占支配地位企业的冷却器被认为会导致出口排他效应。

够施加重要的竞争约束。竞争对手可能无法为各个客户的全部需求而竞争，因为至少对于市场上的一部分需求，占支配地位的企业是一个不可避免的贸易伙伴，比如其品牌是很多最终消费者首选的“必须库存的商品”，或者由于其他供应商供应能力的限制，市场上的部分需求只能由占支配地位的企业予以供应。<sup>27</sup>如果竞争对手能够为每个客户的全部需求进行平等竞争，那么排他性采购义务通常不会阻碍有效竞争，除非由于排他性采购义务的存续使得客户转换供应商变得困难。在一般情况下，排他性采购义务的存续时间越长，其可能的封锁效应就越大。然而，如果占支配地位的企业对于全部或大部分客户而言是一个不可避免的贸易伙伴，那么即使是短期的排他性采购协议也可能导致反竞争封锁效应。

### (b) 有条件的折扣

(37) 有条件的折扣是因一种特殊形式的采购方式而给予客户的，以奖励他们的一种折扣。有条件的折扣具有的通常性质是，如果一个客户的采购在规定的参考期内超过了一定的标准，那么此客户可以得到折扣，或者给予其所有的采购以折扣（回溯折扣），或者只对那些超过要求的且达到标准的采购给予折扣（增量折扣）。有条件的折扣是一种常见的做法。占支配地位的企业可能为了吸引更多的需求而提供折扣，因此这可能会刺激需求且使消费者受益。然而，一个占支配地位的企业给予的此类折扣也可能类似排他性购买协议，产生实际或潜在的封锁效应。有条件的折扣在不损害占支配地位的企业利益的情形下，也能够产生如此的效果。<sup>28</sup>

(38) 除了第 20 段中已经提到的因素，以下几个因素对于委员会决定体系化的有条件的折扣是否易于导致反竞争封锁效应显得特别重要，因此也成为委员会执法重点的一部分。

(39) 正如排他性购买协议一样，如果竞争对手无法以同等条件为每个客户的整

---

<sup>27</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 65/98 Van den Bergh Foods v Commission [2003] ECR II 4653, 第 104 段和第 156 段。

<sup>28</sup> 在这方面，对有条件折扣的评估与对遭受亏本的掠夺性定价行为的评估不同。

体需求而竞争，那么反竞争封锁效应出现的可能性就越高。占支配地位的企业通过给予有条件折扣的方法，使其能够用客户需求的“不可竞争部分”（即，无论如何客户都将从占支配地位的企业处购买的数量）作为杠杆以减少其为客户需求的“可竞争部分”（即，客户宁愿选择的且能够找到的替代品的数量）而付出的代价。<sup>29</sup>

（40）总体而言，追溯折扣可能明显地封锁市场，因为如果客户把需求的少量转换到可替代的供应商处后，其将失去追溯折扣，那么这将减少客户把需求转换到其他供应商的吸引力。<sup>30</sup>原则上来说，追溯折扣对于标准超出前的那部分最后的产品购买单位，潜在封锁效应是最强的。但是委员会对折扣的忠诚度加强效应的评估，不是简单考虑折扣对争取为提供最后购买数量的竞争所产生的效应，而是整个折扣体系对占支配地位的企业竞争对手（现实的或潜在的）所产生的封锁效应。折扣在总价格所占的百分比越高且设定的标准值越高，则低于标准值所具有的诱导效应就越强。相应地，对现实或潜在的竞争对手的可能的封锁效应就越强。

（41）当应用第 23-27 段所解释的方法时，在数据可用、可靠的基础之上，委员会试图对折扣体系是否以让竞争对手为个别客户需求的部分供应变得更困难的方式，以阻碍具有同等效率的竞争对手的公平市场扩张或进入而进行调查。在这方面，委员会将估计竞争对手为了弥补客户从占支配地位的企业处转换部分需求（“相关范围”）而亏损的有条件的折扣所应提供的售价。竞争对手必须匹配的有效价格不是占支配地位的企业平均价格，而是在相关销售范围及相关期间内计算的，比客户因转换而亏损的折扣要低的正常价格（或生产商的建议零售价）。委员会将考虑此类分析固有的不确定性所引起的误差幅度。

（42）计算有效价格的相关范围，依赖于特定案件中的具体事实及折扣是否是增

---

<sup>29</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 203/01 Michelin v Commission (Michelin II) [2003] ECR II 4071, 第 162 段和第 163 段。同时可参见欧洲初审法院判决 Case T 219/99 British Airways v Commission [2003] ECR II 5917, 第 277 段和第 278 段。

<sup>30</sup> 参见欧洲法院判决 Case 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission (Michelin I) [1983] ECR 3461, 第 70 段到第 73 段。

量折扣还是追溯折扣。对于增量折扣，相关范围通常是正在考虑的购买增量。对于追溯折扣，相关范围一般与在具体市场中对一个客户能够现实地转换到竞争对手的购买量大小（“可竞争份额”或“可竞争部分”）的评估有关。如果客户愿意且能够快速转换其大量需求给（潜在的）竞争对手，那么相关范围可能比较大。另一方面，如果客户只愿意或仅能够转换其需求增量的很小部分，那么相关范围就比较小。对于现有的竞争对手，他们对客户扩大销售的能力和一段时间其销售量的波动可能也为相关范围提供指示。对于潜在的竞争对手，在可能的情况下，应该对一个新进入者能够现实地进入的规模进行评估。在相同或类似的市场中，也许可以将新进入者的历史增长模式作为新进入者的现实市场份额的指示。<sup>31</sup>

（43）与占支配地位的供应商的平均价格相比，高于相关范围的预估有效价格越低，忠诚度强化效果就越强。然而，只要有效价格持续高于占支配地位的企业的长期平均增量成本（LRAIC），尽管存在折扣，一个具备相同效率的竞争对手通常能够进行盈利性竞争。在此类情况下，折扣通常无法产生反竞争封锁效应。

（44）当有效价格低于平均可避免成本（AAC）时，一般情况下折扣计划会封锁具有同等效率的竞争对手。当有效价格处在平均可避免成本和长期平均增量成本之间时，委员会将调查其他因素是否都表明此结论，即具有同等效率的竞争对手的市场进入或扩张可能受到了影响。在这种情况下，委员会将调查竞争对手是否能够且在多大程度上采取现实、有效的对策，如他们能够将其买方需求的“不可竞争部分”用作杠杆以将价格降低在相关范围之内。当竞争对手无法采取此种应对措施时，委员会将认为折扣计划会封锁具有同等效率的竞争者。

（45）正如第 27 段所指出的，这种分析将结合考虑其他相关定量或定性的证据被一起整合在一般评估之中。折扣体系是否采用个性化的或者标准化的数量标准通常是考虑的重点。一项个性化的数量标准（以客户总需求的百分比或单个人的

---

<sup>31</sup> 相关范围的估计以可能有不同程度精确度的数据为基础。在得出任何关于占支配地位企业封锁同等效率竞争对手的能力的结论过程中，委员会将考虑到这一点。计算进入者至少应该获得客户需求平均多大的份额才能使有效价格与占支配地位企业的长期平均增量成本（LRAIC）持平也可能是很有用的。在很多情况下，这种份额的大小通过与竞争对手的现实市场份额和客户需求份额相比较，便可以得知折扣计划是否能够产生反竞争封锁效应。

数量目标为基础), 能让占支配地位的供应商在客户转换供应者显得困难的水平上制定标准, 从而创造出最大的忠诚度强化效应。<sup>32</sup>相比之下, 标准化的数量标准(即全部或一群客户适用同样的标准)可能对于一些购买量较小的客户而言太高且/或对于购买量较大的客户而言太低, 从而有忠诚度强化效应。但是, 如果建立的一项标准化数量标准能够接近客户的可观比例的需求, 那么委员会可能会认为这样标准化的折扣体系会产生反竞争封锁效应。

### (c) 效率

(46) 如果满足了第III节D项规定的条件, 委员会才会考虑占支配地位的企业提出的主张, 即折扣体系实现了已经传递给客户的成本优势或其他优势。<sup>33</sup>成本优势相关的交易通常以标准化数量目标而非个性化数量目标的形式获得。类似地, 增量折扣计划一般比追溯折扣计划更有可能刺激经销商生产和转售更多数量的产品。<sup>34</sup>在相同条件下, 如果占支配地位的企业为了能够供应客户而进行有关关系投资中, 排他性销售安排显得很有必要, 那么委员会将考虑能证明排他性销售安排给客户带来利益的证据。

## B. 搭售和捆绑销售

(47) 一个占支配地位的企业可能尝试用搭售或捆绑销售的方法来封锁竞争对手。此节规定了一些委员会在评估占支配地位的企业的搭售和捆绑销售行为时最有可能进行干预的情形。

(48) “搭售”, 通常是指客户购买一个产品(搭售产品)被要求从占支配地位的

---

<sup>32</sup> 参见欧洲法院判决 Case 85/76 Hoffmann La Roche & Co. v Commission [1979] ECR 461, 第 89 段和第 90 段; 以及欧洲初审法院判决 Case T 288/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II 2969, 第 213 段; 以及欧洲初审法院判决 Case T 219/99 British Airways v Commission [2003] ECR II 5917, 第 7 段到第 11 段和第 270 段到第 273 段。

<sup>33</sup> 折扣的例子参见欧洲法院判决 Case C 95/04 P British Airways v Commission [2007] ECR I 2331, 第 86 段。

<sup>34</sup> 关于此效应参见欧洲初审法院判决 Case T 203/01 Michelin v Commission (Michelin II)[2003] ECR II 4071, 第 56 段到第 60 段, 第 74 段和第 75 段。

企业处购买另外的产品（被搭售产品）的一种情形。搭售可以通过技术和协议的方式进行。<sup>35</sup>“捆绑销售”通常指占支配地位的企业的产品提供方式和产品定价方式。在纯捆绑的情况下，产品只以固定的比例共同出售。在混合捆绑的情况下，通常指作为一种多产品折扣，该产品可以单独出售，但是单独销售的价格总和比捆绑销售的价格更高。

（49）搭售和捆绑销售是常见的做法，旨在以更具成本效应的方式为客户提供更好的产品或服务。但是在一个（或多个）搭售或捆绑销售的产品市场中（即搭售市场），占支配地位的企业通过搭售或捆绑销售以封锁其他被搭售或捆绑销售的产品市场（即被搭售市场）且间接地封锁搭售市场，进而损害消费者。

（50）如果一个企业在搭售市场中占支配地位，<sup>36</sup>还满足以下条件委员会通常会根据第 82 条采取行动：（1）搭售品和被搭售品是不同的产品；（2）搭售做法可能产生反竞争的封锁效应。<sup>37</sup>

### （a）不同产品

（51）委员会对产品是否不同的认定，取决于客户需求。如果两种产品不同，在没有搭售或捆绑销售的情况下，有相当数量的客户将购买或已经购买搭售产品，而不必从相同的供应商那里购买被搭售产品，从而使搭售产品和被搭售产品分开独立生产。<sup>38</sup>证明两种产品不同的证据包括，直接证据，即客户会选择从不同的供应渠道分开购买搭售和被搭售产品；或间接证据，如专门制造或销售被搭售产

---

<sup>35</sup> 如果结卖品被设计成只有与搭卖品一起使用才能正常工作（且不能与竞争对手提供的替代品兼容），便产生了技术搭售。当购买结卖品的客户保证同时购买搭卖品（且不是竞争对手提供的替代产品）时，便出现了合约搭售。

<sup>36</sup> 企业应该在结卖品市场占支配地位，但在搭卖品市场不一定占支配地位。在捆绑销售的情况下，企业必须在捆绑销售产品其中一个产品市场中占支配地位。在特殊情况下，企业在结卖品市场且/或搭卖品市场中占支配地位。

<sup>37</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601，特别是第 842 段，第 859 段到第 862 段，第 867 段和第 869 段。

<sup>38</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601，第 917 段，第 921 段和第 922 段。

品的企业所在的市场不存在搭售产品<sup>39</sup>或不存在被占支配地位的企业所捆绑销售的产品；或者能证明特别是在竞争市场中企业的市场势力小以至于通常不会搭售或捆绑销售此类产品的证据。

### **(b) 在搭售和/或被搭售市场的反竞争封锁**

(52) 搭售或捆绑销售在搭售市场或被搭售市场中可能导致反竞争效应，或者同时在两个市场中引起反竞争效应。但是，尽管搭售或捆绑销售的目的是为保护占支配地位的企业在搭售市场中的市场地位，但是通过封锁被搭售市场间接地导致反竞争效应。除了第 20 段已经提到的因素外，委员会认为如下因素对于区分具有可能或现实的反竞争封锁效应的案件而言一般都很重要。

(53) 如果占支配地位的企业将搭售或捆绑销售作为一项持久的策略，那么反竞争封锁效应的风险预计更高，例如通过技术搭售，扭转其成本高昂。技术搭售也减少各个零部件产品转售的机会。

(54) 在捆绑销售的情形下，企业可能对多个捆绑产品拥有市场支配地位。捆绑中此类产品越多，反竞争封锁效应可能就越强。如果竞争对手无法独自或与其他企业联合的方式复制捆绑销售，那么此结论尤为正确。

(55) 对于购买被搭售的产品而非搭售的产品感兴趣的客户而言，搭售可能减少竞争。如果在被搭售市场中缺少大量只购买被搭售产品以维系占支配地位的企业竞争对手的客户，那么搭售会使其面临更高的价格。

(56) 如果搭售产品和被搭售产品可以多种比例作为投入品用于生产过程，那么客户可能对搭售产品的涨价有所反应，即增加对被搭售产品的需求而降低对搭售产品的需求。占支配地位的企业为了避免这种替换情形可以将这两种产品进行搭售，结果就是其能够提高产品价格。

---

<sup>39</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II 1439, 第 67 段。

(57) 如果占支配地位的企业可以在搭售产品市场中调价，那么搭售可以让其为了弥补在搭售产品市场中的调价行为所造成的收入损失，进而在被搭售产品市场上提高价格。

(58) 如果对于购买搭售产品的客户而言，被搭售产品是一种重要的互补产品，那么被搭售产品的可替代供应商减少及由此导致此类产品供应量的减少，使得进入搭售产品市场更加困难。

### (c) 多产品折扣

(59) 如果多产品折扣量大，以至于具有同等效率的仅供应一些零部件产品的竞争对手无法与打了折扣的捆绑销售而竞争，那么多产品折扣在被搭售产品市场或搭售产品市场中是反竞争的。

(60) 从理论上讲，如果折扣的效应能够通过调查增量收入是否能够弥补占支配地位的企业捆绑销售中的每种产品的增量成本来加以评估，这是很理想的。但是，实践中评估增量收入是复杂的。因此，在执法实践中委员会在大多数情况下都使用增量价格来代替增量收入。如果客户为占支配地位的企业捆绑销售中的产品而支付的增量价格高于占支配地位的企业的包括捆绑销售中的产品在内的平均长期增量成本 (LRAIC)，那么由于一个只生产其中一种产品且具有同等效率的竞争对手在原则上能够与捆绑销售相竞争而盈利，委员会通常对捆绑销售不会加以干涉。然而，如果增量价格低于平均长期增量成本 (LRAIC)，则委员会可能会采取执法行动，因为在此情形下，一个具有同等效率的竞争对手可能被阻碍而无法市场扩张或市场进入。<sup>40</sup>

(61) 如果证据表明，占支配地位的竞争对手正在捆绑销售相同的产品，或者在不被可能的额外费用阻碍的情况下可以及时地进行这样的捆绑销售，那么委员会

---

<sup>40</sup> 一般而言，只要竞争对手也不能出售捆绑销售的产品，此处的平均长期增量成本 (LRAIC) 标准便是相关的。(参见第 23 段到 27 段和第 61 段)

通常将之视为捆绑销售之间的竞争。在此种情况下，相关问题不再是捆绑销售中的每种产品的增量收入是否能够弥补增量成本，而是捆绑销售的价格作为一个整体是否是掠夺性定价。

#### (d) 效率

(62) 如果第 III 节 D 项规定的条件都满足，委员会将调查占支配地位的企业的<sup>41</sup>主张，即宣称其搭售和捆绑销售的行为可能节约生产或分销的成本而有利于消费者。委员会可能将考虑此类行为是否能为客户降低交易成本，因为若没有捆绑销售的话，客户将被迫单独购买部分产品，委员会同时也可能考虑此类行为是否能够为供应商大幅节约包装和分销成本。委员会也可能会调查将两种独立的产品组合成一个新的、单一的产品是否能提高其为客户利益而将此类产品推向市场的能力。委员会也可能考虑搭售和捆绑销售的行为是否能够让供应商传递来自于生产或采购大量被搭售产品的效率。

### C. 掠夺性定价

(63) 根据委员会的执法重点，如果有证据显示一个占支配地位的企业以故意蒙受损失或在短期内牺牲前述利润的方式（以下简称“牺牲”）而进行掠夺性定价，并着眼于增强或维系其市场势力而封锁或可能封锁一个或多个现实的或潜在的竞争对手，从而导致消费者利益的损害，委员会通常对此进行干预。<sup>41</sup>

#### (a) 亏本出售

(64) 如果在相关时间内对产品的全部或特定部分收取较低价格，或者在相关时间内扩大产出量且占支配地位的企业蒙受了或正在蒙受本来可以避免的损失，那么此行为将被委员会视为亏本销售行为。委员会将把平均可避免成本（AAC）当

---

<sup>41</sup> 委员会可能追查占支配地位企业在其没有支配地位的次级市场中的掠夺性行为。特别是，委员会更可能追查有法定独占保护的行业中出现的滥用行为。但是占支配地位企业不需要以掠夺性行为来保护其能够得到法定独占保护的市场支配地位，该企业可能以其在独占市场中的利润收益跨市场补贴在其他市场的行为，进而对其他市场的有效竞争产生排除威胁。

作合适的起点对占支配地位的企业是否蒙受或正在蒙受可避免的损失进行评估。如果一个占支配地位的企业对其产品的全部或部分收取的价格低于平均可避免成本（AAC），此价格无法收回如果停产就可以避免的成本：这表明此企业正在蒙受本来是可以避免的损失。<sup>42</sup>因此在多数情形下低于平均可避免成本（AAC）定价通常被委员会视为亏本销售的明确指示。<sup>43</sup>

（65）然而，亏本销售并不仅仅包括低于平均可避免成本（AAC）的定价行为。<sup>44</sup>为了说明一项掠夺性定价策略，委员会可能也对在短期内导致净收入低于理性的选择行为的预期收入的涉嫌掠夺性行为进行调查，也就是说，调查占支配地位的企业是否蒙受了本可以避免的损失。<sup>45</sup>委员会不会将现实的产品与假设的或理论上的可能具有更大利润的替代品进行比较。委员会结合占支配地位的企业面临的实际上具有更高的预期利润的市场条件和商业现实，仅仅对经济上理性的且可行的替代品予以考虑。

（66）委员会有时可以依赖直接证据，即占支配地位的企业能够明确揭示其掠夺性策略的文件，<sup>46</sup>例如为了封锁竞争对手或为了阻止其他竞争者进入或抢占新市场而亏本销售的详细计划，或者掠夺性行为的具体威胁的证据。<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> 在大多数情况下，平均可变成本（AVC）和平均可避免成本（AAC）是相同的，因为只有可变成本才能被避免。然而，当 AVC 和 AAC 不同时，后者更能反映可能出现的亏本：例如，如果占支配地位企业为了抢占市场必须扩大产能，那么在调查占支配地位企业的损失时，额外产量的沉没成本也应该予以考虑，这些成本将在 AAC 而非 AVC 中得到反映。

<sup>43</sup> 在欧洲法院判决 Case 62/86 AKZO Chemie v Commission [1991] ECR I 3359,第 71 段中，对于低于平均可变成本（AVC）的定价，法院认为：“既然每次出售都产生损失，除了排除竞争对手以便随后利用独占优势提高价格之外，一家占支配地位企业适用此价格没有任何利益。”

<sup>44</sup> 如果成本估计以生产的直接成本为基础（登记在企业会计账簿中），这可能无法充分反映是否存在亏本。

<sup>45</sup> 然而如果事前企业善意地决定从事该行为，企业不应该因产生事后损失而受到惩罚，也就是说，假如他们能提供决定性证据证明他们能够合理地预计该行为是有利可图的。

<sup>46</sup> 参加欧洲初审法院判决 Case T 83/91 Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II) [1994] ECR II 755, 第 151 段和第 171 段,以及欧洲初审法院判决 Case T 340/03 France Télécom v Commission [2007] ECR II 107,第 198 段到第 215 段。

<sup>47</sup> 在欧洲法院判决 Case 62/86 AKZO Chemie v Commission [1991] ECR I 3359 中，法院接受了 ECS 提出的 AKZO 在两次会议中威胁，如果 ECS 不退出有机过氧化物市场，AKZO 将低于成本价格定价的明确证据。此外，还有一个详细的计划，用图表描述了如果 ECS 不退出市场 AKZO 将实施的行为。（参见第 76 段到 82 段、第 115 段和第 131 段到第 140 段）

## (b) 反竞争封锁

(67) 如果没有足够可靠的数据，委员会将适用第 25 至 27 段介绍的同等效率竞争对手分析，从而判定此行为是否对消费者造成损害。一般情况下，只有低于平均长期增量成本（LRAIC）的价格才能够把同等效率的竞争对手封锁出市场。

(68) 除了第 20 段中已经提到的因素外，委员会通常对可疑的行为是否降低以及在多大程度上降低竞争对手竞争可能性进行调查。例如，如果占支配地位的企业可以更好地了解成本或其他市场条件，或者可以扭曲关于利润的市场信号，占支配地位的企业可能在从事掠夺性行为，以便影响潜在进入者的预期，从而阻止竞争对手的进入。如果在多个市场中且/或在可能的进入的连续时期之内出现该行为及其可能的效应，那么表明占支配地位的企业可能正在掩饰其掠夺性行为。如果所针对的竞争对手依赖于外部融资，价格的大幅度下降或者占支配地位企业的其他掠夺性行为可能对竞争对手的绩效产生相反地影响，因此可能对竞争对手的进一步融资造成严重破坏。

(69) 委员会认为为了表明已经存在反竞争封锁效应，没有必要说明竞争对手已经退出市场。此种可能性不可被排除，即占支配地位的企业可能会选择阻止竞争对手与之进行激烈竞争，并且使竞争对手跟随其进行定价，而非完全将竞争对手排除出市场。此种方式可以避免排除竞争对手的固有风险，特别是竞争对手的资产以低价出售且存留在市场中从而产生一个新的低成本进入者的风险。

(70) 一般而言，如果占支配地位的企业可以合理地预期其掠夺性行为结束后的市场势力比起初没有从事掠夺性行为变得更加强大，换言之，即如果企业可能处于以亏本销售而获利的地位，那么消费者很可能遭受损害。

(71) 这并不意味着，只有当占支配地位的企业可能能够在实施行为前市场中持续的价格水平之上进行提价，委员会才将予以干预。例如很有可能行为将阻止或延缓本来会发生的价格下降。确定消费者损失不是机械地计算利润和亏损，也不

需要整体利润的验证。消费者的损害可能结合考虑其他因素，例如进入壁垒，<sup>48</sup> 评估行为封锁效应的可能性。在这方面，委员会也将考虑再进入的可能性。

(72) 如果占支配地位的企业选择性地针对特定客户给予低价，那么占支配地位的企业可能更容易从事掠夺性行为，因为这样可以限制其所招致的损失。

(73) 如果行为涉及长时间的普遍适用低价格，那么占支配地位的企业更不可能从事掠夺性行为。

### (c) 效率

(74) 一般而言，掠夺性行为将产生效率被认为是不可能的。但是，如果载于第 III 节 D 项的条件都满足，委员会将考虑一个占支配地位的企业的主张，即低价格能够让其实实现规模经济或者提高扩张市场方面的效率。

### D. 拒绝供应和价格挤压

(75) 委员会设置执法重点时的立场是，一般来说，任何企业无论是否具有支配地位，都应该有权利选择贸易伙伴和自由处置其财产。因此，委员会认为以竞争法为理由进行干预应慎重考虑，适用第 82 条可能会对占支配地位的企业强加供应的义务。<sup>49</sup> 即使薪酬公平合理，这种义务的存在也可能损害企业投资、创新的

---

<sup>48</sup> 在欧洲初审法院判决 Case T 83/91 *Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II 755 中，进入壁垒得到确认。在欧洲法院判决 Case C 333/94 P *Tetra Pak International v Commission* [1996] ECR I 5951 中，进入壁垒的上诉也得到了支持，在此案中，一审法院指出实际补偿的证明没有必要（第 150 段罚款）。更一般地，因为掠夺性行为最后可能比开始实施行为时所预计的更困难，占支配地位企业掠夺性行为的全部成本可能大于其后来的收益，由此使得其难以获得实际补偿，但是占支配地位的企业仍决定继续执行已经实施过一段时间的掠夺性策略。同时参见 COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, Commission Decision of 16 July 2003, 第 332 段到第 367 段。

<sup>49</sup> 参见欧洲法院判决 Cases C 241/91 P and C 242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR I 743, 第 50 段; 欧洲法院判决 Case C 418/01 *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I 5039, 第 35 段; 欧洲法院判决 Case T 201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II 3601, 第 319 段、第 330 段、第 331 段、第 332 段和第 336 段。

积极性，从而可能损害消费者。要知道，企业如果承担违背其意志的供应义务，那有可能导致占支配地位的企业的出现，或者让企业预计到其可能占据支配地位，从而在相关的经营活动中不投资或减少投资。此外，竞争对手可能试图对占支配地位的企业的投资搭便车，而不愿意自己投资。从长远来看，这些后果都不符合消费者的利益。

(76) 通常情况下，当占支配地位的企业与其拒绝供应的买家在下游市场进行竞争时，竞争问题会出现。“下游市场”这一术语在这里指被拒绝供应的投入品在制造产品或提供服务中是必需的市场。本节仅涉及此类拒绝。

(77) 此节不涉及其他类型的可能的违法拒绝供应行为，包括以采购者接受对其行为进行限制的条件才予以供应。例如为了惩罚客户，对与竞争对手进行交易的客户停止供应，或者对不同意搭售协议的客户拒绝供应，这些行为委员会将依据关于独家交易、搭售和捆绑销售的章节所载的原则予以调查。同样，旨在阻止采购者进行平行交易<sup>50</sup>或降低转售价格的拒绝供应行为在本节也并不涉及。

(78) 拒绝供应的概念范围比较广，例如对现有的客户或新的客户<sup>51</sup>拒绝提供产品，拒绝许可知识产权<sup>52</sup>，包括当某些知识产权许可是提供接口信息所必需的<sup>53</sup>，或者拒绝授权进入基础设施或网络<sup>54</sup>。

(79) 委员会认为被拒绝产品不必一定是已经被交易过的：只要有来自潜在购买

---

<sup>50</sup> 参见 2008 年 9 月 16 日欧洲法院判决 Cases C 468/06 to C 478/06 *Sot. Lélos kai Sia and Others v GlaxoSmithKline*, not yet reported.

<sup>51</sup> 参见欧洲法院判决 *Joined Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

<sup>52</sup> 参见欧洲法院判决 *Joined Cases C 241/91 P and C 242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR 743; *Case C 418/01 IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I 5039. 这些判决表明在特殊情况下，拒绝许可知识产权是一种滥用市场支配地位的行为。

<sup>53</sup> 参见欧洲初审法院判决 *See Case T 201/04 Microsoft v Commission* [2007] ECR II 3601.

<sup>54</sup> 参见 1993 年 12 月 21 日委员会在 *Case IV/34.689 Sea Containers v Stena Sealink — Interim Measures* (OJ L 15, 18.1.1994, p.8) 一案的决定。以及 1992 年 2 月 16 日委员会在 *Case IV/33.544 British Midland v Aer Lingus —* (OJ L 96, 10.4.1992, p.34) 一案的决定。

者的需求及一个可以予以识别的有被拒绝危险的投入品的潜在市场。<sup>55</sup>同样，也不是必须出现由占支配地位的企业作出的现实的拒绝；只要有“实质性拒绝交易”就足够了。实质性拒绝交易，比如，可能表现为不当延误或其他方法减少产品供应，或者强加不合理条件以换取产品供应。

(80) 最后，占支配地位的企业并不拒绝供应，而是可能对上游市场的产品收取的价格，与其对下游市场的产品收取的价格相比<sup>56</sup>，使得一个具有同等效率的竞争对手在下游市场中长时间地无法进行盈利性交易（此即所谓的“价格挤压”）。对于价格挤压的情况，委员会通常以全部占支配地位的企业的下游部门的平均长期增量成本（LRAIC）作为标准，并以此判定一个具有同等效率的竞争对手的成本。<sup>57</sup>

(81) 如果存在如下情形，委员会将考虑这些行为作为执法重点：

- 拒绝所涉及的产品或服务，对于在下游市场中进行有效竞争是客观必要的；
- 拒绝很可能导致下游市场的有效竞争消除；
- 拒绝很可能导致消费者损失。

(82) 在某些特定的情况下，这很明确，即不管在事前还是在事后，强加供应义务显然不能对投入品所有者且/或上游的其他运营商的投资、创新的积极性产生消极效应。委员会认为情况很可能是这样的，即与欧盟法律配套的有关规定已经对占支配地位的企业强加了供应义务，而且根据此规定考虑，很明显公共部门通过强加供应义务的方式实现了必要的积极性的平衡。情况也可能这样，占支配地位的企业的上游市场的地位在特殊或专有权利的保护下得到确立，或者受到国有资源的资助。在这种特定的情况下，不考虑是否存在第 81 段提及的三种情形，委员会没有理由偏离揭示可能的反竞争封锁效应的一般执法标准。

---

<sup>55</sup> 参见欧洲法院判决 Case C 418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I 5039, 第 44 段。

<sup>56</sup> 包括一种情形，即一个销售“系统”性配套产品综合性的企业，拒绝以非捆绑形式向生产其他配套产品的竞争对手出售其中配套产品的零部件产品。

<sup>57</sup> 然而，在某些情况下，一个下游的非综合性企业的竞争对手的平均长期增量成本（LRAIC）可能被用作标准，例如当不可能清晰地分配占支配地位企业的下游和上游的业务运营成本时。

### (a) 投入品的客观必要性

(83) 检查是否拒绝供应值得重点关注，委员会将考虑被拒绝供应的投入品对于运营商能够在市场中进行有效竞争是否是客观必要的。这并不意味着如果缺少被拒绝的投入品，就没有竞争者能够在下游市场中进入或生存。<sup>58</sup>相反，如果在下游市场的竞争对手缺少可以依赖的现实或潜在的替代品以抗衡拒绝之消极后果，至少长期而言，此投入品是不可或缺的。<sup>59</sup>在这方面，委员会通常对竞争对手在可预见的将来是否能够有效复制占支配地位的企业生产的投入品作出评估。<sup>60</sup>复制的概念是指创造有效供应的可替代来源，且能够让竞争对手对下游市场占支配地位的企业施加竞争限制。<sup>61</sup>

(84) 第 81 段规定的标准同时适用于中断原有供应的情形，以及拒绝供应占支配地位的企业之前没有对其他客户供应的产品或服务的情形（自始拒绝供应）。然而，终止现有的供应安排比自始拒绝供应更有可能被认为滥用。例如，如果占支配地位的企业以前一直为有需求的企业供应，且后者为了能够使用之后被拒绝的投入品而作出了特定的关系投资，则委员会更有可能将此投入品认为是不可或缺的。同样的，过去的基本投入品的所有者发现供应符合其利益时，这表明供应此投入品并不意味着任何投入品所有者对其原始投资都有难以获得充分补偿的风险。因此这将取决于占支配地位的企业证明为什么情形实际上以如此的方式发

---

<sup>58</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601, 第 428 段和第 560 段到第 563 段。

<sup>59</sup> 参见欧洲法院判决 Joined Cases C 241/91 P and C 242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications LTD (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR 743, 第 52 段和第 53 段;及欧洲法院判决 Case 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebs gesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I 7791, 第 44 段和第 45 段;及欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601, 第 421 段。

<sup>60</sup> 在一般情况下，由于规模经济或范围经济如有很强的网络效应或涉及所谓的“单一来源”的信息，使得一种投入品涉及自然垄断，那么这种投入品可能无法被复制。但是在所有情况下都必须考虑一个行业的动态性质，特别是市场势力是否能够迅速消散。

<sup>61</sup> 参见欧洲法院判决 Case 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I 7791, 第 46 段, 及欧洲法院判决 Case C 418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I 5039, 第 29 段。

生变化，以至于继续现有的供应将危及充分的赔偿。

### **(b) 排除有效竞争**

(85) 如果第 83 段、第 84 段规定的条件都满足，则委员会认为占支配地位的企业拒绝供应一般可能立即或久而久之地消除下游市场的有效竞争。下游市场中占支配地位的企业市场份额越高，有效竞争被消除的可能性一般更大。下游市场中的竞争对手对占支配地位的企业制约能力越小，占支配地位的企业产品与其下游市场中竞争对手产品的可替代性越密切，下游市场中受到影响的竞争者比例越大，本来可以由被排除的竞争对手予以供应的需求分流到占支配地位的企业处的可能性也越大。

### **(c) 消费者损失**

(86) 在调查拒绝供应对消费者的可能影响过程中，委员会将调查，对于消费者而言，在相关市场拒绝供应的消极后果是否长时间大于强加供应义务的消极后果。如果在相关市场拒绝供应的消极后果大于强加供应义务的消极后果，那么委员会通常会对此案予以查处。

(87) 委员会认为当占支配地位的企业排除的竞争对手由于拒绝供应的结果，无法将创新的产品或服务推向市场且/或其后续创新可能被制止时，消费者损失便会产生。<sup>62</sup>如果请求供应的企业不想根本上限制其复制已经由下游市场的占支配地位的企业提供的产品或服务，但是想生产有潜在客户需求的或者可能有助于技术进步的新颖的或改进的产品或服务时，情况可能尤其如此。<sup>63</sup>

(88) 委员会还认为，当上游的投入品市场价格被控制，而下游市场的价格没有被控制，并且占支配地位的企业以拒绝供应的方式排除下游市场的竞争对手，使

---

<sup>62</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601, 第 643 段、第 647 段、第 648 段、第 649 段、第 652 段、第 653 段和第 656 段。

<sup>63</sup> 参见欧洲法院判决 Case C 418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I 5039, 第 49 段;及欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601, 第 658 段。

其能够在无价格管制的下游市场比受到管制获取更多利润，那么拒绝供应可能导致客户损失。

### (c) 效率

(89) 委员会将考虑占支配地位的企业提出的主张，即考虑到项目失败的风险，占支配地位的企业为了能够实现为发展投入品生产业务进行投资的回报，以刺激其在未来继续进行投资，拒绝供应是必要的。

(90) 然而，当考虑这些主张时，委员会将确保载于第III节D项的条件都能得到满足。特别是，由占支配地位的企业负责证明供应义务可能对其自身的创新水平产生任何消极影响。<sup>64</sup>如果一个占支配地位的企业之前供应过投入品，这关系到对以效率为理由认为拒绝供应是合理的主张的评估。

---

<sup>64</sup> 参见欧洲初审法院判决 Case T 201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II 3601,第 659段。