



竞 争 上 诉 法 庭

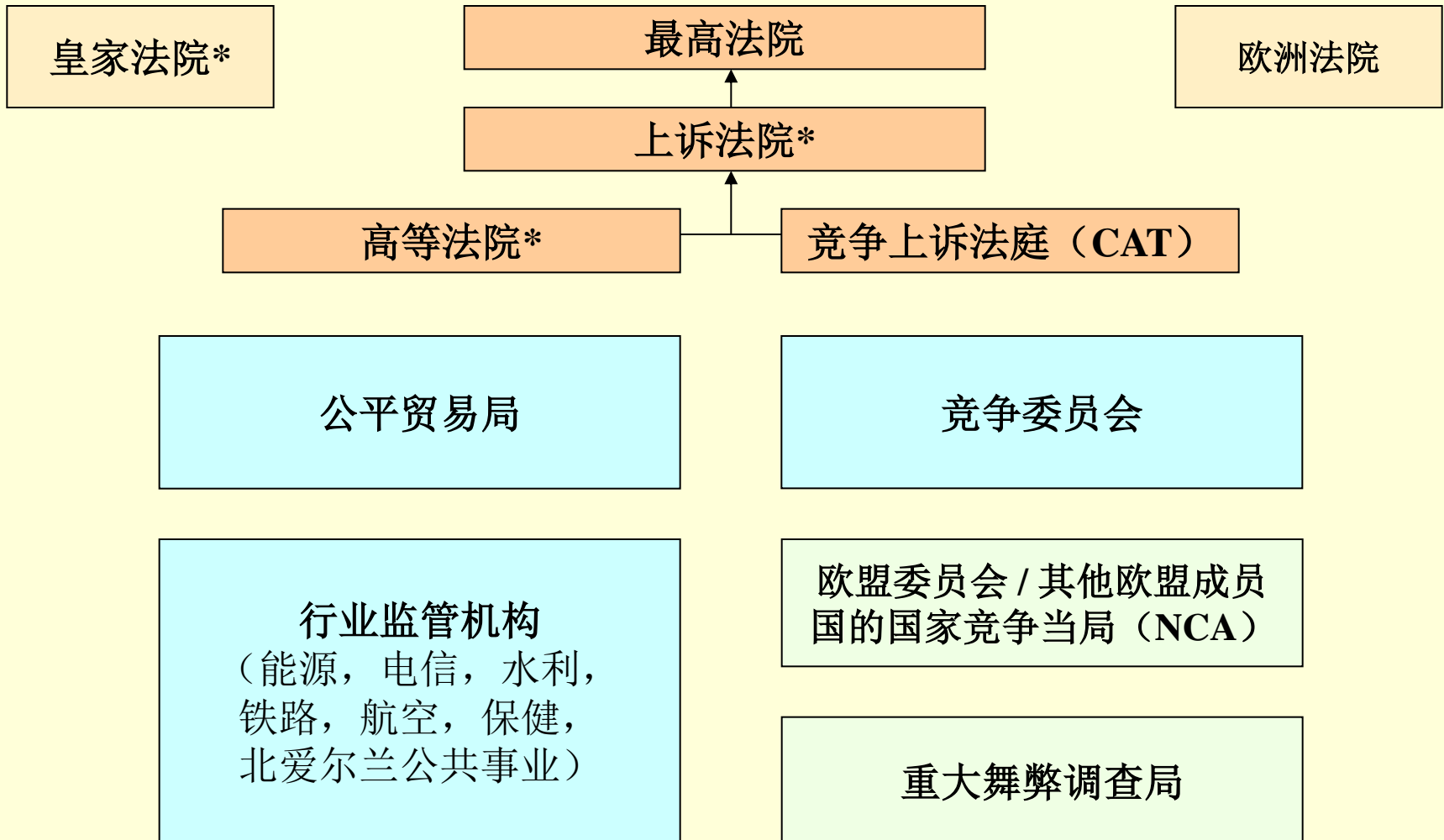
竞争案件中的证据、举证责任和举证标准

Gerald Barling爵士

概述

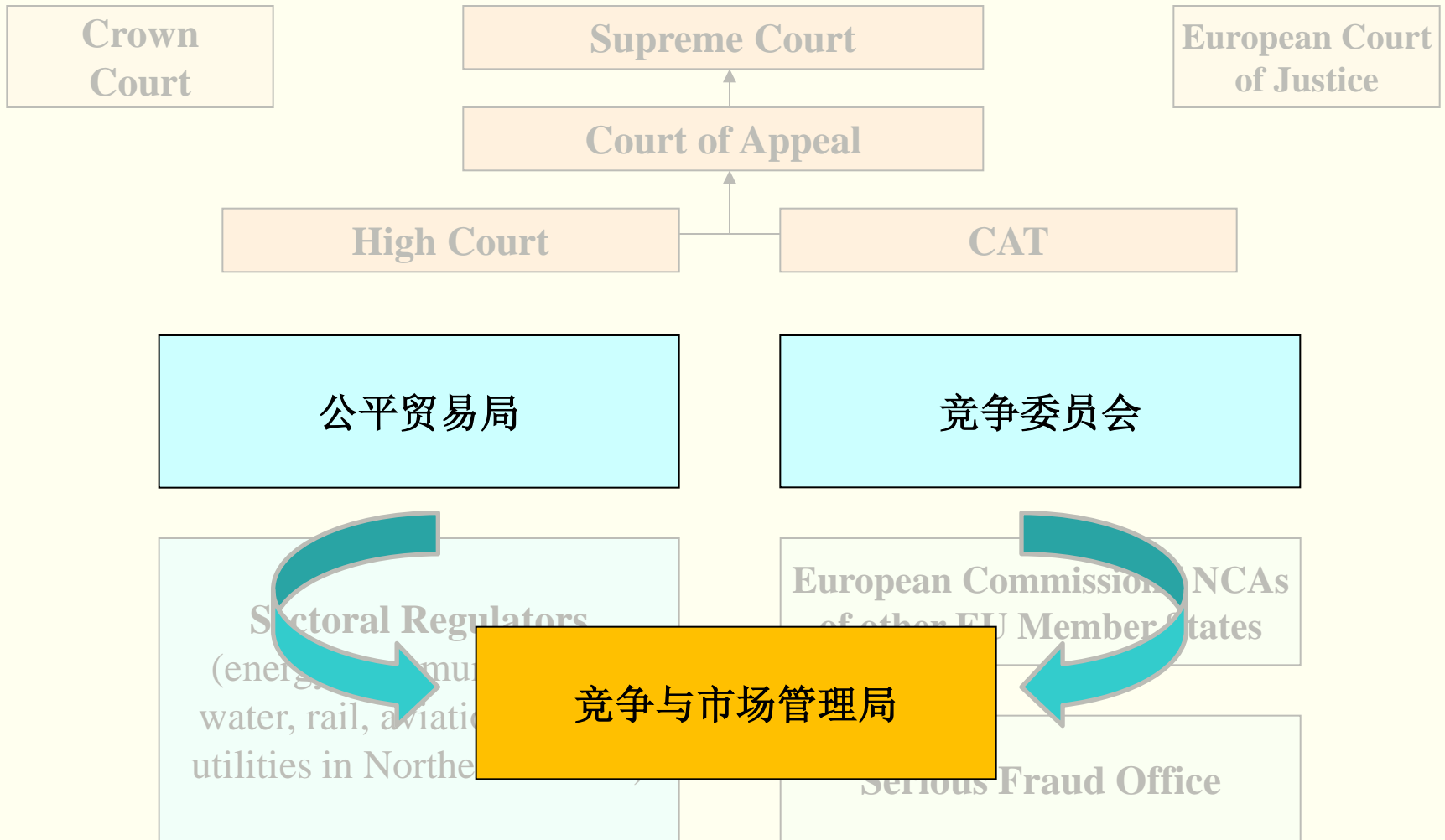
- 英国和欧盟的竞争执法制度
- 举证责任
- 举证标准— 欧盟与英国
- 证明违法行为的存在
 - ⇒ 竞争案件中的证据的性质（及来源）
 - ⇒ 公共执法与私人执法对比
- 在损害赔偿诉讼中确定因果关系和损失数额

英国竞争当局与法院

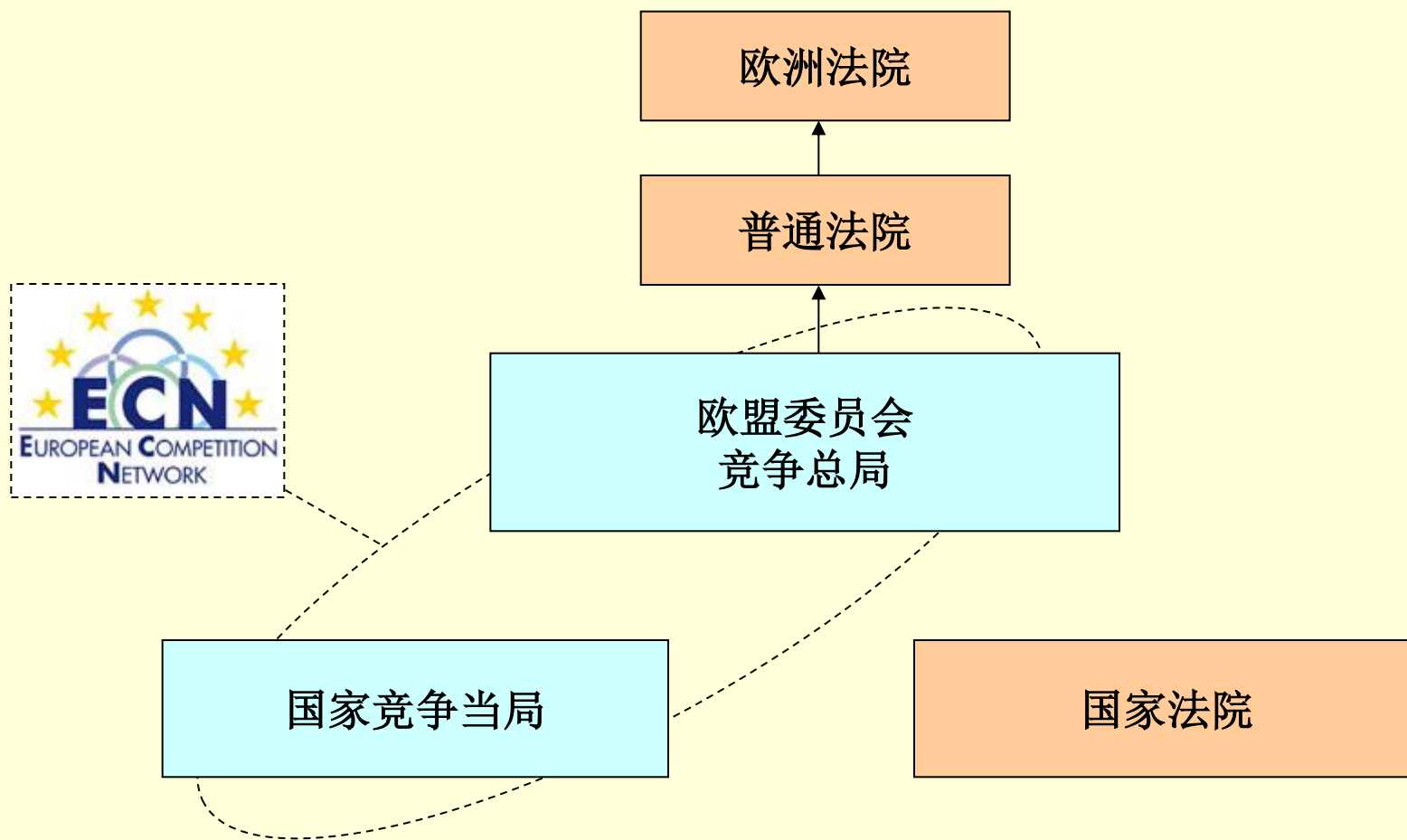


为了简便起见, 只列出了英格兰和威尔士地区的法院。苏格兰和北爱尔兰地区的法院在各自的司法辖区内履行类似的职能。

改革计划 – 从 2014年 4月开始



欧盟竞争当局与法院



举证责任

- 证明存在违反《欧盟运作条约》（TFEU）第101条第（1）项或第102条的行为的责任归于诉称存在该违法行为的当事方或当局（1/2003号条例第2条）
 - ⇒ 但是，“...一方所依赖的事实证据的性质可能需要对方提供解释或正当理由，若对方不能提供，则可以认定举证方已经履行了举证责任”（案例C-204/00 P, *Aalborg Portland v. Commission*, 第79段）
 - ⇒ 例如，需要对方证明它已经“公开远离”了卡特尔会议（案例C-199/92 P, *Hüls v. Commission*）
- 当事方主张其符合TFEU第101条第（1）项规定的享受豁免的标准的，举证责任转移
- 人权
 - ⇒ 被控违法的经营者享有无罪推定权利：《欧洲人权公约》（ECHR）第6条第（2）项。

欧盟的举证标准

- 不存在特定的欧盟法律/指引
- 法院判决
 - ⇒ “...欧盟委员会有义务证明它所认定的违法行为成立，并提出能够按法定标准证明构成违法行为的状况存在的证据”（案例C-185/95 P, *Baustahlgewebe v. Commission*, 第58段）
 - ⇒ “...欧盟委员会必须提出准确且一致的证据，来支持发生了违法行为这一坚定信念，因为证明违法行为的存在及其持续时间的责任由其承担...”（案例T-67/00, *JFE Engineering v. Commission*, 第341段）
 - ⇒ 任何疑点利益必须归于被控违法的经营者（案例 27/76, *United Brands v. Commission*, 第265段）

英国的举证标准

- 英国法中的“盖然性权衡”标准
 - ⇒ “民事举证标准永远意味着多半可能...但是...有些事的可能性本来就比其他事的可能性更大。要让人相信被人看到在摄政公园里走动的那个生物多半可能是只母狮，较之以同样的盖然性标准使他相信那是只阿尔萨斯犬，将需要更为有力的证据。基于这个原因，通常需要有有力的证据...但是，问题总是在于，法庭是否认为盖然性超过了一半。”（*Home Secretary v. Rehman* [2001] UKHL 47，第55段，Hoffmann大法官的论述）。
- 卡特尔刑事诉讼的更严格标准：“排除合理怀疑”（或者“确定”）
- 涉及严重处罚的竞争案件：
 - ⇒ “...涉及处罚的[《1998年竞争法》项下的]诉讼程序中的举证标准属于民事举证标准，但适用该标准时必须记住一点：违反该法行为是会招致严厉经济处罚的严重行为。在每起案件中，[公平贸易局（OFT）]有责任在强大而具有说服力的证据的基础上，考虑到其所控行为的严重性，使本院相信该违法行为已经得到了适当的证明，同时当事经营者有权主张无罪推定和可能存在的合理疑点。”（*Napp Pharmaceutical v. DGFT* [2002] CAT 1）。
 - ⇒ “近些年来，关于在重大案件中是否存在‘加高的’民事举证标准的问题存在很多争论。本院认为，通过[最高法院]的一系列判决，特别是...[*Rehman* 案第55段判决]...，这种争论已经归于平息”。（*North Midland v. OFT* [2011] CAT 14，第16段）。

竞争案件中的证据的性质 (I)

■ 竞争违法行为的隐秘性

- ⇒ “...这些做法和协议所引发的活动以隐秘的方式进行，...会议秘密召开，相关的文件资料被尽量减少，这是正常现象。即使欧盟委员会发现了能够明确显示商家之间存在非法合同的证据，如会议记录，通常也只是零星而琐碎的，因此常常有必要通过推理重建某些细节。在多数案件中，反竞争做法或协议的存在必须从大量的巧合和迹象中推导出来；在没有其他合理解释的情况下，这些巧合和迹象结合起来，就可以构成存在违反竞争规则行为的证据。” (*Aalborg Portland*, 第55-57段)
- ⇒ “...即使是单项证据，或者是纯粹的间接证据，在特定的背景和条件下，也可能完全满足要求的标准。” (*JJB Sports plc v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, 第 205段)
- ⇒ “竞争案件是事实特别集中的案件。许多为证明反托拉斯损害赔偿主张所必须关键证据被隐匿起来，掌握在被告或者第三方手里的，原告通常无法了解充分的细节。” (《2008年欧盟委员会关于损害赔偿诉讼的白皮书》)

竞争案件中的证据的性质(II)

- 信息不对称与推定的使用
 - ⇒ 推定：即使仅从一次卡特尔会议中获得的信息也将影响市场参与者的行为。（案例 C-8/08, *T-Mobile Netherlands v. Nma*）
 - ⇒ “...OFT 完全有权根据既有的一系列情况作出推论或推定，例如推定经营者参加会议具有明显的反竞争意图，以此作为裁定过程的一个步骤”。（*Claymore Dairies v OFT* [2003] CAT 18, 第 10段）

证据来源

- 文件。如笔记，会议记录，投标文件，日志
- “爆料人”的陈述和证词
- 对证据和文件缺乏保管
- 行为
 - ⇒ 经营者投标行为的证据
 - ⇒ 价格波动监测
- 庭审中的口头证据

示例: 英国建筑案件

ANNEX 1

0527

TENDER SHEET.

JOB:- NEW HOUSE AT WESTERN TERRACE THE BRICK NOTTINGHAM.	FILE NO. 2518
ARCHITECT: MARSH & GROCHOWSKI.	JOB NO. 136
Q.S.	200 A.

SUBMISSION DATE.

Month: MONDAY 22nd JAN 2001

TENDERERS:

15	19		12	BODILL
16	16	10400 (1)	13	WATSON & SON (C) FROM Q/S
17	17		14	Mr. THOMPSON
18	18		15	FRUDD
19	19		16	
20	20	1999 (2)	17	NSWTN HILLS COMIT (C) FROM W/L
21	21		18	01623 TIS O/SY C/REY W/HEAT W/HEAT
22	22	14015 (3)	19	R. WOODHEAD (C) FROM Q/S
23		26 W/L	20	01623 571515 BOB JOHNSON
24		29107 TBA	21	WOODHEAD (C) FROM Q/S
25			22	CLARKS
26			23	ANALYSIS
27			24	PRELIMS £ 53061
28			25	P.C. SUMS £
29			26	PROV. SUMS £ 11000
30			27	SUB TRADE £ 118602
31			28	BODILL £ 90095
1			29	272758
2			30	+ 5% 13637
3			31	TENDER £ 286395.0
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				
13				
14				

PMB

示例：英国建筑案件（续）

- OFT据以证明存在针对诺丁汉房建工程项目的“掩护式投标”行为的证据
- 法庭在上诉中的观点（*North Midland v. OFT* [2011] CAT 14）：
 - ⇒ “Bodill据称用以记录其投标活动的制度在[一份说明文件中]有描述，其中只援引了一份投标单。North Midland和本庭都无法参照其他投标单来验证该[文件]中的说法，也无法从据称制作了这些记录的人员那里获得证据...。这种状况是无法令信服的。
Bodill的投标单很可能确有可疑之处。对于该文件存在的关注和问题是有可能做出令人信服的解答的。但是实际上没有，因此本庭对该文件的证据价值存有疑问。”（第27-28段）
 - ⇒ “基于对盖然性的权衡，本庭认为North Midland 违反...禁令的指控不成立。”（第31段）
 - ⇒ “.....当关键事实存在争议时，如果缺少以正常方式宣过誓、其说法可供争议方质证核实的证人提供的证据，要解决这些问题是很难的。在核心事实问题无法解决的情况下，案件结果可能要取决于举证责任如何分配。”（第34段）

公共执法中对违法行为的证明

- 欧盟和英国的广泛搜集信息和文件的权力：
 - ⇒ 英国具有富于吸引力的豁免/宽免制度，包括对个人的刑事豁免
 - ⇒ 搜查营业场所、私人住所和车辆、扣押/复制文件以及进行电子搜索的权力
 - ⇒ 索取信息和文件以及在约谈中录口供的权力
 - ⇒ 欧盟成员国之间的信息共享机制
 - ⇒ 对违反义务行为的处罚，例如
 - E.ON Energie公司因损毁欧盟委员会在调查期间加贴的封条被处以3800万欧元罚款
 - 英国对拒不服从竞争调查行为施以刑事制裁（《1998年竞争法》第42条）

后续损害赔偿诉讼中 对违法行为的证明

- 英国/欧盟对违法行为的裁定对英国法院具有约束力（《1998年竞争法》第58条A款；1/2003号条例第16条第（1）项），但欧盟成员国的做法各有不同
- 向欧盟委员会索取信息的权力（1/2003号条例第15条第（1）项）
- 和解裁定的影响
- 从竞争当局的调查档案中获取信息（包括宽免材料）
 - ⇒ 欧洲法院对C-360/09, *Pfleiderer v. BkA* 案的判决以及此后成员国的案例（英国的 *National Grid* 案）
 - ⇒ 对企业供述与既有材料的区分
 - ⇒ 欧盟透明度法规的使用：T-344/08, *EnBW v. Commission*
 - ⇒ 欧盟预期将进行的关于宽免文件的获取的立法

独立损害赔偿诉讼中 对违法行为的证明

- 可能成本高昂、难度很大

- ⇒ 2011年4月15日高等法院对*Purple Parking v. Heathrow Airport* [2011] EWHC 987 (Ch)案的判决

- 信息披露

- ⇒ 《民事诉讼规则》第18条—法院可命令当事方提供有关诉讼中存在争议的问题的更多信息

- ⇒ 《民事诉讼规则》第31条—标准的披露要求当事方披露：

- 自身依赖的文件

- (1) 对自己的主张有不利影响的文件；(2) 对另一方的主张有不利影响的文件；或(3) 支持另一方的主张的文件

损害赔偿诉讼中 因果关系的证明

■ “若非”标准—构建“反事实世界”

- ⇒ “法院所关注的问题并不是确认一个特殊事件的全部可能原因，而是造成损害的有效原因，从而划定该损害的责任。”“若非”标准追问的是：“若非”被告的过错（或其他不法行为），原告所主张的损害是否会发生？”（*Clerk & Lindsell on Torts*, 20th Ed (2010)）
- ⇒ “因此，本庭必须确定，如果[X]没有实施索赔主张所针对的滥用行为，在这种反事实条件下或者‘若非’世界中”，将会发生何种情况。然后我们必须把[Y]在这个反事实世界中将会赚到的金额与它实际赚到的金额进行对比...看看[Y]是否因为[X]的滥用支配地位行为遭受了什么损失。当事方对构成这个反事实世界的许多要素都存在争议。”（*Albion Water v. Dwr Cymru* [2013] CAT 6, 第60段）
- ⇒ 这个“反事实世界”不但不存在该违法竞争法的行为，也没有其他任何违法行为（*Enron Coal v. EWS* [2009] CAT 36, 第90段）。

确定损失额度

- （对立双方的）专家报告和证词的使用—例如“公交车之战”案件中双方专家对乘客数量的矛盾观点（*2 Travel v. Cardiff Bus* [2012] CAT 19）
- 2011年欧盟委员会关于针对违反竞争法行为提起的损害赔偿诉讼中的损害量化问题的指引的草案
- 英国政府咨询文件中建议推定卡特尔的超额收费幅度为20%，人们对此存在争议
- 收费转移抗辩
- *Albion Water* 损害赔偿案—当事双方提出对立的额度“模型”来反映诸多存在争议的可变因素。
- 惩罚性损害赔偿— 在*2 Travel* 案中首次做出了这种赔偿判决，不过情况特殊：
 - ⇒ 报复性的掠夺策略被伪装成一次推出新型“基本”服务的试验：“...Cardiff公交公司所谓的市场测试的目的不过是有意掩人耳目，旨在对外界粉饰这种极不光彩的行径。不客气地说，就是骗人的。”（第586段）。
 - ⇒ 竞争当局未对该违法行为作出处罚。

因果关系与损害额度：如何划分界线？

- 在“机会损失”案件中，或者在损害额度取决于第三人的行为的情况下，需要仔细区分因果关系问题和损害数量问题

⇒ “要确定被告的过错与原告蒙受的损失之间的因果关系需要什么首先取决于该过错属于某种积极的行动或违法行为抑或是一种疏忽或懈怠行为。如果属于前一种情况，因果关系问题就是历史事实问题...”

一旦得到了盖然性权衡结果的确认，该事实就被视为真相，原告就会获得全额损害赔偿。赔偿数额不会因为法官认为权衡结果只是稍稍偏向原告方而有所折减；如果原告无法证明其损害多半可能是该事件造成的，就会一无所获。

但是，原告损失的量化问题可能取决于未来的不确定事件...公认的法律原则认为，这些问题不是通过盖然性权衡来确定的，而是通过法院对最终风险或升职几率的评估（通常用百分比表示），而应该指出的是，这种风险或几率至少部分地取决于第三方的假设行为...

在许多案件中，原告的损失额度都取决于第三方的假设行为...在这样一个案件中，是要原告通过盖然性的权衡，证明...第三方将会作出使原告受益或者使原告免担风险的行为呢，还是说原告只需证明他拥有实质性而非臆测性的机会即可胜诉，亦即把对这个实质机会的评估作为决定损害赔偿数量的问题呢？...我毫不怀疑...后一种做法是正确的。”

（*Allied Maples v Simmons & Simmons* [1995] 1 W.L.R. 1602, Stuart Smith 大法官的判词）

其他救济

- 临时禁令和最终禁令
 - ⇒ 较有可能在滥用支配地位案件中使用
 - ⇒ 作为给予临时救济的条件，申请人经常需要作出损害赔偿交叉承诺
 - ⇒ 英国政府关于私人执法诉讼的建议指出，临时性救济可能是中小企业（SME）需要的唯一救济方式，但需要迅速实施（例如在拒绝供应案件中