

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-tiga 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*](#)