

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 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. 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

mengexploitasi 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*](#)