

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](#)