

Rukun Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada Program Pelaksanaan Undang-undang Persaingan AANZFTA (AANZFTA Competition Law Implementation Program)

Salah guna kedudukan dominan: apakah maksudnya dan bagaimana kedudukan dominan dinilai?

1. Pengenalan

1.1 Tujuan rukun asas ini ialah:

- a. Sebagai dokumen berasaskan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Pertubuhan Negara-Negara Asia Tenggara (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN'));
- b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli ASEAN; dan
- c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehamalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN, dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.

1.2 Rukun asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN. Rukun asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.

1.3 Rukun asas ini telah dibangunkan oleh hakim Mahkamah Persekutuan (Federal Court) Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN, dengan kerjasama rapat Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD). Ini satu daripada gugusan siri rukun asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif Jawatankuasa Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas ASEAN Australia New Zealand (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) sebagai sebahagian daripada Program Pelaksanaan Undang-undang Persaingan (Competition Law Implementation Program ('CLIP')).

2. Konsep ‘dominans’ atau ‘kuasa pasaran yang cukup besar’

- 2.1 Rejim persaingan di seluruh dunia telah tertumpu kepada tanggapan bahawa larangan perlakuan unilateral/sehala hendaklah dikenakan kepada firma yang mempunyai “kuasa pasaran yang cukup besar”. Perlakuan unilateral oleh firma yang mempunyai tahap kuasa yang tinggi dalam pasaran lebih berpotensi memutarbalikkan proses persaingan dan memberi kesan antipersaingan berbanding tindakan firma yang tidak mempunyai kuasa pasaran atau mempunyai kuasa pasaran yang kecil. Dari sudut ekonomi, kuasa pasaran biasanya ditakrifkan sebagai keupayaan sesebuah firma memastikan harga produknya (atau produk-produknya) membawa keuntungan melampaui harga kompetitif untuk jangka masa yang berlanjutan.
- 2.2 Konsep dan bahasa berbeza digunakan di seluruh dunia untuk mengenal pasti ambang kuasa pasaran yang sekiranya dilangkaui, akan disifatkan sebagai memudaratkan persaingan dan boleh melanggar undang-undang persaingan. Di Eropah dan beberapa bidang kuasa lain di seluruh dunia, ambang ini ialah ‘dominans’. Undang-undang persekutuan AS menetapkan ambang ‘pemonopolian yang melanggar undang-undang atau percubaan pemonopolian’ (‘unlawful or attempted monopolisation’). Ambang bagi Australia ialah ‘kuasa pasaran yang cukup besar’. Di sebahagian besar bidang kuasa ASEAN, ambang yang ditetapkan ialah ‘dominans’. Walaupun terdapat perbezaan, rejim persaingan tertumpu ke arah tanggapan bahawa larangan perlakuan unilateral hendaklah dikenakan hanya kepada firma yang mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar – untuk memudahkan rujukan, ambang yang dirujuk dalam keseluruhan dokumen rukun dasar ini ialah ‘dominans’ atau ‘kuasa pasaran yang cukup besar’.
- 2.3 Untuk menilai tahap kuasa yang dipegang oleh sesebuah firma dalam sesebuah pasaran, pasaran berkaitan perlu ditakrif terlebih dahulu. Takrifan pasaran tertumpu kepada bidang persaingan yang rapat, kebolehgantian antara produk atau bidang persaingan antara pesaing, dengan memberi perhatian kepada konsep ekonomi dan juga realiti komersial. Sebagai contoh, jika satu-satunya restoran piza di sesebuah bandar menaikkan harga, pengguna mungkin beralih kepada burger, atau restoran piza di bandar jiran mungkin mengembangkan kawasan penghantarannya. Jika peralihan kepada burger dan/atau piza di bandar lain mencegah pemilik restoran piza daripada meraih keuntungan daripada kenaikan harga, produk dan penjual-penjual berkenaan akan disertakan dalam pasaran yang berkaitan.
- 2.4 Sebagaimana yang ditunjukkan oleh contoh ini, takrifan pasaran sering memerlukan seseorang hakim mempertimbangkan produk (contohnya, piza berbanding makanan segera) dan dimensi geografi (contohnya satu bandar berbanding beberapa bandar), termasuk menggunakan prinsip:

- a. penggantian bagi pihak permintaan, khususnya penggantian antara barangan atau perkhidmatan dari sudut pandangan pengguna; dan
 - b. di sesetengah bidang kuasa, penggantian bagi pihak bekalan, khususnya penggantian antara barangan atau perkhidmatan dari sudut pandangan pembekal; dan Penggantian di pihak bekalan mungkin dipertimbangkan dalam sesetengah bidang kuasa untuk takrifan pasaran, khususnya jika kesan kepada perlakuan persaingan peserta sama dengan peserta penggantian di pihak permintaan. Bidang kuasa lain pula hanya mengambil kira penggantian di pihak bekalan sewaktu menilai kesan persaingan.
- 2.5 Bergantung kepada undang-undang persaingan yang berkuat kuasa, keterangan tentang perkara berikut mungkin diambil kira oleh hakim semasa menilai dominans:
- a. bahagian pasaran, termasuk kestabilan dan kedayatahan;
 - b. rintangan untuk memasuki (pasaran) atau berkembang;
 - c. keupayaan pembeli untuk mempengaruhi terma dan syarat (kuasa pembeli yang mengimbangi);
 - d. sifat-sifat pasaran, termasuk keterbukaan kepada import; dan
 - e. sifat-sifat firma, termasuk saiz relatif, tahap keuntungan, penyepaduan menegak, sumber yang tersedia dan ekonomi ikut bidangan.
- 2.6 Memegang kedudukan dominan atau mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar itu sendiri tidak dilarang. Undang-undang persaingan amnya melarang hanya perlakuan unilateral yang memudaratkan persaingan kerana ia mengakibatkan salah guna kedudukan dominan.

3. Konsep 'dominans' atau 'kuasa pasaran cukup besar'

- 3.1 Salah guna kedudukan dominan dinilai dari sudut perlakuan yang memberi kesan atau berkemungkinan memberi kesan yang memudaratkan persaingan.
- 3.2 Walaupun terdapat perbezaan yang agak besar merentas pelbagai bidang kuasa tentang perlakuan yang mungkin disifatkan sebagai salah guna dominans, beberapa contohnya termasuklah:
 - a. Penetapan harga pemangsa – harga rendah yang tidak mampu dipertahankan, bertujuan untuk menyingkirkan atau melemahkan saingan;
 - b. Keengganan untuk berurusan atau berurusan secara eksklusif – pengaturan yang bertujuan untuk mengehadkan kebebasan pihak -pihak berkenaan untuk memutuskan dengan siapa, dalam urusan apa, atau di mana mereka berurusan;

- c. Skim mengikat, menggabungkan dan kesetiaan – menghubungkan penjualan barang atau perkhidmatan berasingan dengan tujuan untuk melemahkan persaingan;
- d. Memerah margin – perusahaan terpadu secara menegak, menjual input penting kepada saingan, yang merendahkan harga hiran dan/atau meningkatkan harga hulu untuk ‘memerah’ margin pada peringkat fungsian tertentu atau beberapa peringkat fungsian dalam sesebuah pasaran; dan
- e. Perlakuan mengeksploitasi – terma yang tidak adil, diskriminasi harga, pengurangan pengeluaran, inovasi atau kualiti.

4. Ujian undang-undang untuk salah guna dominans

- 4.1 Di banyak negara terdapat pendekatan berasaskan-kesan, yang memberi tumpuan kepada impak ekonomi yang diberi oleh perlakuan yang dimaksudkan ke atas pengguna dan saingan. Beberapa negara lain menggunakan pendekatan yang lebih berasaskan-bentuk yang memberi tumpuan kepada bagaimana sesuatu perlakuan boleh dikategorikan di bawah undang-undang yang berkuat kuasa. Dalam keadaan seperti ini, analisis ekonomi masih memainkan peranan penting dalam bidang kuasa berkaitan, tetapi tidak diperlukan untuk menentukan sama ada perlakuan tersebut benar-benar menyekat persaingan sehinggakan boleh diputuskan sebagai melanggar undang-undang.
- 4.2 Meskipun pendekatan berasaskan-bentuk mungkin memberi kepastian yang lebih tinggi dari sudut undang-undang dan penyelesaian yang lebih cepat berbanding kaedah berasaskan-kesan, ia mungkin memberi hasil yang tidak wajar, berdasarkan kesan pasaran sebenar. Sesungguhnya, sebahagian besar amalan ini, yang dalam keadaan tertentu, mungkin adalah penyalahgunaan antipersaingan hasil daripada kedudukan dominan, dalam keadaan lain, ia mungkin memberi kesan yang menggalakkan persaingan atau meningkatkan keberkesanan.
- 4.3 Suatu alat yang digunakan untuk menentukan kemungkinan mudarat kepada persaingan ialah analisis yang dilakukan melalui rujukan kepada ujian bukan fakta.
- 4.4 Ujian bukan fakta ini melibatkan perbandingan keadaan persaingan yang mungkin wujud dalam sesebuah pasaran dengan atau tanpa perlakuan khusus yang didakwa merangkumi salah guna kedudukan dominan. Ini mungkin berguna dalam menilai kerugian atau ganti rugi. Terdapat juga beberapa ujian lain yang boleh digunakan oleh agensi dan mahkamah dalam kes-kes salah guna dominans, termasuklah ujian pengorbanan keuntungan, ujian tidak peka ekonomi, ujian firma yang sama kecekapan, dan beberapa ujianimbangan kebajikan pengguna. Secara am, dipersetujui bahawa tiada satu ujian tunggal pun untuk setiap jenis kes.

- 4.5 Analisis bukan fakta bukanlah kaedah sains yang jitu. Dalam sesetengah keadaan, kesimpulan mungkin boleh dibuat bahawa keadaan persaingan dalam sesebuah pasaran mungkin dipelihara namun tidak sedemikian akibat perlakuan yang dimaksudkan. Dalam keadaan lain, contohnya, apabila perlakuan berkenaan didakwa menghalang pesaing baharu; dalam keadaan ini mungkin sukar untuk meramal secara pasti sama ada pesaing baharu dapat memasuki pasaran berkenaan tanpa perlakuan yang dimaksudkan atau tidak dan, jika benar, apakah kesan yang akan diberi oleh peserta baharu ini kepada persaingan dalam pasaran tersebut.
- 4.6 Tidak kira apa jua ujian atau standard yang telah digunakan untuk menentukan bahawa perlakuan berkenaan melanggar undang-undang, banyak bidang kuasa melengkapkan analisis dengan mengambil kira kecekapan yang diperoleh atau justifikasi objektif yang munasabah, kerana kadangkala terdapat alasan yang sah, bahkan juga menyokong persaingan mengapa firma yang dominan terlibat dalam perlakuan berkaitan. Justifikasi yang objektif pada asasnya ialah keadaan khusus yang memberi alasan bagi perlakuan yang pada kebiasaannya melanggar undang-undang, seperti pertimbangan awam (contohnya, sebab-sebab kesihatan dan keselamatan). Kecekapan termasuklah, contohnya, ekonomi ikut bidangan (economies of scale) atau penggalakan inovasi. Mungkin juga terdapat pembelaan perlakuan yang dikawal selia, yang memberi imuniti antitrust di mana perlakuan berkenaan disyaratkan oleh peraturan persekutuan atau negeri. Pembelaan perlakuan yang dikawal selia memastikan bahawa pihak negeri boleh melaksanakan kuasa berdaulat untuk melaksanakan peraturan yang disifatkan oleh negeri tersebut sebagai wajar atas sebab-sebab ekonomi dan/atau sosial walaupun peraturan ini mungkin bercanggah dengan dasar persaingan. Lazimnya dalam bidang kuasa seperti ini, beban pembuktian beralih supaya terpulang kepada firma yang sedang disiasat untuk mempamerkan wujudnya kecekapan ini atau justifikasi objektif, untuk menunjukkan bahawa perlakuan yang dimaksudkan perlu dan berkadar dan bahawa kecekapan berkaitan tidak boleh dicapai melalui kaedah yang kurang bersifat antipersaingan.

5. Sumber dan isu keterangan

- 5.1 Sama seperti semua kes persaingan, mahkamah akan menggunakan undang-undang dalam bidang kuasanya dan peraturannya sendiri tentang keterangan, untuk menentukan sifat dan tahap keterangan yang diperlukan bagi menentukan sama ada terdapat salah guna kedudukan dominan. Sumber keterangan yang mungkin membantu mahkamah termasuklah:
- bukti daripada peserta pasaran dan pemerhati, termasuk keterangan daripada saingan, peserta yang berpotensi menyertai pasaran, pembekal dan pelanggan;

- b. dokumen dalaman dan rekod perniagaan, seperti akaun dan kertas pembentangan lembaga pengarah; dan
 - c. Keterangan pakar, termasuklah pakar ekonomi dan industri. Keterangan pakar dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang 'keterangan Pakar' (Expert evidence).
- 5.2 Dalam menilai dominans, mahkamah lazimnya bergantung terutamanya kepada keterangan tidak langsung berkenaan struktur pasaran yang berkaitan, seperti keterangan tentang bahagian pasaran, rintangan untuk menyertai pasaran berkenaan dan perkembangan dalam pasaran tersebut serta kuasa yang mengimbangi. Keterangan langsung mungkin digunakan sebagai tambahan kepada keterangan tidak langsung tetapi berkemungkinan tidak menentukan dominans secara muktamad. Sebagai contoh, bukti keuntungan firma hanyalah berguna dari sudut konteks dan mungkin terbuka kepada interpretasi yang berbeza. Penggunaan keterangan tidak langsung / mengikut keadaan dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang 'Keterangan mengikut keadaan' (Circumstantial evidence).
- 5.3 Dalam sesetengah keadaan, kesan antipersaingan atau kemungkinan kesan antipersaingan boleh ditentukan daripada keterangan langsung yang boleh dipercayai. Apabila tidak terdapat keterangan seperti ini, hakim mungkin dapat bergantung kepada bukti mengikut keadaan dan proses penakbiran/inferens. Terdapatnya penindanan yang ketara antara keterangan yang digunakan untuk menentukan dominans dan yang digunakan untuk menentukan tujuan atau kesan yang mungkin terhasil, bukanlah di luar kebiasaan.
- 5.4 Di mana mungkin, pengurusan kes proaktif boleh memanfaatkan para hakim yang mengendalikan keterangan yang rumit dan yang berjela-jela dalam kes-kes perlakuan unilateral. Para hakim hendaklah mempertimbangkan alat mana yang ada untuk mengurus kes bagi menghadkan isu yang dipertikaikan, mengawal skop dan bentuk bukti, di samping membantu dalam pengendalian perbicaraan yang teratur.

6. Anggapan berasaskan bahagian pasaran

- 6.1 Di sesetengah bidang kuasa, ambang bahagian pasaran di kedua-dua hujung spektrum mungkin digunakan dalam menganalisis sama ada sesebuah firma memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.
- 6.2 Bahagian pasaran *safe harbour* mungkin ditetapkan sehinggalah mana-mana firma yang mempunyai bahagian pasaran yang kurang daripada *safe harbour* akan diandaikan sebagai tidak memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.

- 6.3 Ambang bahagian pasaran juga mungkin ditetapkan lebih tinggi di mana sesebuah firma yang melampaui ambang ini akan dianggap sebagai memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.
- 6.4 Ambang *safe harbour* dan dominans berdasarkan bahagian pasaran mungkin mewujudkan anggapan yang muktamad atau boleh dipatahkan. Biasanya, tetapi bukan sentiasa, anggapan seperti ini boleh dipatahkan di kebanyakan bidang kuasa. Ini khususnya benar bagi anggapan yang mewujudkan ambang dominans, memandangkan bahagian pasaran ialah instrumen yang tidak tepat yang tidak boleh mempamerkan kuasa pasaran secara muktamad. Dengan yang demikian, bahagian pasaran yang tinggi dengan sendirinya tidak boleh menjadi bukti muktamad bahawa sesebuah firma mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar, walaupun analisis bahagian sasaran mungkin masih berfungsi sebagai langkah pertama dalam analisis persaingan. Sebagai contoh, melampaui ambang bahagian pasaran mungkin mewujudkan anggapan yang boleh dipatahkan tentang dominans dengan mengalihkan beban pembuktian daripada pengawal selia kepada firma yang dimaksudkan.

7. Perlakuan yang disifatkan sebagai salah guna dominans

- 7.1 Di Australia, perlakuan berikut telah didapati oleh mahkamah sebagai salah guna kedudukan dominan:
- Peruncit barangan keperluan isi rumah enggan berurus niaga dengan pembekal roti jika pembekal roti tersebut turut menjual roti mereka kepada peruncit barangan keperluan isi rumah bebas pada harga terdiskaun. Perlakuan ini menyukarkan peruncit barangan keperluan isi rumah bebas untuk bersaing dengan para peruncit besar untuk menjual roti kepada pengguna;
 - Pembekal perkhidmatan penjualan tiket untuk acara hiburan langsung telah tutup atau enggan menyediakan tawaran tiket terdiskaun atas permintaan penganjur acara kerana tiket terdiskaun akan dipromosikan oleh saingan. Perlakuan ini menyukarkan mana-mana pesaing untuk menjual tiket detik akhir pada harga terdiskaun kepada pengguna;
 - Pengilang dengan dominans dalam pasaran untuk cecair steril, tetapi tidak berada dalam pasaran untuk cecair dialisis menawarkan diskaun kepada hospital yang bersetuju untuk menggabungkan pembelian kedua-dua jenis cecair ini. Perlakuan ini menyukarkan penjual cecair dialisis lain untuk bersaing bagi mendapatkan jualan kepada hospital.

8. Sekatan dan remedi

- 8.1 Terdapat perbezaan yang penting antara sekatan dengan remedi. Sekatan biasanya bertujuan untuk menghalang perlakuan yang melanggar undang-undang pada masa hadapan dan di sesetengah bidang kuasa turut memaksa pelanggar supaya mengembalikan keuntungan yang diperoleh secara haram dan memberi pampasan kepada mangsa. Remedi memulihkan, membetulkan, atau mencegah perlakuan yang melanggar undang-undang, manakala sekatan pula mendenda atau menghukum perlakuan ini. Remedi undang-undang persaingan, lazimnya bertujuan untuk menghentikan tingkah laku pelanggar yang melanggar undang-undang serta kesan antipersaingan daripada perlakuan ini, dan menghalang pengulangannya, serta mungkin berusaha memulihkan proses persaingan.
- 8.2 Sekatan dan remedi yang terdapat apabila berlakunya salah guna kedudukan dominan akan bergantung kepada undang-undang persaingan dalam bidang kuasa yang berkaitan. Jenis sekatan dan remedi yang boleh didapati adalah seperti berikut:
- Remedi struktur – penyahlaburan keseluruhan atau sebahagian perniagaan, atau aset tertentu, mungkin diarahkan supaya memulihkan pasaran kepada keadaan bersaing;
 - Remedi tingkah laku – perintah yang mengekang atau memaksa perlakuan tertentu mungkin dibuat untuk mengekang perlakuan antipersaingan dan untuk memandu perlakuan masa hadapan;
 - penalti – sekatan, sama ada monetari atau jenayah, dan diarahkan kepada sama ada entiti yang sah atau individu yang bertanggungjawab; dan
 - Ganti rugi untuk kerugian – bayaran pampasan untuk kerugian atau ganti rugi yang ditanggung akibat perlakuan yang dilarang dan penyerahan kembali keuntungan yang diperoleh daripada perlakuan yang berkenaan.
- 8.3 Relief yang dikenakan mungkin mengambil kira tahap keseriusan, keterukan, dan dalam sesetengah keadaan, impak ekonomi pelanggaran berkaitan. Di sesetengah bidang kuasa, tanggapan perkadaran digunakan untuk menentukan relief yang dikenakan oleh pihak berkuasa persaingan dan mahkamah tidak akan campur tangan secara tidak wajar dalam proses persaingan di pasaran berkaitan, ia juga tidak akan memutarbalikkan pasaran dengan sendiri. Skop dan bentuk relief perkadaran tidak boleh melebihi apa yang perlu untuk mencapai objektif undang-undang persaingan.

- 8.4 Kebanyakan bidang kuasa memberi kuasa kepada mahkamah dan/atau agensi persaingan untuk mengenakan remedi tingkah laku dan juga struktur, tetapi sesetengahnya membolehkan remedi struktur hanya apabila tiada remedi tingkah laku yang cukup berkesan atau apabila apa-apa remedi seperti ini lebih membebankan untuk dipatuhi berbanding remedi struktur. Dalam kebanyakan keadaan, remedi tingkah laku memadai untuk menamatkan pelanggaran persaingan berkaitan. Walau bagaimanapun, dalam sesetengah keadaan, satu-satunya remedi yang berkesan atau kurang membebankan ialah remedi struktur.

9. Sumber maklumat berkaitan

- 9.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut berhubung penyalahgunaan kedudukan dominan. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
- a. Meja Bulat Dasar Persaingan (OECD Competition Policy Roundtables), , [*Evidentiary issues in proving dominance*](#), 2006
 - b. OECD Competition Policy Roundtables, [*Remedies and sanctions in abuse of dominance cases*](#), 2006
 - c. OECD Competition Policy Roundtables, [*Safe harbours and legal presumptions in competition law*](#), 2017
 - d. Rangkaian Persaingan Antarabangsa (International Competition Network), [*Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power*](#)
 - e. International Competition Network, [*Unilateral conduct workbook*](#)

Buku Panduan Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada AANZFTA Competition Law
Implementation Program

Keterangan mengikut keadaan dalam konteks undang-undang persaingan

1. Pengenalan

1.1 Tujuan buku panduan asas ini ialah:

- a. Sebagai dokumen berasaskan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN');
- b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN; dan
- c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehamalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN, dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.

1.2 Buku panduan asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN. Buku panduan asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.

1.3 Buku panduan asas ini telah dibangunkan oleh hakim Mahkamah Persekutuan Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN, dengan kerjasama rapat OECD. Ini satu daripada gugusan siri buku panduan asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee sebagai sebahagian daripada Competition Law Implementation Program ('CLIP').

2. Apakah keterangan mengikut keadaan?

- 2.1 Sesuatu pihak boleh membuktikan fakta yang dipersoalkan dalam sesebuah prosiding:
- melalui keterangan langsung, dengan memberi keterangan tentang fakta tersebut; atau
 - melalui keterangan mengikut keadaan, dengan memberi keterangan tentang satu atau lebih fakta, dan daripada fakta ini mahkamah mungkin perlu membuat inferens tentang fakta khusus yang dipersoalkan.
- 2.2 Perbezaan antara keterangan langsung dengan keterangan mengikut keadaan ialah, keterangan langsung tidak memerlukan proses pertimbangan berdasarkan inferens. Dalam kes kartel, keterangan langsung akan mengenal pasti perjumpaan atau komunikasi antara subjek-subjek ini dan menerangkan isi kandungan perjanjian mereka. Keterangan mengikut keadaan tidak akan mengenal pasti secara khusus unsur-unsur ini, tetapi membolehkan mahkamah membuat inferens bahawa persetujuan telah berlaku, pihak-pihak dalam perjanjian ini, dan kandungannya. Sebagai contoh, seorang pelayan yang menyaksikan perjumpaan makan tengah hari antara tiga pesaing mungkin memberi keterangan bahawa beliau terdengar dua daripada mereka mencapai persetujuan kartel dan melihat ketiga-ketiga mereka saling menepuk belakang pada penghujung perjumpaan tersebut. Walaupun ini hanyalah menyediakan keterangan langsung tentang sesuatu persetujuan antara dua pesaing, seseorang hakim mungkin dapat membuat inferens tentang perjanjian kartel tiga pihak daripada keadaan berkenaan.

3. Peranan keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes undang-undang persaingan

- 3.1 Kes undang-undang persaingan jarang-jarang berasaskan secara eksklusif kepada keterangan langsung. Sebaliknya, kes-kes undang-undang persaingan, amnya berdasarkan sama ada gabungan kedua-dua keterangan, iaitu keterangan mengikut keadaan dan juga keterangan langsung, atau berdasarkan keterangan mengikut keadaan secara keseluruhannya. Apabila terdapat keterangan langsung, keterangan mengikut keadaan boleh membantu hakim dalam menilai kredibiliti keterangan tersebut. Sebagai contoh, keterangan langsung berhubung perjumpaan antara pesaing mungkin boleh disokong atau disangkal oleh keterangan mengikut keadaan, seperti rekod perjalanan.
- 3.2 Keterangan mengikut keadaan diterima di setiap negara OECD dan di pelbagai bidang kuasa lain. Ini mencerminkan betapa pentingnya keterangan jenis ini dalam memastikan penguatkuasaan undang-undang persaingan yang berjaya.

- 3.3 Dalam kes-kes kartel, pengendali kartel yang sofistikated menyedari bahawa perlakuan mereka menyalahi undang-undang dan bahawa pelanggan mereka akan membantah perlakuan tersebut sekiranya mereka tahu tentang hal ini. Mereka mungkin mengambil langkah untuk menyembunyikan perlakuan mereka dan mengelak daripada menyertai pengaturan formal yang terdokumen. Lazimnya merentas pelbagai bidang kuasa, kartel turut termasuk perjanjian tidak formal, persefahaman, “pertemuan minda (meeting of minds), atau apa-apa bentuk “komitmen secara sedar tentang skim yang dikongsi bersama”. Usaha penyembunyian ini bermaksud mungkin tidak terdapat keterangan langsung tentang perjanjian kartel formal. Dalam hal sedemikian, keterangan terbaik yang mungkin ada tentang sesuatu perjanjian antara pesaing ialah keterangan mengikut keadaan dalam bentuk komunikasi antara mereka.
- 3.4 Negara yang mempunyai regim penguatkuasaan baharu dan/atau yang tidak mempunyai budaya persaingan yang kukuh mungkin menghadapi rintangan khusus dalam memperoleh keterangan, dan khususnya keterangan langsung bagi perlakuan antipersaingan. Negara ini mungkin tidak mempunyai program kelonggaran yang berkesan (sumber utama keterangan langsung), dan ia juga tidak mampu menghasilkan kerjasama antara individu atau perniagaan yang terlibat dalam aktiviti ekonomi yang boleh memudahkan pengumpulan bukti keterangan. Selain itu, memperoleh keterangan langsung tentang perjanjian kartel memerlukan kuasa, alat dan teknik siasatan khas, yang mungkin tidak terdapat dalam kalangan pihak berkuasa yang kurang berpengalaman atau baharu. Ini mungkin bermaksud bahawa agensi persaingan dalam bidang kuasa seperti ini akan mendapati lebih sukar untuk menghasilkan keterangan langsung dalam kes-kes kartel, dan perlu lebih bergantung kepada keterangan mengikut keadaan.
- 3.5 Salah tanggapan yang lazim berlaku ialah sesebuah kes yang berasaskan keterangan langsung sudah pastinya lebih kukuh daripada yang berdasarkan keterangan mengikut keadaan. Ini bukanlah tanggapan yang sentiasa tepat. Sesebuah kes yang berasaskan sepenuhnya kepada keterangan langsung daripada satu atau lebih saksi akan dipatahkan sekiranya mahkamah mendapati bahawa kredibilitinya tidak cukup kuat. Sementara itu, keterangan mengikut keadaan boleh menegaskan dengan teguh pelanggaran sehinggakan tiada inferens munasabah lain yang terbuka untuk penghujahan.
- 3.6 Bergantung kepada standard bukti yang diperlukan dalam sesuatu kes tertentu, inferens yang mahkamah perlu lakukan daripada keterangan berkaitan mungkin satu-satunya infrens munasabah yang ada, bahkan kemungkinan besar, satu-satunya keterangan yang ada.

4. Jenis keterangan mengikut keadaan yang berbeza

- 4.1 Terdapat beberapa jenis keterangan mengikut keadaan yang berbeza yang boleh membantu mahkamah. Dalam kes kartel, contohnya, keterangan mengikut keadaan secara am boleh dibahagikan kepada keterangan komunikasi dan keterangan ekonomi.
- 4.2 Keterangan komunikasi mengikut keadaan ialah keterangan bahawa komunikasi antara pesaing telah berlangsung, walaupun tidak semestinya mendedahkan kandungan komunikasi berkenaan. Keterangan komunikasi mengikut keadaan boleh termasuk:
- rekod telefon, seperti log panggilan dan data penjejakan lokasi;
 - catatan diari atau kalendar;
 - rekod kewangan, seperti resit makanan atau penginapan, yang meletakkan para pesaing di lokasi yang sama pada masa yang sama;
 - Nota daripada perjumpaan ini, yang mungkin mencatatkan kehadiran dan topik-topik luas yang diperbincangkan; dan
 - Dokumen dalaman yang menunjukkan komunikasi telah berlaku antara para pesaing.
- 4.3 Keterangan ekonomi mengikut keadaan termasuklah keterangan perlakuan dan keterangan struktur. Secara ideal, kedua-dua jenis keterangan ini perlu diambil kira.
- 4.4 Keterangan tentang perlakuan ialah keterangan bahawa pesaing berkelakuan berlandaskan kewujudan persetujuan kartel yang didakwa. Keterangan tentang perlakuan adalah yang paling meyakinkan jika keterangan ini tidak boleh dijelaskan melalui daya pasaran biasa atau perlakuan perniagaan persaingan. Seseorang hakim perlu mempertimbangkan sama ada sesuatu perlakuan tertentu boleh berlaku tanpa kewujudan kartel, dengan memberi pertimbangan kepada kepentingan komersial dan ekonomi unilateral para pesaing. Keterangan perlakuan boleh termasuk keterangan perlakuan sejajar, pola pembidaan, pertukaran maklumat antara pesaing, keuntungan yang luar biasa tinggi daya tahannya dan pelanggaran undang-undang persaingan pada masa lalu.
- 4.5 Keterangan struktur ialah keterangan yang menjelaskan mengapa ciri-ciri struktur tertentu menjadikan pasaran tertentu lebih terdedah dan mudah dipengaruhi oleh perlakuan kartel. Keterangan struktur tidak dengan sendirinya memadai untuk menunjukkan wujudnya perlakuan kartel, tetapi boleh mempengaruhi penilaian hakim tentang kemungkinan berlakunya perlakuan seperti ini di pasaran tertentu. Keterangan struktur termasuklah keterangan tentang bilangan pesaing, konsentrasi

pasaran, halangan kemasukan, penyepaduan menegak, ketelusan penetapan harga dan keseragaman produk. Inilah contoh keterangan ekonomi yang lazim, yang dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang 'Ekonomi' (Economics) dan 'Keterangan pakar' (Expert evidence).

5. Menilai keterangan secara holistik (menyeluruh)

- 5.1 Secebis keterangan mengikut keadaan mungkin mampu menyokong beberapa inferens, sesetengahnya mungkin bercanggah (lihat 5.2 et seq. dalam CLIP Competition Primer tentang 'Salah Guna Dominans' (Abuse of Dominance). Sebagai contoh, potongan harga boleh secara munasabah menghasilkan inferens tentang penetapan harga pemangsa atau inferens tentang perlakuan persaingan. Atas sebab itu, keterangan mengikut keadaan tidak boleh dinilai tanpa merujuk kepada perkara-perkara lain (in a vacuum).
- 5.2 Inferens atau inferens-inferens yang boleh dibuat daripada keterangan mengikut keadaan hendaklah dinilai oleh hakim secara holistik, dengan berpandukan semua keterangan yang ada. Misalnya, dalam kes kartel yang keterangan menunjukkan:
- panggilan telefon antara para pesaing pada tiga tarikh berasingan;
 - peningkatan harga secara sejajar oleh para pesaing tersebut dalam tempoh beberapa hari selepas setiap panggilan telefon; dan
 - struktur pasaran oligopoli.
- 5.3 Sekiranya contoh yang diberi di atas diambil kira secara individu, tiada satu pun cebis keterangan mengikut keadaan, secara tunggal akan memberi asas yang memadai untuk membolehkan inferens dibuat bahawa telah berlaku pakatan sulit. Walau bagaimanapun, penilaian kumulatif ketiga-tiganya, mungkin menghasilkan inferens yang munasabah bahawa telah terjadi perlakuan kartel. Pertimbangan ini terpakai bagi pelbagai keadaan di mana beberapa keterangan mengikut keadaan telah digunakan sebagai sandaran, memandangkan lazimnya, satu keterangan mengikut keadaan tunggal mungkin tidak memberi inferens yang muktamad tentang perlakuan antipersaingan.

6. Contoh keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes kartel

- 6.1 Di Australia, berikut adalah beberapa contoh kes kartel di mana keterangan mengikut keadaan telah memainkan peranan penting:
- Keterangan langsung perjanjian antara pengendali hotel untuk berhenti memberi diskaun harga bagi bir yang disertakan dalam pakej telah terdedah

dalam perbicaraan, selepas saksi utama gagal berpegang teguh kepada kenyataan yang dibuat olehnya lebih awal. Inferens bahawa wujud perjanjian yang didakwa masih dapat dibuat, termasuk berdasarkan keterangan mengikut keadaan komunikasi dan perlakuan.

- b. Syarikat pembinaan yang membida projek kerajaan didapati melakukan pakatan sulit semasa proses pembidaan berkaitan. Syarikat yang tidak mahu memenangi tender telah berusaha untuk memberi “harga cover” (harga yang ditetapkan dengan niat untuk tidak memenangi bida) untuk projek tersebut. Inferens telah dibuat bahawa terdapat perjanjian bahawa syarikat yang berusaha membida dengan harga cover akan membida lebih tinggi daripada harga tersebut, manakala syarikat yang menawarkan harga cover akan membida di bawah harga tersebut.
- c. Pengilang kabel telah didapati terlibat dalam manipulasi bida dalam sebuah tender pembekalan kabel darat voltan tinggi kepada sebuah projek hidroelektrik. Inferens telah dibuat bahawa pengilang yang dimaksudkan telah meminta layanan “istimewa” dalam proses tender bagi projek ini, sekali gus memberi kesan pengaturan kartel global antara pembekal kabel Eropah dan Jepun untuk pengagihan projek di seluruh dunia.

7. Sumber maklumat berkaitan

- 7.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut berhubung penggunaan keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes undang-undang persaingan. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
 - a. OECD Competition Policy Roundtables, [*Prosecuting cartels without direct evidence*](#), 2006
 - b. Arahan Dasar OECD (OECD Policy Brief), [*Prosecuting cartels without direct evidence of agreement*](#), Jun 2007
 - c. Justice Mansfield, [*Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974*](#), 24 Mei 2008
 - d. Suruhanjaya Persaingan dan Pengguna A (Australian Competition and Consumer Commission), [*Cartels case studies & legal cases*](#)
 - e. Rangkaian Persaingan Antarabangsa, [*Proving agreement or concerted practice with indirect evidence*](#)

Buku Panduan Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada AANZFTA Competition Law Implementation Program

Keterangan pakar dalam konteks kes-kes undang-undang persaingan

1. Pengenalan

1.1 Tujuan buku panduan asas ini ialah:

- a. Sebagai dokumen berasaskan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN');
- b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN; dan
- c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehamalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN, dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.

1.1 Buku panduan asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN. Buku panduan asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.

1.2 Buku panduan asas ini telah dibangunkan oleh hakim Mahkamah Persekutuan Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN, dengan kerjasama rapat OECD. Ini satu daripada gugusan siri buku panduan asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee sebagai sebahagian daripada Competition Law Implementation Program ('CLIP').

2. Peranan keterangan pakar yang biasa dalam kes undang-undang persaingan

- 2.1 Di banyak bidang kuasa, termasuk di ASEAN, mahkamah menghadapi isu undang-undang persaingan terutamanya dalam konteks semakan kehakiman yang dilaksanakan ke atas keputusan yang dibuat oleh pihak berkuasa persaingan. Terdapat dua jenis semakan kehakiman utama yang mahkamah mungkin perlu terlibat. Jenis semakan pertama mempertimbangkan sama ada keputusan yang dibuat menepati undang-undang. Ini mungkin melibatkan usaha meneliti kesahan tindakan pihak berkuasa berdasarkan alasan khusus yang terhad, yang biasanya meliputi ke(tak)sahan, ke(tak)munasabahan atau ke(tak)tepatan prosedur tindakan yang dipertikaikan. Semakan tentang alasan-alasan ini masih boleh melibatkan pemeriksaan fakta dan keterangan yang agak terperinci dan kewajaran tindakan yang diambil berdasarkan fakta dan keterangan ini. Semakan kehakiman juga mungkin meliputi kewajarannya (merit), iaitu inti pati tindakan atau keputusan berkenaan, yang melibatkan penilaian semula ketepatannya secara menyeluruh. Tahap pertimbangan semula kewajaran ini diizinkan berbeza-beza mengikut bidang kuasa.
- 2.2 Kedua-dua jenis semakan kehakiman, serta kes-kes lain yang melibatkan isu undang-undang persaingan mungkin memerlukan mahkamah mentakrifkan pasaran berkaitan atau menilai kesan persaingan. Ini selanjutnya akan memerlukan mahkamah supaya menggunakan ekonomi dan konsep ekonomi, serta pengetahuan khusus teknikal atau industri, walaupun kecanggihan analisis yang berbeza mungkin diperlukan, bergantung kepada kes. Ini mungkin tidak diperlukan bagi setiap kes. Konsep ekonomi boleh membantu memberi maklumat kepada pemeriksaan tentang isu tertentu dalam situasi khusus dan membantu menjelaskan gugusan fakta yang selalunya kompleks. Sebagai contoh, undang-undang persaingan, merangkumi konsep seperti "pasaran (market)", "sekatan persaingan (restriction of competition)", "penutupan gadai janji (foreclosure)", "salah guna dominans (abuse of dominance)" serta konsep lain yang mungkin bukan perkara yang biasa bagi para hakim yang biasanya menangani kes-kes jenis lain. Konsep-konsep ini tidak boleh ditafsirkan dengan melihat kepada maksud biasa perkataan tetapi memerlukan pemahaman tentang ekonomi yang mendasari dan menjadi asas konsep ini. Selain itu, pembentukan dan perkembangan konsep-konsep ini mungkin meliputi suatu jangka masa yang panjang seiring dengan pemahaman yang diperoleh melalui penyelidikan ekonomi yang lebih lanjut tentang peranan persaingan dalam membantu pasaran berfungsi.
- 2.3 Oleh itu, kriteria ekonomi memainkan peranan yang amat penting dalam dasar dan penguatkuasaan undang-undang persaingan, serta dalam mentafsir undang-undang persaingan. Sehubungan dengan itu, para hakim mungkin dibantu oleh pertimbangan konsep dan prinsip ekonomi yang berkaitan.

- 2.4 Seseorang hakim mungkin mendapat manfaat daripada penjelasan dan pentafsiran konsep ekonomi dan kepakaran industri oleh pakar yang adil, mengenai hal-hal yang berkaitan dengan persoalan atau isu tertentu yang berpunca daripada sesebuah kes undang-undang persaingan.
- 2.5 Peranan utama saksi pakar dalam sesebuah kes undang-undang persaingan adalah untuk membantu mahkamah dengan menyediakan pendapat objektif dan yang tidak berat sebelah berhubung persoalan atau isu yang terangkum dalam bidang pengetahuan khusus pakar tersebut. Mahkamah berperanan menilai keterangan pakar dan mencapai kesimpulannya sendiri tentang persoalan fakta dan undang-undang. Walau bagaimanapun, tanggungjawab mahkamah yang tepat berbeza-beza mengikut bidang kuasa dan terdapat perbezaan dalam penggunaan pakar dan perhubungan antara hakim dengan pakar merentas bidang-bidang kuasa ini. Dalam bidang kuasa common law dan juga undang-undang sivil, para hakim pada asasnya bertanggungjawab untuk menilai keterangan pakar. Perbezaan utama berkisar tentang bagaimana keterangan pakar diketengahkan dan tahap kawalan yang para hakim ada ke atas keterangan pakar yang dibentangkan. Dalam sistem common law, pihak-pihak yang terlibatlah yang perlu membentangkan dan mencabar keterangan, manakala, peranan hakim pada peringkat ini, terutamanya mengawal keterangan mana daripada yang diberi oleh pihak-pihak ini yang boleh diambil. Dalam bidang kuasa undang-undang sivil pula, lebih lazim untuk para hakim memutuskan keterangan pakar mana yang perlu dibentangkan, selain membuat keputusan tentang pemilihan pakar.
- 2.6 Di seluruh dunia, peranan saksi pakar bukanlah untuk bertindak sebagai peguam bela bagi mana-mana pihak. Tanpa mengambil kira siapa yang memperoleh perkhidmatan mereka, tugas utama saksi pakar ialah membantu mahkamah.
- 2.7 Kerumitan keterangan ekonomi dan kebimbangan tentang sifat adil saksi pakar, mewujudkan cabaran tentang cara mengurus dan menilai keterangan berkaitan. Cabaran seperti ini telah menghasilkan pembangunan teknik pengurusan kes yang meliputi pelbagai bidang kuasa, yang merangkumi peraturan tentang:
 - a. kelayakan pakar;
 - b. kebolehambilan keterangan pakar;
 - c. pemeriksaan keterangan pakar; dan
 - d. pelantikan pakar bersama atau pakar lantikan mahkamah.
- 2.8 Ini telah menghasilkan keadaan di mana mahkamah diberi sumber kepakaran ekonomi dalaman, dan usaha dibuat untuk membangunkan keupayaan dan kepakaran teknikal dalam kalangan para hakim persaingan.

- 2.9 Bidang kuasa yang berbeza telah menerima pakai pendekatan yang berbeza kepada pengurusan kes berhubung keterangan pakar. Buku panduan ini membincangkan beberapa pemahaman yang berpunca terutamanya daripada pengalaman para hakim di Australia yang mungkin berkaitan bagi ahli-ahli kehakiman di Negara-negara Ahli ASEAN.
- 2.10 Memandangkan peranan saksi pakar adalah untuk membantu mahkamah, keupayaan untuk mengarahkan pelantikan saksi pakar bebas atas cadangan mahkamah sendiri adalah perkara yang lazim dilakukan seluruh dunia. Dalam sesetengah sistem, hanya pakar yang dilantik mahkamah sahaja yang dibenarkan dan penting supaya pelantikan pakar seperti ini dilakukan secara adil dan telus. Kekurangan utama pendekatan ini ialah ia mungkin mengecualikan mahkamah daripada mempunyai akses kepada pelbagai pendapat yang sah, walaupun ini boleh dikurangkan melalui pelantikan panel pakar atau melalui campur tangan pihak-pihak berkaitan semasa prosiding.

3. Syarat kebolehbilangan keterangan pendapat pakar

- 3.1 Apabila undang-undang sesebuah bidang kuasa membenarkan pihak-pihak yang terlibat untuk memberi keterangan pakar, mahkamah mungkin menafikan atau menghadkan penggunaan keterangan seperti ini menurut peraturan keterangan mahkamah itu sendiri. Pakar ekonomi yang dibayar retainer untuk membentangkan keterangan di mahkamah berkemungkinan ditanggap sebagai saksi yang berwibawa dan tidak berat sebelah jika mereka diminta menjelaskan mengapa teori ekonomi tertentu mantap dan mengapa ia patut digunakan kepada fakta kes berkenaan, sebaliknya tidak meminta supaya mana-mana teori digunakan hanya dengan tujuan untuk memanfaatkan klien sahaja. Mereka juga mungkin memberi perspektif baharu dalam hal ini.
- 3.2 Mahkamah mungkin mendapati keterangan yang diberi tidak boleh diambil atau amat tipis kewibawaannya, bergantung pada peraturan keterangan yang terpakai. Perlu diambil maklum bahawa tahap peraturan dan prosedur yang mengawal selia saksi pakar ekonomi dalam prosiding mahkamah yang telah dibangunkan berbeza-beza mengikut bidang kuasa.
- 3.3 Di Australia, keterangan pakar yang diserahkan oleh pihak-pihak yang terlibat mungkin didapati tidak boleh diambil atau mempunyai kewajaran yang tidak cukup mantap, jika:
- a. persoalan atau isu tertentu yang diberi pendapat tentangnya oleh pakar, terkeluar daripada bidang kepakaran pakar tersebut;

- b. arahan yang diberi kepada pakar tidak didedahkan;
 - c. andaian atau fakta yang material/penting yang mendasari pendapat berkenaan tidak didedahkan atau disokong oleh keterangan lain;
 - d. Pakar tidak dapat membuat semua pertanyaan yang beliau percaya diperlukan dan wajar; atau
 - e. hujah alasan tidak dinyatakan dengan jelas.
- 3.4 Di sesetengah bidang kuasa, mahkamah telah mendapati berguna untuk membangunkan satu senarai soalan praktikal untuk ditanya oleh hakim kepada pakar bagi menilai kredibiliti pakar-pakar berkenaan. Soalan-soalan ini mungkin memberi tumpuan kepada isu kebolehpercayaan, keterkaitan dan konsistensi dalaman, serta sama ada teori lanjutan berkenaan telah diterbitkan dalam penerbitan yang telah melalui semakan setara.

4. Pakar yang mempunyai kelayakan yang sewajarnya

- 4.1 Keterangan pendapat pakar akan hanya membantu mahkamah jika ia berdasarkan secara keseluruhannya atau sebahagian besarnya pada pengetahuan khusus yang berpunca daripada latihan, pengajian atau pengalaman pakar berkenaan.
- 4.2 Dalam menilai kewajaran yang diberi kepada bukti pakar yang dikemukakan oleh pihak-pihak yang terlibat, atau semasa memilih pakar lantikan mahkamah, seseorang hakim hendaklah mempertimbangkan kelayakan pakar tersebut untuk memberi pendapat tentang persoalan atau isu khusus yang berbangkit dalam kes berkenaan. Sebagai contoh, seorang ahli akademik dalam bidang ekonomi tidak mempunyai kelayakan yang sewajarnya untuk memberi pendapat tentang operasi sesebuah industri yang tidak pernah dipelajari oleh beliau atau yang beliau tidak pernah bekerja dalam industri tersebut.
- 4.3 Kredibiliti saksi pakar yang dipilih oleh pihak-pihak berkaitan mungkin tertakluk kepada penilaian yang menjejaskan oleh hakim, jika kelayakan pakar berkenaan tidak kukuh dan tidak dinyatakan dengan jelas dalam keterangan, atau jika pendapat pakar berkenaan kelihatan kurang bersifat objektif atau bersifat partisan (menyebelahi sesuatu pihak).

5. Laporan pakar

- 5.1 Mengemukakan keterangan pakar dalam hal-ehwal persaingan dalam bentuk laporan pakar sudah menjadi amalan biasa di seluruh dunia. Kandungan laporan ini mungkin kemudiannya dicabar berlandaskan peraturan keterangan di setiap bidang kuasa, contohnya, melalui pemeriksaan balas dalam mahkamah atau dengan membenarkan pihak yang satu lagi mengemukakan laporan pakar mereka.

- 5.2 Laporan pakar akan paling membantu mahkamah jika ia:
- diungkapkan dengan jelas dengan membentangkan alasan bagi setiap pendapat, dan di mana boleh mengelak daripada jargon teknikal;
 - pada terasnya memberi tumpuan kepada usaha melahirkan pendapat berdasarkan persoalan atau isu yang ditakrifkan dengan jelas, dan sebaliknya tidak bersifat diskursif atau menawarkan teori am sahaja; dan
 - tidak bernada bermusuhan atau berseteru.
- 5.3 Khususnya sekiranya pakar telah dilantik oleh salah satu pihak, mahkamah mungkin turut mempertimbangkan sama ada laporan tersebut turut merangkumi:
- kelayakan pakar yang menyediakan laporan berkenaan;
 - arahan yang diberi kepada pakar, termasuk apa-apa soalan khusus yang telah diminta supaya ditangani oleh pakar;
 - apa-apa andaian dan fakta material yang menjadi asas setiap pendapat;
 - alasan dan apa-apa risalah atau bahan lain yang berkaitan yang digunakan untuk menyokong setiap pendapat;
 - apa-apa pemeriksaan, ujian atau siasatan lain yang dijadikan sandaran oleh pakar, termasuk identiti dan kelayakan individu yang melaksanakannya;
 - perincian mana-mana pendapat yang dilahirkan oleh individu lain yang pendapatnya telah diterima oleh pakar dan pakar tersebut telah bergantung kepada pendapat ini;
 - penafian yang sewajarnya jika mana-mana perkara terkeluar daripada bidang kepakaran pakar atau jika pendapat yang disimpulkan tidak boleh dilahirkan oleh sebab data yang tidak mencukupi atau atas apa jua sebab lain; dan
 - apa-apa syarat yang sewajarnya bagi pendapat yang dilahirkan dalam laporan, yang tanpanya, laporan tersebut tidak lengkap atau tidak tepat.

6. Penggunaan keterangan dan saksi pakar yang sewajarnya

- 6.1 Pengurusan keterangan pakar amat penting dalam sebahagian besar kes persaingan. Sebagaimana yang dinyatakan di atas, mekanisme dan kuasa yang terdapat pada mahkamah untuk mengurus keterangan berbeza-beza mengikut bidang kuasa.
- 6.2 Untuk memudahkan penggunaan keterangan pakar yang cekap di Australia, mahkamah mungkin cuba menetapkan pada peringkat awal:
- Bilangan saksi pakar yang diusulkan yang boleh digunakan sebagai sandaran oleh setiap pihak;

- b. Bidang kepakaran mereka masing-masing;
 - c. Isu yang diusulkan untuk ditangani oleh setiap pakar; dan
 - d. bagaimana keterangan pakar boleh diurus dengan sebaik mungkin.
- 6.3 Sering kali pihak-pihak yang terlibat dikehendaki supaya bersetuju lebih awal tentang soalan atau isu yang diusulkan yang memerlukan keterangan pakar serta fakta dan andaian yang berkaitan. Mahkamah mungkin mempertimbangkan untuk mengeluarkan perintah bagi memudahkan usaha ini.
- 6.4 Di mana boleh, penglibatan awal mahkamah dalam mengurus keterangan pakar boleh memastikan supaya apa-apa soalan atau andaian yang diberi kepada pakar disediakan secara tidak berat sebelah dan dalam cara yang tidak membataskan pakar untuk menangani hanya isu terpilih, tidak berkenaan atau tidak material. Ia juga boleh memastikan bahawa keterangan pakar bukan hanya menjelaskan teori ekonomi, bahkan juga bagaimana teori ini digunakan dalam keadaan tertentu bagi kes berkenaan di hadapan mahkamah.
- 6.5 Pengurusan kes yang baik juga boleh mengatasi pelbagai risiko dalam menggunakan keterangan pakar, termasuk mengurus jumlah, masa persediaan dan kosnya.
- 6.6 Secara lebih luas, beberapa prinsip penting telah dikenal pasti oleh OECD yang mungkin membantu mahkamah apabila pakar terlibat dalam perbicaraan undang-undang persaingan. Pakar ekonomi tidak boleh digunakan sebagai saksi fakta; sebaliknya mereka hendaklah memberi tumpuan kepada analisis fakta ekonomi atau ekonometrik yang sudah diperkenalkan dan ditetapkan oleh saksi lain. Teori dan metodologi ekonomi yang diketengahkan hendaklah sudah diuji dengan secukupnya dalam kalangan komuniti ekonomi. Pakar tidak boleh membataskan data yang dianalisis oleh mereka kepada jumlah yang sempit. Pakar ekonomi tidak boleh diketengahkan sebagai pakar industri, sekiranya ini dilakukan, kredibiliti mereka terdedah kepada risiko dimudaratkan semasa perbicaraan. Akhirnya, penting untuk diingat bahawa pakar mungkin memainkan kedua-dua peranan, iaitu sebagai pendakwa dan juga pembela, dalam sesuatu kes tertentu.

7. Model-model keterangan pakar

- 7.1 Australia ialah bidang kuasa common law yang mengamalkan sistem adversarial (berbentuk penentangan). Selaras dengan itu, dalam kes-kes yang dibicarakan di mahkamah Australia, setiap pihak dalam prosiding yang bertentangan boleh memohon untuk meminta keterangan peringkat awal (evidence in chief) daripada satu atau lebih pakar bagi menyokong kes mereka. Secara tradisional, keterangan seperti ini dicabar oleh peguam pihak lawan semasa pemeriksaan balas.

- 7.2 Dalam sesetengah hal, pendekatan tradisional kepada keterangan pakar ini adalah model yang paling sesuai untuk pembentangan keterangan pakar. Sistem-sistem lain mempunyai pendekatan lain kepada keterangan pakar yang bersesuaian dengan kes yang berkaitan. Sebagai contoh, dalam bidang kuasa undang-undang sivil, lazimnya pakar sama ada dilantik secara bersama oleh pihak-pihak terlibat atau secara tunggal oleh mahkamah.
- 7.3 Walau bagaimanapun, pendekatan keterangan pakar lain mungkin lebih diutamakan bagi kes individu tertentu. Di Australia, di mana mahkamah memegang kuasa pengurusan kes yang luas, mahkamah boleh mempertimbangkan model alternatif untuk pembentangan keterangan pakar.
- 7.4 Satu model alternatif yang boleh dipertimbangkan ialah pemberian keterangan saksi secara serentak, yang dipanggil 'hot tub' (besen panas) di Australia. Pendekatan ini lazim digunakan dalam kes-kes persaingan di Australia, dan di New Zealand dan kadangkala di United Kingdom. Ia melibatkan para pakar menyediakan laporan bersama yang membentangkan perkara yang merekaersetujui dan yang mereka bercanggah pendapat tentangnya. Seorang pemudah cara bebas mungkin dilantik untuk menyelia proses ini. Semasa perbincangan, pakar-pakar ini dipanggil untuk memberi keterangan pada masa yang sama. Proses keterangan serentak hendaklah membolehkan siri pertukaran yang wajar dan teratur antara saksi pakar untuk setiap pihak, di samping antara setiap saksi pakar, peguam bagi setiap pihak dan mahkamah. Semasa perbincangan, saksi pakar boleh diberi peluang untuk memberi ringkasan pendapat mereka dan menjelaskan apa yang mereka sifatkan sebagai isu pokok dalam pertikaian antara pakar, menurut pandangan mereka, dalam perkataan mereka sendiri.

8. Sumber maklumat berkaitan

- 8.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut berhubung penggunaan keterangan mengikut keadaan dalam di Mahkamah Persekutuan (Federal Court) oAustralia. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
- Justice Middleton, [Expert Economic Evidence](#), 16 Oktober 2007
 - OECD, [Presenting Complex Economic Theories to Judges](#), 2008
 - OECD, [Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments](#), 2011
 - Justice Rares, [Using the "Hot Tub" – How concurrent expert evidence aids understanding issues](#), 12 Oktober 2013



ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (AANZFTA)
Economic Cooperation Support Program (AECSP)

- e. Federal Court of Australia, [Expert Evidence Practice Note \(GPN-EXPT\)](#), 25 October 2016
- f. OECD, [The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experiences](#), 2016
- g. Federal Court of Australia, [Expert Evidence & Expert Witnesses Guide](#)

Buku Panduan Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada AANZFTA Competition Law Implementation Program

Ekonomi untuk para hakim dalam konteks undang-undang persaingan

1. Pengenalan

1.1 Tujuan buku panduan asas ini ialah:

- a. Sebagai dokumen berasaskan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN');
- b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN; dan
- c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehmamalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN, dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.

1.1 Buku panduan asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN. Buku panduan asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.

1.2 Buku panduan asas ini telah dibangunkan oleh hakim Mahkamah Persekutuan Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN, dengan kerjasama rapat OECD. Ini satu daripada gugusan siri buku panduan asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee sebagai sebahagian daripada Competition Law Implementation Program ('CLIP').

2. Apakah ekonomi dan mengapa ia penting dalam undang-undang persaingan?

- 2.1 Ekonomi boleh ditakrifkan sebagai “sains sosial yang berkisar tentang pengeluaran, pengedaran dan penggunaan barangan dan perkhidmatan”. Ekonomi disifatkan sebagai sains sosial kerana ia menggunakan kaedah saintifik untuk mengkaji perhubungan masyarakat dan sosial. Ekonomi ialah alat yang berkuasa untuk menilai kesan perlakuan dan pengaturan kepada pasaran.
- 2.2 Persaingan ialah konsep ekonomi yang menerangkan proses pasaran yang bercirikan persaingan antara penjual untuk meningkatkan keuntungan dengan menawarkan kepada pembeli gabungan harga, kualiti dan perkhidmatan yang lebih baik daripada gabungan yang ditawarkan oleh saingan.
- 2.3 Apabila undang-undang persaingan diperkenalkan, ia menyediakan kepada pasaran satu gugusan “peraturan permainan” yang melindungi proses persaingan itu sendiri, dan sebaliknya bukan melindungi pesaing dalam pasaran berkenaan. Dengan cara ini, usaha memastikan persaingan yang adil dan berkesan boleh menyumbang kepada peningkatan kebajikan (ekonomi), kecekapan, serta pertumbuhan dan pembangunan ekonomi.
- 2.4 Kebajikan ialah konsep standard yang digunakan dalam ekonomi yang mengagregatkan kebajikan (atau lebihan) kumpulan yang berbeza dalam ekonomi. Dalam sesebuah industri tertentu, kebajikan boleh diukur melalui jumlah lebihan, iaitu jumlah lebihan pengguna (perbezaan antara apa yang pengguna bersedia bayar untuk sesuatu produk dan apa kos sebenar produk tersebut kepada mereka) dan lebihan pengeluar (jumlah kesemua keuntungan yang diperoleh oleh pengeluar dalam industri tersebut). Ukuran kebajikan seperti ini ialah konsep standard untuk menilai kesan perlakuan dan pengaturan kepada pasaran.
- 2.5 Dalam konteks undang-undang persaingan, ekonomi menyediakan rangka kerja yang teguh untuk menganalisis pasaran dan kesan perlakuan ke atas pasaran, termasuklah (kesan) perlakuan unilateral atau yang terselaras oleh peserta pasaran (kesan bersaing). Analisis ekonomi juga boleh menjadi alat yang berguna untuk mengenal pasti dan menilai fakta yang berkaitan dalam kes-kes persaingan. Di seluruh dunia keterangan ekonomi sering diberi oleh pakar ekonomi bagi pihak-pihak yang terlibat dalam kes undang-undang persaingan.
- 2.6 Keterangan ekonomi boleh membantu mahkamah menjelaskan dan menggunakan konsep ekonomi yang diterapkan dalam undang-undang persaingan, seperti:

- a. persaingan, khususnya persaingan harga, kualiti, perkhidmatan dan pemboleh

ubah lain yang bernilai kepada pengguna untuk mencapai objektif perniagaan, seperti memaksimumkan keuntungan;

- b. kebajikan, termasuk nilai subjektif, kesejahteraan dan pemenuhan keutamaan; dan
- c. kecekapan, khususnya kecekapan statik (tahap kecekapan pada satu detik masa, yang memberi tumpuan kepada produk, proses dan keupayaan yang sedia ada) dan kecekapan dinamik (tahap kecekapan dalam satu tempoh masa tertentu kerana ini berubah melalui inovasi, yang menghasilkan produk, proses dan keupayaan baharu atau yang lebih baik). Dua jenis kecekapan statik yang utama adalah pengagihan sumber yang sedia ada kepada nilai yang tertinggi mungkin (kecekapan peruntukan) dan pemaksimuman output daripada sumber yang sedia ada pada kos yang terendah mungkin (kecekapan produktif).

2.7 Persaingan boleh menggalakkan kebajikan dan juga kecekapan dengan meningkatkan nilai dan menggalakkan pengagihan dan penggunaan sumber yang optimum. Konsep ekonomi ini amnya meneguhkan dan menjelaskan objektif undang-undang persaingan.

3. Istilah dan konsep ekonomi untuk menilai persaingan

- 3.1 Pasaran terdiri daripada pembeli dan penjual yang mengurus niaga barangan dan perkhidmatan. Pasaran ialah medan persaingan, atau medan persaingan yang berpotensi, antara para penjual untuk menjual produk atau perkhidmatan mereka. Jika seorang penjual meningkatkan harga (berbanding kos) sesuatu produk atau perkhidmatan, keuntungan untuk setiap unit yang dijual akan meningkat, tetapi jualan kepada pelanggan tertentu mungkin hilang jika mereka tidak bersedia untuk membeli produk atau perkhidmatan berkenaan disebabkan oleh peningkatan harga ini dan sebaliknya beralih kepada penjual, produk atau perkhidmatan lain.
- 3.2 Usaha mewujudkan pasaran yang relevan, yang dipanggil takrifan pasaran, menyediakan rangka kerja analitik untuk siasatan muktamad tentang sama ada perlakuan tertentu atau urus niaga tertentu berkemungkinan menghasilkan kesan antipersaingan.
- 3.3 Sesebuah pasaran mungkin ditakrifkan setelah mengambil kira produk dan dimensi geografinya, termasuk dengan mengambil kira gantian ekonomi dalam hal bekalan dan permintaan. Dimensi produk mentakrifkan produk bersaing yang berbeza yang seharusnya diambil kira sebagai berada dalam pasaran yang sama; dimensi geografi mentakrifkan tahap kawasan geografi dan hendaklah disifatkan sebagai berada dalam pasaran yang sama. Sebagai contoh, sebuah bandar mungkin ada hanya satu restoran piza, tetapi ini tidak berkemungkinan ditakrifkan sebagai monopoli kerana jika ia menaikkan harga secara ketara, pengguna mungkin beralih kepada burger,

atau restoran piza di bandar jiran mungkin mengembangkan kawasan penghantarannya. Jika peralihan kepada burger dan/atau piza di bandar lain mencegah pemilik restoran piza daripada meraih keuntungan hasil daripada kenaikan harga, produk dan penjual-penjual berkenaan akan disertakan dalam pasaran yang berkaitan.

- 3.4 Kuasa pasaran ialah satu lagi konsep teras dalam undang-undang persaingan dan ekonomi. Ia lazimnya ditakrifkan sebagai keupayaan firma untuk mengekalkan harga melebihi, atau tahap kualiti kurang daripada, tahap persaingan. Manfaat daripada kuasa pasaran memberi dorongan yang kuat untuk pelbagai firma bersaing untuk memperolehnya. Kuasa pasaran boleh didapati, dikekalkan dan digunakan tanpa melanggar undang-undang persaingan. Undang-undang persaingan amnya hanya terlibat apabila kuasa pasaran diperoleh, dikekalkan dan/atau digunakan dalam cara yang berbentuk antipersaingan.
- 3.5 Darjah kuasa pasaran tidak mudah diukur secara objektif. Bahagian pasaran kerap kali lebih mudah diukur dan dengan itu kadangkala digunakan sebagai penunjuk, atau proksi untuk kuasa pasaran. Walau bagaimanapun, kewaspadaan perlu diamalkan apabila menggunakan pendekatan ini kerana bahagian pasaran mungkin memberi gambaran yang tidak sempurna atau sementara tentang kuasa pasaran sesebuah firma. Faktor berkaitan yang lain mungkin termasuk:
- a. sekatan untuk masuk dan/atau berkembang, khususnya semudah mana pesaing baharu boleh masuk, atau pesaing sedia ada boleh berkembang, ke dalam pasaran ini jika harga dalam pasaran tersebut meningkat melebihi paras persaingan. Kemungkinan firma baharu memasuki pasaran tersebut, atau pesaing yang sedia ada berkembang, mencegah atau menyukarkan lagi firma-firma ini untuk mengenakan harga yang lebih daripada paras persaingan. Hasil daripada itu, jika sekatan kepada kemasukan dan pengembangan adalah rendah, maka firma yang ingin masuk tidak akan dapat melaksanakan kuasa pasaran secara mapan walaupun mereka ada bahagian pasaran yang besar;
 - b. kuasa yang 'mengimbangi (countervailing)' (pembeli), khususnya kekuatan tawar-menawar pembeli dalam rundingan dengan penjual. Keupayaan pembeli untuk berunding dengan penjual, misalnya disebabkan oleh saiz pembeli, kepentingan komersialnya kepada penjual, atau keupayaannya untuk membekalkan sendiri atau menaja penjual lain sebagai peserta baharu, bertindak sebagai daya yang mengawal dan menggalakkan tingkah laku persaingan di pihak bekalan;
 - c. Peraturan ekonomi boleh menjadi faktor yang relevan dalam sektor-sektor di mana, misalnya, paras harga dan/atau kualiti tertakluk kepada kawalan pengawal selia kerajaan. Ini boleh menghadkan tahap firma-firma boleh

mengeksploitasi kuasa pasaran mereka; dan

- d. ciri-ciri firma dan pasaran khusus tersebut, termasuk mengambil kira struktur pasaran yang sewajarnya.

4. Model ekonomi untuk menilai kesan persaingan

- 4.1 Pakar ekonomi sering menggunakan model ekonomi untuk menerangkan dunia nyata menerusi model yang dipermudahkan dan abstrak daripada dunia nyata ini. Terdapat model pasaran ekonomi yang berbeza yang mungkin digunakan untuk menilai kesan persaingan. Model yang sesuai akan bergantung kepada fakta kes tertentu. Empat model pasaran ekonomi asas, yang perbezaannya terletak pada tahap persaingan yang berlaku dalam pasaran tersebut, diuraikan secara lebih terperinci di bawah.
- 4.2 Model persaingan yang sempurna (hipotesis) menggambarkan struktur pasaran di mana persaingan berada pada tahap yang tertinggi yang boleh dicapai. Ia ditakrifkan oleh beberapa keadaan pasaran yang disifatkan sebagai ideal termasuk, contohnya, maklumat yang sempurna tersedia kepada semua pengguna dan pengeluar, dan tiada halangan untuk masuk atau keluar, dan terdapat jumlah pembeli dan penjual yang besar bagi barangan dan perkhidmatan yang seragam di mana semuanya bertindak dengan sikap rasional yang sempurna. Dalam model ini, tiada firma mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar atau keupayaan untuk mempengaruhi harga. Model ini memberi hasil yang optimum dari segi kebajikan dan kecekapan dan menjadi penanda aras untuk menilai kesan perlakuan dalam struktur pasaran yang persaingannya tidak sempurna.
- 4.3 Model persaingan berbentuk monopoli juga mengandaikan bilangan pembeli dan penjual yang besar yang boleh masuk dan keluar dengan mudah, tetapi produk dalam model ini tidak seragam. Pembezaan produk membolehkan firma melaksanakan sedikit kuasa pasaran dan membuat keputusan penetapan harga secara bebas, dan sehubungan dengan itu, menghasilkan harga yang lebih tinggi atau kapasiti melahu (idle), berbanding situasi persaingan sempurna.
- 4.4 Dalam model oligopoli terdapat hanya beberapa penjual yang bersaiz cukup besar. Firma-firma ini saling tahu dan mengambil kira tindakan masing-masing dan menjangka reaksi apabila membuat keputusan penetapan harga dan persaingan lain. Sehubungan dengan itu, firma dalam pasaran oligopoli saling bergantung. Dalam situasi oligopoli, darjah persaingan mungkin berbeza dengan ketara, bergantung sebahagian besarnya kepada keadaan khusus pasaran tersebut. Penjual mungkin bersaing dengan sengit, atau firma individu boleh mempunyai kuasa pasaran yang ketara dan keupayaan untuk berinteraksi secara tidak rasmi, sekali gus, menggabungkan kuasa pasaran untuk mendorong harga dan keuntungan dengan mengorbankan kecekapan dan kebajikan (serta pengguna). Disebabkan

oleh hal ini, hasil daripada oligopoli boleh kelihatan seperti monopoli.

- 4.5 Dalam model monopoli, terdapat hanya satu penjual dengan kawalan yang berkesan meliputi seluruh pasaran. Penjual tersebut boleh menggunakan kuasa pasaran monopolinya untuk mengekalkan harga dan keuntungan melebihi paras yang cekap dan untuk mengeluarkan jumlah yang kurang daripada optimum. Undang-undang persaingan secara am tidak melarang monopoli itu sendiri. Yang dilarang cuma penggunaan kuasa monopoli untuk memudaratkan persaingan. Undang-undang persaingan mungkin juga mencegah monopoli daripada terbentuk hasil daripada sesuatu urusan niaga (penggabungan atau pengambilalihan) atau perlakuan antipersaingan.
- 4.6 Undang-undang persaingan sebahagian besarnya ditujukan kepada perlakuan oleh firma-firma yang beroperasi dalam pasaran oligopoli atau monopoli. Ini disebabkan firma-firma yang beroperasi dalam pasaran jenis ini mempunyai potensi yang terbesar untuk menggunakan kuasa pasaran mereka bagi memudaratkan persaingan.

5. Menilai kesan persaingan

- 5.1 Penilaian kesan persaingan amnya tidak perlu dalam kes-kes kartel kerana perjanjian kartel biasanya disifatkan sebagai pelanggaran undang-undang persaingan yang paling serius dan amnya dilarang tanpa perlu mengambil kira kesan khusus kartel berkenaan. Kartel hampir sentiasa memudaratkan pengguna dengan meningkatkan harga dan menyekat bekalan, sekali gus membuatkan barangan dan perkhidmatan tidak langsung dapat diperolehi oleh sesetengah pembeli dan mengenakan harga yang tidak munasabah tingginya kepada yang lain.
- 5.2 Sebaliknya, penilaian kesan persaingan lazimnya lebih diperlukan dalam mempertimbangkan bentuk perlakuan atau pengaturan (bukan kartel) lain. Penilaian ini, khususnya penting dalam mempertimbangkan kelulusan penggabungan dan pengambilalihan, menilai perjanjian yang boleh mengurangkan persaingan secara ketara, dan menilai salah guna kes-kes dominans, yang mana liabiliti yang didapati dalam kes-kes ini biasanya memerlukan kedua-dua perkara, iaitu kuasa pasaran pada tahap yang ketara dan objek atau kesan antipersaingan.
- 5.3 Dalam menilai kesan persaingan, pakar ekonomi amnya memberi tumpuan kepada keadaan persaingan dalam sesebuah pasaran secara keseluruhan, dan sebaliknya bukan kesan perlakuan pesaing tertentu. Usaha yang lebih relevan ialah mempertimbangkan sama ada perlakuan tersebut meningkatkan atau mengekalkan kuasa pasaran dalam pasaran berkenaan, contohnya, meningkatkan halangan kepada saingan untuk masuk dan mengembangkan perniagaan atau mengecualikan saingan daripada bersaing dengan berkesan dalam pasaran tersebut. Terdapat beberapa ujian yang mungkin berguna dalam menilai kesan persaingan, termasuk:

- a. ujian ‘dengan atau tanpa (with or without)’, yang membandingkan kemungkinan keadaan persaingan dalam sesebuah pasaran apabila terdapat perlakuan yang diuji, dengan keadaan persaingan dalam pasaran tersebut tanpa perlakuan yang diuji ini;
 - b. ujian ‘(tiada) kepekaan ekonomi ((no) economic sense)’, yang menampilkan pertanyaan tentang sama ada perlakuan yang diuji masih munasabah dari segi ekonomi sekiranya dilakukan tanpa apa-apa tujuan atau kesan antipersaingan; dan
 - c. ujian ‘sebagai saingan yang cekap (as efficient competitor)’, yang mempertimbangkan sama ada perlakuan yang diuji cenderung untuk mengecualikan bahkan pesaing yang sekurang-kurangnya sama tahap kecekapannya dengan firma yang melakukan perlakuan yang diuji ini, dalam cara yang memudaratkan persaingan dalam pasaran secara keseluruhan.
- 5.4 Penggunaan ujian-ujian untuk menilai kesan persaingan yang dinyatakan di atas, jarang-jarang bersifat jelas dan mudah, dan mungkin memerlukan analisis dan keterangan pakar ekonomi. Sebagai contoh, dalam menggunakan ujian ‘dengan atau tanpa’ pada kelulusan penggabungan, andaian mudah mungkin tidak boleh dibuat, bahawa keadaan persaingan semasa dalam pasaran akan dipelihara ‘tanpa’ penggabungan tersebut. Dalam kelulusan penggabungan di Australia baru-baru ini, yang melibatkan perkhidmatan penghantaran melalui laut, telah didapati bahawa tanpa penggabungan, perkhidmatan penghantaran syarikat sasaran akan ditamatkan dan pembeli prospektif walau bagaimana sekali pun akan dapat memperoleh semua kontrak pelanggan yang bertanggungjawab bagi memastikan perkhidmatan penghantaran ini berdaya maju. Dalam keadaan seperti ini, penggabungan ini diluluskan tertakluk kepada beberapa syarat, komitmen dan aku janji untuk mengurangkan kesan antipersaingan penggabungan ini.
- 5.5 Pertimbangan tentang kesan persaingan sentiasa perlu dibuat dengan mengambil kira perundangan yang terpakai dan tujuan perundangan tersebut. Analisis dan keterangan ekonomi boleh membantu dalam menyerlahkan kesan ke atas persaingan dan hasil pasaran daripada perlakuan atau pengaturan yang dimaksudkan. Pada masa yang sama, penting supaya tidak membiarkan konsep ekonomi teknikal menggantikan bahasa perundangan ini.

6. Sumber maklumat berkaitan

- 6.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut tentang ekonomi dalam konteks undang-undang persaingan. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
- a. OECD, [*Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*](#), 1998
 - b. Massimo Motta, *Competition Policy; Theory and Practice*, 2004
 - c. OECD Competition Policy Roundtables, Barriers to entry, 2005
 - d. OECD Competition Policy Roundtables, [*Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*](#), 2011
 - e. OECD Competition Policy Roundtables, Market definition, 2012
 - f. OECD, [*Glossary of statistical terms*](#)
 - g. International Competition Network, [*Training on demand*](#), including modules on [*market power*](#), [*competitive effects*](#), and [*economics of dominance*](#)