

二零一二年四月十日會議
討論文件

《競爭條例草案》委員會

就先前會議提出的跟進問題所作回應

目的

本文件旨在回應委員在早前會議席上就第二行為守則的準則，以及影響較次的協議/行為的準則所提出的問題。

第二行為守則的市場權勢準則

2. 正如我們在二零一二年四月二日向草案委員會提交的文件中所解釋(立法會文件編號 CB(1)1450/11-12(02))，我們認為“相當程度的市場權勢”這個較低的準則比較“支配優勢”更適合香港，因為市場佔有率必須長期超過 50% 才可以確立支配市場的地位。在香港這個規模細小兼且地理集中的經濟體，由少數具有可觀(但低於 50%)的市場佔有率的公司控制某些市場的情況(即寡頭壟斷市場)，並不罕見。假如我們採用“支配優勢”的準則，便會影響我們處理公眾所關注的若干寡頭壟斷者的反競爭行為的能力。

3. 有委員和團體建議，若採用“相當程度的市場權勢”作為準則，當局應訂明某個最低的市場佔有率，指明市場佔有率低於這個水平的業務實體不大可能會具有第二行為守則所指的相當程度的市場權勢。他們亦建議在法例中訂明這個百分率，以提高確切性。

4. 就市場佔有率準則，我們在二零零八年五月發表的“《競爭法詳細建議》公眾諮詢文件”中，提出了“相當程度的市場權勢”的市場佔有率準則應為 40% 左右。至於訂明“最低”市場佔有率準則的建議，其他採納“支配優勢”作為市場權勢測試的司法管轄區認為，市場佔有率低於 35% (至 40%) 的業務實體不大可能擁有支配地位¹，即較“支配優勢”的假設市場佔有率水平低約 10 至

¹ 加拿大競爭事務局認為，低於 35% 的市場佔有率通常不會引致濫用市場權勢或支配地位的問題。假如某公司擁有 35% 或更高的市場佔有率，加拿大競爭事務局通常會繼續調查。英國公平貿易辦事處認為，業務實體在有關市場的佔有率如低於 40%，不大可能單獨擁有支配地位，不過如有其他相關因素充分證明支配地位，則即使市場佔有率低於 40%，仍可能確定該業務實體擁有支配地位。歐盟認為，業務實體的市場佔有率

15%。考慮到國際最佳做法，以及我們已採用較“支配優勢”的標準低的“相當程度的市場權勢”作為第二行為守則的準則，我們建議採用 25% 作為“最低”市場佔有率，但其他相關充分證據仍可用作證明某業務實體具有相當程度的市場權勢。

5. 我們不建議在《競爭條例草案》(《條例草案》)中訂明固定的市場佔有率準則，原因是市場情況瞬息萬變，而且不同行業的市場結構各異，訂明固定的市場佔有率會妨礙競爭事務委員會(競委會)靈活執行第二行為守則。國際的最佳做法，是在規管指引中訂定市場佔有率準則，以及用以評估市場權勢的其他因素。儘管如此，考慮到委員和團體的關注，我們建議另一方案，就是在商務及經濟發展局局長恢復二讀辯論的總結演詞中，說明上述“最低”市場佔有率的數字。

影響較次的協議/行為的準則

(i) 第二行為守則的準則

6. 在二零一一年十月提出《條例草案》的其中一項修訂，是建議某業務實體如營業額不超過 1,100 萬港元，其行為會獲豁免於第二行為守則的適用範圍之外。有意見認為擬議的 1,100 萬港元上限太低。部分團體建議，第二行為守則的營業額上限應與香港交易所主板市場的上市規定看齊(即 5 億港元)²，亦有人建議應考慮到市場情況差異，就不同行業訂上不同的上限。另有意見認為，由於“微型公司”具有市場權勢的機會甚微，在計算中小型企業(中小企)平均營業額時若把這類公司包括在內，會令結果出現偏差，因此建議在計算營業額上限準則時不包括這類公司。

7. 首先，我們不能接受團體提出採用上市規定作為準則的建議，因為這會導致某些市場上絕大部分，甚至全部業務實體獲豁免，因而嚴重損害《條例草案》的整體成效。至於為不同行業訂定不同準則的建議，我們認為在法例中界定香港各行各業，並逐一釐定適當準則的做法隨意、費時並會引起爭議。這個做法會令商界更感混亂。

低於 40%，不大可能擁有支配地位。不過，可能有一些個案，當中的競爭者無法有效制約市場佔有率低於準則但實際擁有支配地位的業務實體的行為。

² 根據香港交易及結算所有限公司的規定，申請把股本證券在主板上市的新申請人須具備不少於三個財政年度的營業記錄，並須符合下列其中一項準則：盈利測試、市值／收入測試，或市值／收入／現金流量測試。以收入計算，申請人最近一個經審計財政年度的收入須為至少 5 億港元。

8. 原本建議的 1,100 萬港元上限，是參考中小企的每年平均營業額³ 訂定的。該上限旨在使規模較小而不大可能具有市場權勢的小型公司較安心。雖然每年營業額超逾 1,100 萬港元的業務實體並不獲豁免於第二行為守則的適用範圍之外，但這並不表示這些業務實體自動被視為具有相當程度的市場權勢。某業務實體是否具有相當程度的市場權勢，須按事實及每宗個案的情況而定。

9. 考慮到委員及團體的疑慮，而事實上營業額超逾 1,100 萬港元也不能推定為具有相當程度的市場權勢，我們再審視了有關營業額上限。我們堅持任何對上限的調整應建基於客觀準則，而且不得削弱競爭法在打擊濫用市場權勢方面的整體成效。基於上述考慮因素及政府統計處的最新統計數字，我們建議在第二行為守則下就影響較次的行為訂明的營業額上限，提高至 4,000 萬港元，理由如下：

- (a) 在二零零六至二零一零年期間，中小企(剔除僱員人數為五人或少於五人的公司)的平均營業額是 4,000 萬港元。我們接納委員及團體的建議，在計算營業額時，僱員人數為五人或少於五人的規模極小的公司不予計算；
- (b) 除非市場的規模極小或狹義地界定，否則營業額低於 4,000 萬港元的業務實體具有相當程度的市場權勢的機會甚微。如採用 40%市場佔有率作為具有相當程度的市場權勢的指標(見上文第 4 段)，則某市場的所有市場參與者的總業務收益須少至只得 1 億港元，才會令營業額達到 4,000 萬港元的業務實體在該市場具有相當程度的市場權勢(假設該業務實體的所有營業額都是來自同一市場)；以及
- (c) 如採用建議的 4,000 萬港元上限，則差不多 95%的中小企會獲豁免於第二行為守則的適用範圍之外(如採用原本建議的 1,100 萬港元上限，則有大約 86%)。提高上限有助商界，尤其是中小企更為放心。

擬議修訂的標明文本，載於附件 A的《條例草案》附表 1 第 6 條的最新版本。

³ 根據政府統計處的統計數字，在二零零五至二零零九年期間，中小企的每年平均營業額持續穩定，約為 1,100 萬港元。

(ii) 第一行為守則的準則

10. 在二零一一年十月公布的《條例草案》調整方案中，我們提出簽訂協議的業務實體如在上一財政年度的總計營業額不超過 1 億港元，所訂立的所有協議會豁除於第一行為守則的適用範圍之外，但涉及嚴重反競爭行為（即操縱價格、圍標、編配市場和限制產量）的協議除外。有委員及團體要求提高這個上限，並提議參考英國採用的準則⁴。

11. 我們在制訂現時建議的 1 億港元上限時，參考了規模一般的中小企的營業額，認為總計營業額不超過 1 億港元的業務實體聯合訂立的協議，應不會對香港的競爭構成顯著影響。不過，不論業務實體的總計營業額為何，所有涉及嚴重反競爭行為（即操縱價格、圍標、編配市場和限制產量）的協議都不會獲豁除。考慮到委員及團體的關注和意見，而事實上涉及嚴重反競爭行為的協議都不會被豁除，我們建議提高該上限至 2 億港元，數額接近英國《競爭法》“小額協議”準則的 2,000 萬英鎊。擬議修訂的標明文本，載於附件 B《條例草案》附表 1 第 5 條的最新版本。

徵詢意見

12. 請委員留意本文件的內容。

商務及經濟發展局
二零一二年四月

⁴ 英國《1998 年競爭法》及《〈1998 年競爭法〉（小額協議及較不重要的行為）規例》訂明“小額協議”機制，使簽訂“小額協議”的業務實體可獲豁免罰款。“小額協議”指由營業額合計不超過 2,000 萬英鎊（約 2.42 億港元）的業務實體簽訂的協議。

6. 影響較次的行為

(1) 如某業務實體在某營業期從事某行為，而該業務實體在該營業期的營業額不超過~~\$11,000,000~~\$40,000,000，第二行為守則不適用於該業務實體在該營業期從事的行為。

(2) 除第(3)款另有規定外，業務實體的營業期 —

(a) (如該業務實體有財政年度)是該業務實體在對上公曆年內終結的財政年度；或

(b) (如該業務實體沒有財政年度)是對上公曆年。

(3) 如 —

(a) 業務實體有財政年度，而 —

(i) 該業務實體沒有在對上公曆年內終結的財政年度；或

(ii) 該業務實體在從對上公曆年內終結的財政年度，不足 12 個月；或

(b) 業務實體沒有財政年度，而 —

(i) 該業務實體在對上公曆年，沒有從事經濟活動；或

(ii) 該業務實體在對上公曆年從事經濟活動的期間，不足 12 個月，

則該業務實體的營業期，是根據第 162A(2)條為施行本款而訂立的規例所指明為該業務實體的營業期的期間。

(4) 在本條中 —

“對上公曆年”(preceding calendar year)指有從事第(1)款提述的行為的公曆年對上的一個公曆年。

“營業額”(turnover)指業務實體的總收入，不論在香港境內或境外得到。

5. 影響較次的協議

(1) 第一行為守則不適用於 —

- (a) (如某些業務實體在某營業期的總計營業額，不超過 ~~\$100,000,000~~\$200,000,000)該等業務實體之間在任何公曆年訂立的協議；
- (b) (如某些業務實體在某營業期的總計營業額，不超過 ~~\$100,000,000~~\$200,000,000)該等業務實體在任何公曆年從事的經協調做法；或
- (c) (如某業務實體組織在某營業期的營業額，不超過 ~~\$100,000,000~~\$200,000,000)該業務實體組織在任何公曆年作出的決定。

(2) 第(1)款不適用於牽涉嚴重反競爭行為的協議、經協調做法或業務實體組織的決定。

(3) 除第(4)款另有規定外，業務實體的營業期 —

- (a) (如該業務實體有財政年度)是該業務實體在對上公曆年內終結的財政年度；或
- (b) (如該業務實體沒有財政年度)是對上公曆年。

(4) 如 —

- (a) 業務實體有財政年度，而 —
 - (i) 該業務實體沒有在對上公曆年內終結的財政年度；或
 - (ii) 該業務實體在對上公曆年內終結的財政年度，不足 12 個月；或
- (b) 業務實體沒有財政年度，而 —
 - (i) 該業務實體在對上公曆年，沒有從事經濟活動；或
 - (ii) 該業務實體在對上公曆年從事經濟活動的期間，不足 12 個月，

則該業務實體的營業期，是根據第 162A(2)條為施行本款而訂立的規例所指明為該業務實體的營業期的期間。

(5) 在本條中 —

“對上公曆年”(preceding calendar year)指第(1)(a)、(b)或(c)款提述的公曆年對上的一個公曆年。

“營業額”(turnover) —

- (a) 就並非業務實體組織的業務實體而言，指該業務實體的總收入，不論在香港境內或境外得到；及
- (b) 就業務實體組織而言，指該組織的所有成員的總收入，不論在香港境內或境外得到。