



贸易和发展理事会  
贸易和发展委员会  
竞争法和竞争政策政府间专家组  
第十七届会议  
2018年7月11日至13日，日内瓦  
临时议程项目3(d)  
审查竞争法范本第五章和第六章

## 竞争法范本(2018年): 第五章修订稿\*

\* 系对 TD/RBP/CONF.7/L.5 号文件的修订。



## 竞争法范本(2018年): 第五章修订稿

### 申报

#### 一. 企业的申报

1. 虽属第3条及第4条范围但不受绝对禁止的惯例, 均存在被批准的可能; 企业须向管理机构申报, 提供所要求的全部细节。
2. 申报可由各有关当事方, 或由以其他当事方名义行事的一方或数方, 或由经正式授权以其名义行事的任何人向管理机构提出。
3. 如果一企业或个人以相同的条款与若干不同的当事方缔结限制性协议, 可只申报一项, 但须列具这些协议各当事方或拟参加协议的当事方的详细情况。
4. 如果根据法令规定申报的任何协议、安排或情况在条件或当事方方面发生了变化, 或者已告终止(并非满期), 或者已被废弃, 或者情况有了很大变化, 均须(在情况变化之时起(…日/月内))(立即)向管理机构申报。
5. 凡属于第3条和第4条范围并在法令生效之日已存在的协议和安排, 可允许企业请求批准, 但以自该日起(…日/月)内提出申报为条件。
6. 所申报的协议得于批准之日或于规定的批准期届满之时起生效, 或于申报之时起暂时生效。
7. 凡是未申报的协议或安排, 一俟发现并认定为非法, 将受全面法律制裁, 而不仅是修改而已。

#### 二. 管理机构采取的行动

1. 无论是批准、不批准, 或是须在达到某些条件和履行某些义务的前提下方可批准, 管理机构均应(于收到全部细节的正式申报之日起…日/月之内)作出决定。
2. 每隔(…)月/年, 定期审查所作出的批准, 以确定延期、中止或在达到某些条件和履行某些义务的前提下始得延期的可能性。
3. 如管理机构注意到下列情况, 便有可能撤销批准:
  - (a) 批准的合理条件已不复存在;
  - (b) 企业未能达到批准时规定的条件和履行规定的义务;
  - (c) 申请批准时提供的情况虚假或失实。

## 一. 导言

1. 第五章(申报)讨论的是对协议的申报,而不是对兼并和收购的申报。关于兼并和收购情况下申报问题的思考,见《竞争法范本》第六章。
2. 申报制度是指竞争管理机构对申报的单个协议进行事先监管、分析,然后通过给予许可或豁免予以确认或批准的制度。在某些制度下,潜在的反竞争协议当事方必须进行自我评估,并承担错误评估相关协议的风险,相对于这类制度,申报制度将评估责任转移给竞争管理机构。如协议当事方认为其协议有可能违反该国竞争法的任何目的性条款,可向竞争管理机构提交申报表。申报表通常由竞争管理机构设计,旨在收集有关下列方面的信息:协议标的物、据认为会违反的法律条款、相关市场、协议当事方的竞争者、所涉交易影响的最大客户群,以及给予豁免所依据的事实。这些信息应使竞争管理机构能够根据竞争法进行分析,以弄清所涉交易可能对指明的相关市场产生的竞争方面的效应,并确定是否有必要酌情予以批准或豁免。
3. 本示范法列出申报制度中使用的标准目的性条款,这些条款可纳入关于限制性贸易惯例的主要法律、竞争法以及辅助规章。
4. 申报制度以及该制度下采用的典型程序的一个良好例子,是1962年2月21日第17号规章制定的欧洲联盟以前的执行制度。<sup>1</sup>根据该制度,如果协议没有申报欧盟委员会,并获得豁免或批准,可能属于禁止反竞争协议的规定范围的协议的当事方就可能发现其协议在法院无效且不能强制执行。即使所涉协议如果申报本应获得豁免,情况也是如此。只有向欧盟委员会申报,协议才有可能获得豁免。因此,在协议生效至其申报之时这段时间内,协议当事方不能在国内法院强制执行该协议。这样一来,如果当事方想要其协议具有法律效力,就必须申报,因而,欧盟委员会收到了大量申报。<sup>2</sup>
5. 为了应对大量申报导致的行政积压,欧盟委员会设计了一项制度,通过执法制度的现代化,对无法充分处理的申报进行初步评估。这一制度载于第1/2003号规章。根据这个新的制度,对《欧盟运作条约》第101(1)条可能涵盖的协议、决定或统一做法不要求事先批准。相反,初步评估后可能产生两种结果:欧盟委员会发出安慰函或行政函,二者在法院都不具备约束力。安慰函会作出说明:协议没有违反禁止反竞争协议的规定(“否定性排除函”);或协议理应获得豁免。后一种函件只公布初步结论,而不是豁免,因此意味着协议无效且不能强制执行,因为《欧盟运作条约》规定,除非获得豁免,否则协议无效;或意味着整体豁免或欧盟委员会的通知适用于相关协议。如果欧盟委员会在初步评估中认定,协议可能产生反竞争效果,不应得到豁免,则在决定不作出正式裁决时,签发行政函。

<sup>1</sup> 该制度已被2002年12月16日第1/2003号规章取代,该规章涉及条约第81和82条列出的竞争规则的执行。

<sup>2</sup> B. Sufrin and A. Jones, 2004, *European Commission Competition Law*, second edition (Oxford University Press, Oxford). 在该制度实施后的几个月内,就收到了37,000项申报。截至1968年,即规章生效七年后,欧盟委员会只作出了五项裁决(L. Warloutzet, *Historical institutionalism and competition policy: The Regulation 17/62 (1962–2002)*).

6. 欧洲联盟先前的申报制度以及该制度的现代化过程显示了申报制度的一些利与弊(表五.1)。现代化的制度是从对反竞争协议的事先管制转向事后管制的一个例子。降低行政成本往往被视为这一改革的主要优点和动力,但是,任何改革申报制度的努力均需考虑到其他因素,特别是对新成立的竞争管理机构而言。

7. 申报制度为竞争管理机构提供了关于所管辖下的潜在反竞争行为的更多信息,因为要求企业披露存在的协议或安排及其内容。但是,在事后管制制度下,竞争管理机构常常必须就潜在的限制性做法自行开展调查,所依据的是有关这些做法的可能效果的有限信息。在事先管制制度下,信息披露不会适用于顽固的卡特尔,但可能对评价诸如纵向协议等其他种类的潜在限制性做法有益。但是,事后管制可能会提高企业不合规的风险,因为在这种制度下,企业不需要竞争管理机构的批准,而是靠自身评估其做法的效果。

8. 此外,通报制度比事后管制对反竞争做法产生更大的威慑效果。通报制度所包含的是在早期阶段制止有害协议的一种预防性政策,而事后管制只在协议签署和执行后才对其进行分析。平衡假阴性错误和假阳性错误的最佳途径是进行准确的调查,在充分掌握情况的前提下作出竞争执法决定。普遍承认,考虑到行政、有关信息以及鼓励措施方面的成本,只有在市场信号准确且竞争主管机构改进自身的知识和经验及决定质量的情况下,事后管制才能够比申报制度更为有效。<sup>3</sup>

表五.1

#### 申报制度：利弊概览

利	弊
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 帮助新成立的竞争管理机构在体制建设阶段收集相关资料,建立有用和丰富的数据库,使信息源源不断地流向竞争管理机构。</li> <li>• 进行申报常常使竞争管理机构注意到具有反竞争性的横向协议,而由于当事方的利益相近,这些协议本来不一定会被发现。</li> <li>• 在一个竞争法对法律环境来说仍嫌陌生,当地法学工作者对该法的基本原则知之甚少的环境中,申报制度可树立法律确定性。</li> <li>• 有助于在人们还几乎不了解竞争法概念的时期建立“竞争文化”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 可能给竞争管理机构的资源造成沉重压力,因此如果应对其他问题的可用资源不足,特别是如果不能适当调查和禁止恶性违法行为,就可能产生适得其反的结果。</li> <li>• 如果向管理机构作出大量申报,就难以对每一项协议进行充分审议。</li> </ul>

## 二. 第五章的评注和现行法律中的不同方针

### A. 现行法律中的不同方针：申报制度

9. 现行法律中的不同方针的一些例子见表五.2。

<sup>3</sup> RJ Van den Bergh, 2017, *Comparative Competition Law and Economics* (Edward Elgar Publishing, Camberley, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland).

表五.2

## 现行法律中的不同方针：申报制度

澳大利亚	<p>根据《竞争和消费者法》(2010 年)关于限制性贸易做法的批准、申报和许可的第七条，竞争和消费者委员会可根据当事方或其代表提出的申请，批准当事方的限制性贸易做法。</p> <p>根据《行为审批指南》(非兼并；2017 年)，如当事方就属于法律关于限制性贸易做法的第四部分下的行为获得委员会的批准，即获得法定保护，不受针对这一行为根据该法提出的法律诉讼。委员会做出的任何批准都必须明确说明，在批准生效期间，该法哪些条款不适用于所述行为。申请人可就所提议的行为是否有可能违反法律以及自身应否考虑申请批准征求法律咨询建议。法律第七部分第 1 节详细规定了委员会如何进行审批、申请的程序、对申请确定批准和撤销等事项。集体谈判的规定详细载列于第七部分第 2 节 B 分节。</p>
东部和南部非洲共同市场	<p>根据《竞争条例》和《竞争规则》第 57 条，竞争委员会可根据企业或其代表提出的申请，批准企业达成可能反竞争或可能具有在共同市场内大幅度削弱竞争效应的合同或安排或使其中的条款生效。在这种情况下，《竞争规则》第 16 和 18 条不妨碍企业按照委员会审批的条件订立合同或安排或达成一项谅解并使这样的合同或安排的任何条款生效。委员会在充分审议申请事项前可临时予以批准。</p>
意大利	<p>《竞争和公平贸易法》(1990 年)第 4 条规定，反托拉斯管理局可批准在有限时期内实行第 2 条禁止的协议或协议类别，这些协议或协议类别具有改进市场供应条件的效果，给消费者带来大量益处。应当考虑到需要保证企业必要的国际竞争力水平，明确此类改进，这些改进应特别涉及提高产量、改进生产或销售质量或技能和技术进步。此豁免不得允许非实现特定目标所严格必需的那些限制，不得允许消除较大份额市场上的竞争。如果豁免被当事方滥用，或据以批准豁免的条件不复存在后，管理机构可在发出通知后撤销这一豁免。</p> <p>自 2002 年 12 月 16 日第 1/2003 号条例生效后，对于涉及欧共体层面的协议，管理当局不得评估企业提交的之前申报的实质事项。</p>
阿尔巴尼亚	<p>《竞争保护法》(第 9121 号)第 49 条规定，竞争管理机构享有专属职权，可就协议申报作出决定，给予个案豁免。如果满足该法第 5 条规定的条件，管理机构可对个案给予豁免。豁免自申报之日起生效。</p>
新加坡	<p>根据《竞争法》(2006 年)第 34 条和就第 34 条禁止规定和第 47 条禁止规定进行申报并请求指示或决定的准则(2016 年)，企业可就下列事项向竞争委员会提出申请：</p>

(a) 指示，即委员会认为：

(一) 企业参与的一项协议(注意，法律第 34 条第(4)款扩展了“协议”一词，在经必要调整后，涵盖企业协会的决定及统一做法)是否有可能违反第 34 条的禁止规定，或协议是否可能属于集体豁免(法律第 43 条)的范畴或被排除在外；以及/或者

(二) 企业的行为是否可能违反第 47 条的禁止规定(法律第 50 条)；或

(b) 决定：

(一) 有关协议是否违反第 34 条的禁止规定(法律第 44 条)；以及/或者

(二) 有关行为是否违反第 47 条的禁止规定(法律第 51 条)。

企业向委员会申报一项协议，就不因该协议违反第 34 条的禁止规定而受罚款，这一时间从申报之日起，至委员会在就申报作出决定后发出的通知中规定的日期为止。该日期不得早于通知的日期。

土耳其

《保护竞争法》修正案(第 4054 号)取消了申报的义务。但是，可向竞争主管机构提出负面申请或申报豁免(第 8 条)。根据第 12 条，当事方可联合或单独进行申报。如果当事方中任何一方提出申报，则申报方必须通知其他有关各方。如果涉及企业协会的一项决定，则协会应向管理机构申报。

根据第 8 条，竞争委员会可根据所掌握的信息，发放负面许可证，说明一项协议、决定、做法或并购不违反《竞争法》第 4、第 6 和第 7 条。在发放这一证书后，委员会可根据第 13 条所规定的条件在任何时候撤销其意见。但是，在这种情况下，在委员会改变意见之前的这个时期内，对当事方不适用刑事处罚。

## B. 申报表中应提供的信息

10. 竞争管理机构可以要求所需的一切信息，以理解协议将对竞争有何影响，以及协议或做法是否存在任何可予补救的内容因而有理由获得豁免。因此，企业在报批过程中，须根据申报制度的要求将拟订立的做法或协议的全部细节向管理机构申报。待申报的细节依情况而定，不可能在每种情况下都相同。除其他外，须申报的信息可以包括：

- (a) 有关当事(各)方的名称和注册地址；
- (b) 各位董事以及所有人或合有人的姓名和住址；
- (c) 主要股东的姓名和住址，及其持股详情；
- (d) 任何母公司和关联企业的名称；

(e) 有关产品或服务介绍；

(f) 企业(一个或多个)的营业地点，各营业点的业务性质，以及企业(一个或多个)活动所覆盖的区域(一个或多个)；

(g) 相关市场和当事(各)方竞争者的进一步信息；

(h) 协议开始执行的日期；

(i) 协议的期限，或，如协议可根据通知终止，所要求的预先通知期限；

(j) 协议的全部条件，不论是书面条件还是口头条件，口头条件应在协议中作出书面表述。

11. 必须指出，申报表中提供的信息可能被公开，因此立法者应制定一项制度，保护申报时提交的机密信息。例如，南非竞争委员会提供的表格中，申请豁免者可以指出与申请表一同提交的那些机密信息。

12. 在报批过程中，申报方往往有责任证明拟议达成的协议将不会产生法律禁止的效果，或证明其不违背法律的宗旨。

### C. 现行法律中的不同方针：审查标准和豁免

13. 现行法律中不同方针的一些例子载于表五.3。

表五.3

#### 现行法律中的不同方针：审查标准和豁免

澳大利亚	《竞争和消费者法》(2010年)第七部分第1节第90条规定，竞争和消费者委员会在审议一项报批的申请时采用的法律标准取决于所从事的行为。
------	---

对于本身将会或可能会违反法律条款的行为，如类似卡特尔的行为、间接抵制和维持零售价格条款等，委员会可批准这一行为，但必须满足一项条件，即委员会满意地认定，在所有情形下，拟议的行为将会或可能会对公众产生益处，而这一益处超过拟议的合同或安排订立后或拟议的谅解达成后将会或可能会带来的任何竞争的削弱而对公众造成的损害；这条规定已经生效(第90条(5A)款)。

此外，委员会不会根据第88条就某项行为决定予以批准，“除非委员会满意地认定，在所有情形下：

- (a) 该种行为不会或不可能会产生显著削弱竞争的效果；或
- (b)
  - (一) 该种行为将会或可能会对公众产生益处；并且
  - (二) 这一益处将超过该种行为将会或可能会对公众造成的损害”。<sup>4</sup>

<sup>4</sup> 见 [http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/caca2010265/s90.html](http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/s90.html).

新加坡	<p>若干豁免和排除适用于协议。</p> <p>例如,《竞争法》(2004年)附录三规定,在下述情形下,违反第34条规定,阻止、限制或扭曲竞争的协议不适用第34条:</p> <p>(a) 订立协议是为了遵守成文法的一项强制规定(第2条第(1)款);</p> <p>(b) 为避免与新加坡的国际义务相冲突(第3条);</p> <p>(c) 部长确信存在特殊和有说服力的公共政策理由,因而有必要不对协议适用第34条(第4条);或者</p> <p>(d) 协议涉及某些货物或服务,而另外一部关于竞争的成文法规定,相关事项由另外一个监管机构负责管辖(第5条)。</p> <p>此外,第34条不适用于有助于改进生产或销售或可推动技术或经济进步的协议。此外,如果有可能适用集体豁免,则可对一项违反第34条的协议给予豁免。对于负责经营具有普遍经济利益的服务或具有创收垄断性质服务的企业订立的协议,只要禁止会阻碍该企业承担的特定任务的完成,就不得为该协议寻求豁免(第1条,附表三)。</p>
南非	<p>《竞争法》(1998年)第10条允许对构成该法第2章之下被禁止的做法的协议或做法给予豁免,它涉及限制性的横向和纵向做法以及滥用支配地位问题。要有资格获得豁免,协议或做法必须经认定符合下列条件:</p> <p>(a) 有助于促进或保持出口;</p> <p>(b) 提高以往处于不利地位的人控制或所有的小企业或公司的竞争力;</p> <p>(c) 改变生产能力,制止产业衰落;</p> <p>(d) 维持部长指定产业的经济稳定。</p>

## D. 评注

14. 《竞争示范法》第五章第一条第1款为一项非常宽泛且涵盖面甚广的申报制度创造了空间。该款既提到了属于第三章范畴的可能的反竞争协议,又提到了关于滥用支配地位问题的第四章禁令涉及的单边行为。立法者可以采用这样一个宽泛的申报或豁免制度,但很少针对滥用支配地位的行为使用申报制度。如果一个高度集中的产业部门要求特别监督和事先干预以维护竞争,那么部门规章似乎是更常用的手段。因此,受监管行业的在位企业往往受超出一般竞争法制度适用范围的特定的申报要求的约束。

15. 此外,如前所述,一个措词宽泛的申报制度还可能导致出现大量的申报。新的竞争管理机构不应低估申报制度对其资源造成的压力。竞争管理机构可能因

面临大量申报而很快陷入瘫痪。新的竞争法制度最好起草能对应予申报的协议作适当分类的条文。

16. 申报或豁免条款的一种措词方法，可以是仅规定某几类协议须作出申报，例如可能具有反竞争性质的横向协议，或超过某一门槛的协议，例如，申报方加起来的市场份额表明，如联合起来它们将具有显著的市场支配力，因此需要对它们之间的任何协议进行详细审查。

17. 第一条第 2 款涉及谁有资格申报协议的问题。

18. 第一条第 3 款涉及一家公司与不同当事方缔结若干平行协议的情况。为程序效率的目的，该款指出可以只申报其中一项协议，前提是这些平行协议的条款相同，并向竞争管理机构提供有关所有缔约方的身份的信息。

19. 如果竞争管理机构作出的批准在时间上没有限制，就适用第一条第 4 款中的规定。如果与最初的竞争法评估和批准有关的情况后来发生了变化，那么谨慎的做法是竞争法制度规定要申报这些变化，从而让竞争管理机构能够根据新的情况重新评估相关协议。

20. 第一条第 5 款涉及可能具有反竞争性质的协议在竞争法生效之前已经得到缔结和执行这一情况。通过规定当事方还须向竞争管理机构申报此前已经存在的协议，管理机构就能够行使管制职能，并确保新的竞争法得到遵守。

21. 对申报方而言，从申报之时起获得临时批准，并能够立即执行协议，似乎是一种最佳办法。但是，如果竞争管理机构在进行评估之后不予批准，这种临时批准就可能引起恢复原状和责任方面的严重后果。从法律确定性的角度来看，规定协议如获批准即告生效似乎是最佳办法。不过，如果竞争管理机构的工作量很大，因而无法及时评估所有申报，这种办法就可能造成严重拖延，从而可能影响协议的经济意义。

22. 有鉴于此，第一条第 6 款提出的第三种办法顾及程序效率考虑。如果法律规定的合理的一个合理的评估期届满，协议即被认为获得批准。这一办法使竞争管理机构能够行使其管制职能，对引起严重竞争关切的协议进行仔细审查，同时为申报方提供了大致时间表，以便有所规划。

23. 第一条第 7 款涉及不履行申报义务的后果。该款指出，不履行申报义务将受全面法律制裁，这可能意味着协议自动失效和被处以罚款，即使协议如果申报将有资格获得豁免。考虑到相称性原则，依据竞争法，对不申报行为的惩罚仅限于处以程序性罚款，只有在竞争管理机构评估之后证明确具反竞争性质的协议，才被处以其他惩罚，似乎不无道理。

24. 第二条规定了竞争管理机构在申报制度下可采取的行动。关于第二条第 1 款，应当注意到，为协议审查规定期限是申报制度的典型特征。与之相伴的往往还有一个推定，即如果审查期届满时竞争管理机构没有采取行动，即可认为批准已经作出。尽管法律应当明确规定期限，但有必要指出，评估一项协议的竞争效应需要时间，一般都比较困难，而且可能需要审议和评估申报表上没有提供的信息。有鉴于此，一些竞争法制度规定，如果相关事项较为复杂，需要额外的时间，管理机构可延长审查期。在这种情况下，在评估期内签发临时有效或暂时豁免证明也是有益之举。

25. 鉴于批准的相关情况特别是受协议影响的相关市场结构可能随时间而变化，谨慎的做法或许是竞争法制度要求对没有期限或长期的许可进行定期审查。如果竞争管理机构的批准有时间限制，或许就没有必要进行此种审查，因为申报方须在批准到期时重新提出申报。
26. 最后，如出现第二条第3款(c)项所述情况，可撤销批准。
-