



競爭事務委員會
COMPETITION
COMMISSION



通訊事務管理局
COMMUNICATIONS
AUTHORITY

第二行為守則

草擬指引 — 2014

目錄

1	第二行為守則	2
2	界定相關市場	4
3	相當程度市場權勢的評估	11
4	濫用相當程度的市場權勢	18
5	可能構成濫用市場權勢行為的示例	20
6	第二行為守則的豁免和豁免	27

第二行為守則指引

本指引由競爭事務委員會（“**競委會**”）及通訊事務管理局（“**通訊局**”）根據《競爭條例》（第619章）（“**《條例》**”）第35(1)(a)條聯合發出。

本指引載明競委會將如何詮釋及執行《條例》下的第二行為守則。不過，本指引並不取代《條例》，而最終負責對《條例》作出詮釋的是競爭事務審裁處及其他法庭，競委會對《條例》的詮釋對其沒有約束力。

本指引就執行第二行為守則提供一般指引，而不會詳盡探討所有第二行為守則可能適用之情況。競委會將根據每個案件的獨特情況作出評估。本指引提供的示例僅作說明之用。

競委會應用本指引時將參考市場環境的變化及現行的案例。且本指引可基於競委會的經驗和法庭判例而不時被修訂。

作為負責執行《條例》的主要競爭事務機關，競委會對在電訊及廣播行業營運的指定業務實體的反競爭行為與通訊局共享管轄權。¹除非另行說明，當某事宜關乎共享管轄權所管轄的行為時，本指引對競委會之提述，亦適用於通訊局。

¹ 《條例》第159(1)條指定的業務實體為《電訊條例》（第106章）或《廣播條例》（第562章）所指的持牌人，其所從事的活動是須根據《電訊條例》或《廣播條例》獲發牌方可進行的其他人，或根據《電訊條例》第39條獲豁免而不受該條例或該條例的指明條文管限的人。

I 第二行為守則

1.1 《條例》第21(1)條載有第二行為守則：

“在市場中具有相當程度的市場權勢的業務實體，不得藉從事目的或效果是妨礙、限制或扭曲在香港的競爭的行為，而濫用該權勢”。

1.2 因此，第二行為守則在下列因素存在時適用：

- (a) 從事相關行為的實體是業務實體；
- (b) 該業務實體在某市場中具有相當程度的市場權勢；及
- (c) 該業務實體藉從事目的或效果是妨礙、限制或扭曲在香港的競爭的行為，而濫用該權勢。

1.3 《條例》第2(1)條定義了“業務實體”一詞。業務實體指任何從事經濟活動的實體（不論其法定地位或獲取資金的方式），包括從事經濟活動的自然人。由此可見，該詞較《公司條例》第2(1)條所定義的“公司”的概念更為廣泛，而公司可能構成業務實體。業務實體還可能是個人，或者是由多於一間公司組成的經濟個體。²

1.4 第二行為守則只適用於在市場中具有相當程度市場權勢的業務實體。市場權勢最明顯的表現形式是業務實體能在持續一段時期內提高價格至競爭水平之上而有利可圖。不過，市場權勢亦可通過其他方式表現。例如，具有市場權勢的企業能夠：

- (a) 在持續一段時期內降低產品³質素至競爭水平以下，卻沒有降價以作彌補；
- (b) 在持續一段時期內減少產品類型或種類至競爭水平以下；
- (c) 在持續一段時期內降低客戶服務水準至競爭水平以下；及／或
- (d) 在持續一段時期內，相對競爭水平而言，窒礙創新及在任何其他層面損害市場上的競爭。

1.5 只有當具有相當程度市場權勢的業務實體藉從事目的或效果是妨礙、限制或扭曲在香港的競爭的行為濫用該權勢時，第二行為守則方適用。濫用市場權勢的行為即是具有妨礙、限制或扭曲在香港的競爭的目的或效果的行為。本指引將討論若干典型濫用市場權勢行為的示例。然而，示例以外仍可能有其他類型的濫用市場權勢的行為。

² 競委會的《第一行為守則指引》為評估一個實體是否為業務實體的關鍵考慮因素提供更多指引。

³ 除非文意另有所指外，本指引所提述的產品亦包括服務。

- 1.6 第二行為守則並不在於阻止業務實體獲得市場權勢、或阻止其利用市場權勢在一定時期內提高利潤。透過創新和競爭以取得市場權勢和更高的利潤是自由市場經濟實現繁榮的關鍵。消除此等追求利潤的動機將會有抑制競爭的風險，而不是為競爭注入活力。
- 1.7 儘管如此，對利潤的追求可能會導致一些具有相當程度市場權勢的業務實體濫用該權勢，以保護或增加其權勢和利潤。例如，具有市場權勢的業務實體能夠：
- (a) 透過濫用相當程度的市場權勢設法維持其市場權勢，藉此防止現有或新增競爭對手挑戰其地位；或
 - (b) 借助某個市場內相當程度的市場權勢，試圖並損害⁴另一個市場的競爭行為，而不是用實力來爭取該市場內的顧客。
- 1.8 具有相當程度市場權勢的業務實體如此濫用其權勢時，其市場權勢為經濟及消費者（包括作為顧客的企業）⁵帶來的負面影響將難以逆轉。如是者，該市場權勢帶來的利潤並不會鼓勵擁有該權勢的業務實體在市場上競爭和創新，反而會成為該業務實體妨礙市場競爭的獎勵。具有相當程度市場權勢的業務實體尤其有責任避免從事損害競爭的行為。
- 1.9 《條例》第21(2)條就可能構成濫用相當程度市場權勢的各類行為提供指引。以下情況尤其可能構成市場權勢的濫用：
- (a) 對競爭對手的攻擊性表現。攻擊性表現包括“攻擊性定價”，即具有相當程度市場權勢的業務實體將其價格降低至低於適當的成本標準，故意在短期內蝕本經營，以消除一個或多個競爭對手或損害其競爭實力，或阻止潛在競爭對手進入市場。
 - (b) 以損害消費者利益的方式限制生產、市場或技術發展。此類行為包括損害競爭過程和消費者利益的反競爭搭售及捆綁銷售、拒絕交易、以及獨家經營。
- 1.10 《條例》附表1第6(1)條規定，第二行為守則不適用於年度營業額不超過港幣\$40,000,000的業務實體所從事的行為。⁶然而，年度營業額超過此門檻的業務實體並不會被推定為具有相當程度的市場權勢。

⁴ 本指引內會用“損害競爭”來作為“妨礙、限制或扭曲競爭”的縮寫。

⁵ 除非文意另有所指外，本指引所提述的消費者亦包括作為顧客的企業。

⁶ 此處營業額以相關營業期為計算基礎，其定義是（如該業務實體有財政年度）該業務實體在對上公曆年內終結的財政年度或（如該業務實體沒有財政年度）對上公曆年。更多關於相關營業期的規則將載於商務及經濟發展局局長根據《條例》第163(2)條訂定的規例中。此等規例將會上載至競委會網站。

- 1.11 《條例》還為第二行為守則的應用提供了其他豁免及豁免情況。該等豁免及豁免情況的更多細節見於本指引第6節。
- 1.12 本指引中所述的第二行為守則對某行為的應用，並不影響第一行為守則同時對同一行為的應用。在某些情況下，以協議形式濫市場權勢的行為亦可能違反第一行為守則。⁷
- 1.13 第二行為守則適用於損害在香港的競爭的行為。根據《條例》第23條，即使濫市場權勢的行為發生在香港以外，或作出有關行為的業務實體乃香港境外的業務實體，第二行為守則同樣適用。

2 界定相關市場

引言

- 2.1 在按《條例》進行競爭評估時，競委會將使用一套包含界定相關市場的分析框架。對相關市場的界定並不是評估目標，而僅僅是一種分析工具。其目的是以系統的方式確定業務實體在某個市場中營運時所面對的競爭制約。
- 2.2 雖然本指引對市場定義的討論旨在解釋競委會準備如何執行第二行為守則，市場定義的原理同樣適用於第一行為守則及合併守則，尤其是在釐定業務實體是否互為競爭對手或潛在競爭對手，及評估某行為在市場中的反競爭效果時。
- 2.3 在界定相關市場時，競委會將不會於每件案件機械地遵從下文所述的每一個步驟。相反，競委會將仔細審視所有已搜集得到的相關證據。
- 2.4 另外值得注意的是，並不是每個案件都需要精確界定相關市場的界限。例如，若被調查的活動明顯不會對競爭構成不利影響，或者被調查的業務實體在任何合理市場定義中均不具有相當程度的市場權勢，便無須對最恰當的市場定義下定論。
- 2.5 市場可一般理解為某個產品買賣的範圍或地區。但競爭法中“相關市場”的涵義更具技術性，而競委會界定相關市場的方式可能有別於業界一般認為的市場。

⁷ 參見競委會的《第一行為守則指引》。

- 2.6 為分析市場權勢或評估特定競爭問題而界定的相關市場，既具有產品的層面，也具有地域的層面。在競爭法的個案分析中，相關產品市場包括因產品特點、價格及預定用途而被買方視為可以互換或替代的所有產品，而相關地域市場包括所有買方可以找到有關產品的需求替代品的地區或地域。
- 2.7 如何界定特定產品的相關市場取決於案件的具體事實，且可能基於買方在個案當時的偏好及分析所著眼的競爭關注而不同。出於前述原因，市場定義不具有先例價值，某個案件中所界定的市場並不約束競委會在其他案件中的判斷。儘管如此，競委會在界定市場時將參考過往判例，業務實體亦可參考過往判例中所界定的市場，從而了解競委會在分析其行為對競爭的影響時將如何界定市場。

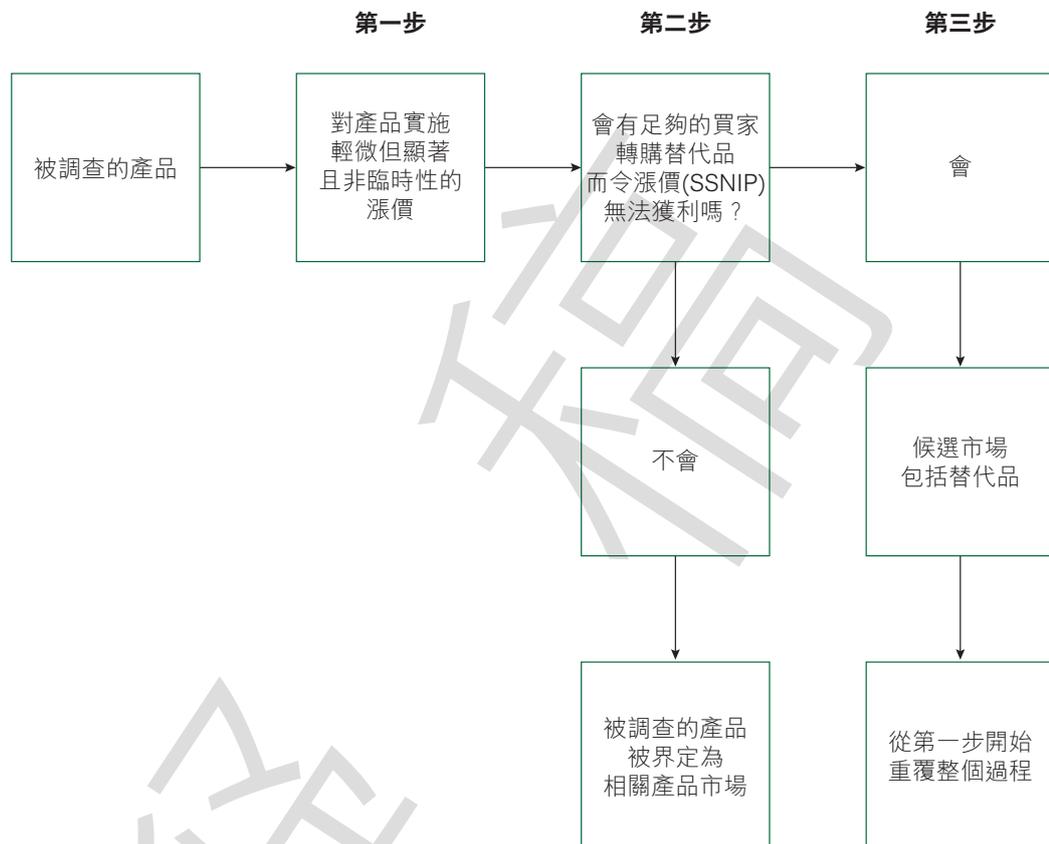
產品市場

- 2.8 由買方角度出發的替代性（需求替代）是市場定義的核心因素。界定相關產品市場往往從相對狹窄的潛在產品市場定義開始。該市場定義通常包括一種（或多種）被調查的產品，或就合併案件而言，由合併各方所供應的產品。潛在產品市場隨後會擴大，以包括產品價格超過具競爭力水平時，買方轉而購買的替代產品。⁸
- 2.9 就此而言，常用的一種評估方法會設想一個候選產品市場的存在，並考慮一間壟斷該市場的公司（假定壟斷者）能否在有利可圖的情況下實施輕微但顯著（通常介乎於5%至10%之間）且非臨時的漲價。這輕微但顯著且非臨時的漲價（即所謂“small but significant and non-transitory increase in price”）簡稱為“SSNIP”。若有足夠多的買家因為SSNIP而轉買替代產品，令假定壟斷者無法通過漲價獲利，則代表候選產品市場過於狹窄。候選市場將被擴大，以包括買方將轉而購買的替代產品，相同的分析接著在擴大後的候選市場上再次被應用。相關產品市場將包括假定壟斷者可從SSNIP獲利的產品群組。

⁸ 一般來說，為便於分析，現行價格將被納入考慮範圍，特別是在合併案件中。然而，在第二行為守則案件中，還需要考慮現行價格可能高於具競爭力水平的事實。

2.10 圖1及虛構示例1展示前段所述的分析方法的應用。

圖1.



虛構示例1

CoffeeCo是一個流行品牌的即飲型咖啡飲料的製造商。當它決定將產品價格上漲超過具競爭性水平的5%時，有相當比例的CoffeeCo顧客轉而購買TeaCo生產的即飲型茶飲料。TeaCo贏得的CoffeeCo的銷售額足以令該漲價行為變得無利可圖，CoffeeCo被迫將價格降至原來的水平。在此情況下，相關產品市場將至少包括CoffeeCo及TeaCo的產品。

2.11 在就某一案件使用假定壟斷者測試時，競委會將借助適當的分析技巧來考慮有關需求替代的量化和質性證據。

2.12 其中，競委會可能：

- (a) 分析SSNIP是否有利可圖；
- (b) 考慮價格變動模式的證據；⁹
- (c) 考慮產品的特點和預定用途；¹⁰
- (d) 考慮市場中活躍的業務實體提供的證據及其商業策略；及／或
- (e) 考慮有關買方過往行為（如在價格上漲時轉向其他產品的傾向性）的證據。

地域市場

2.13 界定相關產品市場的過程可同樣應用於界定相關地域市場。

2.14 地域市場可能涵蓋全球或區域性地區、或僅限於香港或香港的一部份。例如，視乎所涉及的市場，在某些情況下相關地域市場或會包括中國大陸的部份地區（如珠三角地區）。若干因素將決定相關地域市場的範圍。這些因素討論如下。

2.15 與產品市場定義一樣，買方眼中的可用替代品決定競委會對相關地域市場的分析。該分析的目標是識別買方可以找到被調查產品的替代品的所有地區。為確定相關地域市場，競委會通常先著眼於相對較狹窄的地域（候選地域市場）。隨後可藉假定壟斷者測試來確定在該地區內，假定壟斷者能否在有利可圖的情況下將相關產品價格維持在高於具有競爭性的水準之上。若不能，則在更廣闊的地域內重復該測試，直至假定壟斷者能維持漲價且有利可圖。

2.16 因此，與界定相關產品市場時的情況相同，界定相關地域市場可採用SSNIP分析，以評估某種產品的顧客在多大程度上會因為該產品的SSNIP而轉向其他地區的供應商。若有足夠的買家因SSNIP而轉向其他地區的替代供應商，令假定壟斷者無法通過漲價獲利，則候選地域市場過於狹窄。候選地域市場將被擴大，以包括買方會轉向的採購地區，然後在擴大的候選地域市場上進行相同的分析。虛構示例2說明此分析方法的應用。

虛構示例2

某大嶼山五金店是大嶼山地區唯一銷售特定專用顏料的店舖。當它決定將該專用顏料的價格提高5%之後，該店的許多顧客決定到香港島的專用顏料店購買替代產品。轉往香港島的顧客數量足以令大嶼山五金店的漲價變得無利可圖。在此例中，該大嶼山五金店參與競爭的相關地域市場至少包括大嶼山及香港島。

⁹ 如兩種產品的價格變動模式相同，且成因不在於成本或一般價格通脹，此證據可能與兩種產品互為替代品的推論一致。

¹⁰ 如不同產品的預定用途足夠接近，這一事實會傾向支援該等產品相互替代且屬於同一產品市場的結論。

- 2.17 買方在多大程度上願意、並且能夠到其他地區購買產品，也是相關的考慮因素。例如，就某消費產品而言，若大量買家不會到鄰近地區購買該產品，相關的地域市場則可能頗為狹窄。對於運輸成本低廉的批發或製造市場，買家相對於不同地區的供應商而言便可能有更大的討價還價的能力。因此，取決於買方是在最終消費者層面（此時地域市場可能較窄）還是在批發層面（此時地域市場可能較闊），同一產品的地域市場範圍可能因而不同。虛構示例3說明此分析方法的應用。

虛構示例3

本港一間牛奶生產商將其一公升裝牛奶的價格提高了5%。購買牛奶的零售商鋪均具備從香港周邊地區採購的運輸能力。他們於是決定，以較低的價格向距離漲價生產商10公里的另一生產商購買牛奶。從零售商的角度來看，相關地域市場包括兩間生產商的所在地區。然而從最終消費者的角度來看，不一定會得到同樣的結論。假如一間零售商鋪將一公升裝牛奶的價格提高5%，最終消費者未必願意到10公里外的零售商鋪去購買價格較低的牛奶。

- 2.18 在使用假定壟斷者測試界定地域市場時，競委會將借助適當的分析技巧來考慮有關需求替代的量化和質性證據。
- 2.19 其中，競委會可能考慮過往訂單轉向其他地區的證據、不同地區的價格、買方採購的地域模式、貿易往來、轉向其他地區供應商的障礙及轉換成本、交通成本與產品價值的對比、及文化因素。

界定市場時的特殊問題

- 2.20 某些市場的特點可能為市場定義帶來特殊問題。

時令市場

- 2.21 對某些市場來說，時間可能是相關的考慮因素。時間與市場定義有關的例子包括：
- (a) 繁忙和非繁忙時段的服務。有些買家可能認為繁忙和非繁忙時段的服務是不能互相替代的。例如，工作天清晨時段的火車票與週末時段的火車票可能分屬不同市場。從概念上來說，此時間因素可被視為界定產品市場的一個方面。
 - (b) 季節性市場。對某些季節性產品來說，界定市場時或宜考慮時間因素。

價格歧視市場

- 2.22 若供應商能以價格區分不同群組的買家，這些買家群組或宜被評估為個別市場。業務實體可能因各種原因而區分買家，其中原因可能包括：某些買家因為面臨極高的轉換成本而被“鎖定”購買一種特定產品。

配套市場

- 2.23 配套市場是指次要產品的市場，所謂次要產品是指因為購買了主要產品才會購買的產品。主要產品和次要產品可被視為具有互補性。例如，某顧客可能會購買零件（次要產品）以供特定機器（主要產品）使用。就配套市場而言，適當的市場定義將視具體事實而定。舉例來說，恰當的市場定義可能有：

- (a) 單一系統市場，由主要產品及次要產品組成的（即機器A及其零件（系統A）與機器B及其零件（系統B）相互競爭）；
- (b) 雙重市場，主要產品構成一個市場，而所有次要產品構成另一個獨立市場（即有兩個市場，一個涵蓋所有主要產品，另一個涵蓋所有次要產品）；或
- (c) 多重市場，主要產品構成主要市場，而每款主要產品各有與之相關的次要市場（即有一個涵蓋所有主要產品的市場，及與主要產品種類數量相同的次要市場）。

自用生產

- 2.24 若某特定市場包含縱向結合的企業，有時會產生以下問題：(a) 界定產品市場時，應否將縱向結合企業內部消耗的產品生產（“自用生產”）考慮在內；還是(b) 只考慮其在“商業市場”上對外出售的生產。一般而言，競委會將不會把自用生產考慮在相關產品市場內，但會評估自用生產是否帶來潛在競爭約束。下文對潛在競爭有更多論述。

雙邊市場

- 2.25 雙邊市場是指業務實體同時為爭奪兩個需求相互關聯的顧客群而競爭的市場。在此情況下，業務實體利用雙邊平臺，出售產品給兩個不同的買方群體。雙邊市場範例包括網上拍賣平臺及電子遊戲市場。由於市場的雙邊性及兩個買方群體之間相互影響，因此相比於大多數傳統的單邊市場，其市場定義更加複雜。在評估雙邊市場內的市場權勢時，必須考慮每一邊市場內的所有競爭制約。

動態及創新市場

- 2.26 某些行業具有技術迅速變化的特點。例如，新產品可能被開發出來，原本獨立的功能可能被整合到新產品內，流程創新亦可能促使業務實體進入市場，從而增加對市場上現存的業務實體的競爭壓力。這些發展往往不可預測，導致新市場的出現或令原本獨立市場融合起來。因此，市場界限可能隨時間而迅速轉變，從而令個案調查中界定市場定義的工作更加困難。同樣，視乎個案事實，特定時刻的市場佔有率亦可能不足以反映市場權勢。

競投市場

- 2.27 競投市場通常是指企業因應買方招標，透過投標來競爭的市場。在識別某業務實體所面對的競爭制約時，競委會的重點必然放在識別（潛在）市場參與者上，即那些有能力去競投合約及參與未來招標的供應商。在競投市場內，相關市場將包括所有可被視為在相關地域範圍內有能力就有關產品投標的可靠競投者。

供應替代及潛在競爭

- 2.28 產品可被視為受到來自三個方面的競爭制約：(a)買方角度的可替代性（即需求替代性）；(b)供應替代性；及(c)潛在競爭。評估需求可替代性時需要考慮：

- (a) 買方眼中互為替代品的產品種類；及
- (b) 買方可找到相關產品的替代品的地區。

如本節上文所述，競委會在界定市場時將以買方角度的可替代性為核心考量。

供應替代

- 2.29 供應替代性是指業務實體在相關產品價格提高時，轉而生產該產品或開始向價格被提高了的地區供應該產品的能力。

潛在競爭

- 2.30 潛在競爭是指可能進入市場的新業務實體及市場中現有業務實體可能的擴張所帶來的競爭制約。當供應商無法在短期內輕易轉換所生產的產品，該等供應商會被視作潛在競爭，而非供應替代。

與市場定義的相關性

- 2.31 在界定相關市場時，競委會一般不會考慮供應替代性和潛在競爭。兩個因素會在較後的分析中考慮（本指引第3節將在潛在市場進入或擴張的背景下詳細討論潛在競爭）。¹¹歸根究柢，關鍵問題在於業務實體是否具有市場權勢。在競爭法的個案分析中，市場定義只是評估過程中的一個因素，而無論市場如何界定，業務實體仍可能受到來自市場外的競爭制約。重點是要在市場權勢的評估中將所有競爭制約的來源考慮在內。

3 相當程度市場權勢的評估

引言

- 3.1 業務實體並非在真空之中營運。相關市場內的業務實體一般會在價格、服務、創新和品質方面不斷互相競爭，而各業務實體必須能就其所面對的競爭作出反應，才能保持其產品對消費者的吸引力。因此，相關市場內的業務實體，不論規模大小，通常會在定價、產量和有關商業決策方面，受市場現存或可能出現的其他業務實體的活動或預期活動所制衡。
- 3.2 若某業務實體在相關市場內沒有受到足夠有效的競爭制衡，則該業務實體擁有具相當程度的市場權勢。相當程度的市場權勢可以看成是在有利可圖的情況下¹²，在持續一段時期內將價格提高至具競爭力水平以上、或將產量或質素¹³降至具競爭力水平以下的能力。一般情況下，為期兩年可被視為是持續一段時期，但視乎所涉及的產品和市場環境，相關時期也可以是比兩年較長或較短的時期。
- 3.3 相當程度市場權勢的這一定義並不排除相關市場內多於一個業務實體具有當程度市場權勢的可能性，尤其在市場高度集中、僅有若干大型市場參與者的情況。
- 3.4 相反，在有競爭的市場內，業務實體可能有能力短暫提高價格至具競爭力水平以上，但不會有能力維持它所提高的價格，因為客戶將會轉去較便宜的供應商，或將有其他供應商進入市場。因此，若業務實體能在有利可圖的情況下，持續一段時期將價格維持在具競爭力水平以上，則可以被視為具有相當程度的市場權勢。具有相當程度市場權勢的業務實體亦可能有能力和誘因損害競爭過程，例如削弱現有競爭、提高市場進入障礙或減慢創新步伐。

¹¹ 在此，競委會將視供應替代為一種潛在競爭。

¹² 所提及的“有利可圖”意指業務實體的行為相對於具競爭性的水平是有利可圖的。不過，這並不意味具有相當程度市場權勢的業務實體正錄得絕對或會計意義下（因為這會視乎有關行為以外的因素）的利潤。

¹³ 有關價格、產量和質素的提述（或本指引其他地方因內容關係而只提及價格）應被理解為一種簡便的說法，泛指各種能影響競爭因素致使具有相當程度市場權勢的業務實體獲利，同時損害消費者利益的不同方式。

- 3.5 雖然本節主要探討供應方提高價格的能力方面的市場權勢，但市場權勢同樣可在買方市場上出現（即所謂“monopsony power”）。若買方有能力在持續一段時期內獲取低於具競爭力水平的採購價，則屬後者，即買方具有相當程度市場權勢。
- 3.6 市場權勢是程度上的問題。某業務實體擁有市場權勢的程度將根據個案的情況進行評估。某業務實體可能擁有相當程度的市場權勢，但並非壟斷者。評估某業務實體是否具有相當程度的市場權勢時，競委會會考慮該業務實體將價格維持在具競爭力水平以上時，其盈利能力受什麼程度的制約。
- 3.7 《條例》第21(3)條列出以下宜在判定某業務實體是否具有相當程度市場權勢時考慮的部分事宜：
- (a) 業務實體的市場佔有率；
 - (b) 業務實體作出定價及其他決定的能力；
 - (c) 競爭者進入有關市場的任何障礙；及
 - (d) 其他有關事宜。
- 3.8 市場權勢評估對若干因素的分析組成，包括：市場佔有率、買方抵銷力量、市場進入或擴張障礙、以及個別市場特點。下列將更詳細地檢視這些其他因素。下文所討論的只是部分因素，而競委會在個別個案中評估市場權勢時亦可能考慮其他因素。

市場佔有率及市場集中度

- 3.9 一般而言，在評估相當程度市場權勢時，市場佔有率的分析可能是一個有用的初步篩選工具。
- 3.10 市場佔有率較高的業務實體更可能具有相當程度的市場權勢。不過，較高的市場佔有率並不總意味著相當程度的市場權勢。例如，在業務實體爭相改善產品質素的市場，某業務實體市場佔有率持續高企可能顯示其不斷有成功的創新發明，因而未必表示競爭無效。相當程度的市場權勢的存在與否將取決於個別個案的事實，以及所有相關因素，特別是有關行業的特點，而並非僅僅取決於有關市場參與者的市場佔有率。

3.11 值得考慮的，還有業務實體在相關市場的佔有率如何演進，因為這往往比單一時間的市場佔有率顯示更多資料。某些情況下，這一點尤其重要，例如所探討的市場充滿動態，其創新頻繁或競爭激烈，這情況下市場佔有率可能會有波動。市場佔有率迅速轉變亦可能表示市場進入或擴展的障礙很低，因此意味著市場權勢不存在。相比之下，倘若某業務實體的市場佔有率很高，而且長期維持於該水平或隨著時間有增長，而其競爭對手的市場權勢相對較弱，則該業務實體便較大可能具有相當程度的市場權勢。因此，相對市場佔有率可以是分析的重要因素。由於競投市場需求不定，而不同年度的市場需求或有大幅變動，因此考慮競投市場的佔有率多年來如何演進或許尤其重要。

3.12 計算市場佔有率的適當方法視乎處理中的個案而定。下列資料或被採用：

- (a) *營業額或銷售值數據*。市場佔有率通常透過量度業務實體向相關市場的客戶銷售貨品的價值而確定。
- (b) *銷售量數據*。在有關產品性質相似的一些案件中，以相關市場內向顧客銷售產品的數量可能更有助量度市場佔有率。
- (c) *產能*。市場佔有率可透過量度業務實體在相關市場的供應能力而確定，尤其當產能是業務實體競爭能力的重要因素，例如生產能力已達到飽和或接近飽和的行業。
- (d) *其他指標*。計算市場佔有率時亦可考慮的指標的例子有：現有產品庫存、顧客群、新顧客比例等。

3.13 市場集中度可以補充量度市場佔有率所得的結果。在此，市場集中度是指市場內企業的數目及規模。集中型市場是指具有少數具領導地位的企業而這些企業的市場佔有率總和很高的市場。

3.14 市場集中度亦為市場結構提供有用的資料，及在評估市場權勢時用作來評估業務實體在市場中的相對地位。

3.15 量度市場集中度有兩個常用的方法：

- (a) *集中度比率*。該比率計算市場內少數（通常為三或四間）具領導地位的業務實體的市場佔有率總和。例如，三間企業的集中度比率，即所謂“three-firm concentration ratio”，或簡稱“CR3”，顯示市場內三個具領導地位的業務實體所供應的市場比例。

- (b) **赫芬達爾指數**。赫芬達爾指數（即所謂“Herfindahl-Hirschman Index”，簡稱“HHI”）是一種量度市場集中度的指標，市場參與者規模上的差異及其數目均會考慮在內。HHI的計算方法，是將市場內所有業務實體的市場佔有率百分比的平方值相加。¹⁴

潛在市場進入或擴張

- 3.16 市場進入障礙是指阻止或妨礙準新進入者進入市場，或以其他方式致使他們處於相對現有業務實體顯著競爭劣勢的各種因素。市場進入的障礙可能有各種各樣的來源，包括規例或法律限制、經濟或結構性因素、被調查業務實體的行為（所謂的策略性障礙）或第三方的行為。
- 3.17 在評估業務實體運用是否具有相當程度的市場權勢時，競委會將考慮潛在競爭對手進入市場或現有市場參與者擴張市場（或市場進入或擴張的威脅）是否會阻嚇市場權勢的運用，或使之徒勞無功。其相關問題是，市場進入或擴張或其威脅，是否足以對有關業務實體構成可信的競爭制約。若是如此，被調查的業務實體不大可能具有相當程度的市場權勢。
- 3.18 市場進入或擴張的障礙愈低，潛在競爭愈有可能阻止業務實體在有利可圖的情況下將價格維持在具競爭力水平以上。持續高企的市場佔有率可能意味著市場進入或擴張障礙存在。此外，業務實體若在高進入障礙的市場中取得高市場佔有率，則相當可能具有相當程度的市場權勢。相比之下，倘若市場進入障礙很低，業務實體即使有高市場佔有率，亦不大可能具有相當程度的市場權勢。

虛構示例4

一間肉檔在某地區的肉食供應中擁有70%的市場佔有率。該區顧客不願到其他地區去購買肉類，該地區因此構成獨立的地域市場。僅評估該肉檔的市場佔有率，或會顯示其具有相當程度的市場權勢。但是，鑒於市場進入障礙很低（一般會預期肉類零售類的商業活動通常如是），則其他肉檔可輕易開始在該區營運，進而令第一間肉檔不能在有利可圖的情況下將價格維持在具競爭力水平以上。因此，無論實際市場佔有率為何，該肉檔都不會具有相當程度的市場權勢。

¹⁴ 如果沒有市場內規模很小的企業的相關資料，則可將這些企業從HHI的計算中略去。

3.19 只有在相當可能、及時、且充分的情況下，市場進入或擴張（或其威脅）方被視為可信的競爭制約。“及時”意味著市場進入或擴張將在合理時間內發生，或在能阻嚇市場權勢的運用或使之徒勞無功的時間內發生。“相當可能”是指可以預期新競爭者的加入和盈利。“充分”意味著新競爭者加入市場的規模足以防止或阻嚇業務實體運用市場權勢。

3.20 市場進入或擴張障礙的例子包括：

- (a) 規例和法律上的障礙（如發牌規定）；
- (b) 結構性障礙（如顯著的規模及／或範疇經濟，或網絡效應）；及
- (c) 市場現有業務實體故意製造或增加的策略性障礙。

規例或法律障礙

3.21 政府或行業監管機構所作出的規例，可能會阻礙市場進入或擴展。例如，規例可透過要求所有市場參與者都必須獲取牌照才可營業，從而限制市場內業務實體的數目。在此情況下，牌照可被視為生產之前的必需投入。同樣，規劃及發牌等限制零售店數目的法律會限制進入及擴展零售市場的可能性，從而使供應商更難取得有效率的分銷管道。

3.22 當知識產權阻止或使（潛在）競爭對手更難進入或擴展市場，知識產權亦可構成法律上的障礙。原則上，只有當知識產權所保護的產品或技術相等於相關產品或技術市場，知識產權才代表相當程度的市場權勢。知識產權不會自動構成障礙，且不一定意味著相當程度的市場權勢，因為企業或可發明其他解決方法以代替相關知識產權。¹⁵

結構性障礙

3.23 市場進入或擴張的既往成本是結構性障礙的例子。既往成本是指在進入市場或保持其活躍度時付出，並且無法在短時間內在收回經濟效益的成本，業務實體退出市場時亦無法回本。

3.24 既往成本為進入市場帶來風險，從而構成市場進入障礙。既往成本的例子包括：產品研究與開發的投資、專門生產設施的建造、開業階段促銷及持續廣告支出。在考慮既往成本是否構成市場進入障礙時，可值得考慮既往成本為現有業務實體帶來多大的優勢。但某行業內存在既往成本並不一定表示市場進入障礙很高，或市場內的競爭失效，尤其是當這些成本並非市場進入或擴張所必需的。

¹⁵ 市場定義原理的闡釋參見本指引第2節。儘管知識產權或形成法律上的壟斷，這並不代表該法律上的壟斷具有經濟意義上的市場權勢，或《條例》所指的相當程度的市場權勢。

- 3.25 進入市場的結構性障礙亦可能在重要原料或分銷渠道匱乏時出現。若現有業務實體對這些原料或分銷管道擁有使用特權，則其與潛在進入者相比更有優勢，後者更難進入市場。
- 3.26 規模經濟亦可能構成市場進入或擴張的障礙。規模經濟發生於平均成本因產量增加而降低時。倘若市場具有巨大規模經濟的特點，潛在進入者則可能需要大規模（相對於市場的大小）進入市場才能有效地競爭。如果市場進入或擴張需要比較高的固定成本，市場進入障礙可能會出現，尤其當這些成本是既往成本時。同樣，假如潛在進入者在很長一段時間後方能達致可行的生產規模，這可能會阻遏潛在進入者的市場進入或擴張。即使規模經濟沒有市場市場進入或擴張，若新進入者建成足以有效競爭的營運需時，現存業務實體仍可在很長一段時間內維持相當程度的市場權勢。
- 3.27 市場進入或擴張成本亦可能受範疇經濟影響。範疇經濟於一起生產或分銷多種產品而導致長期平均成本降低時發生。若範疇經濟顯著，則與現有業務實體相比，僅準備生產一種產品的業務實體可能處於成本劣勢，因而成為不太有效的競爭對手。因此，範疇經濟的存在會增加成功進入或擴展市場的成本。
- 3.28 網絡效應與規模經濟密切相關。當消費者視連接至某網絡（例如付款卡系統或網上分類廣告）的價值，取決於已接駁該網絡的其他人的數目，這就構成網絡效果。網絡效果可能會成為市場進入或擴張的障礙，因為現有業務實體可能已享有顯著的網絡效果，而新進入者除非能夠淘汰現有網絡，否則無法享有其效果。

策略性障礙

- 3.29 策略性障礙是指特定市場內現有業務實體製造或增加的障礙，其目的可能是阻遏潛在市場進入或擴張。策略性障礙可與結構性障礙區別開來，後者由市場本身特點引起。策略性障礙的例子可能包括，現有業務實體所訂立的長期合同，策略性的品牌擴增，或累積過剩產能，以向潛在新進入者表明其有能力將價格降至令新進入者不能收支平衡的水準。

買方抵銷力量

- 3.30 買方力量和買方市場結構可能防止供應商具有相當程度的市場權勢。基本上，倘若買方可以選擇不同的供應商，便具有買方抵銷力量。

- 3.31 一般而言，買方抵銷力量必須有在未能與供應商達成可接受的交易時，能夠可信地威脅繞過該供應商的支持。若以下一項或以上因素適用，買家更有可能具有買方抵銷力量：
- (a) 該買家可在合理期限內以低成本輕易轉換大部分向特定供應商的產品採購；
 - (b) 該買家可在較短時間內自行生產，或“贊助”新供應商進入市場或其他供應商擴展市場；
 - (c) 該買家是供應商的重要顧客；及／或
 - (d) 該買家可透過競爭性的招標採購，加強供應商之間的競爭。
- 3.32 要防止賣方市場權勢的出現，買方抵銷力量須足以保護整個市場，而不僅僅是個別買家。
- 3.33 買方力量若僅保護特定或有限部份的顧客免受市場權勢影響，則不會被視為足夠有效的競爭制約。例如，即使給予個別大型顧客優惠條款，業務實體仍針對其他顧客使用其相當程度的市場權勢。
- 3.34 買方抵銷力量的存在應於未來一段時間仍可以合理預見，而不僅僅是臨時或短暫的。

評估相當程度市場權勢的特殊問題

- 3.35 某些市場的特點可能為相當程度市場權勢的評估帶來特殊問題。

競投市場

- 3.36 買方有時會透過採購拍賣或投標來選擇供應商。競投市場的主要特徵在於“為爭奪市場而競爭”，而不是在市場內競爭。在這種情況下，即使只有少數供應商，競爭也可能很激烈。尤其是當招標次數並不頻密（因而供應商更可能加入競投），且供應商不受產能限制（因而所有供應商均可能提出有競爭力的標書）時。倘若投標階段的競爭有效，一時間的高市場佔有率未必反映長期市場權勢。因此，評估在持續一段時期內的市場權勢可能更為恰當。

縱向結合

- 3.37 縱向結合的企業可能防止業務實體獲得相當程度的市場權勢。例如，假設某個供應商生產原料A，而原料A是製造產品B的必要原料。再假設某個縱向結合的供應商，供應產品B的替代產品C，但不在商業市場上供應原料A的替代產品。顧客使用產品C替代產品B的能力，可能會制衡非縱向結合的原料A供應商漲價的能力，因而防止其在包含原料A的相關市場中取得相當程度的市場權勢。

產能限制

- 3.38 若有業務實體運用其市場權勢提高相關市場內產品的價格，其競爭對手有時不能透過增加產量作出回應。例如，一個產能有限行業中的業務實體，較之一個產能過剩行業中的業務實體，則前者更有能力將價格提高至具競爭力水平以上。此外，即使有剩餘產能，其利用成本亦可能太高而不足以構成競爭制約。例如，要令有剩餘產能的工廠轉而生產其他產品的成本可能過高，該剩餘產能實際上無法阻止競爭對手運用其市場權勢。

4 濫用相當程度的市場權勢

引言

- 4.1 業務實體只有在透過從事目的或效果是妨礙、限制或扭曲在香港的競爭的行為，濫用其相當程度的市場權勢時，才會違反第二行為守則。因此，濫用市場權勢是具有損害在香港的競爭之目的或效果的行為。如上文所述，濫用市場權勢的行為種類無法盡錄。
- 4.2 在一個市場內具有相當程度市場權勢的業務實體，可能會在另一個市場作出濫用市場權勢的行為。就此而言，有關業務實體可能利用其在第一個市場內的市場權勢來損害第二個市場的競爭。例如，將兩種產品捆綁搭售，以損害被搭售市場內的競爭，此行為可能會構成濫用行為。本指引第5節進一步討論此類濫用市場權勢的行為。
- 4.3 濫用市場權勢的行為尤其可透過反競爭封鎖損害競爭。當具有相當程度市場權勢的業務實體所作出的行為，導致現有或潛在競爭對手獲取原料或接觸買家的有效渠道被阻礙或消除，反競爭封鎖即會發生。反競爭封鎖可令具有相當程度市場權勢的業務實體能夠訂定更高的價格，或造成產品質素下降或選擇減少，損害消費者的利益。

- 4.4 調查被指稱是濫用相當程度市場權勢的個案時，競委會可考慮該業務實體能否證明，相關行為對追求某些合法目的而言是不可或缺且適度的，而該合法目的與行為損害競爭的傾向無關。

限制競爭的“目的”

- 4.5 行為的“目的”是指，在考慮到其法律和經濟背景下，業務實體作出行為所追求的客觀目標，而不僅是業務實體的主觀用意。在確定某特定行為是否具有損害競爭之目的時，需客觀考慮有關行為在其市場環境下的性質。
- 4.6 根據《條例》第22(1)條，如某行為有多於一個目的，只要其中一個目的是損害競爭，即屬違反第二行為守則。此外，根據《條例》第22(2)條，有關行為之目的可憑推論而確定。因此，由行為的相關事實或周遭情況，可以推論出該行為的反競爭目的。
- 4.7 若某行為具有損害競爭之目的，則競委會無須證明其具有損害競爭之效果。競委會只需證明行為具有損害競爭之目的或效果的其中一樣。
- 4.8 舉例來說，具有相當程度市場權勢的業務實體採用低於平均可變成本的定價，可能具有損害競爭之目的。下文將進一步討論這種被稱為攻擊性定價的行為。

限制競爭的“效果”

- 4.9 如某行為不具有損害競爭之目的，該行為仍可因為具有或可能具有反競爭效果而違反第二行為守則。
- 4.10 在評估某行為是否具有或可能具有損害競爭的效果時，競委會可評估該行為不存在時的市場情況（即與事實相反的情況），並將此與事實相反的市場情況跟該行為存在的情況進行比較。但這並不是一個必要的步驟。例如，在某些個案中，或不能確定與事實相反的情況（如某業務實體已持續多年具有相當程度的市場權勢）。
- 4.11 當某行為造成或可能造成以下情況時，該行為具有或可能具有損害競爭的效果：
- (a) 更高的價格；
 - (b) 產量受到限制；
 - (c) 產品質素下降；及／或
 - (d) 反競爭封鎖。

- 4.12 只有損害競爭過程或消費者（而非只損害個別競爭對手）的行為，才構成具有或可能具有損害競爭之效果的行為。當競爭者有強烈誘因贏取競爭角力時，消費者便會受惠。在競爭激烈的市場，隨著時間流逝，總有一些競爭者退出市場，並有另一些新競爭者進入市場。《條例》旨在維護市場競爭，而非個別市場參與者的商業利益。

5 可能構成濫用市場權勢行為的示例

- 5.1 以下是在適當情況下，可被競委會視為濫用市場權勢的行為至相當程度的部分示例：
- (a) 攻擊性定價；
 - (b) 搭售及捆綁銷售；
 - (c) 利潤擠壓行為；
 - (d) 拒絕交易；及
 - (e) 獨家交易。

攻擊性定價

- 5.2 具有相當程度市場權勢的業務實體可能採取攻擊性行為，特別是故意訂立沒有利潤的低價，以迫使一個或多個業務實體退出市場及／或“懲罰”競爭對手。在此情況下，該業務實體雖可能在短期內出現虧損，但預期能夠在較長時期內收取更高的價格（例如在有關競爭對手退出市場之後）。若競爭因此被削弱，導致價格上漲、產品質素下降和選擇減少，消費者最終會處於更不利的處境。
- 5.3 然而，收取低價是競爭的精粹。在應用第二行為守則評估指稱的攻擊性行為時，競委會將注意避免損害競爭過程的風險。
- 5.4 一般來說，針對現有競爭對手或新進入者的反競爭封鎖，會對競爭造成不利影響。若有可靠的數據，競委會將會在評估攻擊性定價行為時設法證明反競爭封鎖的存在。然而為證實封鎖效果，競委會並不一定要證明競爭對手確已退出市場。具有相當程度市場權勢的業務實體可能只想阻止競爭對手進行積極的競爭，而未設法強迫它們退出市場。這種懲罰競爭對手的方式亦可構成反競爭封鎖。

5.5 評估攻擊性行為是否正在（或已經）發生時，競委會通常會考慮業務實體是否將價格定得低於適當的成本標準。雖然根據具體情況可以使用不同的成本基準來識別攻擊性行為，但可討論以下幾點：

- (a) 定價低於平均可變成本。低於平均可變成本（即所謂“average variable cost”，簡稱“AVC”）的定價不大可能是合理的經濟行為，因為對採用這種定價的業務實體而言，其生產每一個單位的產品均會蝕本，即時不可避免的生產成本（即可變成本）也無法回本。因此，若具有相當程度市場權勢的業務實體將價格設定在平均可變成本之下，競委會可認為其帶有攻擊性意圖。在沒有相反證據的情況下，競委會相當可能推定該行為具有損害競爭的目的。¹⁶
- (b) 定價低於平均總成本。若業務實體的定價高於其平均可變成本（或類似標準¹⁷），但低於其平均總成本（即所謂“average total cost”，簡稱“ATC”），則該行為可能是完全合理的商業行為。儘管所有長期成本（即固定成本）不一定均能回本，該定價至少能夠支付即時不可避免的生產成本（可變成本）。分析此類行為時，可考查實際或可能反競爭效果的證據，及可能存在的攻擊性策略的文書證據。同樣，競委會亦可調查據稱的攻擊性行為是否導致本可避免的損失，或是該業務實體的定價策略只因其損害競爭的傾向才有商業價值。

5.6 在判斷蝕本定價是否構成攻擊性行為時，競委會可酌情考慮，長遠而言，攻擊性業務實體能在多大程度上利用增強的市場權勢，收取高於具競爭力水平的價格，來“補償”短期內蝕本定價的損失。

虛構示例5

KowloonVend Ltd與NewVending Co是本港境內僅有的兩間銷售自動售貨機的公司。KowloonVend享有大部分自動售貨機銷售額，而NewVending是新近的市場進入者，其佔有率要小得多。KowloonVend原本以高利潤的價格銷售其自動售貨機。而NewVending在進入市場時，以低得多的價格銷售其自動售貨機，令KowloonVend的市場佔有率開始下降。KowloonVend損失的銷售額全部由NewVending獲得。為此，KowloonVend將其價格下調一半。此低價不足以支付KowloonVend任何標準的成本，其銷售的每一台自動售貨機都在蝕本。NewVending無法以如此低的價格與其競爭，最終倒閉。假設能證明KowloonVend

¹⁶ 長期平均成本增量（即所謂“long run average incremental cost”，簡稱“LRAIC”）是另一個可替代平均可變成本的基準。若指稱的攻擊性行為涉及固定成本高但邊際生產成本低的產品，長期平均成本增量有時被認為是較平均可變成本更適當的成本標準。視乎個案具體情況，低於平均可避免成本（即所謂“average avoidable cost”，簡稱“AAC”）的定價是另一個可替代平均可變成本的基準。在分析放棄的利潤及可避免的損失時，平均可避免成本有時被視為較平均可變成本更適當的成本標準。平均可避免成本注重比較增加產量時的成本與所獲得的收入。

¹⁷ 參見腳註16。

具有相當程度的市場權勢，競委會可能會將KowloonVend的行為評估為違反第二行為守則的攻擊性行為。

反競爭搭售及捆綁銷售

- 5.7 倘若供應商將顧客購買一種產品（被搭售產品）作為向其銷售另一種產品（搭售產品）的前提條件，即構成搭售（即搭售產品並不單獨銷售）。¹⁸捆綁是指將兩件或以上產品組成的套裝以折扣價出售。
- 5.8 搭售及捆綁銷售是常見的商業做法，一般不會損害競爭，反而會促進競爭。許多業務實體，無論是否具有相當程度的市場權勢，均從事搭售及捆綁銷售，此等做法往往可以降低生產、交易及資訊成本，並為消費者提供更多選擇及方便。
- 5.9 不過，在搭售市場內具有相當程度市場權勢的業務實體，可憑藉搭售來損害被搭售市場內的競爭對手。該業務實體利用其在搭售市場內的市場權勢來封鎖被搭售市場的競爭。具有相當程度市場權勢的業務實體可透過搭售，來減少被搭售市場內的競爭對手可獲得的潛在買家數量—即封鎖被搭售市場。此行為可能削弱那些競爭對手的競爭力，甚至迫使其退出被搭售市場，結果令具有相當程度市場權勢的業務實體能夠提高價格，損害消費者的利益。
- 5.10 同樣，就捆綁銷售而言，在套裝其中一種組成產品的市場內具有相當程度市場權勢的業務實體，可憑藉捆綁銷售來損害套裝其他組成產品的市場內的競爭對手。此行為可能封鎖其他組成產品的市場，並使消費者支付更高的價格。
- 5.11 在評估搭售及捆綁行為時，競委會將考慮搭售及被搭售產品（或套裝組成產品）是否屬於不同的產品；如果屬於不同產品，該行為是否具有反競爭效果。當該行為導致反競爭封鎖時，尤其可能出現反競爭效果。

虛構示例6

為本港醫院及診所提供醫療器械的供應商在其銷售合約中規定，顧客必須向其獨家購買這些醫療器械所使用的消耗性產品。此合約要求嚴重限制了與該供應商競爭的獨立消耗性產品製造商可獲得的顧客群。假定該供應商在有關醫療器械市場具有相當程度的市場權勢，損害消耗性產品市場內競爭的合約安排可能構成濫用市場權勢的搭售，因此違反第二行為守則。搭售服務亦可能產生類似的反競爭效果。例如，若該醫療器材供應商要求顧客必須使用某指定業務實體或企業（包括附屬公司）的保養和維修服務，此做法亦可能引起對第二行為守則的關注。

¹⁸ 搭售的類型非常多。例如，當搭售產品被設計成僅能與被搭售產品一起使用，而不能與競爭對手提供的替代品一起使用時，即構成技術搭售。顧客購買搭售產品時要承諾購買被搭售產品，即構成合約搭售。

虛構示例7

熱門牙刷品牌CleenTeeth的製造商決定在香港零售店進行特別優惠促銷。購買CleenTeeth牙刷的客戶可以折扣價獲得其新牙膏產品SparkL Advance一支。此項優惠促銷的限期3個月，旨在幫助CleenTeeth提升SparkL Advance在市場內的知名度。即使假定CleenTeeth在有關牙刷市場內具有相當程度的市場權勢，此項捆綁安排不大可能違反第二行為守則。SparkL Advance的折扣不大可能具有限制CleenTeeth的競爭對手在牙膏市場競爭力的目的或效果。該折扣的時效有限，且在推廣新產品方面具有支持競爭的經濟效率。

利潤擠壓

- 5.12 若縱向結合且在上游市場具有相當程度市場權勢的業務實體，向其同時營運的下游市場供應一種重要原料，利潤擠壓即可能發生。
- 5.13 利潤擠壓發生在具有相當程度市場權勢的業務實體減少或“擠壓”向下游市場內競爭對手收取的原料價格、與其下游業務向顧客收取的價格之間的利潤，致使下游競爭對手因而無法有效競爭時。利潤擠壓需要供應有關原料的業務實體在原料銷售市場（即上游市場）內具有相當程度的市場權勢。
- 5.14 在評估某行為是否構成濫用市場權勢的利潤擠壓時，競委會將考慮以下因素：
- (a) *有關上游原料的性質*。若從下游市場參與者的角度而言，因上游產品是不可缺少的原料，利潤擠壓更可能產生反競爭效果。然而，即使上游原料有其他替代品，仍不能排除濫用市場權勢的利潤擠壓；
 - (b) *利潤擠壓的程度*。若具有相當程度市場權勢之業務實體的下游產品價格，與其向下游競爭對手收取的上游原料價格之間的差異是(i)負數（即該業務實體的上游價格高於下游價格），或(ii)至少不足以支付與該業務實體下游產品相關的成本，則可產生利潤擠壓。¹⁹

拒絕交易

- 5.15 一般而言，無論是否具有相當程度的市場權勢，業務實體可以自由決定其交易對象。一個業務實體可能出於各種合法的商業原因而不希望與另一個業務實體進行交易，例如後者信譽成疑。具有相當程度市場權勢之業務實體拒絕交易，僅在非常有限或特殊的情況下，才會構成濫用市場權勢的行為。

¹⁹ 競委會將考慮，與縱向結合且具有相當程度市場權勢的業務實體的下游產品成本相同的下游競爭對手，在該業務實體於所收取的上下游價格背景下，是否仍有有利可圖。

- 5.16 “拒絕交易”一詞是指具有相當程度市場權勢之業務實體拒絕向其他業務實體供應原料，或故意以客觀上不合理的條款供應該原料（後者被稱為推定式拒絕交易）。構成推定式拒絕交易的例子包括，不當延遲或減損有關原料供應，或對該原料收取過高的價格。
- 5.17 拒絕交易可透過令業務實體無法獲得有關原料，阻礙其：(a)在下游市場內營運；或(b)形成有效的競爭制約，從而損害競爭。
- 5.18 若具有相當程度市場權勢之業務實體，在下游市場與拒絕交易的對象相互競爭（即該業務實體縱向結合），其做法更可能引起有關競爭的關注，尤其是當拒絕交易涉及下游業務實體不可或缺的原料時。在此情況下，競委會將考慮下游業務實體能否複製有關原料，或是僅能以不合理的成本複製有關原料。
- 5.19 在評估拒絕交易是否違反第二行為守則時，競委會可適當考慮：(a)具有相當程度市場權勢之業務實體提供相關原料在技術及經濟上是否可行；(b)業務實體間的交易歷史（終止現有的供應安排更易被定性為濫用市場權勢行為）；以及(c)相關原料在一般或其他情況下的供應條款及條件。
- 5.20 鑒於知識產權對鼓勵創作活動及創新的重要性，競委會僅會在非常特殊的情況下，將業務實體拒絕授予知識產權許可視為違反第二行為守則的行為。除了一般拒絕交易個案中會考慮的因素以外，競委會亦可評估以下因素：拒絕授予知識產權許可是否妨礙次級市場的發展或新產品的開發，或是否以其它方式限制技術開發，從而損害消費者利益。
- 5.21 若具有相當程度市場權勢之業務實體所持有的知識產權對某行業標準而言必不可少，且該業務實體曾於行業採納該標準時承諾會基於公平、合理和非歧視（即所謂“fair, reasonable and non-discriminatory”，簡稱“**FRAND**”）原則授予知識產權許可，惟其後拒絕兌現FRAND承諾可能構成濫用市場權勢的行為。同樣，在某些情況下，曾作出FRAND承諾的標準必須專利持有人若針對被許可人尋求禁制令，該做法亦可能構成濫用市場權勢的行為。²⁰

²⁰ 拒絕兌現FRAND承諾是否構成濫用市場權勢的拒絕交易取決於案件事實。拒絕兌現FRAND承諾同樣可以引起定價過高或歧視性定價的問題。附FRAND責任的標準必須專利持有人針對被許可人尋求禁制令，做法既可被視為拒絕交易，亦可被視為濫用訴訟。

獨家交易

- 5.22 具有相當程度市場權勢的業務實體可能透過獨家交易安排來阻止競爭對手向其顧客銷售產品，以封鎖這些競爭對手。前述獨家交易的安排包括，要求顧客向特定業務實體獨家購買（不論直接或間接）全部或大部分其所需特定產品的安排。其形式可能是獨家採購義務，抑或是附條件回扣。下文進一步討論這兩種形式的獨家交易安排。
- 5.23 獨家交易行為範圍廣泛，還包括獨家供應要求及有類似效果的激勵機制。當具有相當程度市場權勢的業務實體利用此類安排封鎖競爭對手，阻礙其獲得原料供應時，若獨家供應或激勵機制鎖定了市場上大多數有效的原料供應商，令該業務實體的競爭對手無法通過其他供應商獲得該原料，則上述安排可能構成濫用市場權勢的行為。²¹
- 5.24 具有相當程度市場權勢之業務實體的獨家交易行為若具有損害競爭的目的或效果，則可能構成濫用市場權勢的行為。²²
- 5.25 獨家採購責任要求顧客向具有相當程度市場權勢的業務實體購買全部或大部分所需的特定產品。其他義務（如存貨要求）即使嚴格來說並不具有排他性，亦可能具有與獨家採購相同的效果。
- 5.26 若(a)具有相當程度市場權勢的業務實體已將此等獨家採購要求強加予很多顧客；(b)而消費者不大可能從中獲益；且(c)相關要求整體具有阻止其他競爭對手進入或擴張市場的效果（例如由於獨家採購鎖定了大部分相關市場—即有反競爭封鎖）²³，則競委會將予以特別關注。
- 5.27 然而若競爭對手能夠以同等條件來爭取每位顧客全部的採購需求，則獨家交易不大可能損害競爭，除非其期限足以產生封鎖效果。例如就競標市場而言，競爭的對象即是整個市場，而獨家交易可能只是該市場高度競爭的表現或結果。

²¹ 視乎案件的具體事實，其它可能引起第二行為守則關注的獨家交易或類似安排還包括：英國條款（即所謂“English clauses”，買方在獲悉更低的原料價格時須通知現有供應商，且只能在後者拒絕降價時轉換供應商）、供應商為零售商提供的貨架津貼、為換取獨家存貨承諾而提供的免費倉儲或其他設備、或某些個別情況下的類別管理安排等。

²² 當參與獨家交易安排的各方均無相當程度的市場權勢時，該安排可能根據第一行為守則按縱向協議來評估（更多細節參見競委會的《第一行為守則指引》）。

²³ 具有相當程度市場權勢的業務實體當然也可能針對對競爭對手進入或擴張市場來說各外重要的顧客施加獨家採購要求，從而增加反競爭封鎖的風險。此行為同樣可構成濫用市場權勢的行為。

- 5.28 附條件回扣，特別是忠實或忠誠客戶回扣，是用回扣對顧客的特定採購行為予以獎勵的做法。通常，忠實客戶回扣計畫涉及以財務激勵換取買方向供應商購買更多產品的承諾。一般來說，此類回扣屬於旨在刺激需求、並令消費者受惠的正常商業行為。
- 5.29 然而，具有相當程度市場權勢的業務實體所提供的回扣可能具有與獨家採購要求類似的封鎖效果。忠實客戶回扣通常要顧客於特定期限內購買超過一定額度的產品，才會給予回扣。回扣可適用於向具有相當程度市場權勢之業務實體所購買的全部產品（追溯回扣），或僅適用於超出上述額度以外的產品（增量回扣）。追溯回扣安排下，將部份產品需求轉至其他供應商的買家會失去所購全部產品（而不僅僅是買家考慮向其他供應商購買的部分）的回扣，因此可能嚴重封鎖市場。
- 5.30 回扣可分為個別回扣（即相關購買量額度會按每位顧客的需求而定）或標準回扣（即同一購買量額度適用於所有顧客）。一般來說，具有相當程度市場權勢的業務實體可用個別回扣達致最大封鎖效果，而標準回扣提高客戶忠誠度的效果卻可能因人而異。因此，標準回扣不大可能引起有關競爭的關注。而一般以訂單大小為前提的批量回扣也不大可能引起競爭關注，除非其本質具有攻擊性。

虛構示例8

本港知名的大型米線生產商LargeNoodle Co向同意購買其米線達至特定數量的本地雜貨店提供大額回扣。LargeNoodle Co為每位顧客量身定制其採購量目標，大概相當於該顧客通常購買的米線量。該等目標的計算週期為一年，並逐年增加，為期5年。除非雜貨店達到採購量目標，否則無法獲得回扣，而一旦超過該目標，該店當年從LargeNoodle Co購買的所有米線都會獲得回扣。以上回扣計劃的效果是令顧客從LargeNoodle Co購買所有所需的米線，因為他們若沒有如此計畫則會損失該年的全部回扣。該做法實際上將其他米線生產商封鎖在大部分雜貨供應市場之外，令其無法有效地與LargeNoodle Co競爭。這顯示LargeNoodle Co具有相當程度的市場權勢，且其回扣計劃可能構成第二行為守則下的濫用市場權勢的行為。

虛構示例9

一家本港玻璃製造商為多間本地建築公司提供窗戶玻璃。當供應給這些公司的玻璃數量增加時，由於平均運輸成本下降，該製造商的單位成本亦隨之下降。鑒於成本有所減低，且為了促進銷售，該製造商為達到某採購量目標的顧客提供折扣優惠。折扣優惠僅適用於採購量目標以上的玻璃，而相同的目標及折扣優惠適用於所有顧客。該玻璃製造商另外為提前付款的顧客提供小額折扣優惠。

即使假設該玻璃製造商具有相當程度的市場權勢，上述折扣也不大可能違反第二行為守則。提前付款折扣優惠不大可能具有限制競爭之目的或效果。該製造商可能有若干正當的商業理由希望鼓勵提前付款。至於其他折扣優惠，其標準化及增量回扣的性質意味，相比於個別及／或追溯式回扣，它們不大可能排斥競爭對手。而折扣優惠僅與採購量有關並且是基於成本節約而定的事實亦顯示它們不大可能引起對第二行為守則的關注。

6 第二行為守則的豁免和豁免

引言

6.1 第二行為守則不適用於被《條例》附表I豁免或因其豁免的情況。就此而言，《條例》附表I授予以下一般豁免：

- (a) 遵守法律規定；
- (b) 令整體經濟受益的服務；
- (c) 合併；或
- (d) 影響較次的行為。

下文討論上述各項一般豁免及其他法定豁免和豁免。

6.2 豁免及豁免所適用的業務實體將不會違反第二行為守則。業務實體想要受惠於某一豁免或豁免，並不需要向競委會作出申請。業務實體可自行評估其行為是否符合第二行為守則的要求，亦可在競爭事務審裁處或其他法庭的法律程序中以豁免或豁免作為“抗辯”。

- 6.3 儘管如此，《條例》規定，業務實體可根據《條例》第24條向競委會提出申請，要求競委會按《條例》第26條決定相關行為是否豁免或豁免於第二行為守則。想有更多法律確定性的業務實體可以申請競委會作出《條例》第26條下的決定，但競委會只在特定情形下才必須考慮該申請。
- 6.4 競委會的《根據第9條和第24條（豁免及豁免）申請決定以及根據第15條申請集體豁免命令指引》提供有關業務實體如何申請競委會就法定豁免或豁免是否適用作出決定的資料。

遵守法律規定

- 6.5 根據《條例》附表1第2條，在某協議或某行為是為遵守某法律規定（即由或根據在香港實施的成文法則施加的規定²⁴或由在香港實施的全國性法律施加的規定²⁵）而從事的範圍內，則該協議或該行為獲豁免於第一行為守則和第二行為守則。
- 6.6 競委會認為，若要此項一般豁免適用，相關法律規定必須消除相關業務實體的所有自主性，迫使它們簽訂相關協議或從事相關行為。
- 6.7 若業務實體有一定的空間可以獨立判斷是否簽訂某項協議或從事某種行為，則遵守法律規定的一般豁免將不適用。因此，如果在香港實施的成文法則或在香港實施的全國性法律僅成或鼓勵有關協議或行為，該豁免將不會適用。同樣，公共主管當局的批准或鼓勵，也不足令此項一般豁免適用。

令整體經濟受益的服務

- 6.8 根據《條例》附表1第3條，如某業務實體獲特區政府²⁶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。
- 6.9 競委會將會嚴格解釋此一般豁免。希望受惠於此豁免的業務實體將要負起舉證責任，證明所有適用此豁免的條件均已滿足。下文討論這些條件。

²⁴《條例》附表1第2條。根據《釋義及通則條例》（第1章）第3條，“成文法則”是指任何條例、根據任何上述條例訂立的附屬法例及任何上述條例或附屬法例的任何條文。

²⁵根據《釋義及通則條例》第3條，“在香港實施的全國性法律”是指依據《基本法》第18條的條文在香港實施的全國性法律。

²⁶根據《釋義及通則條例》第3條，“特區政府”是指香港特別行政區政府。但是，根據《條例》第2條，特區政府不包括完全由或部分由特區政府擁有的公司。

委託

- 6.10 業務實體須證明其受特區政府所明確委託而提供相關服務。競委會認為，立法措施或規例、公共法下授予的營運權或牌照、或其他一些特區政府行為，均可能構成委託行為。而特區政府僅對相關業務實體所進行的活動作出的批准並不足以構成委託。
- 6.11 有關豁免僅適用於被委託的特定任務，而不適用於有關業務實體及其一般的活動。
- 6.12 獲委託營辦令整體經濟受益的服務的業務實體所承擔的責任，必須與該服務主題關聯並對實現其經濟利益有直接貢獻，方屬特定被委託的特定任務的範圍內。

令整體經濟受益的服務

- 6.13 競委會認為本條所指的“服務”包括分銷貨品，而不僅限於提供服務。
- 6.14 令整體經濟受益的服務是指，無論私營機構會否參與，公共機構都認為應向公眾提供的服務。²⁷ “經濟”是指所提供服務的經濟性質。例如，具有經濟性質的服務可能包括文化、社會和公共衛生範疇中旨在牟利的活動。
- 6.15 要成為令整體經濟受益的服務，相關服務一般必須廣泛提供，而非僅限於某一類或幾類的買家。話雖如此，以特定群體或特定地區（例如弱勢群體或偏遠地區）為對象的服務，只要該等服務能體現共同利益，則仍可被視為令整體經濟受益的服務。

(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

- 6.16 業務實體若只提供證據表明其受委託提供令整體經濟受益的某項服務，並不足以受惠於令整體經濟受益服務的豁免。業務實體還必須證明行為守則會妨礙其執行被委託的相關任務。
- 6.17 業務實體必須提供證據表明，行為守則的適用會令其在不可接受的經濟條件下執行被委託的任務，方可證明行為守則會妨礙執行被委託的任務。業務實體通常還需證明被委託的任務不能以其他對競爭損害更小的方式完成。

²⁷ 令整體經濟受益的服務的概念可被看作與公共服務概念大致相同。

合併

6.18 根據《條例》附表1第4(2)條，在任何行為導致《條例》所指的合併的範圍內，或在如從事該行為便會導致合併的範圍內，第二行為守則不適用於該行為。競委會的《第一行為守則指引》為合併的一般豁免提供更多資料，並為競委會就此豁免範圍的詮釋提供指引。

影響較次的行為

6.19 《條例》附表1含有對影響較次行為的一般豁免。根據附表1第6條，如某業務實體在營業期的營業額不超過港幣\$40,000,000，第二行為守則不適用於該業務實體從事的行為。²⁸就此一般豁免而言，營業額指業務實體的總收入，不論在香港境內或境外得到。

6.20 更多關於影響較次行為的一般豁免規則將載於商務及經濟發展局局長根據第163(2)條訂定的規例中。

公共政策及國際義務豁免

6.21 《條例》第31條和第32條規定了公共政策理由支持的豁免（“**公共政策豁免**”）以及為避免抵觸直接或間接關乎香港的國際義務²⁹的豁免（“**國際義務豁免**”）。

6.22 與《條例》附表1中列出的豁免不同，這兩項豁免要求行政長官會同行政會議刊登命令，訂明將某特定協議或行為、或某特定類別的協議或行為從行為守則中豁免。

6.23 行政長官會同行政會議全權負責頒布授予公共政策豁免和國際義務豁免的命令（及相關條件）。就第二行為守則而言，競委會的角色只限於在收到根據《條例》第24條作出的申請後，決定豁免命令是否適用於個別個案。

6.24 行政長官會同行政會議所刊登的公共政策豁免和國際義務豁免命令（如有）可在競委會網站上查看。

²⁸ 根據《條例》附表1第6(2)條，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。

²⁹ 根據《條例》第32條，國際義務“包括根據以下協定、協議或安排所訂的義務—

(a) 《基本法》第一百三十三條提述的民用航空運輸協定或臨時協議；

(b) 關乎民用航空的國際安排；及

(c) 由行政長官會同行政會議藉於憲報刊登的命令，指定為國際協議、國際臨時協議或國際安排的協議、臨時協議或國際安排。”

法定團體和指明人士豁除

- 6.25 根據《條例》第3條，競爭守則（包括第二行為守則）不適用於法定團體。³⁰根據《條例》第3條，除非行政長官會同行政會議根據第5條訂立規例，令特定法定團體屬於競爭守則的適用範圍內，否則該法定團體豁除於競爭守則的適用範圍之外。
- 6.26 《條例》第3條對法定團體的提述，包括以該法定團體的僱員或代理人的身分行事的該僱員或代理人。但是，第3條豁除並不適用於由法定團體擁有或控制的法律實體，除非該等法律實體亦是法定團體。³¹
- 6.27 根據《條例》第4條，競爭守則（包括第二行為守則）不適用於行政長官會同行政會議根據《條例》第5條訂立的規例中指明的人士，或參與該規例指明活動的人士。
- 6.28 行政長官會同行政會議根據《條例》第5條訂立的規例可在競委會網站上查看。

³⁰ 根據《條例》第2條的定義，“法定團體”指“由任何條例或根據任何條例設立或組成、或根據任何條例委出的團體（不論是否法人團體），但不包括—

- (a) 公司；
- (b) 根據《註冊受託人法團條例》（第306章）成立為法團的受託人法團；
- (c) 根據《社團條例》（第151章）註冊的社團；
- (d) 根據《合作社條例》（第33章）註冊的合作社；或
- (e) 根據《職工會條例》（第332章）登記的職工會”。

³¹ 無論如何，法定團體的定義並不包括《條例》所界定的“公司”（包括《公司條例》第2(1)條所指的公司）。

