

王晓晔

低价倾销行为的几点法律思考

为了制止低价倾销行为,国家计委于1999年8月3日发布了一个《关于制止低价倾销行为的规定》。根据规定的第2条,低价倾销是指经营者在依法降价处理商品之外,为排挤竞争对手或者独占市场,以低于成本的价格销售商品,扰乱正常生产经营秩序,损害国家利益或者其他经营者合法权益的行为。据此,认定非法低价倾销有两个要件:一是倾销目的,即为了排挤竞争对手或者独占市场;二是倾销的事实存在,即以低于成本的价格销售商品。然而在实践中,根据上述规定认定一个倾销行为并不是一件容易的事情。本文结合德国、美国的相关立法和实践,谈一点看法。

一、排挤竞争对手的意图

根据《规定》的第2条,排挤竞争对手或独占市场的目的,是认定非法倾销的要件。然而,如何认定排挤竞争对手或者独占市场的目的,《规定》却丝毫没有提及。这里提出的问题是:可以通过当事人的主观愿望认定排挤意图吗?或者是否需要一个客观标准?这里可以比较一下美国和德国的法律。

1.美国法。美国将非法低价倾销行为称为掠夺性定价(predatory pricing)。认定一个掠夺性定价行为的要件是,一个企业以低于成本的价格销售产品,由此非常可能将竞争对手排挤出市场,实现垄断市场的目的,而在垄断市场之后,该企业非常有可能大幅度抬高价格,从而成为掠夺者。由此可见,掠夺性定价的前提条件是实施低价倾销的企业在市场上占有市场优势地位。

2.德国法。德国明确禁止低价倾销的规定主要见于1999年1月1日生效的经第6次修订的《反对限制竞争法》第20条第4款。它规定:“相对中小企业有着市场优势的企业,不得利用其市场优势直接或者间接地不公平地妨碍这些中小竞争者。本款第1句

所称的不公平妨碍特别表现为一个企业非临时性地以低于成本的价格供应商品或者服务,除非这种销售有着重大的合理性。”根据这个条款,非法低价倾销行为必须符合两个前提条件。第一是实施倾销行为的企业是一个占市场支配地位的企业。根据反对限制竞争法第19条,一个企业没有竞争者或者没有实质性的竞争,或者相当于竞争者有着显著的市场地位,该企业就是一个有着占市场支配地位的企业。在认定一个企业是否具有显著市场地位的时候,要特别考虑企业的市场份额、财力、进入采购或者销售市场的渠道、与其他企业的联系、其他企业进入市场在法律上或者事实上存在的障碍、事实上或者潜在的竞争、转产能力或者交易对手转向其他企业的可能性等等。为了便于适用法律,该条第3款还规定了市场支配地位的法定推断:一个至少占1/3市场份额的企业可以推断为占市场支配地位,3个或者3个以下的企业共同占有50%的市场份额,5个或者5个以下的企业共同占有2/3的市场份额,可以推断它们共同占有市场支配地位,除非这些企业之间存在着实质性的竞争。如果一个企业不能被认定为占有市场支配地位,它的倾销行为就算不上违法行为。因为在企业不具备市场优势的情况下,它的倾销行为事实上不可能将竞争者排挤出市场,从而不可能给竞争造成严重的损害。第二个条件是,这种倾销不是一次性或者偶然的。行为。如果一个企业今天将价格降到成本之下,明天又恢复原状,这种倾销一般也不会将竞争对手排挤出市场,从而对竞争不会产生严重的后果。

二、倾销的认定

认定非法倾销的另一个要件是倾销存在,即企业以低于成本的价格销售商品。这里的问题是,从优化配置资源的角度出发,

企业是否有必要将其产品价格定在全部成本之上。

1.美国法。在发达国家的反垄断实践中,对倾销价格的分析基本上是根据阿里达-特纳规则:一个价格如果低于可以合理预见的短期边际成本,这个价格就可以成为认定掠夺性定价的一个因素。在实践中,由于边际成本的计算比较困难,阿里达和特纳决定使用平均可变成本代替边际成本。可变成本是指随着生产数量而发生变化的成本,主要存在于对生产要素的支付以及其他短期使用的资源如劳动工资、原材料或者半成品的购买价格等。阿里达和特纳认为,一个企业实施一个短期价格策略的时候,虽说从长远的角度看,其产品的价格必须要补偿成本,但在一个短期内,却不必一定补偿全部成本。然而,无论在任何情况下,产品价格必须要补偿产品的可变成本。由此就得出一个结论:如果产品价格低于可变成本,这个价格可能就是掠夺性的价格。因为企业在不能回收可变成本的情况下继续经营,它所受到的损失比在破产和退出市场时受到的还大。在这种情况下,如果企业将其产品的价格定得低于平均可变成本之下,就能说明其存在排挤竞争对手的意图。因为只有将竞争者从市场上排挤出去,企业在倾销中的损失才能通过随后的涨价得到弥补。这即是说,根据阿里达-特纳规则,如果一个价格低于产品的平均总成本,高于可合理预见的短期平均可变成本,不管这个价格能否产生最大利润,它都应当被认为是合法的,以这种价格销售产品的企业不会被指控存在掠夺性定价行为。

2.德国法。根据德国的竞争理论,价格竞争是自由竞争的基础。企业只有在自由定价的条件下,才能根据市场上变化情况不断地调整自己,对市场作出反馈。因此,德国法对企业的定价行为很少进行限制,甚至原则上允许企业以低于成本的价格销

PRICE :THEORY & PRACTICE

售商品。德国法院允许企业低价倾销的理论根据是,从企业管理的角度,人们不可能精确地计算一种具体商品的成本,特别是不能精确地计算商业销售中一种具体商品的固定成本。如果说有这样的成本,它们不过是主观的估计。此外,在商业销售中,零售商低于进货价格销售商品是很正常的事情,因为企业可能有许多正当的理由,将其销售的许多商品中的某些商品以较高的价格销售,而将另一些商品以较低的价格销售,甚至低于成本销售。对于一个销售商来说,决定性不是个别商品的价格,而是所有商品的最终销售情况。只要这些销售总体上超过了成本,他就有利可图,就是实现了销售的目的。在实践中,德国法院特别是容忍进入市场的新企业以低于成本的价格销售商品,因为这种低价销售的目的是在市场上取得一定的地位,以便获得一个正常的利润。法院只是在极个别的情况下,仅当企业具备了反对限制竞争法第20条第4款提出的前提条件,才会禁止一个低价销售行为。

从我国企业的情况看,绝大多数的降价销售是合理合法的。如国美电器就以低价销售闻名,但其销售额与利润却连续多年同步高速增长,这就说明这个低价销售是合理的,从而也是合法的。以彩电业降价活动中最引人注目的长虹来说,1989年的第一次降价销售是为了争取市场的主动权,当时长虹的库房堆积着20多万台彩电,产品积压达3.2个亿,银行存款只有1000元;1996年的第二次降价是为了扭转民族彩电业的危机,长虹认为,要想使消费者购买国产彩电,国产彩电在价格上应比进口名牌彩电便宜30%。此外,这个降价也是长虹承受得了的,否则就不会有今天的发展。1999年第三次降价同样是为了扩大市场份额,长虹认为,从企业的经济规模、技术条件和管理水平看,这次降价也不会发生亏损,而只会是将没有竞争力的企业淘汰出市场,扩大长虹的市场份额。应当说,长虹的降价是正当竞争,是市场优胜劣汰的过程。这样的价格竞争不仅有利于消费者,因为消费者可以从产品降价中得到实惠;也不仅有利于企业,因为通过竞争企业可以降低生产成本。特别重要的是,在我国多年因为重复建设和重复投资而造成生产过剩的情况下,只有通过优胜劣汰的竞争,才能合理调节市场上的供求关系,实现社会资源的优化配置。这种竞争当然不利于某些企业,因为在竞争中它们可能会被淘汰出市场。但是,只要有竞争,只要竞争中有优胜企业,那么同时就会有失败者。这是市场经济不可抗拒的规律,也是市场竞争的伟大功能。

我们不能因为某些企业在竞争者会失败就反对竞争,限制竞争,甚至惩罚竞争中的优胜者。因为这种做法会严重背离市场经济的原则,同时也会严重背离我国社会主义市场经济体制改革的方向。

三、行业定价问题

根据《关于制止低价倾销行为的规定》的第5条,在个别成本无法确认时,由政府价格主管部门按该商品的行业平均成本及其下浮幅度认定。这里的问题是,在个别成本无法确认的情况下,要求企业按照行业的平均成本销售商品是否是合理的。

从上述美国、德国的立法和司法实践可以看出,在市场经济国家,认定一个企业是否存在低价倾销行为时,只是从这个企业的个别成本出发,而不是以行业的平均成本作为依据。这是因为在市场经济体制下,定价权是企业的基本权利。只有允许企业自由定价,企业才能按照市场的情况,不断调整产品的价格,对市场作出反馈。

也许有人说,制止低价倾销行为的规定只是提出在个别成本无法确认时,才是由政府价格主管部门按该商品行业平均成本及其下浮幅度认定。但问题是,在今天的生产条件下,绝大多数企业都是同时生产或者经营多种产品,特别是销售领域的企业,甚至经营几百种几千种,因此很难精确计算某个具体产品的销售成本。如果事实上连个别企业的个别成本都不能精确测定,所谓的行业平均成本就更是一个主观的臆造。另一方面,根据市场经济国家的经验,一个企业被指控实施了低价倾销行为时,它一般都能找出各种各样的理由,说明其价格是在成本之上。正是因为存在着成本计算的难度,许多国家的反垄断法中虽然有着禁止掠夺性定价的规定,但事实上这种案例很少。

我国关于低价倾销行为的立法存在很大的问题。由于认定“排挤竞争对手或独占市场”的目的没有客观标准;“低于成本销售商品”事实上就成为认定“低价倾销”的基本要件。而认定低价倾销在实践中又存在很大难度,其结果就是相当多的低价倾销案件不得不按照行业的平均成本认定倾销行为。立法者已经认识到这个问题。因此,在这一制止低价倾销行为的规定中,除第5条的规定外,第10条规定“在个别成本无法确认时,行业组织应当协助政府价格主管部门测定行业平均成本及合理的下浮幅度,制止低价倾销行为。”第13条规定,“必要时,政府价格主管部门可以会同行业

主管部门或者委托有资质的中介事务机构对个别成本予以认定。因为一个行业中的企业不止几家或者几十家,而是上千上万家,政府部门、行业协会或者被委托的中介机构要测定一个行业的平均成本也许就需要很长时间。由于在市场经济条件下,价格是一个不断变化的因素,特别是原材料的价格甚至天天发生变化。在这种情况下,政府部门、行业协会或者中介机构所测定的成本价格就不是一个精确的数字,充其量不过是一个大概的估计。用一个估计的或者僵化的统计数据约束在竞争中应当不断适应市场需求的企业,这无疑是一个不合理的约束。

在市场经济条件下,国家容许企业自由定价,容许价格竞争,其基本原理是这种竞争可以鼓励企业改善经营管理,降低成本和进行技术革新,其结果就是实现了资源的优化配置。如果按照行业成本来认定企业是否存在低价倾销行为,特别是按照第14条的规定,商品的行业平均成本及其下浮幅度由政府价格主管部门会同行业主管部门确定和公布;消费者和经营者在举报低价倾销行为时,可将其作为主要依据;政府价格主管部门在调查认定低价倾销行为时,可将其作为参考依据;在这种情况下,为了避免麻烦,许多企业就不敢以低于行业的平均成本来定价,这在客观上就起到了协调企业价格的后果。如果一个行业的企业在价格上搞协调,因为企业都有实现利润最大化的愿望,其结果就会人为地抬高价格。此外,在一个行业普遍存在不景气的情况下,如普遍浪费或者经营管理不善的情况下,行业平均成本会大幅度高于某些经济效益较好企业的个别成本,从而限制了这些企业的降价幅度。在这种情况下,经济效益较好的企业便失去了及时扩大生产或者经营的机会,因此这种做法是打击先进和保护落后。此外,要求企业按照行业平均成本销售产品,也会严重损害消费者的利益,因为这是强迫消费者购买高价商品,或者迫使他们取消本来可以实现的消费。当然,这种做法也会损害整个社会,特别是从长远的眼光看,如果企业不能使用价格竞争这个因素,这在很大程度上会影响它们技术革新和降低成本的动力,不利于提高企业的竞争力,更不利于实现社会资源的优化配置。

(作者系中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,德国汉堡大学法学博士)