

香港特別行政區政府
商務及經濟發展局
工商及旅遊科

香港金鐘道八十八號
太古廣場第一期二十九樓

本局檔號：CITB 05/62/43/4



COMMERCE, INDUSTRY AND TOURISM BRANCH
COMMERCE AND ECONOMIC
DEVELOPMENT BUREAU
GOVERNMENT OF THE HONG KONG
SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION

LEVEL 29, ONE PACIFIC PLACE
88 QUEENSWAY
HONG KONG

電話：(852) 2918 7470
傳真：(852) 2840 1621

香港昃臣道8號
立法會大樓立法會秘書處
法律事務部助理法律顧問
曹志遠先生

曹先生：

《競爭條例草案》

閣下於二零一零年十月二十六日要求解釋上述《競爭條例草案》(《條例草案》)各項事宜的來信收悉。本局回覆如下：

第2條

2. 界定“幕後董事”的定義，主要為補充《條例草案》第99條，該條文賦予競爭事務審裁處(審裁處)權力，可應競爭事務委員會(競委會)提出的申請，針對某人違反競爭守則作出取消資格令。《條例草案》界定“董事”的範圍包括“幕後董事”，讓審裁處可對並非擔任董事職位或明顯牽涉入公司的管理，但透過指示或指令對公司董事有重大影響的人，作出取消資格令。我們亦留意到《條例草案》所採用的“幕後董事”定義，基本上與英國《1986年取消公司董事資格法》、《證券及期貨條例》(第571章)及《財務匯報局條例》(第588章)下的有關定義相同。

3. 關於《條例草案》用以界定“業務實體”的“經濟活動”的涵義，我們遵循大部分主要競爭司法管轄區的做法，透過案例闡釋該詞。事實上，歐洲的案例已建立若干闡釋“經濟活動”的主導原則，包括在指定市場提供貨品或服務。斷定是否“經濟活動”時無需理會有否牟利動機或經濟目的，實體的法定地位及獲取資金的方式(例如公共機關或由政府擁有)亦無關係。根據歐洲聯盟關於競爭法的法學，實體從事的活動如等同“構成國家必要功能而符合公眾利益的工作”，一般不被視為業務實體。換言之，某項功能或活動如被預期為政府部分，又或屬政府必需部分 — 只有政府可以執行，以及“與其性質、目的，以及行使權力時須遵守的規則相

關……有關權力屬公共機關一般權力” — 便是非經濟活動。雖然評估某實體是否屬業務實體，“經濟活動”是主要考慮因素，但在判斷該實體的行為是否構成“經濟活動”時，須按該行為本身個別考慮。有潛力或能力從事經濟活動的實體，未必根據相關特定情況或正從事的行為“符合資格”被視為業務實體。

第5條

4. 《條例草案》第5(1)(b)條訂明，行政長官會同行政會議可藉規例使第3(1)條所描述的條文不適用於任何人，或在任何人從事該規例所指明的活動範圍內，不適用於該人。我們認為需要靈活應變，以應付現時未可預見的情況，到時如有需要，可向第5(1)(a)條沒有涵蓋的非法定實體給予豁免。考慮訂立規例以豁免某些人士或指明活動不受規限時，行政長官會同行政會議將考慮有否異常特殊而且強而有力的公共政策理由支持訂立該規例。上述規例須經立法會審議。

第6及第21條

5. 在《條例草案》第6(1)及第21(1)條下，某協議或行為的“目的”應詮釋為該協議/行為從經濟應用層面考慮的客觀涵義和目的，而非有關各方訂立該協議或從事該行為時的主觀意圖。我們知道，要分辨意圖或目的，以及區別反競爭目的和合法的業務目的，並不容易。事實上，在眾多有關競爭的個案當中，經考慮所有證據後，反競爭目的是否存在，僅可憑相關業務實體或任何其他人的行為又或其他相關情況推論而確定，而這種情形並不罕見。因此，《條例草案》訂有明確條文(第7(2)及第22(2)條)，以應付這些情況。

6. 至於擬議第一及第二行為守則沒有包括“在相當程度上”的字眼，我們是跟隨歐洲委員會及英國的做法⁽¹⁾，並從它們在這方面的大量案例留意到即使沒有訂定“在相當程度上”的準則，競爭法的用意應只是規管對競爭有“顯著影響”的行為。將來的競委會可在指引中向公眾闡明行為守則的有關釋義。

7. 關於《條例草案》應否列出各項考慮因素，以供釐定業務實體的市場權勢程度的問題，我們明白，評估市場權勢並非簡單直接的事，根據其他競爭司法管轄區的經驗，評估工作須按個別情況處理。這項複雜工作的主要步驟涉及確定市場的定義，因業務實體的市場佔有率是根據市場定義釐定。我們的意向是由競委會的指引訂明評估步驟，目的是提供足夠的彈性以應付每宗個案的不同情況。我們草擬《條例草案》時主要參考的英國《競爭法》也是採用這個方式。

⁽¹⁾ 《歐洲聯盟運作條約》第101(1)條禁止“all agreements between undertakings, decisions by association of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”。英國《1998年競爭法》第2(1)條在訂明有關反競爭協議的概括禁止條文時採用類似的措詞。

8. 關於第二行為守則採用“相當程度的市場權勢”而非“支配優勢”這做法，我們的研究顯示，這兩項標準可能差別不大。舉例來說，在二零零八年的公眾諮詢意見書中，歐洲委員會交替地使用這兩個概念。值得注意的是，雖然“相當程度的市場權勢”所訂的市場佔有率準則看來較“支配優勢”為低，但這兩個概念不應被視為純粹描述市場佔有率。其實，根據外地經驗，市場佔有率只是評估“支配優勢”或“相當程度的市場權勢”的其中一個因素。更重要的是，應把焦點放在市場權勢，以及如何利用市場權勢把價格維持在高於競爭水平，或限制產量或品質低於競爭水平，從中牟利。此外，英國公平貿易辦事處在關於“濫用支配地位”的指引中訂明，“任何業務實體除非具有相當程度的市場權勢，否則並非具有支配地位”(第4.11段)。

第9及24條

9. 根據《條例草案》第9(2)及24(2)條，要求競委會作出決定的申請，必須符合相關條文規定的所有條件(包括競委會能夠基於申請者提供的資料作出決定)，競委會才須考慮。訂定相關條件，既可藉競委會的決定使業務實體確切了解其行為是否合法，同時能確保競委會有效運作，平衡兩者的需要。我們從外地的經驗注意到，競爭法實施初期，往往極需競爭規管機構提出意見或作出裁決。這個情況或會消耗規管機構的資源。為了盡量避免出現大量業務實體向競委會要求作出決定的申請，以及防止分散競委會投放於打擊反競爭行為這項主要職務上的資源，我們在第9(2)及24(2)條訂定若干條件，規定申請須符合這些條件，競委會才須考慮。

10. 關於業務實體須向競委會提供那類別的資料，從外地經驗觀察所得，這些資料可包括關乎決定的具體問題，以及與評估相關的各項資料及各項觀點的理據。規管機構亦可採用從公開途徑取得的其他資料，以及要求申請人提供補充資料。根據外地經驗，由於每宗個案的資料性質不盡相同，須提供的具體資料並非在法例訂明，而是在行政指引或程序規則訂明。有見及此，我們建議讓競委會透過行政方式靈活處理相關事宜。

第11、26及83條

11. 第34(1)(a)條規定競委會須備存一份登記冊，記錄根據第9或24條提出的申請作出的所有決定(即根據第11或26條作出的決定)。第34(3)條進一步要求競委會開放登記冊予公眾查閱。因此，與相關決定有充分利害關係的人，即使並非個案申請人，也可以知悉相關決定。根據第83(2)條，與相關決定有充分利害關係的人，可在該裁定作出當日後的30日內，向審裁處提出申請，要求覆核該裁定。

第33、39及117條

12. 相關遺漏備悉。《條例草案》恢復二讀辯論時，我們會在委員會審議階段修正案作出更正。

第 79 條

13. 在其他主要競爭司法管轄區，寬待機制或執法機關在檢控方面行使的酌情權，通常以行政而非立法方式執行。其實，英國的競爭制度是在規管指引中訂明寬待計劃的詳細內容，例如為獲得免受檢控的豁免權而需提供的資料、申請人不披露身分或寬待資料的權利。考慮到近年寬待計劃日益被視為有效偵測和檢控合謀行為的工具，以及為在《條例草案》設定更明確的寬待安排，我們在《條例草案》加入明確條文(即第 79 條)，授權競委會與任何人訂立寬待協議，以換取該人在《條例草案》下的調查或法律程序中合作。在寬待協議有效的期間內，競委會不得在違反該寬待協議的情況下，就罰款提起或繼續法律程序。因此，競委會會根據寬待協議給予申請人豁免權，豁免支付罰款，或直接拒絕訂立寬待協議。我們的政策目標，尤其是在競委會成立初期，是保持寬待安排盡量簡單。

第 6 部

14. 由於訂立跨行業競爭法對本港來說是嶄新的措施，我們認為不宜在開始階段便為反競爭行為制定刑事懲處(包括監禁)。我們在公眾諮詢期間所獲回應得知，市民支持上述做法。我們亦知悉，在多個外地司法管轄區，將競爭法刑事化是一個循序漸進的過程，即有關法例原本屬民事性質，在較後階段才為法例訂立刑事罪行。

第 143 條

15. 第 143(3)條訂明，在符合秉行公義的原則的前提下，審裁處進行法律程序時，須盡量不拘形式。司法機構沒有對該條文表示反對。我們的政策目標，是讓審裁處在符合《條例草案》規定和公義原則的情況下，以最簡單快捷的方式進行法律程序，藉以釋除市民對在擬議司法執行模式下可能涉及的複雜程序和訴訟費的疑慮。第 156 條賦權高等法院首席法官可在徵詢審裁處主任法官的意見後，訂立規則，包括就審裁處有司法管轄權的所有事宜，規管和訂明審裁處須依循的常規及程序。土地審裁處、勞資審裁處和小額錢債審裁處均採用相同做法。

第 11 部 及附表 6

16. 建議的共享管轄權機制，旨在保留電訊管理局局長(電管局局長)及廣播事務管理局(廣管局)在規管競爭事宜的專業知識，以及在初期分擔競委會部分工作量，加強效率。一些回應者在二零零八年公眾諮詢中認為，若有多於一個規管機構執行同一條法例，會導致混亂和相互衝突的情況。考慮到上述關注，我們規定競委會、電管局局長及廣管局須擬備及簽署一份諒解備忘錄，以確保各方共享管轄權時互相協調和有一套清晰的做法。《條例草案》第 160 條進一步預防競爭規管者之間隨意移交任何單一項競爭事宜，訂明相關競爭規管者只可以在事先達成協議的情況下，才能移交任何單一項競爭事宜。鑑於諒解備忘錄主要關乎三名競爭規管者之間的職責分配和規管職能的協調，看來

對一般市民沒有重大影響，我們認為《條例草案》制定後，三名競爭規管者全權靈活自行擬備諒解備忘錄，是適當的做法。

附表1

17. 《條例草案》附表1第3條規定，如某業務實體獲政府委託營辦令整體經濟受益的服務，則在第一行為守則及第二行為守則會(在法律上或事實上)妨礙該業務實體執行被指派的特定任務的範圍內，該等守則不適用於該業務實體。根據外地司法管轄區的競爭指引及案例，政府或公共機關可透過立法措施或規例作出“委託”，又或透過公共機關以相關身分行事。委託方式可包括批出受公法管限的特許權或牌照。歐洲委員會曾指出，令整體經濟受益的服務是有關當局認為在任何情況下均應提供的服務，不論有沒有誘因促使私營機構提供這些服務。另外，這些服務應該是提供給廣泛使用者，而不得只提供給某個或某些階層的使用者。

18. 業務實體如欲申請享有附表1第3條的豁除，必須證明獲政府委託營辦令整體經濟受益的服務。業務實體可根據《條例草案》第9或24條載列的程序及條件，向競委會提出申請，要求決定相關協議是否符合由附表1豁除或因為附表1而豁除於第一或第二行為守則的適用範圍之外。如上文第11段闡述，競委會根據第9或24條提出的申請作出的任何決定，須備存一份記錄有關事宜的登記冊，供公眾參考。

附表7

19. 在二零零六及二零零八年進行的兩次公眾諮詢工作中，回應者對規管合併的意見分歧。我們亦考慮到競爭政策檢討委員會(檢討委員會)在二零零六年六月提出的意見。檢討委員會表示，競爭法應着重禁止反競爭行為，而非通過規管壟斷及合併活動針對市場結構。檢討委員會同時認為，合併可能是香港這類細小經濟體系達致規模經濟的有效方法。

20. 因此，我們認為務實而明智的做法是，除了電管局局長發出的傳送者牌照外，合併活動一律不受《條例草案》規管(根據《電訊條例》(第106章)第7P條，傳送者牌照早已受這方面的規管)。然而，我們亦藉這次機會，根據其他競爭司法管轄區的最新合併守則發展，更新《條例草案》有關合併管制的條文。我們亦整理了有關條文，以便配合可能把合併管制擴大至跨行業規管的相關修例工作。當累積了關於競爭法制度的經驗和知識後，我們便能檢討法例的成效，評估香港是否適宜和需要制定跨行業的合併條文。

商務及經濟發展局局長

(鍾韻妮  代行)

二零一一年一月七日

副本送：律政司

(經辦人：高級助理法律草擬專員林少忠先生
高級政府律師潘漢英女士
署理副民事法律專員容立仁先生
署理高級助理民事法律專員陳潔儀女士
高級政府律師蘇藹薇女士
高級政府律師高皓輝先生)

立法會秘書處

(經辦人：法律顧問馬耀添先生，JP
高級助理法律顧問1馮秀娟女士)

商務及經濟發展局

(經辦人：商務及經濟發展局副局長蘇錦樑先生，JP
商務及經濟發展局副秘書長(工商)1
黎蕙明女士，JP)