

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 kaitan jualan barangan 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 sehinggalah 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:
- a. Remedi struktur – penyahlaburan keseluruhan atau sebahagian perniagaan, atau aset tertentu, mungkin diarahkan supaya memulihkan pasaran kepada keadaan bersaing;
 - b. Remedi tingkah laku – perintah yang mengekang atau memaksa perlakuan tertentu mungkin dibuat untuk mengekang perlakuan antipersaingan dan untuk memandu perlakuan masa hadapan;
 - c. penalti – sekatan, sama ada monetari atau jenayah, dan diarahkan kepada sama ada entiti yang sah atau individu yang bertanggungjawab; dan
 - d. 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*](#)