

對香港《競爭條例草案》反對意見的回應

2011年2月24日

自2010年7月《競爭條例草案》提交立法會後，坊間出現一些反對草案或草案個別措施的聲音。我們現通過這一封公開信，總結十二點主要的反對意見，以及我們參考國際經驗的回應。

反對意見1：香港市場競爭的程度很高，並不需要競爭法

香港市場競爭的程度很高而不需要訂立競爭法這說法，是一種誤解。香港的出口企業及部份本地經濟產業都有很大的市場競爭，但一部分的本地市場都出現寡頭壟斷或市場高度集中，例子包括管道燃氣、電力、燃油、超市及私人住宅供應。市場集中本身並非必然有害，但當市場越集中，出現反競爭行為的風險會越高。大部分反競爭活動都會秘密進行，政府現時並無權力就懷疑反競爭的行為作調查，因此難以搜集相關行為的證據。但從外國例子可見，小型經濟體市場容易集中，當市場只有少量企業參與時，企業聯合行動通常較易進行，因為參與聯手的企業較易監察其他參與者的行動。

跨國企業聯合行動通常針對沒有競爭法例的司法地區，這代表跨國企業有機會針對香港市場訂立反競爭協議，令香港企業及消費者付出更高昂的代價。世貿就貿易及競爭關係的討論中亦曾舉出這種現象的證據（可參考2002年6月20日“Background Note WTO Secretariat on Provisions on Hardcore Cartels”，WT/WGTCP/W/191，第8段）。

當大型司法區，如美國、歐盟及日本，揭發跨國企業聯合行動時，小型司法區通常都能順勢展開本地執法，不需太高執法成本而能夠懲罰參與聯合行動的企業。這是香港訂立競爭法的另一個益處。

最後，國外競爭法執法機構通常針對本地經濟中缺乏競爭的部分，因他們相信競爭法的實施在這方面能為消費者及中小企帶來最大的益處。在香港建立競爭法將可為本地消費者及中小企帶來類似的得益。

反對意見2：競爭法是貿易戰中保護本地產業的武器

誠然，政府可利用法律去保護本地產業不受競爭影響，如為對外貿易設置門檻，包括關稅、入口配額及入口「標準」規定等措拖，以阻礙進口，讓本地公司受惠。其他保護本地生產商的境內措拖包括通過產業政策支持法定壟斷企業、行政主導企業合併、由政府擔保信貸、發牌及監管制度，亦會減少競爭及排除外國業者進入市場。

雖然政府有可能會濫用或誤用法律作不適當的目的，但就我們所知，國際上並無如此運用競爭法的相關例子。任何法例都有機會被不誠實或不稱職的政府，為其他私下目的所濫用，但這並非競爭法的獨有問題，不能因此而不訂立競爭法，相反，正因為此我們更要求政府必須適當執行和運用競爭法。

反對意見 3：訂立競爭法會削弱香港產業的競爭力

這是沒根據的反對意見。活躍於國際市場在香港企業的確都富有競爭力，這些企業已經在遵守過百個有競爭法的國家和地區的相關法例，因此競爭法會削弱香港產業競爭力的說法是不合邏輯的。《競爭條例草案》的目的主要為增加本地市場競爭，而非削弱競爭，特別是那些被反競爭行為困擾、市場競爭受阻的部分。

哈佛商學院著名的 Michael Porter 教授，在其著作 “The Competitive Advantage of Nations” 的結論中指出，相比削減競爭的企業聯合行動，訂立適當的競爭法能更好地使本地企業在市場競爭中成長，以面對外來競爭者。

最後，在香港這開放型經濟體，我們有需要保障本地企業能保持低成本優勢，競爭法正可取締各種增加本地企業成本的反競爭限制協議。

反對意見 4：以歐盟模式作為香港競爭法的基礎並不適當，香港跟歐盟在規模、經濟特性及商業文化方面均非常不同。

香港《競爭條例草案》並非只參考歐盟的立法模式。現時的草案主要限制兩類行為——濫用強大市場地位及反競爭協議。香港並沒有採用歐盟固有的判定準則：濫用市場支配地位，而是做了切合香港的市場結構及環境的適當調整。反競爭協議在世界各地普遍都受到禁止，儘管不同司法區在是否禁止橫向協議 (如合謀定價、圍標或市場分配) 或應否規限部分縱向協議 (如銷售協議、零售價格控制) 方面有不相同規定。

現時草案中的兩類行為規定並非歐盟所獨有，而是普遍認可的任何運作良好的競爭法所必須涵蓋的兩個主要的反壟斷條款。這兩類行為在各地皆被視為有礙於市場競爭，故不論大小經濟體皆採納這兩類行為守則。此外，香港草案提出的執法架構安排，與其他普通法體系如美國、澳洲及愛爾蘭相類似，與歐盟系統並不相同。

因此，不論在法規或執法系統方面，香港的草案均不應被視為歐盟模式的複製品。此外，亦應留意歐盟各成員國 (現時有 27 成員) 皆自行參照歐盟的條款於國內訂立相關本國法律。一些小的經濟體，如馬爾他、斯洛文尼亞、拉脫維亞、立陶宛及愛沙尼亞，皆採納跟歐盟模式相類的制度，而並無產生任何大的問題。我們亦應留意到香港競爭條例草案的主要規限及結構，跟本土經濟規模同樣較小的新加坡相似 (但非完全相同)。最值得思量的問題其實是，香港是否希望禁止個別企業在其市場中濫用市場權勢，或企聯通過聯合行動破壞自由與公開的競爭環境的問題。香港的競爭法例正可適當地處理這些情況。

反對意見 5：香港競爭法草案的目標太高、而且範圍太廣

與上述觀點相反，香港競爭條例草案的範圍其實頗有限制。首先，對兩項行為的限制，並不比任何現存的競爭法例的主要行為規限為廣。

此外，香港的草案除了改進了現存的電訊業合併法規外，並沒有規管其他行業的合併行爲。其實，缺乏跨行業合併的規定，在國際上並不常見。因此，香港提出的競爭法，非但不是範圍太廣，以國際的標準而言，缺乏對合併活動的規管規定，更顯得草案監管範圍特別狹窄。

反對意見 6：草案應該只規限特定的行爲；草案內容不清晰且定義含糊。

草案規限兩類行爲——反競爭協議及企業濫用市場權勢。這些規限跟其他外地司法區，包括中國大陸及新加坡，並無二致。這些規限靈活且適用於各類型大或小的經濟體系，而且這是特意設計以針對各種可破壞市場競爭的手段。若只硬繃繃地定義個別違法行爲並設下一個有限的違法行爲清單，精明的律師及客戶只須鑽一鑽空子，稍爲變化一下有關行動的型式（而非其本質）即可避開規管，但這些行爲反競爭的實際禍害將會繼續且無法處理。曾有其他司法區，如英國及印度，嘗試這種「以行爲型式爲準則」的規管方式，但都發現效果不理想。現代的競爭法全都以香港草案相類的方法去處理反競爭行爲所帶來的實際經濟損害，而並非只設下一個硬繃繃的法規清單讓人輕易避開。

基於草案的目標爲保護市場競爭過程，在主體條例中嘗試列出所有條例適用的例子及具體情況是不切實際且不可能的，在世界任何地方的競爭法都沒這樣處理。訂立法例實際適用情況的詳細工作，都一致交到由專家組成的競爭事務機構處理，讓他們根據相似司法系統經驗，制定指引及做出澄清，讓業界及消費者明白法例的適用範圍。處理瞬息萬變的經濟活動，良好的司法架構必須要靈活。競爭事務委員會若有錯誤決定，可經由審裁處或上訴法院去改正。國際上每一個競爭事務機構都向公眾提供詳細的指引，商界對這個做法並不須要太過憂慮。這個方式既可令競爭法變得靈活，能夠按環境變化因時制宜，而就算競爭事務委員會有任何對法律的誤解，法院亦可以作出更正。

反對意見 7：草案應針對濫用壟斷力量或聯合行動的大型企業，小企業應得到豁免

競爭法的目的是保障競爭環境——因爲有競爭的環境鼓勵企業改善產品及服務質素，降低價格以吸引消費者，成功的企業因營業額及利潤增加而得益，較弱的企業若無法提供更佳產品、服務或價格，就會被市場淘汰。這原則對任何規模的企業同樣適用，因爲對成功企業、消費者（不論是其他業者或個人）以及整體經濟效率而言，其帶來好處都是一致的，所以此法例理應對所有企業都適用。

小型企業並不須要擔心競爭法，他們反而通常會受惠於競爭法例。首先，小型企業（從定義上而言）鮮有市場勢力，只有在非常罕見的情況下，在非常狹窄及特殊的市場中才有例外，基於其規模有限，在大部分情況下小型企業都無法運用市場權勢。在普遍的市場環境，小企業都要面對其他小企業或大企業的競爭，因爲小企業沒有顯著的市場力量，它們根本沒有市場力量可以濫用，因此濫用市場力量的規限對其並不適用。

但小企業的圍標、合謀定價或分配市場的協議，理應受競爭法規管，因爲這些都是最明顯不過的破壞競爭行爲，提升價格損害消費者利益，除了對合謀的企業外，對任何人皆無益處。

在部分司法區，若一些小企業的合共的市佔率不高的話（例如低於百分之十），他們之間某些形式的反競爭協議受到豁免。但即便是在這些司法區，以上提及那類最明目張膽的反競爭協議亦不受

豁免。當競爭事務機構發現兩家市佔極低的小企業進行這類協議時，儘管這行為可能違法，但因相關情況對市場經濟的影響微乎其微，當局不太可能就相關情況採取法律行動，這類型的事件多隻會以發警告處理。香港競爭事務委員會將按立法後所製定的指引處理相類事件，相似指引或守則的例子，可參考歐盟的《關於無關重要協議的通告》及英國公平交易局《協議及一致行動的指引(2004)》第8頁。

反對意見 8：遵從競爭法的成本高昂，這將會阻礙外國企業在港營運，亦會增加中小企的負擔

世界上已有超過 100 個國家及地域訂立了競爭法，包括世界主要發達經濟體，如美國、加拿大、歐盟及其 27 個成員國，以及鄰近區域的中國大陸、南韓、日本、台灣、越南、新加坡、泰國、馬來西亞及印尼。跨國企業在這些司法區都得面對競爭法，在香港因遵從競爭法所增加的成本將非常之少。絕無什麼證據顯示香港定立競爭法，會對跨國企業的業務或於香港設立總部的決定有任何負面影響。

如上所述，除了涉及合謀定價或圍標等這些明目張膽的反競爭行為，競爭法很少會適用於中小企。在世界各地的中小企都歡迎競爭法，因為相關法例令一些在立法前對中小企封閉的市場，變得更易進入。

此外，缺乏競爭法不時被認為是一種貿易關卡更可能阻礙跨國企業進入本地市場。在 1990 年代，歐盟曾討論及推動將競爭法包括在世貿協議的制度內。

反對意見 9：草案提出的罰則太高

根據草案中的執法機制，確保公眾遵守法例的方法主要有兩類。第一種情況，若競爭事務委員會認為一企業違反了行為守則，可向其發出違章通知書。若該企業認同相關的投訴以及明白自己已違法，這企業可接納通知書的規定以避免進一步的法律行動。這企業必需遵守通知書的規定，停止有關的違法行為，及承諾不會再犯，以及向政府支付不超過一千萬元的款項。需要支付的數額由委員會按違規的嚴重程度決定。在這類型的執法機制，事件不會交到審裁處去處理。除非中小企嚴重違規或多次反覆違規，否則中小企違規的情況多隻會以此方式處理。

草案指明，當競爭事務委員會認為違規情況嚴重，而發出違章通知書也不足以規限或懲處違規行為時，委員會可將事件交到由高院法官主理的審裁處處理。只有審裁處可以對不願改善的一方進行處罰。

最高的經濟罰款額為全球營業額的一成。把最高罰款額設得較高有其必要，這樣才能有效防止大企業違反相關法例，以保護最容易受大企業違規行為所傷害的一群——包括中小企的香港消費者的利益。舉例說，在國際航空公司採取空中貨運的聯合定價行動時，中小企很有機會因需要空運服務而利益受損。因此最高罰款額如此設計，以防止及規限大企業嚴重違規，避免對香港商業及消費者帶來重大的經濟損失。

減低最高罰款額將會鼓勵違規情況，因為大企業將會放手一搏選擇違規，以換取比罰款更大的利潤。減低最高罰款額亦會令寬待政策（企業聯合行動的一員，為免懲罰而首先向當局提供資料）效用降低，因為供出企業聯合行動的經濟誘因將會減少。

把罰款的計算限制於某一受影響的業務類別並非合理的做法，這會減低阻嚇性，而其他司法區亦沒採納這樣的制度。

反對意見 10：私人訴訟權將引至大量的訴訟及高昂的法律成本。

通過競爭法例極不可能為香港帶來大量的私人訴訟。在其他司法區，私人訴訟權亦沒有帶來大量的訴訟。美國確有比較多的私人訴訟案件，但這是美國特殊法院制度的結果——民事索償陪審團制度；法定的三倍賠償及懲罰性賠償；集體訴訟；反壟斷案件的特殊法律費用安排——得直一方可收回法律成本及很高的賠償，而非像其他案件中雙方各付自己的費用；以及最後美國律師「不成功不收費」的運作模式。這些因素都鼓勵大量的民事訴訟。但這些只是美國的獨有情況，對香港全不適用。另外，草案指明競爭事務委員會可以介入任何委員會認為無意義的案件，同時審裁處有權終止無意義的索償。由此可見，草案會為香港帶來大量訴訟是極不可能的。

反對意見 11：知識產權的擁有權跟競爭法互相抵觸

這說法是錯誤的。知識產權法跟競爭法有相同的目標——即促進資源有效運用，及提供經濟誘因，促使創意企業可以在競爭環境中成功，以鼓勵創新。知識產權法以專利權方式給予發明家在一定時限內享用其發明的使用權，版權及商標法亦提供類似的專享權以鼓勵創意及對品牌的投資。在任何現代經濟體系內，創意的保護及回報都是重要的，以提供經濟誘因為市場研發新產品及投資於現存產品。每個人都有投資於自己產品的自由，及對自己產品有獨享權，其他競爭者亦有自由發明跟其競爭的產品及發展自己的品牌。知識產權事實上促進市場競爭，為投資研發及發展自家品牌產品，提供經濟誘因。

競爭法保障市場競爭的過程，這與鼓勵按相關法例創製知識產權及行使專有權的做法並無抵觸。

但是，在行使相關專有權時，有些時候有人會濫用相關專有權以至違反競爭過程，例如，專利持有者以其市場力量，嘗試排除其他競爭產品。在這些情況下，不適當行使市場權勢有可能違反法例。但這樣的例子並不多見。

反對意見 12：法定組織應該受到跟私人企業相同的對待

參與市場活動的法定組織，原則上都應該被列入競爭法監管範圍之內，讓政府業務及私人企業受到同等的法律對待，以確保政府業務，不論有意或無意，都不會削弱市場競爭。

若在個別情況下，公共政策的考慮具有凌架於市場競爭之上的重要性，應當由競爭事務委員會對相關決定作出裁決，或若政府為決策者的話，則政府應諮詢競爭事務委員會以對相關豁免的影響作評估。豁免全部法定組織，或在缺乏公平透明的程式下，指定其中部分法定組織豁免，將會削弱競爭法整體上的可信性。

政府及立法會應參考以上的因素，重新考慮草案如何處理法定組織。

我們應留意到，在新加坡，即便全部法定組織都獲豁免，但政策的制定會按新加坡競爭局發出的指引而處理。另外，出乎意料，新加坡第一宗濫用支配地位的案件竟然是「與政府關係密切的公司」——由政府組織全資擁有的票務公司 SISTIC。SISTIC 被指濫用其市場支配地位，在新加坡幾個地方訂立獨家票務銷售協議，該行為封閉市場及破壞市場競爭。SISTIC 被判罰款 989,000 新加坡元 (5 百 97 萬港元)，以及被要求更改其協議，取消獨家售票權的安排。在這案例中，我們見到一個符合經濟原則、對消費者有利且限制政府關連機構的裁決。香港的消費者不應受到比這個更差的待遇。

聯署人

香港

- ◆ Professor Mark Williams, Professor and Associate Head, School of Accounting and Finance, Hong Kong Polytechnic University
- ◆ Professor Lin Ping, Lingnan University, Hong Kong
- ◆ Mr Thomas Cheng, Assistant Professor, The University of Hong Kong,
- ◆ Dr. Sandra Marco Colino, Research Assistant Professor, The Chinese University of Hong Kong
- ◆ Dr. Félix Mezzanotte, Assistant Professor, Hong Kong Polytechnic University
- ◆ Dr. Andrew Simpson, Assistant Professor, Hong Kong Polytechnic University

中國

- ◆ Professor Wang Xiaoye, Professor and Director of Economic Law Department, Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
中國社會科學院教授及經濟法研究室主任王曉曄教授
- ◆ Professor Wang Xianlin, Professor and Associate Dean, Shanghai Jiaotong University KoGuan Law School
上海交通大學凱原法學院教授及副院長王先林教授
- ◆ Professor Xu Shiyong, Professor and Director of Competition Law Institute, East China University of Political Science and Law, Shanghai
上海華東政法大學教授及競爭法研究中心主任徐士英教授

澳洲

- ◆ Professor Allan Fels, Dean, The Australia and New Zealand School of Government
- ◆ Ms. Caron Beaton-Wells, Associate Professor, University of Melbourne
- ◆ Ms. Deborah Healy, Senior Lecturer, University of New South Wales

以色列

- ◆ Professor Michal Gal, Professor and Vice Dean, University of Haifa School of Law

日本

- ◆ Professor Toshiaki Takigawa, Kansai University, Osaka

新加坡

- ◆ Mr. Burton Ong, Associate Professor, National University of Singapore

英國

- ◆ Professor Catherine Waddams, Professor and Director of the ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia
- ◆ Professor Richard Whish, King's College London
- ◆ Professor Morten Hviid, Professor of Competition Law, Centre for Competition Policy, University of East Anglia
- ◆ Dr Andreas Stephan, Lecturer in Law, Centre for Competition Policy, University of East Anglia

美國

- ◆ Professor David Gerber, Distinguished Professor of Law, Chicago Kent College of Law
- ◆ Professor Michael Jacobs, Distinguished Research Professor of Law, DePaul University College of Law
- ◆ Professor Rudolph Peritz, New York Law School