

购物节大促期间低于成本促销不构成不正当竞争

作者：何玮 | 吴方朔

摘要

“618”、“双十一”、“双十二”、春节是电商平台及商户年度促销规模、力度最大的节点。大促期间，经营者为获取更多的交易机会、市场份额和竞争优势，可能会低于成本价销售产品。通常认为，这种单纯的低价促销行为，符合大促期间的商业惯例以及消费者的合理预期，一般不会构成《中华人民共和国反不正当竞争法》（“《反不正当竞争法》”）第二条中规制的反不正当竞争行为；只有当有证据表明，相关经营者是以“低价”之名，实施误导消费者、虚假宣传、价格歧视，或销售假冒伪劣产品等违背诚信原则及商业道德的行为时，才可能构成反不正当竞争。

正文

春节将近，年底是各电商平台及商户年度促销规模、力度最大的节点之一，这一时期，经营者之间的价格竞争尤为激烈。

大促期间，经营者通过大幅度的降价促销，总是可以迅速吸引流量，消费者则因此获得价廉物美的商品，但对竞争对手来说，却是立竿见影的客源流失。在一些关键的大促节点，这种因为“突然大幅降价”引起的“此消彼长”或者说“赢者通吃”的效应会被进一步放大，一旦一个经营者选择降价，其他经营者如不及时“跟价”，无异于放弃了这一波大促期间的市场。因此，一些经营者在抱怨中会把这种“突然大幅降价”的行为称为“乱价”。

近年来，因为“突然大幅降价”在经营者当中实实在在引起了不少纠纷。在民事纠纷案件中，有经营者主张，“低于成本价销售产品”的行为，属于“低价倾销”的反不正当竞争。其中，比较有代表性的案件是某某商业发展有限公司（“原告”）诉北京某某贸易有限公司（“被告一”）、杭州某贸易有限公司（“被告二”）反不正当竞争纠纷案（“代表案例”）¹：

原告某某商业发展有限公司是淘宝平台上名为“某某品牌数码影音”的店铺的经营者，主要销售某某品牌音响。被告一北京某某贸易公司是某电商平台上“某某品牌自营旗舰店”（“涉案店铺”）的经营者，亦主要经营某某品牌音响，被告二杭州某贸易公司则是被告一销售的该品牌音响的供应商。

原告指控，被告一在2021年双十一预售期间，有13款某某品牌音响（“涉案产品”）的售价“低于成本

¹ 一审案号：（2022）京0102民初9514号；二审案号：（2022）京73民终4583号。

价”。原告认为，被告一、被告二低于成本价销售涉案产品的行为属于“低价倾销”，构成不正当竞争。

对此，一审北京市西城区人民法院、二审北京知识产权法院均认为，被告一在双十一期间、短时期内通过商品预售及发放优惠券的方式对涉案商品进行促销，虽然可能使得相关产品实际销售价格略低于进货成本，但该短时期降价符合“双十一”期间电商平台促销的商业惯例以及消费者的合理预期，不存在也无法达到排挤竞争对手、独占市场等扰乱市场竞争秩序的情形。根据原告现有证据，亦不能证明“被诉价格”已经达到违背该商业惯例的“不合理低价”程度，更不能证明被告存在以“低价”之名进行误导、虚假宣传、价格歧视、销售假冒伪劣产品等违背诚信原则及商业道德的行为。据此，本案一、二审法院均驳回了原告的全部诉讼请求。

市场竞争的本质就是以更低价格提供相同质量的商品/服务，单纯的“低价竞争”本身无可厚非。但值得注意的是：原告在该案中提出的指控是“低价倾销的不正当竞争”，这是一个最早出现在1993年版《反不正当竞争法》第11条，但在2017年《反不正当竞争法》修订时被移除了的概念，这个概念区别于单纯的“低价竞争”，强调的是低价背后的不正当性，即以排挤竞争对手、扰乱市场秩序为目的。司法实践也普遍认为，虽然移除了“低价倾销的不正当竞争”专条，但以排挤竞争对手、扰乱市场秩序为目的的“低价倾销”行为仍受《反不正当竞争法》第二条，即通用条款的规制。该案一、二审法院也是适用《反不正当竞争法》第二条审理了该案，并且重点审查了本案中二被告是否存在以“低价”之名进行误导、虚假宣传、价格歧视、销售假冒伪劣产品等违背诚信原则及商业道德的行为。

值得讨论的是：

- 既然《反不正当竞争法》仍然规制“低价倾销”行为，2017年《反不正当竞争法》修订时为何要删除规制“低价倾销”的专门条文？
- 既然《反不正当竞争法》只规制以排挤竞争对手、扰乱市场秩序为目的（即具有不正当性）的“低价倾销”行为，那么，在司法案例中，法院在审查和认定“具有不正当性”时的考量因素是什么？

一、“低价倾销”专条先后被列入、移出《反不正当竞争法》的背景

“低价倾销”在现行法律体系中是一种以排除和限制竞争为目的的“垄断行为”的概念，主要受《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）规制，但历史上并非一直如此。

“禁止低价倾销”的法律规定最早出现在1993年的《反不正当竞争法》中，该法第11条规定：“经营者不得以排挤对手为目的，以低于成本的价格销售商品。”在当时的立法者看来，90年代我国的市场经济尚在发育之中，尚无制定反垄断法的必要，但客观上市场竞争中已经出现了一些诸如低价倾销等必须加以规范的垄断行为，有必要禁止“低价倾销”，于是一开始，“低价倾销”是作为一种“不正当竞争行为”被法律所规制。

但随着市场经济的不断发展，立法者也意识到，“低价倾销”行为与一般的“不正当竞争”行为存在本质区别。“低价倾销”旨在排除和限制竞争，是有市场支配地位的商事主体利用其绝对的体量优势，彻底消灭弱小的竞争对手，以实现市场垄断的行为。这一行为与平等的商事主体之间的利用“不正当手段”恶性竞争、破坏和扰乱市场秩序的行为存在本质区别。因此，在2008年《中华人民共和国反垄断法》制定后，“低价倾销”被明确为一种“垄断行为”；2017年《反不正当竞争法》修订时，则彻底删除了1993年《反不正当竞争法》第11条，即“低价倾销”条款。自此，“低价倾销”在我国的法律体系中被明确为一种规范意义上的“垄断行为”的概念。

在代表案例中，被告一在“音响零售行业”并非“具有市场支配地位”，被告一、原告等均是该行业内平等的商事主体，客观上任何一方即便长期、持续“低于成本价销售”，也恐难在行业内实现垄断，更无谈因此获得垄断利润。所以，该案中被控的“低于成本价销售产品”的行为，并不是规范意义上的“低价倾销”行为。

前文提到，《反不正当竞争法》移除“低价倾销”条款主要还是从规范法律体系、规范法律用语的角度所采取的立法措施，但并不意味着以排挤竞争对手、扰乱市场秩序为目的的“低价倾销”行为不受该法约束。在代表案例中，法院亦依据《反不正当竞争法》第二条审查了被控的“低于成本价销售”的行为是否具有不正当性，换言之，若经营者以排挤竞争对手为目的实施了“低价倾销”，并造成了市场秩序的混乱，将构成《反不正当竞争法》第二条规制的不正当竞争行为。

二、法院认定低价销售行为是否构成不正当竞争时考量的因素

我们调研了大量指控“低价销售”行为构成不正当竞争的案例，以下简要总结法院在审理此类案件时判断是否构成不正当竞争的主要考量因素：

（一）中立因素：原被告所处的行业、所提供的商品/服务的类似程度，以及消费主体的重叠程度

即如果原被告分属不同行业，所提供的商品/服务不完全相同，消费者群体也存在明显差异，即使被告低价销售部分相同的商品，应当也不会产生明显的排挤竞争对手、扰乱原告所在行业的经营秩序的效果，不构成不正当竞争。

例如，江苏省南通市中级人民法院在（2011）通中知民初字第 0056 号案中指出：

《反不正当竞争法》（1993 版）禁止以排挤竞争对手为目的的低价倾销行为规制的是垄断行为。这里的竞争关系应作狭义理解，竞争主体应为相同行业，经营相同或近似商品，竞争目的系为争夺同一群体的消费公众。

本案被告某某设计装饰公司经营范围为装饰设计、施工，原告某某厨卫用品公司的经营范围为厨房用品、卫生洁具等的销售，两者并非同一行业。虽然被告在实际经营中亦销售与原告相同的商品（某某品牌坐便器），但两者的客户和消费群体不尽相同，应当不会产生因为被告的低价销售行为而使原告在销售某某卫生洁具的市场中难以继续经营或被排挤出市场的情形。

相反，如果原被告处于相同行业、销售相同的商品，面对相同的客户群，则相对更容易产生排挤竞争对手、扰乱原告所在行业的经营秩序的效果。

例如在河南省高级人民法院审理的（2020）豫知民终 679 号案中，被告非原告的经销商、也未沟通询价的情况下，以明显低于正常价格的报价与原告的客户签约许诺销售相关产品，导致该客户终止了与原告合同的履行及新合同签订，法院认定该行为扰乱了原告产品的价格体系、损害了原告的商誉，构成不正当竞争：

机械研究所提供的《工矿产品购销合同》两份、河南增值税专用发票 No.01005933 号、No.02887617 等证据证实同类产品的正常销售价格在 30 万元左右，而被告某某设备公司在合同中显示的价格明显低于原告某某研究所公司涉案产品真实价格，容易给相关客户造成原告产品价格虚高的印象。故被告虚报原告产品价格的行为，扰乱了原告产品的价格体系，损害原告的商业信誉，构成不正当竞争，依法应承担停止不正当竞争行为的民事责任。……本院认为，被告某某设备公司在未与原告某某研究所公司沟通询价的情况下，以明显低于正常价格的报价销售原告的产品，该行为扰乱了原告产品的价格体系，损害

了原告的商业信誉，构成不正当竞争，应当承担民事责任。

需要指出的是，前述的（2011）通中知民初字第0056号案判决书的作出时间较早，随着社会经济的发展，行业分工不断精细化，判定“是否存在竞争关系”的标准近年来已大幅放宽，不同行业的经营者所面对的消费主体亦可能高度重叠。因此关注的重点还应放在所提供的商品/服务的类似程度，以及消费主体的重叠程度方面。

（二）正面因素：低价销售的合理时机

在特定时期（例如双十一）、短期开展的低价销售活动通常不具有排挤竞争对手、扰乱市场秩序的效果，不构成不正当竞争。

例如，北京市西城区人民法院在代表案例的一审判决书中指出：

“双十一”网络促销日源于淘宝商城（天猫）2009年11月11日的促销活动，此后“双十一”逐渐发展成为各电商平台及商户年度促销规模、力度最大的节点之一，该时期经营者之间的价格竞争尤为激烈，平台及商户在双十一活动期间通过打折、发放平台补贴及商品代金券等方式加大促销力度，使得“双十一”活动期间的价格通常可能为年度最低价。涉案低价促销行为发生在2021年10月25日至10月31日，即“双十一”预售活动期间。被告一在这一特定短时期内通过商品预售及发放优惠券的方式对涉案商品进行促销，虽然可能使得相关产品实际销售价格略低于进货成本，但该短时期降价符合“双十一”期间电商平台促销的商业惯例以及消费者的合理预期，不存在也无法达到排挤竞争对手、独占市场等扰乱市场竞争秩序的情形。

（三）正面因素：低价销售对象的特定性

针对特定目标客户开展的有针对性的促销活动，通常不具有排挤竞争对手、扰乱市场秩序的效果，不构成不正当竞争。

例如，北京市丰台区人民法院在（2016）京0106民初8261号案中指出：

“1万瓶1元大换购”活动的价格虽然低于其成本，但该活动并非无任何限制条件，而是限制一个ID只能换购一次，而且必须是已经购买过其他遮盖液产品的消费者才能购买，活动也仅限1万瓶，限制条件准确定位目标客户群，而且仅为客户体验新产品需要，有利于消费者及时了解市场上的新产品，从而做出对其有利的消费判断；1元换购最多只能一次，不会对原告某某生物科技公司遮之遮盖液产品的消费者产生完全的替代作用。白斑遮盖液作为小众产品，用户群体较为固定，新产品的出现必定会吸引一部分其他品牌同类产品的消费者，但并不会导致排挤竞争对手、独占市场的结果。

（四）正面因素：低价销售具有其他正当目的

例如，上海知识产权法院在（2018）沪73民终160号案中指出：

对于不具有限制竞争目的的低价甚至低于成本价销售的行为不能认定为掠夺性定价行为，如企业刚刚研制出来的新产品基于市场推广的需要而低于成本价销售，不能认定为掠夺性定价行为。本案中，被上诉人作为磁选机产品市场的后来者，不具有市场优势，其通过提供磁选机给客户某某钛业公司免费试用再予销售，符合一般的商业惯例。

（五）负面因素：宣传自身“低价”的行为未发生在公开市场，而是以不正当的方式开展的

例如，北京市朝阳区人民法院在（2019）京0105民初22451号案中指出：

被告某某网聘公司通过“省钱招”浏览器插件，在用户基于涉案招聘网站所积累的商誉，选择涉案招聘网站提供的服务时，篡改涉案招聘网站页面设置，插入比价窗口链接，以更低的价格诱导用户。在用户点击链接中“通过省钱招下载”按钮后，页面将跳转至被告某某网聘公司经营的网站，用户转而接受被告某某网聘公司提供的服务。以更低价格提供相同质量的商品或服务的行为本身通常不具有可责性，反而可能成为促进市场发展的良性竞争因素。但正当竞争环境下，宣传自身低价的行为应发生在公开市场，就宏观而言不同经营者暴露于消费者的机会相当，消费者可根据其从公开市场上获得的信息进行权衡，最终选择服务主体，亦即消费者选择应在其从公开市场上获取信息之后。而本案中，被告某某网聘公司宣传自身低价的行为并非发生在公开市场，其向消费者输送低价信息的渠道为他人通过自身经营而形成的相对特定的交易空间，即涉案招聘网站，其通过利用省钱招插件在涉案招聘网站插入链接的方式，截取了涉案招聘网站的用户流量，掠夺了原告某某人才服务公司、原告某咨询公司基于其经营成本所将获得的经营成果，阻碍了原告某某人才服务公司、原告某咨询公司与用户之间的正常业务往来，直接损害了涉案招聘网站的经济效益，破坏了“以投入创造产出”的市场经营模式……构成不正当竞争。

三、结语

关于什么是“正当的竞争”、何为“不正当竞争”，广州知识产权法院在（2019）粤73民终6976号《民事判决书》中有一段透彻的论述：

反不正当竞争法意义上的商业道德不同于个人品德，亦不等同于一般的社会公德，商业道德以效益为先，与相关行业普遍接受的行为惯例密切相关，所体现的是市场经济条件下的商业伦理。竞争行为带有争夺市场利益的固有属性，规范竞争行为的商业道德不一定符合社会公德高尚、和谐的标准，但只要竞争行为的出发点是正当的，竞争手段是规范的，就符合商业道德……**竞争对手之间彼此进行商业机会的争夺是竞争的常态，竞争自由的边界在于同样尊重他人的竞争自由。就同一产品的交易机会而言，竞争本身就是给竞争对手造成损害的行为，竞争对手间一方有所得另一方即有所失。利益受损方要获得司法救济，还必须证明竞争对手的行为具有不正当性。只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用原则，违反公认的商业道德，通过不正当手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会，才为反不正当竞争法所禁止。**

也就是说，经营者在“双十一”等大促活动期间开展真实的、有力度的促销行为，即便部分产品的销售价格短暂低于成本，只要低价促销是通过自身补贴真实让利于消费者的活动，应是《反不正当竞争法》支持和维护的正当竞争行为。只有当有证据表明，相关经营者是以“低价”之名，实施误导消费者、虚假宣传、价格歧视，或销售假冒伪劣产品等违背诚信原则及商业道德的行为时，才会落入《反不正当竞争法》打击和规制的范围。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

何玮

电话： +86 755 3680 6589

Email: vivian.he@hankunlaw.com