

致：《競爭條例草案》委員會

對《競爭條例草案》規管指引相關文件的意見

1. 工商界一直擔憂《競爭條例草案》的關鍵條文，不但範圍過於廣闊，且定義空泛，因此，我們歡迎當局的文件，就「第一行為守則」、「第二行為守則」及「市場」定義，提供進一步的闡述。
2. 然而，當局在文件表明，競爭規管指引由日後的競爭事務委員會訂立，「有關責任不會受本文件所影響」，文件所述內容根本不能反映將來規管指引的方向。
3. 而且不少業界人士反映，文件所列的指引仍然空泛，根本未能令業界對各項行為守則的定義與界線，有更清晰的理解，反而增添更多疑慮，難以釋除工商界的擔憂。
4. 工商界亦疑慮，即使經過諮詢，但最終制定的指引亦可能與諮詢結果有所出入。例如目前草案的不少關鍵條文，與當局於 08 年就競爭法詳細建議諮詢文件中的建議，有明顯差異。例如諮詢文件就「第一行為守則」，建議禁止「具有嚴重削弱競爭的目的或效果的協議及一致行動」，但目前草案卻變成「其決定目的或效果是妨礙、限制或扭曲在香港的競爭」，但諮詢的報告亦從未提及有公眾意見提出要求改變字眼。
5. 事實上，現時法律、學術、工商界至社會對競爭法的看法有不少分歧，規管指引的內容會受將來競委會的成員所主導，獲委任人士的立場可能南轅北轍，加上指引需要不時更新，指引的內容與執法尺度會否隨著競委會成員更替而前後不一、時鬆時緊？
6. 這將令工商界無所適從，我們期望當局解釋，有何機制保障規管指引將能反映工商界與市民的實際意見，以及保有一致性及確定性。

指引未能提高法例的確定性

7. 當局多次解釋，條例主要就行為守則提出概括條文，以免產生法律漏洞，但規管指引將為工商界提供具體明確的闡釋與舉例，眾多工商界關注的條文，包括行為守則、市場、「低額模式」的定義，均會在將來的規管指引列明。
8. 然而，局方的文件表明，規管指引只「示明競委會期望以何種方式詮釋和執行行為守則」，換言之，指引不具法律效力，亦不代表法庭會同樣地詮釋各行為守則，根本未能提高法律確定性，不利工商界遵行法例。
9. 事實上，香港《競爭條例草案》主要參考的歐盟競爭法，亦同樣透過概括條文與規管指引的模式執法，但指引不具法律效力，法庭判決時不一定考慮。有研究¹統計，歐盟的 Court of First Instance(CFI)及 European Court of Justice(ECJ)，在 2000 至 06 年間，在判決中引用歐盟競爭指引的平均比率，分別只有約 25%及 7.8%，在 2000 年前的數十載，法庭更只曾在判決中引用指引 41 次。
10. 而且，歐盟法庭即使考慮指引，只作輔助參考，主要判決依據仍是競爭條例。曾任英國 Competition Appeal Tribunal 主席的 Sir Christopher Bellamy QC 早前出席本地的競爭法論壇時，便指歐盟的競爭法條文概括空泛，主要靠指引及案例來執法，缺乏法律上的確定性，亦有專家指，不時會出現歐盟法庭對條文的詮釋，與競委會及其競爭指引不一致的情況，
11. 以中小企十分關注的「低額模式」為例，歐盟在 1970 年首次定出「低額模式」指引(de minimis notice)，但不少法庭案例卻未必考慮指引的「低額」門檻，如 1983 年「Pioneer vs. Commission」²的上訴案例，雖然涉案的業務實體的總體市場佔有率，低於當時「低額」門檻的 5% (法國及英國市場的總佔有率分別 3.38%及 3.18%)，但 ECJ 仍裁定有關業務實體的行為足以影響競爭。

¹ Ștefan, O. A. (2008), European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?. European Law Journal, 14: 753–772. doi: 10.1111/j.1468-0386.2008.00443.x

² Cases 100 – 103/80, Pioneer v. Commission, [1983] ECR 1825.

12. 因此，單靠不具法律效力的規管指引，未能有效提升競爭條例的法律確定性，我們再次促請當局考慮，把重要的條例概念，包括核心反競爭行為、市場定義及「低額模式」等，寫入主體法例，讓工商界對條例能更確切掌握及理解，以遵從法例，否則將大增企業遵從法例的成本，亦對營商構成不確定性與風險。

「第一行為守則」

13. 當局文件列出的「第一行為守則」定義與例子，雖較草案詳細，但業界人士反映，文件的闡述仍空泛概括，無助業界了解行為守則，部分內容與例子更令業界更感混淆與憂慮，例如：
- a. 文件 4.2 段指出，「沒有自動違反第一行為守則的情況」，但文件又表明，「直接或間接訂定價格」、「串通投標」及「分配市場的協議」三種協議，「就其性質而言，均會被視為對競爭構成顯著限制」(4.7、4.10、4.13 段)，這是否代表上述三種協議在性質上已自動屬反競爭？
 - b. 文件指「分享資訊」可觸犯「第一行為守則」，但未有明確交代分享哪類資訊、如何交換資訊才屬違規？商會與企業間交流行業資訊，是慣常及合理做法，指引若只作出空泛解釋，將令企業無所適從，更可能因此窒礙正常的商業交流。
 - c. 「交換價格資料」方面，文件指「直接向買家通告價格，則可能有利競爭」，但如何界定「直接向買家通告價格」的方式或媒介？如油公司均公開宣布調整價格，但現實所見，不同油公司的價格調整時間與幅度，往往十分接近，油公司「直接向買家通告價格」是否就不違規？此外，假設商會成員於網上平台，交換價格資訊，消費者可直接上網取得有關資訊，但商會未有公開宣傳有關網頁，這是否屬「直接向買家通告價格」？
14. 文件指出，縱向協議在大多數情況下均無損、甚至有利競爭，但「在市場具相當程度權勢的供應商，可藉縱向協議限制競爭對手進入市場」。然而，在市場具相當程度權勢的供應商若濫用縱向協議，已觸犯「第二行為守則」，究竟有關供應商將受第一或第二行為守則的制裁？為令「第一行為守則」規管範圍更清晰，我們認為，以「第二行為守則」處理縱向協議較為合適。

「第二行為守則」

15. 「第二行為守則」主要針對「具有相當程度的市場權勢的業務實體」，但文件完全沒有就「具有相當程度的市場權勢」，作出明確定義，如市場佔有率門檻、營業額門檻等，無助工商界加強了解。
16. 海外司法管轄區大多以 40%至 60%作為市場佔有率的門檻，並於指引中訂明百分比，政府現時對市場佔有率門檻有何傾向？會否要求競委會必須在指引中，訂出與歐盟(40%)、英國(40%)，或新加坡(60%)相若的門檻？

「市場定義」

17. 條例草案中的多項規定，均與「市場」有直接關連，如「第一行為守則」中「分享市場或供應來源」協議，「第二行為守則」針對濫用市場權勢，「低額模式」亦可能以市場佔有率為門檻。因此，「市場」定義，對判斷一個業務實體是否違反競爭守則，有關鍵性影響。
18. 當局文件表示，會透過「假定壟斷者測試」的概念分析方法，界定不同個案的「市場」定義。有關測試會把消費者視為可代替的產品或服務，納入受調查產品的「相關市場」，但不同人的消費模式各異，對「市場」的界定會否流於主觀？例如「iphone」與其他智能手機是否屬同一市場？芽菜與蔬菜是否同一市場？不同消費者均有不同看法，如何作出客觀判斷？
19. 對工商界而言，以如此理論性與學術性定義，界定現實的「市場」，將感到難以理解，尤其中小企欠缺資源尋求專業顧問，更難以肯定其產品或服務所屬的市場，這將對工商界遵行條例帶來極大的困難及不確定性。

經濟動力

2011 年 7 月 11 日