

# 德国法中的滥用市场支配地位行为

[德] 乌尔夫·伯格\* 著 董文勇\*\* 译

## 一 德国竞争法的主要内容

自从1958年《反对限制竞争法》开始生效以来,德国关于对滥用市场支配地位行为的管制便体现在法律中。顺便提出,欧共体竞争法也是在同一年生效的。对滥用行为的管制和与其同时首次实施的全面禁止卡特尔的法律一并构成德国竞争法的两大基石。另一方面,关于企业合并控制的规定在德国是《反对限制竞争法》颁布5年后实施的,而欧盟则是在1990年。目前,禁止卡特尔、控制企业合并和管制占市场支配地位的企业构成德国竞争法中保护竞争的三根主要支柱。

鉴于德国竞争政策和经济结构的发展,禁止卡特尔变得至关重要。19世纪以来,卡特尔协议便在德国经济生活中蔓延开来并扩展到所有的行业。<sup>[1]</sup>《反对限制竞争法》的颁布结束了这种状况。1958年以来,企业间以限制竞争为目的的协议普遍受到禁止,并被处以严厉的罚款。例外情况下豁免卡特尔的可能性受到严格的限制并必须接受极为严格的审查。

1958年生效的《反对限制竞争法》的最初版本没有关于控制企业合并的规定。然而,那个时候已经可以明显地看出,企业合并会产生大量的影响竞争的问题。因为通过取得其他企业实现外部扩张是企业扩大规模的最经济、最快捷的方式。用这种方法,可望赢得以下竞争优势:第一,从营业额上讲,通过取得市场份额可以增加营业额;第二,从成本角度讲,根据企业合并的协力优势可以降低生产成本。

企业合并有着两个方面的影响。一方面,通过产生一个新的经济实体提高经济效益。尤其当市场不景气的时候,这样还能够激励竞争。但是,人们不应当被这样一种观点所误导,即认为企业规模的大小可以决定企业在市场上的成败。有分析已经表明,很多情况下与此相反的观点是正确的。另一方面,企业合并可能会导致市场优势,甚至形成垄断。在这种情况下,竞争就会受到抑制,从而很难保证消费者能够从企业的高效益中获得益处。

控制企业合并的目的就是防止因企业合并而导致市场支配地位,并由此维护市场结构。如果这一步是无效的,下一步就应该规制占市场支配地位的企业,目的是防止它们滥用市场优势地位。

当然,我们还要通过禁止滥用市场支配地位的规定管制那些通过内部扩张而形成的市场优势企业。

## 二 低于成本价格销售

禁止滥用市场支配地位的规定适用于多种行为。德国竞争法的一个重要特征是,对滥用行为的管制不仅适用于占市场支配地位的大企业,而且适用于取得较强地位的企业。例如,其他企业所依附的一些强势企业,不能不公平地通过非偶然地低于成本的价格销售其产品,除非这种销售有着客观的合理性。<sup>[2]</sup>

\* Ulf Böge, *Recent Regulations on Abusive Conduct of Market Dominating Enterprises in Germany*, 作者系经济学博士、德国联邦卡特尔局局长。

\*\* 中国社会科学院法学研究所实习研究员、法学硕士。

[1] 参见 Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 第8版第12页。

[2] 《反对限制竞争法》第20条第(4)款,其英文版的网址是 <http://www.bundeskartell.de/competition-act.html>。

在 2000 年, 联邦卡特尔局审查了三个大商业公司的定价策略。这三家公司在相当长的时期内, 各自以低于其成本的价格销售诸如糖、牛奶、面粉等基本食品。这也就是说, 他们的做法并非仅仅发生在偶然的情况下, 也没有任何显而易见的客观正当理由。根据联邦卡特尔局的调查, 从这三家公司的规模、所占市场份额及其财力看, 他们相对于诸多中小食品零售商来说, 拥有较强的市场势力。因此, 联邦卡特尔局禁止了这些公司的倾销行为。<sup>[3]</sup>

然而, 这里所探讨的问题并不是保护某些企业, 或者避免企业间的竞争。相反, 这里所保护的是整个市场的竞争秩序, 也即是在一个中期和长期内保护消费者的利益。乍看起来, 我们很难说低价销售对消费者有什么不好。然而, 联邦卡特尔局的调查表明, 低于成本销售产品给消费者带来的物质利益是暂时的, 而且是不重要的。

说给消费者带来的物质利益是暂时的, 是因为作为竞争者的中小企业被淘汰出市场以后, 将会导致市场集中。其结果就是, 市场上留下来的大供应商在提高价格方面获得了很大的空间, 它们不仅有能力对少数基本食品涨价, 而且还有能力对该公司所销售的千万种商品进行涨价。

说给消费者带来的物质利益是不重要的, 是因为在一般家庭的预算中, 食品的支出只占非常小的一部分, 甚至只占 1%。相反, 这种行为由于对中小企业的妨碍而给市场竞争和市场结构造成的损害则是长期的和明显的。

为了消费者的利益, 从长远的眼光看, 竞争主管机关的任务便是维护市场有效竞争。因为从中期和长期的眼光看, 竞争是确保消费者能够选择商品和获得价廉物美商品的有效手段。而要达到这一步, 就要确保企业能够在公平竞争的市场条件下有效运作, 不会被那些倚仗资金和市场优势的企业通过不正当的手段排挤出市场。

这里所讨论的, 不是如何为商业企业建立价格管理制度的问题, 因为市场上所有的企业都有权自由定价。无论产品的价格能否弥补企业的采购成本, 也无论企业是盈是亏, 这只是与企业的经营管理有关, 与竞争主管机关没有关系。然而, 如果那种行为有滥用市场势力之嫌, 竞争主管机关就有权对这种行为进行干预。为了让企业知道是非标准, 把竞争规则有效地付诸实施是竞争法主管机关的当务之急, 而且这些标准也是竞争法主管机关评判企业行为的标准。作为最初调查活动的一部分, 联邦卡特尔局发布了一个针对低价倾销行为的通知, 该通知明确而且详尽地规定了应当适用《反对限制竞争法》的判断标准。<sup>[4]</sup>

### 三 对公共部门的需求

在德国, 并非只是私有企业才受竞争法的调整。当国家在市场上采购商业服务或者作为供应者的时候, 也必须注意竞争法的问题。几年前, 联邦卡特尔局介入了这样一个案子: 一个州政府在建筑部门进行的招标活动中滥用其地位, 用不公平的手段损害了企业的利益。具体案件是这样的: 柏林土地管理局颁布了一个行政规章, 根据这个规定, 建筑业的企业在订立政府合同的时候, 工资水平不得作为一项竞标参数。这就是说, 所有参与投标的公司都得支付柏林地区的工资标准, 而该地区的工资水平则是很高的。联邦卡特尔局认为, 这种滥用行政权力的行为是对那些不愿支付柏林地区高工资标准的企业的一种损害。另外, 柏林土地管理局的行为对于实现该规章所设立的目标也是不必要的, 因为在建筑部门制止工资倾销行为已有另一项单独的法律所规定。

[3] 关于对 WalMart, Lidl, Aldi Nord 等商业企业的相关裁决, 可以从联邦卡特尔局的网站了解, 网址是 <http://www.bundeskartellamt.de/archiv.html>。

[4] 见联邦卡特尔局的网站, 网址是 <http://www.bundeskartellamt.de/fusion.html>。

## 四 (国家)垄断的市场行为

现在,德国实行了这样一种长期的政策,即国家要从已经实行了私有化的部门撤出它的企业活动。例如,原来的国有电信管理部门和邮政服务部门现在都已经转化为公司。这些部门原来国家持股百分之百,现在已经逐步私有化了。

还有一个从国家管理转化为公司的部门是铁路。德意志铁路股份公司(Deutsche Bahn AG)在德国是一个一体化的铁路公司,不仅提供铁路运输服务,而且还拥有必要的基础设施。现在,德国政府在德意志铁路股份有限公司还拥有百分之百的股份。这个公司虽然是一个国有企业,但仍然受着德国竞争法的约束。<sup>[5]</sup>这就是说,德意志铁路股份有限公司作为铁路网络的主要运营商,有义务允许它的竞争者进入其基础网络设施。与此相应,该公司也有权从其竞争者手中收取铁路网使用费,并且由自己订立一个合理的价格制度。但是,这个价格制度必须是非歧视性的。<sup>[6]</sup>

不久前,联邦卡特尔局对德意志铁路股份有限公司进行了调查,因为有些企业抱怨该公司的价格制度不合理。调查显示,德意志铁路股份有限公司的下属企业在使用这些铁路线路经营本地运输服务的过程中,使用铁路的平均价格要比作为竞争者的私营公司便宜 25%,有时候甚至便宜 40%。

德国联邦卡特尔局认为,德意志铁路股份有限公司作为铁路网络的主要提供者,违反了禁止滥用行为的规定,因为它不公平地妨碍了私营铁路公司在短途客运市场上的经营活动。由于联邦卡特尔局的干预,德意志铁路股份有限公司不得不建立了新的价格制度,以便不再引起竞争法领域的争议。

## 五 以网络为基础的能源部门之开放

竞争法在以网络为基础的能源部门发挥着重要的作用。1980 年以来,整个欧洲掀起了一场如何在那些传统上被视为自然垄断的行业(如电力和天然气供应)开展竞争的大讨论。<sup>[7]</sup>当时,欧洲流行着这样一种观点,即那些以网络为基础的能源部门,包括电力网络和天然气网络,是自然垄断的部门,因为这些网络从经济的角度看,不宜进行重复建设。因此,在大多数情况下,通过铺设新线路来建立竞争机制的方案受到了否定。然而,这些垄断机构在竞争的条件下能够很好地向消费者提供产品。这也就是说,在这些通过现有网络提供公共产品的部门,并不存在出于规模经济或者其他原因而使竞争成为不可能的情况。

1998 年,在整个欧洲开放市场的过程中,德国彻底清除了在这些部门引入竞争机制的法律障碍,<sup>[8]</sup>把它所有的市场置于竞争之中,并且采取了必要的措施以推动市场的有效竞争。

## 六 德国电力部门的结构

在讨论适用于德国开放电力市场的竞争法之前,有必要考察一下德国电力部门的结构。德国电力部门的特点是,许多地方性的企业在不同的生产和销售阶段进行经营活动,有些实现了纵向一体化。这些能源的提供者在过去拥有法律上许可的(区域性)垄断权。<sup>[9]</sup>在过去几十年中,这种彼此邻接的区域性垄断结构几乎没有什么改变。因此,事实上也没有竞争存在。

只是当废除了对这些部门的特殊规定之后,这些部门的企业才开始感受到竞争的压力。与此相关

[5] 德国《反对限制竞争法》第 130 条第 1 款。

[6] 德国《普通铁路法》(the General Railway Act)第 14 条。

[7] 见 Volker Emmerich, Kartellrecht, 第 8 版, 第 367 页。

[8] 德国第 6 次修订后的《反对限制竞争法》从 1999 年 1 月 1 日开始实施。

[9] 见德国第 6 次修订前的《反对限制竞争法》第 103 条。

的市场开放导致了市场结构的改变,这种改变始于能源供应企业的合并。最近,这些企业的合并越来越多。然而,与欧洲其他国家相比较,德国电力部门的企业仍然很小。目前,德国有 800 多家企业供应电力。

## 七 电力部门引入竞争的策略

1998 年 4 月,德国根据竞争法废除了以网络为基础的能源部门的特权,特别是结束了电力公司之间可以通过划分市场的协议而排除竞争的特权,以及地方政府可以在其辖区内将供应电力的排他性权利授予某一单独电力公司的权力。

为了开放其市场,德国超出了欧洲法律关于最低标准的规定。即从一开始起,就使得竞争在电力市场的所有阶段和对大到工业企业,小到商业企业以及家庭的所有消费者成为可能。

电力部门引入竞争的决定性前提条件是,能源供应商能够以合理价格无歧视地和自由地进入其他能源供应商所建立的网络。只有如此,消费者才有可能选择其他的供应商。根据欧洲法中权利平等的原则,这在原则上可以使用两种方案:一种是受管制的网络进入 (regulated network access),另一种是协商式的网络进入 (negotiated network access)。

在受管制的网络进入的情况下,国家规定网络进入的每一个环节,尤其是网络使用费。为了实现这个目标,国家需要成立一个监管机构,目的是保障这些规则能够得到实施。

德国选择了协商式的网络进入:即国家仅规定一些框架性的条件,这些条件是在竞争法废除了这个部门原来特权的基础上建立起来的。关于进入网络的具体细节以及电力传输的方式,则留给市场参与者自己进行协商。

从维护市场竞争的角度看,德国这种开放市场的方式是通过实施竞争法中关于禁止滥用市场支配地位的规定而得到实现的。网络运营商常常被视为占市场支配地位的企业,从而不得随意拒绝其他能源供应企业进入网络。

这种开放市场是由市场决定的。即,是由那些对市场条件最为熟悉的市场参与者们来保证市场的有效运行。他们能够比政府更快地对谈判条件的变化做出反应,而政府的反应则往往是制定规则。

德国所选择的这种开放市场的策略有利于德国能源部门的组织结构:与欧洲其他国家相比,德国电力市场上还未曾出现过只有一个垄断企业的情况。当市场刚刚引入竞争的时候,已经有一大批能源企业掌握了所有生产阶段的市场经验。然而,他们不得不参与激烈的市场竞争。

在决定电力部门电力传输费用的问题上,一个基本的因素是所谓的“联合协议”(Associations' Agreements)。这种协议是由参与市场交易双方的重要经济协会的代表缔结而成:一方是作为供方的能源生产部门的联合会,另一方是作为需求方的能源消费者联合会。<sup>[10]</sup>

## 八 迄今开放电力市场建立竞争的成果

开放电力市场的目的是通过竞争机制提高能源供应部门的服务效益。由于会降低价格,大的客户从中会获益,最终私人消费者也会从中获益。也即是说,竞争强迫能源供应商通过降低价格的方式把成本方面的好处让渡给消费者。

在某些电力市场,特别是在一些拥有大客户群的市场,竞争已经产生了好的结果:有时,对工业部门用户的电价已经降低了 60%。作为最终消费者的私人家庭也已经从中受益:直接的好处是电价的降低,虽然其幅度要比对大客户的降价幅度低一些,间接的好处是来自工业企业生产成本的节约,可以通

[10] 关于联合会之间的协议可参阅联邦经济与科技部的网站,网址是 <http://www.bmwi.de/Homepage/Politikfelder/Energiepolitik/Liberalisierung/Strom.jsp>。

过降低工业制成品的价格转移给最终消费者。

然而,电力市场的竞争仍存在问题,特别是在那些小企业用电和家庭用电的市场。在这种市场上,那些已经进入了市场的能源供应商由于进入了最终用户市场,而且拥有对市场的支配权,这对任何一个新的进入者都构成一种妨碍。监管部门至少也会面临这样的问题。

## 九 联邦卡特尔局对电力部门滥用行为的管制

德国通过协商式进入网络开放电力市场的方式可望获得成功,因为该方式的实施有竞争主管机关的监管作保证。

在电力市场开放初期,从竞争的角度看,最大的问题是那些已经进入网络的运营商拒绝它们的竞争者进入网络。<sup>[1]</sup> 联邦卡特尔局采取了一系列措施,说明拒绝开放网络的行为是不许可的。

今天,拒绝开放网络的行为已经不再算是个问题。那些已经进入网络的运营商以妨碍其他企业的进入为目的而实施的滥用行为,已经成功地得到遏制。这些策略包括有些供应商向那些与新的供应商签订了供电合同的用户所收取的所谓的“与第三人的交易费”(transfer fee)。此外,有些供应商还要求,如果用户有转入其他供应商的打算,他们必须安装特种电表。<sup>[2]</sup>

竞争领域突出的问题是网络运营商向其他公司索要网络使用费,以作为租用网络传送电力的一种报酬。如果其他公司使用某运营商的网络,该运营商便有权收取使用费。从竞争的角度看,重要问题是收费标准:如果运营商索取不合理的高价,其结果无异于拒绝同意进入网络。联邦卡特尔局为为了解决这个问题而建立的相关部门一道,在过去 12 个月中,依照竞争法加强了对电力部门网络使用费的调查。继上次对 23 个运营商的收费调查之后,联邦卡特尔局目前又发起 10 项针对网络运营商的正式调查。通过这些案件的审理可以清楚地看出,市场开放方面还有一系列问题应当逐步澄清:

首先一个问题是,竞争主管机关应当采用什么样的标准来衡量一项收费是否属于滥收费用?在这方面,联邦卡特尔局首先是依据“相关市场”这一概念。<sup>[3]</sup> 这意味着竞争主管机关要选择某一特定的网络运营商作为标准,并且认为该运营商的运作是有效的并且它的网络使用费是合理的,从而可以作为其他运营商使用网络费用的标准。当然,因为网络和用户结构远达不到整齐划一的程度,在网络使用费上有时难以比较,所以应当针对具体情况确定具体的费用。

当然,我们也不排除作为参照的公司要价也很高的情况。因此,即便是作为参照的公司,在不断优化标准的基础上,也存在日后对网络使用费不断进行调整的情况。在这个方面,对网络使用费进行跨国比较是有好处的,但这需要一些时间。

这种通过市场价格比较直接进行成本监督的方法得到了联邦卡特尔局的认可。当然,如果有必要,竞争主管机关也会调查成本。

这里还涉及其他很多问题,例如调查中公司回答问题的义务以及商业秘密等问题。这些问题将随着竞争主管机关的行政审理以及法院的诉讼活动而得到澄清。

根据竞争法中禁止滥用行为的规定而进行的收费检查,被证明是一项非常困难但是又不可缺少的工作。现在还没有比这更好的解决办法,至少德国的电力产业部门是这种情况。其他国家关于使用网络的条件和费用的综合性法规,在德国似乎都不太适用。鉴于网络运营商的数量众多,要做的努力还很多。

不管怎样,对于“在个案情况下,什么样的网络使用价格是合适的”这样一个关键问题,竞争主管机

[1] 例如,网络运营商 Bewag 拒绝其竞争者进入柏林电网,理由是其缺乏经营能力。联邦卡特尔局的裁决可以参见: <http://www.Bundeskartellamt.de/archiv.html>。

[2] 见《1999-2000 年联邦卡特尔局的活动报告》,第 135-136 页中:关于对慕尼黑地方电力供应商的调查。

[3] 这一方法于 2002 年 5 月在杜塞尔多夫(Duesseldorf)地方高等法院得到确认,该法院是处理有关竞争问题的一审法院。

关并非三言两语就能回答。

设定一个错误价格会造成诸多危害。如果价格定得太高,新的运营商会受阻却于市场之外,竞争难以展开;如果费用定得过低,相关的网络运营商则不能获得应有的资金回报来维护和经营这一基础设施,从而在这些部门也得不到必要的投资。

通过协商进入网络的方式,是在以市场为导向的基础上,由市场上的企业确定使用网络的适当价格。竞争法中关于对滥用行为的管制应当是有甄别地实施。

如果要制定一个综合性的关于网络使用费的规则,管理者必须尽可能地了解那些可能会影响当事人谈判的关于市场的所有知识。而且管理者的错误管理行为会产生严重后果,因为无论其正确的决定还是错误的决定,都会很快对网络运营商产生影响。

## 十 结 论

这里概括介绍了德国竞争法中关于禁止滥用市场支配地位规定所适用的范围。这个范围非常广阔,包括各种经济部门,而且关于禁止滥用行为的规定不仅适用于卖方,也适用于买方;不仅适用于国家机构和国有企业,而且也适用于私人企业。

尽管各案存在差异和各有特色,但是有一条原则总是适用的:即对滥用行为的管制目的是,通过限制占市场支配地位企业的活动自由而保持市场开放。只有这样才能维护市场的竞争。而竞争则是达到市场最好绩效的最有效工具,即由此实现资源的合理配置,降低成本,向消费者提供更多的物美价廉的商品。因此,这也是经济发展最重要的前提条件。

---

**[Abstract]** In Germany, abuse control of dominant companies has been embodied in law since the Act against Restraints of Competition entered into force in 1958. Abuse control applies to not only large companies that dominate the market, but also enterprises with relatively strong economic position. Besides, the Law regulates not only private enterprises, but also government's acts of purchase and supply. Currently, the prohibition on the abuse of dominant market position especially applies to network-based industries such as telecommunication, postal service, railway and electricity. The objective of abuse control is to keep markets open and ensure competition, which is the most effective instrument to achieve optimum market results, ie. quality service and low prices for customers, in a cost-efficient way and by using resources economically.

---