

Primer Persaingan Usaha untuk para Hakim ASEAN

Dikembangkan sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan Usaha AANZFTA (*Australia New Zealand Free Trade Area*)

Ekonomi bagi para hakim dalam konteks hukum persaingan usaha

1. Pengantar

1.1. Primer ini dimaksudkan untuk:

- a. menjadi dokumen panduan dasar untuk digunakan oleh anggota badan peradilan di masing-masing Negara Anggota Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara ('ASEAN');
- b. memberikan panduan praktis dan informatif bagi para hakim yang difokuskan pada tantangan dan masalah yang dihadapi dalam mengevaluasi bukti ahli yang kompleks dalam proses pembuatan dan peninjauan putusan berdasarkan hukum persaingan usaha di Negara Anggota ASEAN; dan
- c. membantu dalam mengembangkan preseden hukum persaingan usaha yang akan meningkatkan kepastian hukum, mendorong efisiensi dan menumbuhkan konsistensi dan prediktabilitas di antara Negara Anggota ASEAN yang pada akhirnya akan berkontribusi pada pembentukan kebijakan persaingan usaha yang sehat.

1.2. Primer ini telah dikembangkan dalam konteks perbedaan dan berbagai tahap perkembangan hukum persaingan di Negara Anggota ASEAN. Hal ini tidak dimaksudkan untuk memberikan informasi khusus dari masing-masing negara.

1.3. Primer ini telah dikembangkan oleh para hakim dari Pengadilan Federal Australia untuk para hakim di Negara Anggota ASEAN, bekerjasama dengan OECD. Dokumen ini adalah salah satu dari rangkaian primer hukum persaingan usaha yang dikembangkan atas prakarsa Komisi Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas Australia Selandia Baru sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan ('CLIP').

2. Apa itu ekonomi dan mengapa penting dalam hukum persaingan usaha?

- 2.1. Ekonomi dapat didefinisikan sebagai "ilmu sosial yang berkaitan dengan produksi, distribusi dan konsumsi barang dan jasa". Ekonomi dianggap sebagai ilmu sosial karena menerapkan metode ilmiah untuk mempelajari masyarakat dan hubungan sosial. Ekonomi adalah alat yang kuat untuk menilai pengaruh perilaku dan pengaturan di pasar.
- 2.2. Persaingan adalah konsep ekonomi yang mencirikan proses persaingan pasar di antara para penjual untuk meningkatkan keuntungan mereka dengan menawarkan kepada pembeli kombinasi harga, kualitas, dan layanan yang lebih baik daripada kombinasi yang ditawarkan oleh pesaing.
- 2.3. Pengenalan hukum persaingan menyediakan pasar dengan seperangkat "aturan main" yang melindungi proses persaingan itu sendiri, daripada melindungi pesaing di pasar. Dengan cara ini, pencapaian persaingan yang adil atau efektif dapat berkontribusi pada peningkatan kesejahteraan (ekonomi), efisiensi, dan pertumbuhan ekonomi dan pembangunan.
- 2.4. Kesejahteraan adalah konsep standar yang digunakan dalam ekonomi yang mengumpulkan kesejahteraan (atau kelebihan/surplus) dari berbagai kelompok dalam perekonomian. Dalam industri tertentu, kesejahteraan dapat diukur dengan total surplus, yang merupakan jumlah surplus konsumen (perbedaan antara apakah semua konsumen bersedia membayar untuk suatu produk dan apakah itu merupakan harga sebenarnya) dan surplus produsen (jumlah dari semua keuntungan yang diperoleh produsen di industri). Ukuran kesejahteraan seperti itu adalah konsep standar dalam menilai pengaruh perilaku dan pengaturan di pasar.
- 2.5. Dalam konteks hukum persaingan usaha, ekonomi menyediakan kerangka kerja yang ketat untuk menganalisis pasar dan efek perilaku di pasar, termasuk (dampak) perilaku keberpihakan atau terkoordinasinya perilaku dari pelaku pasar (efek persaingan). Analisis ekonomi juga dapat menjadi alat yang berguna untuk mengidentifikasi dan mengevaluasi fakta yang relevan dalam kasus persaingan. Di seluruh dunia, bukti ekonomi sering diberikan oleh para ahli ekonomi dari para pihak dalam perkara persaingan usaha.
- 2.6. Bukti ekonomi dapat membantu pengadilan dalam menjelaskan dan menerapkan konsep ekonomi yang mungkin melekat dalam hukum persaingan usaha, seperti:
 - a. persaingan, yaitu persaingan dalam harga, kualitas, layanan, dan variabel lain dari nilai kepada konsumen sehingga mencapai tujuan bisnis, seperti memaksimalkan keuntungan;
 - b. kesejahteraan, termasuk nilai subyektif, itikad baik, dan pilihan yang lebih disukai/kepuasan; dan
 - c. efisiensi, yaitu efisiensi statis (tingkat efisiensi pada satu titik waktu, berfokus pada produk, proses, atau kemampuan yang ada) dan efisiensi dinamis (tingkat

efisiensi dari waktu ke waktu karena perubahan melalui inovasi, yang mengarah ke produk, proses, atau kemampuan yang baru atau lebih baik). Dua jenis utama dari efisiensi statis adalah alokasi sumber daya yang tersedia untuk nilai tertinggi yang mungkin (efisiensi alokatif) dan maksimalisasi hasil dari sumber daya yang tersedia dengan biaya serendah mungkin (efisiensi produktif).

- 2.7. Persaingan dapat meningkatkan kesejahteraan dan efisiensi dengan meningkatkan nilai dan mendorong alokasi dan penggunaan sumber daya yang optimal. Konsep ekonomi ini umumnya mendukung dan menginformasikan tujuan hukum persaingan usaha.

3. Istilah dan konsep ekonomi untuk menilai persaingan usaha

- 3.1. Sebuah pasar terbentuk dari pembeli dan penjual yang bertransaksi barang dan jasa. Pasar merupakan arena persaingan, atau pasar para pesaing potensial, antara penjual untuk menjual produk atau jasa mereka. Jika penjual meningkatkan harganya (relatif terhadap biayanya) dari suatu produk atau jasa, laba untuk setiap unit yang terjual akan meningkat, tetapi penjualan ke pelanggan tertentu mungkin hilang jika mereka tidak mau membeli produk atau layanan yang mengalami peningkatan harga dan kemudian beralih ke penjual produk atau layanan lain.
- 3.2. Membangun konsep pasar bersangkutan, yang juga disebut sebagai mendefinisikan pasar, memberikan ruang bagi kerangka analitis untuk penyelidikan akhir apakah perilaku tertentu atau transaksi tertentu cenderung menghasilkan efek anti persaingan.
- 3.3. Suatu pasar dapat didefinisikan dengan memperhatikan produk dan dimensi geografisnya, termasuk dengan mempertimbangkan substitusi ekonomi dalam penawaran dan permintaan. Dimensi produk mendefinisikan produk pesaing yang berbeda harus dianggap berada di pasar yang sama; dimensi geografis menentukan luas wilayah geografis yang harus dianggap berada di pasar yang sama. Misalnya, sebuah kota mungkin hanya memiliki satu toko pizza, tetapi ini tidak mungkin menjadi monopoli karena jika menaikkan harga secara substansial, konsumen mungkin beralih ke burger atau toko pizza ke kota tetangga yang mungkin memperluas wilayah pengirimannya. Jika pengganti untuk burger dan/atau penjual pizza di kota-kota lain mencegah pemilik toko pizza dari menaikkan harga secara menguntungkan, produk dan penjual tersebut akan dimasukkan ke dalam apa yang disebut pasar yang relevan (pasar bersangkutan).
- 3.4. Kekuatan pasar adalah konsep lain dalam hukum persaingan usaha maupun ekonomi. Biasanya didefinisikan sebagai kemampuan perusahaan untuk mempertahankan harga di atas tingkat persaingan atau kualitas di bawah tingkat persaingan. Manfaat kekuatan pasar memberikan insentif yang besar bagi perusahaan untuk bersaing memperolehnya. Kekuatan

pasar dapat diperoleh, dikelola dan digunakan tanpa melanggar hukum persaingan usaha. Hukum persaingan usaha pada umumnya hanya diberlakukan ketika kekuatan pasar diperoleh, dikelola dan/atau digunakan dengan cara yang bersifat anti persaingan.

- 3.5. Kekuatan pasar suatu perusahaan tidak mudah diukur secara obyektif. Pangsa pasar seringkali relatif mudah diukur dan oleh karena itu terkadang digunakan sebagai indikator, atau pengganti untuk kekuatan pasar. Namun perlu diperhatikan ketika menerapkan pendekatan ini, karena pangsa pasar mungkin hanya memberikan gambaran yang tidak lengkap atau sementara tentang kekuatan pasar sebuah perusahaan. Adapun termasuk faktor relevan lainnya:
- a. hambatan masuk dan/atau ekspansi, yaitu kemudahan yang didapat pesaing baru yang masuk, atau pesaing yang dapat berkembang jika harga di pasar naik di atas tingkat persaingan. Kemungkinan perusahaan-perusahaan baru memasuki pasar, atau pesaing inkamben memperluas usaha, mencegah atau membuatnya lebih sulit bagi perusahaan untuk menetapkan harga di atas tingkat persaingan. Akibatnya, jika hambatan masuk dan ekspansi rendah, maka perusahaan inkamben tidak akan mampu secara berkelanjutan menjalankan kekuatan pasar bahkan jika mereka memiliki pangsa pasar yang besar;
 - b. Kekuatan 'countervailing'/ membalas (pembeli), yaitu kekuatan tawar pembeli dalam negosiasi dengan penjual. Kemampuan pembeli untuk bernegosiasi dengan penjual, misalnya karena ukuran kemampuan pembeli, kepentingan komersialnya kepada penjual, atau kemampuannya untuk memasok sendiri atau mensponsori penjual lain yang baru masuk, bertindak sebagai kekuatan pendisiplinan dan mendorong perilaku bersaing pada sisi penawaran;
 - c. regulasi ekonomi dapat menjadi faktor yang relevan di sektor-sektor seperti harga dan/atau tingkat kualitas yang diawasi oleh pemerintah. Ini dapat membatasi sejauh mana perusahaan dapat mengeksploitasi kekuatan pasar mereka; dan
 - d. karakteristik perusahaan dan pasar tertentu, termasuk memperhatikan struktur pasar yang sesuai.

4. Model ekonomi untuk menilai dampak persaingan

- 4.1. Para ekonom sering menggunakan model ekonomi untuk menjelaskan dunia nyata melalui sejumlah penyederhanaan dan abstraksi. Ada beberapa model pasar ekonomi yang dapat digunakan untuk menilai efek persaingan. Model yang sesuai akan bergantung pada fakta-fakta kasus tertentu. Empat model pasar ekonomi dasar, yang berbeda dalam hal jumlah persaingan yang terjadi di pasar, dijelaskan secara lebih rinci di bawah ini.
- 4.2. Model persaingan sempurna (hipotetis) menggambarkan struktur pasar yang persaingannya berada pada tingkat kemungkinan terbaik. Hal ini digambarkan dari beberapa kondisi pasar yang ideal, misalnya, informasi yang sempurna tersedia untuk semua konsumen dan produsen, tidak ada hambatan untuk masuk atau keluar pasar, dan ada sejumlah besar pembeli dan penjual barang atau jasa yang homogen yang semuanya bertindak sangat rasional. Dalam model ini, tidak ada perusahaan yang memiliki kekuatan pasar yang besar atau kemampuan untuk mempengaruhi harga. Model ini menghasilkan hasil yang optimal dalam hal kesejahteraan dan efisiensi dan merupakan tolak ukur untuk menilai efek perilaku dalam struktur pasar yang tidak sempurna.
- 4.3. Model persaingan monopolistik juga mengasumsikan sejumlah besar pembeli dan penjual yang dapat dengan mudah masuk dan keluar, tetapi produk dalam model ini tidak homogen. Keberagaman produk memungkinkan perusahaan untuk menggunakan kekuatan pasar dan membuat sendiri keputusan harganya, yang berpotensi mengarah ke harga yang lebih tinggi atau kapasitas menganggur dibandingkan dengan situasi persaingan sempurna.
- 4.4. Dalam model oligopoli hanya ada beberapa penjual dengan jumlah signifikan. Perusahaan-perusahaan ini menyadari, dan mempertimbangkan, tindakan masing-masing dan kemungkinan reaksi ketika membuat harga dan keputusan persaingan lainnya. Oleh karena itu perusahaan di pasar oligopoli saling bergantung. Dalam situasi oligopoli, tingkat persaingan dapat berbeda secara substansial, sangat tergantung pada keadaan spesifik pasar. Penjual dapat bersaing dengan sengit, atau perusahaan individu dapat memiliki kekuatan pasar yang besar dan kemampuan untuk berinteraksi secara diam-diam, menggabungkan kekuatan pasar untuk menaikkan harga dan keuntungan hingga merugikan efisiensi dan kesejahteraan (dan konsumen). Akibatnya, hasil oligopoli dapat terlihat mirip dengan monopoli.
- 4.5. Dalam model monopoli, hanya ada satu penjual yang mengendalikan seluruh pasar. Penjual itu dapat menggunakan kekuatan pasar monopolinya untuk mempertahankan harga dan keuntungan di atas tingkat kewajaran dan menghasilkan kurang dari jumlah optimal. Hukum persaingan usaha secara umum tidak melarang monopoli itu sendiri, hanyalah penggunaan kekuatan monopoli yang merusak persaingan usaha yang dilarang. Hukum persaingan usaha juga dapat mencegah monopoli terbentuk sebagai hasil dari suatu transaksi (penggabungan atau peleburan) atau perilaku anti-persaingan.

- 4.6. Hukum persaingan menargetkan perilaku perusahaan yang beroperasi di pasar oligopoli atau monopoli. Ini karena perusahaan yang beroperasi di pasar jenis ini memiliki potensi terbesar untuk menggunakan kekuatan pasar mereka untuk merusak persaingan.

5. Menilai dampak persaingan

- 5.1. Pengkajian dampak persaingan pada umumnya tidak diperlukan dalam perkara-perkara kartel karena perjanjian-perjanjian kartel biasanya dianggap sebagai pelanggaran hukum persaingan yang paling banyak dan umumnya dilarang tanpa harus memperhitungkan dampak spesifik dari kartel. Kartel hampir selalu mencederai konsumen dengan menaikkan harga dan membatasi pasokan, sehingga membuat barang dan jasa benar-benar tidak tersedia untuk beberapa pembeli dan harganya menjadi sangat mahal bagi yang lain.
- 5.2. Sebaliknya, penilaian dampak persaingan lebih sering diperlukan dalam mempertimbangkan bentuk perilaku atau pengaturan lain (non-kartel), khususnya dalam mempertimbangkan persetujuan penggabungan dan peleburan, dalam menilai perjanjian yang dapat secara substansial mengurangi persaingan, dan dalam mengevaluasi perkara-perkara penyalahgunaan posisi dominan, yang dalam penilaian pertanggungjawabannya memerlukan penghitungan terhadap tingkat kekuatan pasar yang besar, dan objek atau dampak terhadap persaingan.
- 5.3. Dalam menilai dampak persaingan, para ekonom umumnya fokus pada keadaan persaingan di pasar secara keseluruhan, daripada dampak perilaku pada pesaing tertentu. Relevansi khususnya dalam mempertimbangkan adalah apakah perilaku menciptakan, meningkatkan atau mempertahankan kekuatan pasar di pasar, misalnya, meningkatkan hambatan masuk dan ekspansi atau mengecualikan pesaing dari bersaing secara efektif di pasar. Ada beberapa cara menguji yang dapat berguna dalam menilai dampak kompetitif, yaitu:
- uji 'dengan atau tanpa', yaitu dengan membandingkan kemungkinan keadaan persaingan di pasar dengan perilaku yang diuji untuk pasar persaingan atau tanpa perilaku yang diuji;
 - uji '(tidak) dengan kesadaran ekonomi', yang menanyakan apakah perilaku yang diuji akan tetap masuk akal secara ekonomi, tanpa adanya tujuan atau dampak anti persaingan; dan
 - uji 'sebagai pesaing yang efisien', yang mempertimbangkan apakah perilaku yang diuji cenderung mengecualikan bahkan pesaing yang setidaknya seefisien perusahaan yang terlibat dalam perilaku yang diuji, dengan cara yang merugikan persaingan di pasar secara keseluruhan.

- 5.4. Penerapan tes di atas untuk menilai efek persaingan sangat jarang diberlakukan serta merta dan dapat saja membutuhkan analisis ahli ekonomi dan bukti ekonomi. Misalnya, dalam menerapkan uji ‘dengan atau tanpa’ terhadap persetujuan merger, tidak mungkin untuk berasumsi bahwa keadaan persaingan saat ini di pasar akan dipertahankan ‘tanpa’ merger. Dalam persetujuan merger Australia baru-baru ini yang melibatkan jasa angkutan laut, ditemukan bahwa tanpa merger, layanan pengiriman barang yang ada akan berhenti dan calon pembeli akan dapat mengamankan semua kontrak pelanggan yang membuat layanan angkutan tersebut dapat berjalan. Dalam keadaan itu, merger disetujui sesuai dengan persyaratan, komitmen, dan usaha untuk mengurangi dampak anti-persaingannya.
- 5.5. Penting untuk selalu mempertimbangkan dampak persaingan mengingat peraturan yang diterapkan dan tujuan dari peraturan itu. Analisis dan bukti ekonomi dapat membantu dalam menjelaskan dampak pada persaingan dan pasar sebagai hasil dari perilaku atau pengaturan yang dimaksud. Pada saat yang sama, penting untuk tidak membiarkan konsep ekonomi teknis menggantikan bahasa undang-undang.

6. Sumber kepustakaan

Sumber kepustakaan di bawah ini menyediakan informasi lebih lanjut mengenai ekonomi dalam konteks hukum persaingan. Materi ini dapat berguna sebagai referensi umum bagi para hakim di Negara-Negara Anggota 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.

Catatan:

**primer*: buku teks dasar yang berfungsi sebagai pengantar untuk subjek studi

Primer Persaingan Usaha untuk para Hakim ASEAN

Dikembangkan sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan Usaha AANZFTA (*Australia New Zealand Free Trade Area*)

Bukti tidak langsung dalam konteks hukum persaingan usaha

1. Pengantar

1.1. Primer ini dimaksudkan untuk::

- a. menjadi dokumen panduan dasar untuk digunakan oleh anggota badan peradilan di masing-masing Negara Anggota Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara ('ASEAN');
- b. memberikan panduan praktis dan informatif bagi para hakim yang difokuskan pada tantangan dan masalah yang dihadapi dalam mengevaluasi bukti ahli yang kompleks dalam proses pembuatan dan peninjauan putusan berdasarkan hukum persaingan usaha di Negara Anggota ASEAN; dan
- c. membantu dalam mengembangkan preseden hukum persaingan usaha yang akan meningkatkan kepastian hukum, mendorong efisiensi dan menumbuhkan konsistensi dan prediktabilitas di antara Negara Anggota ASEAN yang pada akhirnya akan berkontribusi pada pembentukan kebijakan persaingan usaha yang sehat.

1.2. Primer ini telah dikembangkan dalam konteks perbedaan dan berbagai tahap perkembangan hukum persaingan di Negara Anggota ASEAN. Hal ini tidak dimaksudkan untuk memberikan informasi khusus dari masing-masing negara.

1.3. Primer ini telah dikembangkan oleh para hakim dari Pengadilan Federal Australia untuk para hakim di Negara Anggota ASEAN, bekerjasama dengan OECD. Dokumen ini adalah salah satu dari rangkaian primer hukum persaingan usaha yang dikembangkan atas prakarsa Komisi Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas Australia Selandia Baru sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan ('CLIP').

2. Apa bukti tidak langsung?

- 2.1. Para pihak dapat membuktikan suatu fakta yang dipermasalahkan dalam suatu persidangan:
 - a. dengan bukti langsung, dengan bukti nyata dari fakta itu; atau
 - b. dengan bukti tidak langsung, dengan bukti utama dari satu atau lebih fakta lain dengan melibatkan pengadilan untuk mengambil kesimpulan terhadap fakta tertentu yang dipermasalahkan.
- 2.2. Perbedaan antara bukti langsung dan bukti tidak langsung adalah bahwa yang pertama tidak memerlukan proses penalaran. Dalam perkara kartel, bukti langsung akan mengidentifikasi pertemuan atau komunikasi antar subyek dan menggambarkan isi materi perjanjian mereka. Bukti yang bersifat tidak langsung tidak akan secara khusus mengidentifikasi elemen-elemen ini, tetapi akan memungkinkan pengadilan untuk menyimpulkan bahwa perjanjian itu telah terjadi, pihak-pihak yang terlibat, dan isinya. Sebagai contoh, seorang pelayan di sebuah pertemuan makan siang antara tiga pesaing dapat memberikan bukti bahwa dia mendengar dua dari mereka mencapai kesepakatan kartel dan melihat ketiganya saling menepuk pundak satu sama lain pada akhir pertemuan. Meskipun ini hanya memberikan bukti langsung tentang perjanjian antara dua pesaing, seorang hakim mungkin dapat menyimpulkan perjanjian kartel tripartit berdasarkan keadaan tersebut.

3. Peran bukti tidak langsung dalam perkara-perkara persaingan usaha

- 3.1. Perkara persaingan usaha jarang didasarkan secara eksklusif pada bukti langsung. Sebaliknya, perkara persaingan usaha umumnya didasarkan pada kombinasi bukti langsung dan tidak langsung, atau sepenuhnya pada bukti tidak langsung. Ketika bukti langsung tersedia, bukti tidak langsung dapat membantu hakim dalam menilai kredibilitas bukti itu. Sebagai contoh, bukti langsung mengenai pertemuan antara pesaing dapat dikuatkan atau dipertentangkan dengan bukti tidak langsung, seperti catatan perjalanan.
- 3.2. Bukti tidak langsung diterima di setiap negara anggota OECD dan di banyak yurisdiksi lainnya. Ini mencerminkan pentingnya jenis pembuktian ini demi keberhasilan penegakan hukum persaingan usaha.
- 3.3. Dalam perkara kartel, operator kartel yang berpengalaman menyadari bahwa perilaku mereka melanggar hukum dan pelanggan mereka akan keberatan dengan perilaku itu jika mereka mengetahuinya. Pelaku kartel akan mengambil langkah-langkah untuk menyembunyikan perilaku mereka dan menghindari perjanjian formal yang terdokumentasi. Memang, secara umum dipahami oleh lintas yurisdiksi, termasuk dalam kartel adalah perjanjian informal, kesepakatan, "*meeting of minds*", (pertemuan kesamaan niat) atau

beberapa "*conscious commitment to a common scheme*" (kesepakatan yang disadari untuk melakukan sesuatu). Upaya penyembunyian ini berarti bahwa kemungkinan besar tidak tersedia bukti langsung dari perjanjian kartel formal. Dalam kasus seperti itu, bukti terbaik yang mungkin tersedia dari kesepakatan antara pesaing adalah bukti komunikasi di antara mereka.

- 3.4. Sebuah negara dengan pelaksanaan rezim penegakan hukum yang baru dan/atau kurang memiliki budaya persaingan usaha yang kuat akan menghadapi hambatan tertentu dalam memperoleh bukti, dan khususnya bukti langsung dari perilaku anti persaingan. Negara tersebut mungkin tidak memiliki program leniensi (program memperingan sanksi) yang efektif (yang merupakan sumber utama bukti langsung) atau tidak dapat menghasilkan kerja sama dengan individu atau pelaku usaha yang terlibat dalam kegiatan ekonomi yang dapat memfasilitasi pengumpulan alat bukti. Lebih dari itu, memperoleh bukti langsung dari perjanjian kartel memerlukan kewenangan khusus dalam investigasi, peralatan dan teknik yang mungkin tidak dikuasai oleh lembaga pengawas persaingan usaha yang kurang berpengalaman atau merupakan lembaga baru. Ini dapat berarti bahwa lembaga persaingan di yurisdiksi sejenis ini akan mengalami kesulitan yang lebih besar dalam menghasilkan bukti langsung dalam perkara-perkara kartel, dan harus lebih bergantung lebih banyak pada bukti tidak langsung.
- 3.5. Kesalahpahaman yang umum adalah bahwa sebuah perkara berdasarkan bukti langsung tentu harus lebih kuat dari yang didasarkan pada bukti tidak langsung. Ini tidak selalu benar. Sebuah perkara yang didasarkan sepenuhnya pada bukti langsung dari satu atau lebih saksi akan kalah jika bukti mereka dinyatakan kurang kredibel oleh pengadilan. Sementara itu, bukti tidak langsung sangat mungkin mengarah kuat pada pelanggaran yang tidak ada bantahan.
- 3.6. Tergantung pada standar pembuktian yang diperlukan dalam kasus tertentu, keterlibatan pengadilan dalam menarik kesimpulan dari alat bukti tersebut, harus menjadi satu-satunya kesimpulan yang ada yang masuk akal atau yang paling mendekati kepada kenyataan.

4. Berbagai jenis bukti tidak langsung

- 4.1. Terdapat berbagai jenis bukti tidak langsung yang dapat membantu bagi pengadilan. Dalam perkara kartel misalnya, bukti tidak langsung secara umum dapat dibagi menjadi bukti komunikasi dan bukti ekonomi.
- 4.2. Bukti komunikasi tidak langsung adalah bukti bahwa komunikasi antar pesaing terjadi, meskipun tidak harus dari konten mereka. Dapat termasuk sebagai bukti komunikasi tidak langsung:
 - a. catatan telepon, seperti log/catatan panggilan dan data pelacakan lokasi;

- b. buku harian atau kalender;
 - c. catatan keuangan, seperti nota pembelian makanan atau penginapan, menempatkan para pesaing di lokasi yang sama pada saat yang bersamaan;
 - d. catatan pertemuan, yang mencatat kehadiran dan topik diskusi yang luas; dan
 - e. dokumen internal yang menunjukkan komunikasi telah terjadi di antara pesaing.
- 4.3. Bukti ekonomi tidak langsung termasuk bukti perilaku dan bukti struktural. Kedua jenis bukti ini idealnya harus dipertimbangkan.
- 4.4. Bukti perilaku adalah bukti bahwa para pesaing berperilaku secara konsisten dengan adanya dugaan perjanjian kartel. Bukti perilaku akan sangat menyakinkan jika tidak dapat dijelaskan oleh kekuatan pasar biasa atau perilaku bisnis yang bersaing. Seorang hakim harus mempertimbangkan apakah perilaku tertentu akan terjadi tanpa adanya kartel, dengan memperhatikan kegiatan usaha masing-masing pelaku usaha dan ketertarikan secara ekonomi dari para pesaing. Bukti perilaku dapat mencakup bukti perilaku paralel, pola penawaran, pertukaran informasi antara pesaing, keuntungan berkelanjutan yang sangat tinggi dan tidak normal, dan pelanggaran hukum persaingan usaha di waktu lalu.
- 4.5. Bukti struktural adalah bukti yang menjelaskan mengapa fitur struktural tertentu membuat pasar tertentu lebih rentan terhadap perilaku kartel. Bukti struktural tidak dengan sendirinya cukup untuk menunjukkan keberadaan perilaku kartel, tetapi dapat mempengaruhi penilaian hakim atas kemungkinan perilaku semacam itu di pasar tertentu. Bukti struktural mencakup bukti tentang jumlah pesaing, konsentrasi pasar, hambatan masuk, integrasi vertikal, transparansi harga dan homogenitas produk. Ini adalah contoh tipikal dari bukti ekonomi, yang dibahas secara lebih rinci dalam Primer Persaingan Usaha CLIP tentang 'Ekonomi' dan 'Alat Bukti Keterangan Ahli'.

5. Menilai bukti secara keseluruhan

- 5.1. Satu bukti tidak langsung dapat saja mampu mendukung sejumlah kesimpulan, namun beberapa di antaranya mungkin bertentangan (lihat 5.2. dan lain-lain, dalam Primer Persaingan Usaha CLIP tentang 'Penyalahgunaan Dominasi'). Sebagai contoh, pemotongan harga dapat menyebabkan peningkatan harga predator atau justru kecenderungan perilaku bersaing. Untuk alasan itu, bukti tidak langsung tidak boleh dinilai secara mandiri.
- 5.2. Kesimpulan atau kesimpulan yang akan diambil dari bukti tidak langsung harus dinilai oleh hakim secara keseluruhan, dengan mengingat semua bukti yang tersedia. Tangani perkara kartel jika terdapat alat bukti yang menunjukkan:
- a. panggilan telepon antar pesaing pada tiga tanggal yang terpisah;

- b. harga paralel meningkat oleh para pesaing beberapa hari setelah setiap panggilan telepon; dan
 - c. terjadi dalam struktur pasar oligopoli.
- 5.3. Dalam contoh di atas dan dipertimbangkan secara individual, tidak ada satu pun bukti tidak langsung yang akan memberikan dasar yang cukup untuk menyimpulkan kolusi. Namun, penilaian kumulatif dari ketiga hal tersebut dapat menimbulkan kesimpulan yang masuk akal tentang perilaku kartel. Pertimbangan ini berlaku untuk banyak contoh di mana bukti tidak langsung dapat diandalkan, karena umumnya satu bukti tidak langsung tidak dapat memberikan kesimpulan yang meyakinkan dari perilaku anti-persaingan.

6. Contoh bukti tidak langsung dalam kasus kartel

Berikut ini adalah beberapa contoh kasus kartel di Australia yang bukti tidak langsung memainkan peran kunci:

- a. Bukti langsung dari kesepakatan antara para pelaku bisnis perhotelan untuk berhenti memberikan diskon harga bir kemasan mereka kalah di pengadilan setelah saksi kunci gagal mempertahankan pernyataan sebelumnya. Keberadaan perjanjian yang diduga melanggar masih dapat disimpulkan, termasuk dari komunikasi tidak langsung dan bukti perilaku.
- b. Perusahaan konstruksi yang mengajukan penawaran pada proyek-proyek pemerintah diketahui telah berkolusi selama proses tender. Perusahaan yang tidak ingin memenangkan tender akan mencari "uang tutup mulut" dalam proyek tersebut. Dapat disimpulkan bahwa kesepakatan tersebut berlaku efektif jika perusahaan yang mencari uang tutup mulut akan menawar di atas harga wajar, sementara perusahaan yang diproyeksikan memenangkan tender tersebut akan menawar di bawahnya.
- c. Pabrik kabel ditemukan telah terlibat dalam penawaran tender dalam tender untuk penyediaan kabel tegangan tinggi ke proyek pembangkit listrik tenaga air. Dapat disimpulkan bahwa pabrik yang bersangkutan meminta "preferensi" dalam tender untuk proyek, sehingga memberikan dampak pada pengaturan kartel global antara pemasok kabel dari Eropa dan Jepang untuk alokasi proyek di seluruh dunia.

7. Sumber Kepustakaan



FEDERAL COURT
OF AUSTRALIA



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

Sumber kepustakaan di bawah ini menyediakan informasi lebih lanjut mengenai ekonomi dalam konteks hukum persaingan. Materi ini dapat berguna sebagai referensi umum bagi para hakim di Negara-Negara Anggota ASEAN:

- a. OECD Competition Policy Roundtables, Prosecuting cartels without direct evidence, 2006
- b. OECD Policy Brief, Prosecuting cartels without direct evidence of agreement, June 2007
- c. Justice Mansfield, Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974, 24 May 2008
- d. Australian Competition and Consumer Commission, Cartels case studies & legal cases
- e. International Competition Network, Proving agreement or concerted practice with indirect evidence

Catatan:

**primer:* buku teks dasar yang berfungsi sebagai pengantar untuk subjek studi

Primer Persaingan Usaha untuk para Hakim ASEAN

Dikembangkan sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan
Usaha AANZFTA (*Australia New Zealand Free Trade Area*)

Alat bukti keterangan ahli dalam perkara persaingan usaha

1. Pengantar

1.1. Primer* ini dimaksudkan untuk:

- a. menjadi dokumen panduan dasar untuk digunakan oleh anggota peradilan di masing-masing Negara Anggota Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara ('ASEAN');
- b. menyediakan panduan praktis dan informatif bagi para hakim yang difokuskan pada tantangan dan masalah yang dihadapi dalam mengevaluasi bukti ahli yang kompleks dalam proses pembuatan dan peninjauan putusan berdasarkan undang-undang persaingan usaha di Negara Anggota ASEAN; dan
- c. membantu dalam mengembangkan preseden hukum persaingan usaha yang akan meningkatkan kepastian hukum, mendorong efisiensi dan menumbuhkan konsistensi serta prediktabilitas di dalam Negara Anggota ASEAN, yang pada akhirnya akan berkontribusi pada pembentukan kebijakan persaingan yang sehat.

1.2. Primer ini telah dikembangkan dalam konteks perbedaan dan dalam berbagai tahapan perkembangan undang-undang persaingan di Negara Anggota ASEAN. Hal ini tidak dimaksudkan untuk memberikan mengenai informasi khusus dari sebuah negara.

1.3. Primer ini telah dikembangkan oleh hakim Pengadilan Federal Australia untuk hakim di Negara Anggota ASEAN, bekerjasama dengan OECD. Dokumen ini merupakan salah satu dari rangkaian primer hukum persaingan usaha yang dikembangkan atas prakarsa Komisi Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas Australia Selandia Baru sebagai bagian dari Program Pelaksanaan Hukum Persaingan ('CLIP').

2. Peran alat bukti keterangan ahli dalam sebuah perkara persaingan usaha

- 2.1. Di banyak yurisdiksi, termasuk di ASEAN, pengadilan menghadapi masalah hukum persaingan usaha terutama dalam konteks peninjauan yudisial terhadap putusan yang dibuat oleh lembaga pengawas persaingan usaha. Ada dua jenis utama dalam peninjauan hukum yang dapat dilakukan oleh pengadilan. Jenis pertama adalah dari adanya kekhawatiran peninjauan apakah putusan tersebut diambil dengan tepat dan sah menurut hukum. Ini dapat berarti memeriksa keabsahan tindakan lembaga pengawas persaingan usaha berdasarkan alasan-alasan terbatas tertentu yang pada umumnya merupakan formil legalitas, prosedural (ketidakkuratan dari tindakan yang dipermasalahkan). Tinjauan atas dasar-dasar tersebut masih dapat melibatkan pemeriksaan fakta dan bukti yang cukup rinci dan kesesuaian tindakan yang diambil atas dasar mereka. Peninjauan yudisial juga dapat didasarkan pada manfaat, yaitu pada substansi tindakan atau putusan, yang melibatkan penilaian ulang secara penuh atas kebenarannya. Sejauh mana pertimbangan kembali mengenai manfaat adalah diperbolehkan untuk bervariasi antar yurisdiksi.
- 2.2. Kedua jenis peninjauan hukum, serta perkara-perkara lain yang mungkin melibatkan isu-isu hukum persaingan memerlukan pengadilan untuk menentukan pasar bersangkutan atau untuk menilai dampak persaingan. Pada gilirannya, hal ini mengharuskan pengadilan untuk menggunakan konsep ekonomi serta melibatkan pengetahuan teknis atau industri tertentu, meskipun kecanggihan analisis yang berbeda mungkin diperlukan, tergantung pada perkaranya yang hal ini tidak selalu diperlukan dalam setiap penanganan perkara. Konsep ekonomi dapat membantu menginformasikan penyebutan isu-isu tertentu dalam kasus tertentu dan membantu menjelaskan kumpulan fakta yang seringkali rumit, misalnya, undang-undang persaingan memasukkan konsep-konsep seperti 'pasar', 'pembatasan persaingan', 'pembatasan', "penyalahgunaan posisi dominan" dan lainnya yang mungkin asing bagi para hakim yang menangani perkara-perkara semacam itu. Konsep-konsep ini tidak dapat diartikan dengan melihat makna biasa dari kata-kata, tetapi membutuhkan pemahaman ekonomi yang dapat mendasari dan menginformasikan konsep-konsep ini. Selanjutnya, konsep-konsep ini dapat berkembang dari waktu ke waktu sebagai penelitian ekonomi yang lebih mengembangkan pemahaman tentang peran persaingan dalam membantu kinerja pasar.
- 2.3. Oleh karena itu, kriteria ekonomi memainkan peran sentral dalam kebijakan persaingan dan penegakan hukum dalam menafsirkan undang-undang persaingan, dengan demikian hakim dapat dibantu oleh pertimbangan konsep dan prinsip ekonomi yang relevan.
- 2.4. Seorang hakim dapat mengambil manfaat dari penjelasan dan penafsiran ahli yang tidak memihak atas konsep ekonomi dan keahlian industri, yang relevan dengan pertanyaan atau masalah tertentu yang timbul dalam kasus hukum persaingan.

- 2.5. Peran utama seorang ahli dalam suatu perkara hukum persaingan adalah membantu pengadilan dengan memberikan keterangan yang obyektif dan tidak memihak dalam kaitannya dengan pertanyaan atau masalah yang berada di dalam bidang pengetahuan khusus para ahli. Peran pengadilan adalah untuk mengevaluasi keterangan ahli dalam upaya mencapai kesimpulannya sendiri mengenai pertanyaan fakta dan hukum. Namun, tanggung jawab yang tepat dari pengadilan bervariasi dari yurisdiksi ke yurisdiksi lainnya dan terdapat perbedaan dalam penggunaan para ahli dan dalam hubungan antara hakim serta ahli lintas yurisdiksi. Dalam yurisdiksi hukum umum dan perdata, hakim pada akhirnya bertanggung jawab untuk mengevaluasi alat bukti keterangan ahli. Perbedaan utama menyangkut bagaimana alat bukti keterangan ahli diperkenalkan dan berapa banyak kontrol hakim atas alat bukti keterangan ahli yang dihasilkan. Dalam sistem hukum umum, hak bagi para pihak untuk menyajikan dan menantang bukti, dan peran hakim pada tahap ini yang paling utama adalah untuk mengontrol bukti apa yang dibawa oleh para pihak yang dapat diterima. Namun di sisi lain, dalam yurisdiksi hukum publik, lebih umum bagi hakim untuk memutuskan alat bukti keterangan ahli apa yang harus dihadirkan dan memilih atau menunjuk ahli.
- 2.6. Di seluruh dunia, peran seorang ahli bukanlah bertindak sebagai penasihat hukum untuk pihak manapun. Terlepas dari siapa yang mempertahankan keterangan yang diberikan oleh ahli, tugas utama dari seorang ahli adalah untuk membantu pengadilan.
- 2.7. Kompleksitas bukti ekonomi, dan kekuatiran mengenai ketidakberpihakan seorang ahli, menciptakan tantangan mengenai bagaimana mengelola dan menilai bukti tersebut. Tantangan tersebut mengarah pada pengembangan teknik manajemen perkara di banyak yurisdiksi, termasuk diantaranya ketentuan mengenai hal-hal di bawah ini:
- a. kualifikasi ahli;
 - b. diterimanya alat bukti keterangan ahli;
 - c. pemeriksaan alat bukti keterangan ahli; dan
 - d. pemilihan atau penunjukan gabungan ahli yang oleh pengadilan.
- 2.8. Hal ini juga mengarah pada pengabdian pengadilan dengan sumber internal keahlian ekonomi, dan upaya untuk mengembangkan kapasitas teknis dan keahlian hakim persaingan usaha.
- 2.9. Yurisdiksi yang berbeda telah mengadopsi pendekatan yang berbeda untuk manajemen alat bukti keterangan ahli. Primer ini membahas sejumlah pandangan yang mengemuka terutama dari pengalaman para hakim di Australia yang mungkin relevan bagi para peradilan di Negara Anggota ASEAN
- 2.10. Mengacu pada peran seorang ahli adalah untuk membantu pengadilan, maka merupakan hal yang lumrah di seluruh dunia bagi pengadilan untuk dapat memerintahkan penunjukan seorang ahli yang independen atas perintah hakim. Dalam beberapa sistem hukum, hanya para ahli yang ditunjuk oleh pengadilan yang diperbolehkan dan yang penting adalah

penunjukan ahli semacam itu harus tidak memihak dan transparan. Kelemahan utama dari pendekatan ini adalah dapat menghalangi pengadilan untuk memiliki akses ke berbagai pandangan yang sah, bahkan jika kelemahan tersebut diupayakan diatasi dengan penunjukan panel ahli atau melalui intervensi dari para pihak selama proses persidangan.

3. Persyaratan diterimanya alat bukti keterangan ahli

- 3.1. Ketika yurisdiksi hukum memungkinkan para pihak untuk mempergunakan alat bukti keterangan ahli, pengadilan dapat menolak atau membatasi penggunaan alat bukti tersebut sesuai dengan aturan bukti yang dimiliki oleh pengadilan. Pakar ekonomi yang hadir dan mempertahankan penyajian bukti ekonomi di pengadilan seringkali lebih dianggap sebagai ahli yang kredibel dan tidak memihak jika mereka diminta dan dapat menjelaskan mengapa teori ekonomi tertentu lebih tepat dan mengapa itu harus diterapkan pada fakta-fakta perkara tersebut, dibandingkan diminta untuk menjelaskan penerapan teori apapun yang bertujuan hanya untuk memenuhi keinginan klien. Keterangan ahli ini juga dapat membawa perspektif baru ke meja pengadilan.
- 3.2. Pengadilan dapat menentukan bukti yang tidak dapat diterima atau hanya sedikit keterkaitannya dengan perkara tersebut, tergantung pada ketentuan tentang tata carapembuktian di pengadilan tersebut. Perlu dicatat bahwa ada perbedaan di yurisdiksi tentang sejauh mana aturan dan prosedur yang mengatur alat bukti keterangan ahli ekonomi dalam proses pengadilan yang telah dikembangkan.
- 3.3. Di Australia, alat bukti keterangan ahli yang diajukan oleh para pihak memiliki kemungkinan untuk tidak dapat diterima atau sedikit sulit untuk diterima, jika:
 - a. ahli memberikan keterangan terhadap suatu permasalahan atau memberikan suatu jawaban atas pertanyaan yang diluar bidang keahliannya;
 - b. tidak mengungkapkan instruksi yang diberikan kepada ahli;
 - c. asumsi atau fakta material yang mendasari keterangan ahli belum pernah diungkapkan atau belum dibuktikan oleh alat bukti lainnya;
 - d. ahli belum mampu menjelaskan semua pertanyaan yang ahli yakini akan tepat dan sesuai harapan; atau
 - e. alasan tidak disebutkan dengan jelas.
- 3.4. Di beberapa yurisdiksi, pengadilan telah merasakan manfaat dari menyusun daftar pertanyaan praktis yang berguna bagi para hakim untuk menilai kredibilitas para ahli. Pertanyaan-pertanyaan ini dapat berfokus pada isu-isu keandalan, keterkaitan, dan konsistensi internal, serta pada apakah teori tersebut telah diterbitkan dalam publikasi ulasan sejawat (*peer-review*).

4. Ahli yang berkualitas baik

- 4.1. Alat bukti keterangan ahli hanya akan membantu pengadilan jika didasarkan secara sepenuhnya atau secara substansial pada pengetahuan khusus yang dihasilkan dari pelatihan, pendidikan, atau pengalaman ahli.
- 4.2. Dalam menilai bobot yang akan diberikan kepada alat bukti keterangan ahli yang diajukan oleh para pihak, atau ketika memilih seorang ahli yang akan ditunjuk pengadilan, seorang hakim harus mempertimbangkan kualifikasi ahli untuk mencari tahu pertanyaan atau masalah tertentu yang timbul dalam perkara tersebut. Sebagai contoh, seorang akademisi di bidang ekonomi mungkin tidak tepat memenuhi syarat untuk memberikan keterangan mengenai industri tertentu yang akademisi tersebut belum pernah pelajari atau bekerja didalamnya.
- 4.3. Kredibilitas ahli yang dipilih oleh para pihak dapat menjadi subyek penilaian yang merugikan bagi hakim jika kualifikasi ahli tidak kuat dan jelas diuraikan dalam alat bukti keterangannya tersebut, atau jika keterangan ahli tampak tidak obyektif atau cenderung memihak.

5. Surat/dokumen keterangan ahli

- 5.1. Lazim dilakukan di seluruh dunia dalam perkara persaingan usaha, keterangan ahli disampaikan dalam bentuk surat/dokumen keterangan ahli. Isi surat/dokumen keterangan ahli tersebut dapat ditentang berdasarkan tata cara pembuktian masing-masing yurisdiksi, misalnya melalui pemeriksaan silang di pengadilan atau melalui surat/dokumen keterangan ahli dari pihak lainnya.
- 5.2. Surat/dokumen keterangan ahli akan sangat membantu pengadilan, jika:
 - a. dinyatakan dengan jelas, termasuk ringkasan singkat di awal dan menunjukkan alasan untuk setiap pendapat yang diberikan, serta menghindari jargon teknis jika memungkinkan;
 - b. berkonsentrasi pada penyampaian keterangan berdasarkan pertanyaan atau permasalahan yang telah didefinisikan dengan jelas, daripada sekedar tidak bersambung satu dengan lainnya (diskursif) atau menyampaikan teori secara umum; dan
 - c. tidak memicu timbulnya permusuhan atau argumentatif belaka.
- 5.3. dalam hal ahli telah ditunjuk oleh salah satu pihak, pengadilan dapat juga mempertimbangkan apakah surat/dokumen keterangan ahli tersebut mencakup:
 - a. kualifikasi ahli yang menyiapkannya;

- b. petunjuk yang diberikan kepada ahli, termasuk pertanyaan yang spesifik yang diminta kepada ahli untuk dijelaskan dalam keterangannya;
- c. setiap asumsi dan fakta materil yang mendasari setiap keterangan ahli;
- d. alasan penggunaan dan setiap literatur yang relevan atau bahan lain yang digunakan untuk mendukung keterangannya;
- e. semua pemeriksaan, pengujian, atau penelitian lainnya yang dipergunakan oleh ahli, termasuk identitas dan kualifikasi orang yang memberikan laporan tersebut;
- f. keterangan dari setiap pendapat yang diungkapkan oleh orang lain yang pendapatnya telah diterima dan dipercaya oleh ahli;
- g. pernyataan batasan cakupan yang jelas jika ada materi yang berada di luar bidang keahlian atau jika simpulan keterangan tidak dapat diungkapkan karena ketesediaan data tidak memadai atau karena alasan lain;
- h. kualifikasi lain yang sesuai dengan keterangan yang diungkapkan dalam laporan yang tanpa adanya laporan tersebut mungkin tidak lengkap atau tidak akurat.

6. Penggunaan alat bukti keterangan ahli yang tepat

- 6.1. Pengelolaan alat bukti keterangan ahli sangat penting dalam banyak perkara persaingan usaha. Sebagaimana telah diuraikan di atas, mekanisme dan kewenangan yang ada di pengadilan untuk memperlakukan alat bukti keterangan ahli berbeda-beda.
- 6.2. Di Australia, untuk memfasilitasi efisiensi penggunaan alat bukti keterangan ahli, pengadilan dapat berusaha menetapkan hal-hal berikut sejak awal, yaitu:
 - a. jumlah ahli yang diusulkan tergantung pada masing-masing pihak;
 - b. bidang keahlian masing-masing;
 - c. permasalahan yang akan diberikan keterangan oleh masing-masing ahli; dan
 - d. bagaimana alat bukti keterangan ahli dapat dipergunakan dengan baik.
- 6.3. Seringkali diinginkan oleh para pihak untuk dapat mencoba menyepakati sebelumnya mengenai pertanyaan atau permasalahan menjadi pokok keterangan ahli sebagaimana halnya juga mengenai fakta-fakta yang relevan dan asumsi-asumsi yang ada. Pengadilan dapat mempertimbangkan untuk mengeluarkan perintah yang mendukung kesepakatan ini.
- 6.4. Apabila dimungkinkan, keterlibatan pengadilan sejak awal dalam pengaturan penyampaian keterangan ahli dapat memastikan bahwa setiap pertanyaan atau asumsi yang diberikan kepada ahli disampaikan dengan cara yang tidak bias dan sedemikian rupa sehingga ahli tidak menjadi terbatas pada permasalahan yang dipilih-pilih, tidak berhubungan dan tidak bertalian. Hal ini juga dapat memastikan bahwa keterangan ahli tidak hanya menjelaskan teori ekonomi, tetapi juga menjelaskan penerapannya dalam suatu perkara tertentu di hadapan pengadilan.

- 6.5. Manajemen perkara yang baik juga dapat mengatasi banyak risiko lain dalam menggunakan alat bukti keterangan ahli, termasuk didalamnya pengaturan jumlah, waktu persiapannya dan biayanya.
- 6.6. Secara lebih luas, sejumlah prinsip penting yang dapat membantu pengadilan ketika para ahli terlibat dalam persidangan perkara persaingan usaha telah diidentifikasi oleh Organisasi untuk Kerja Sama dan Pembangunan Ekonomi (OECD). Keterangan Ahli ekonomi tidak boleh dipergunakan sebagai saksi fakta, melainkan mereka harus fokus pada analisis ekonomi atau fakta-fakta ekonometrik yang telah disampaikan dan ditetapkan oleh saksi lain. Teori ekonomi dan metodologi yang terkemuka seharusnya sudah cukup berhasil diterapkan pada masyarakat ekonomi. Para ahli seharusnya tidak dibatasi oleh data yang mereka analisis. Para ahli ekonomi seharusnya tidak berperan sebagai ahli industri, karena kredibilitas mereka berisiko terancam diragukan secara signifikan selama persidangan. Kesimpulannya, penting untuk diingat bahwa para ahli dapat berperan ofensif dan defensif dalam penanganan perkara tertentu.

7. Bentuk alat bukti keterangan ahli

- 7.1. Australia merupakan negara dengan yurisdiksi hukum Common Law dengan sistem adversarial. Dengan demikian, dalam perkara-perkara di pengadilan Australia, masing-masing pihak dapat mempergunakan satu atau lebih alat bukti keterangan ahli untuk mendukung perkara mereka. Biasanya, bukti tersebut kemudian ditantang oleh penasehat hukum pihak lawan dalam proses pemeriksaan silang di persidangan.
- 7.2. Dalam beberapa hal, pendekatan tradisional terhadap alat bukti keterangan ahli ini akan menjadi cara yang paling tepat dalam pengajuan alat bukti keterangan ahli. Sistem lain yang memiliki pendekatan lain terhadap alat bukti keterangan ahli yang juga akan cocok jika diterapkan untuk beberapa perkara. Sebagai contoh, dalam yurisdiksi sistim hukum publik, suatu hal yang umum bagi para ahli untuk secara bersama ditunjuk oleh para pihak atau hanya oleh pengadilan.
- 7.3. Dalam setiap kejadian, pendekatan lain untuk alat bukti keterangan ahli mungkin lebih baik diterapkan untuk perkara individual (perdata). Di Australia, pengadilan memiliki kewenangan yang luas dalam manajemen penanganan perkara, pengadilan dapat mempertimbangkan berbagai model alternatif yang dapat dipergunakan untuk paparan keterangan ahli.
- 7.4. Salah satu model alternatif yang dapat dipertimbangkan adalah pengajuan alat bukti keterangan ahli secara bersamaan, yang di Australia dikenal dengan istilah 'hot tub' (pemicu). Di Australia, pendekatan ini umumnya digunakan dalam perkara persaingan usaha, demikian juga di Selandia Baru dan kadang-kadang di Inggris. Model alternatif ini melibatkan para ahli yang menyiapkan keterangan bersama-sama yang menetapkan apa yang mereka

sepakati dan tidak sepakati. Fasilitator independen dapat ditunjuk untuk mengawasi proses ini. Dalam proses persidangan, para ahli kemudian dipanggil untuk memberikan keterangan pada saat yang sama. Proses pembahasan bukti yang bersamaan harus masuk akal dan teratur diantara ahli untuk masing-masing pihak, penasihat hukum untuk masing-masing pihak dan pengadilan. Selama proses persidangan, ahli dapat diberikan kesempatan untuk memberikan pendapat mereka secara singkat dan untuk menjelaskan, dengan kata-kata mereka sendiri, apa yang mereka anggap sebagai masalah utama yang menyebabkan perselisihan antara para ahli sesuai dengan keahlian yang mereka.

8. Sumber kepustakaan

Sumber kepustakaan berikut menyediakan informasi lebih lanjut mengenai penggunaan alat bukti keterangan ahli di Pengadilan Federal Australia. Informasi ini juga dapat berguna sebagai referensi umum bagi para hakim di Negara-Negara Anggota ASEAN:

- a. Justice Middleton, Expert Economic Evidence, 16 October 2007
- b. OECD, Presenting Complex Economic Theories to Judges, 2008
- c. OECD, Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments, 2011
- d. Justice Rares, Using the "Hot Tub" – How concurrent expert evidence aids understanding issues", 12 October 2013
- 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

Catatan:

**primer*: buku teks dasar yang berfungsi sebagai pengantar untuk subjek studi

Primer Persaingan Usaha untuk para Hakim ASEAN

Dikembangkan sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan
Usaha AANZFTA (*Australia New Zealand Free Trade Area*)

Penyalahgunaan posisi dominan: apa yang dimaksud dengan penyalahgunaan posisi dominan dan bagaimana penilaiannya

1. Pengantar

1.1. Primer ini dimaksudkan untuk:

- a. menjadi dokumen panduan dasar untuk digunakan oleh anggota badan peradilan di masing-masing Negara Anggota Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara ('ASEAN');
- b. memberikan panduan praktis dan informatif bagi para hakim yang difokuskan pada tantangan dan masalah yang dihadapi dalam mengevaluasi bukti ahli yang kompleks dalam proses pembuatan dan peninjauan putusan berdasarkan hukum persaingan usaha di Negara Anggota ASEAN; dan
- c. membantu dalam mengembangkan preseden hukum persaingan usaha yang akan meningkatkan kepastian hukum, mendorong efisiensi dan menumbuhkan konsistensi dan prediktabilitas di antara Negara Anggota ASEAN yang pada akhirnya akan berkontribusi pada pembentukan kebijakan persaingan usaha yang sehat.

1.2. Primer ini telah dikembangkan dalam konteks perbedaan dan berbagai tahap perkembangan hukum persaingan di Negara Anggota ASEAN. Hal ini tidak dimaksudkan untuk memberikan informasi khusus dari masing-masing negara.

1.3. Primer ini telah dikembangkan oleh para hakim dari Pengadilan Federal Australia untuk para hakim di Negara Anggota ASEAN, bekerjasama dengan OECD. Dokumen ini adalah salah satu

dari rangkaian primer hukum persaingan usaha yang dikembangkan atas prakarsa Komisi Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas Australia Selandia Baru sebagai bagian dari Program Implementasi Hukum Persaingan ('CLIP').

2. Konsep 'dominan' atau 'kekuatan pasar yang substansial'

- 2.1. Rezim persaingan usaha di seluruh dunia bersepakat bahwa penerapan larangan pada perilaku sepihak (*unilateral conduct*) hanya dapat diterapkan untuk perusahaan yang memiliki "kekuatan pasar yang tinggi". Tindakan sepihak oleh perusahaan dengan tingkat kemampuan kekuatan pasar yang tinggi lebih cenderung berkemampuan mendistorsi proses persaingan dan memiliki dampak anti persaingan apabila dibandingkan dengan yang dilakukan perusahaan yang memiliki sedikit atau bahkan tidak memiliki kekuatan pasar. Dalam ekonomi, kekuatan pasar biasanya didefinisikan sebagai kemampuan suatu perusahaan untuk menerapkan harga produknya yang menguntungkan di atas harga yang bersaing untuk jangka waktu yang panjang.
- 2.2. Konsep dan bahasa yang berbeda-beda digunakan di seluruh dunia untuk mengidentifikasi ambang kekuatan pasar dimana tindakan unilateral akan dianggap berbahaya bagi persaingan dan dapat melanggar hukum persaingan. Di Eropa dan sejumlah yurisdiksi lain di seluruh dunia, ambang ini adalah 'dominan'. Hukum Federal AS menerapkan ambang dominan sebagai 'melanggar atau upaya memonopoli'. Ambang batas Australia adalah 'kekuatan pasar yang substansial'. Di kebanyakan yurisdiksi di ASEAN, ambang batas adalah 'dominan'. Terlepas dari perbedaan-perbedaan ini, rezim persaingan telah bersepakat menuju gagasan bahwa larangan perilaku sepihak ini harus diterapkan hanya untuk perusahaan-perusahaan yang memiliki kekuatan pasar dengan ambang dominan yang besar. Untuk kemudahan referensi di seluruh bacaan ini, hal tersebut akan disebut sebagai 'dominan' atau 'kekuatan pasar substansial'.
- 2.3. Untuk menilai tingkat kekuatan yang dimiliki perusahaan dalam pasar, pertama-tama perlu ditentukan bagaimana definisi pasar yang relevan (pasar bersangkutan). Definisi pasar berfokus persaingan yang ketat, substitusi antar pasar produk atau persaingan antar pesaing dengan memperhatikan konsep ekonomi dan realitas komersial. Misalnya, jika satu-satunya toko pizza di suatu kota menaikkan harganya, maka konsumen mungkin beralih ke toko burger atau toko pizza di kota tetangga yang mungkin memperluas area pengirimannya. Jika substitusi untuk burger dan/atau penjual pizza di kota-kota lain dapat mencegah keuntungan pemilik toko pizza dengan menaikkan harga, maka produk dan penjual tersebut akan dimasukkan dalam pasar yang relevan.
- 2.4. Seperti contoh ini yang menunjukkan bahwa definisi pasar sering kali mengharuskan hakim untuk mempertimbangkan produk (misalnya pizza vs. makanan cepat saji) dan batasan geografis (misalnya satu kota vs. berbeda kota/kota lain), termasuk dengan menerapkan prinsip-prinsip sebagai berikut:

- a. substitusi permintaan, yaitu substitusi antara barang atau jasa dari sudut pandang konsumen; dan
 - b. di beberapa yurisdiksi, substitusi penawaran, yaitu substitusi antara barang atau jasa dari sudut pandang pemasok. Substitusi sisi penawaran dapat dipertimbangkan di beberapa yurisdiksi untuk definisi pasar, khususnya jika dampaknya pada perilaku persaingan dari petahana yang sudah berada di pasar adalah setara dengan substitusi sisi permintaan. Sementara yurisdiksi negara lain hanya mempertimbangkan substitusi sisi penawaran.
- 2.5. Tergantung pada undang-undang persaingan yang berlaku, bukti-bukti berikut dapat dipertimbangkan oleh hakim dalam menentukan apakah sebuah kasus termasuk dalam kategori posisi dominan atau bukan, yaitu:
- a. pangsa pasar, termasuk stabilitas dan daya tahannya
 - b. hambatan masuk atau ekspansi;
 - c. kemampuan pembeli untuk mempengaruhi syarat dan ketentuan (kemampuan daya beli pembeli):
 - d. karakteristik pasar, termasuk keterbukaan terhadap impor, dan
 - e. karakteristik perusahaan, termasuk ukuran relatif, tingkat keuntungan, integrasi vertikal, sumber daya yang tersedia dan skala ekonomi.
- 2.6. Memiliki posisi dominan atau kekuatan pasar yang substansial tidak begitu saja dilarang dengan sendirinya. Hukum persaingan umumnya hanya melarang perilaku sepihak yang dapat menghambat persaingan karena hal itu merupakan penyalahgunaan posisi dominan.

3. Penyalahgunaan 'posisi dominan' atau 'kekuatan pasar yang substansial'

- 3.1. Penyalahgunaan posisi dominan ditandai oleh perilaku dengan dampak yang dapat merugikan persaingan
- 3.2. Ada perbedaan besar antar yurisdiksi tentang berbagai perilaku yang dapat dianggap sebagai penyalahgunaan dominan, contohnya meliputi:
 - a. harga pemangsa – harga sangat rendah yang tidak berkelanjutan yang bertujuan untuk menghilangkan atau melemahkan pesaing;

- b. penolakan atau pengaturan transaksi eksklusif yang bertujuan membatasi kebebasan pihak-pihak untuk memutuskan dengan siapa, dalam apa, atau di mana mereka berurusan
- c. perjanjian tertutup, *bundling* dan program loyalitas yang menghubungkan penjualan barang atau jasa yang terpisah dengan tujuan untuk mengurangi persaingan;
- d. *margin squeeze* - perusahaan yang terintegrasi secara vertikal, menjual input penting ke saingan, yang menurunkan harga hilir dan/atau menaikkan harga hulu untuk menekan margin pada level fungsional tertentu atau tingkat pasar, dan
- e. perilaku eksploitatif – persyaratan yang tidak fair, diskriminasi harga, pengurangan produksi, inovasi atau kualitas.

4. Uji hukum untuk penyalahgunaan posisi dominan

- 4.1. Di banyak negara ada pendekatan berbasis-dampak, dengan fokus pada dampak ekonomi yang dilakukan oleh perilaku yang diuji terhadap konsumen dan persaingan. Sejumlah negara lain menggunakan pendekatan berbasis-bentuk yang lebih berfokus pada bagaimana perilaku tersebut dapat dikategorikan berdasarkan hukum yang relevan. Dalam kasus seperti itu, analisis ekonomi masih memainkan peran penting dalam yurisdiksi tersebut, tetapi untuk menemukan pelanggaran hukum, tidak perlu untuk menetapkan bahwa perilaku tersebut benar-benar membatasi persaingan.
- 4.2. Meskipun pendekatan berbasis-bentuk dapat memberikan kepastian hukum yang lebih besar dan penyelesaian yang lebih cepat daripada metode berbasis-dampak, pendekatan ini dapat menghasilkan hasil yang kurang akurat mengingat dampak pasar yang sebenarnya. Memang, sebagian besar praktik, dalam keadaan tertentu, dapat menjadi perilaku yang anti-persaingan dalam penggunaan posisi dominan, namun bisa juga dalam keadaan lain justru memberikan dampak pro-persaingan atau efisien secara keseluruhan.
- 4.3. Alat yang digunakan untuk menentukan potensi pelanggaran terhadap persaingan adalah analisis yang dilakukan dengan mengacu pada tes kontra faktual.
- 4.4. Tes kontra faktual ini melibatkan perbandingan kemungkinan keadaan persaingan di pasar dengan dan tanpa tindakan tertentu yang diduga merupakan penyalahgunaan posisi dominan. Tes ini mungkin juga bermanfaat dalam menilai kerugian atau kerusakan. Sejumlah tes lain yang dapat diterapkan oleh lembaga dan pengadilan dalam penyalahgunaan kasus dominan adalah sebagai berikut: tes laba yang dikorbankan, uji ketiadaan esensi ekonomi, tes perusahaan yang sama-sama efisien, dan berbagai tes keseimbangan berkaitan dengan kesejahteraan konsumen. Ada kesepakatan umum bahwa tidak ada tes tunggal yang cocok untuk setiap jenis kasus.

- 4.5. Analisis kontra faktual bukanlah ilmu pasti. Dalam beberapa kasus, tes ini dimungkinkan untuk digunakan dalam menyimpulkan bahwa keadaan persaingan di dalam pasar seharusnya dapat dipertahankan, tetapi untuk perilaku yang dipermasalahkan. Dalam kasus lain, misalnya ketika perilaku tersebut diduga menghalangi pesaing baru, mungkin sulit untuk memperkirakan apakah pesaing baru akan memasuki pasar bila tanpa adanya perilaku yang dipermasalahkan dan, jika demikian, dampak apa yang akan dihadapi oleh pesaing baru dalam kondisi persaingan di pasar bersangkutan.
- 4.6. Tidak peduli apa pun tes atau standar yang telah digunakan untuk menentukan bahwa perilaku tersebut memang melanggar hukum, banyak yurisdiksi menyelesaikan analisis dengan mempertimbangkan keuntungan efisiensi atau justifikasi obyektif yang masuk akal karena kadang-kadang ada alasan yang dapat diterima, bahkan dianggap pro persaingan kenapa perusahaan dominan melakukan perbuatan tersebut. Pembeneran obyektif pada dasarnya adalah keadaan khusus yang mengizinkan tindakan yang dianggap melanggar hukum, seperti pertimbangan kepentingan umum (misalnya alasan kesehatan dan keamanan). Efisiensi akan tercakup didalamnya, misalnya, skala ekonomi atau insentif inovasi. Mungkin juga ada peraturan mengenai pembelaan yang menggunakan argumentasi perilaku, yang memungkinkan diberikannya kekebalan (pengecualian) antitrust di mana perilaku tersebut diatur dalam suatu peraturan pemerintah. Argumentasi penggunaan pertimbangan perilaku yang diregulasi memastikan bahwa negara dapat menggunakan kedaulatannya untuk menerapkan peraturan yang dianggap dibenarkan untuk alasan ekonomi dan/atau sosial meskipun peraturan tersebut dapat saja bertentangan dengan kebijakan persaingan. Biasanya, dalam yurisdiksi semacam itu beban pembuktian berpindah sehingga perusahaan yang sedang diselidiki harus mampu untuk menunjukkan adanya efisiensi atau pembeneran yang obyektif, untuk menunjukkan bahwa perilaku yang dipermasalahkan memang dibutuhkan, proporsional dan efisiensi seperti itu tidak dapat dicapai melalui cara-cara yang kurang bersaing.

5. Sumber-sumber dan perkara-perkara nyata

- 5.1. Seperti pada semua kasus persaingan, maka pengadilan akan menerapkan hukum serta kewenangan yurisdiksi dan aturannya sendiri untuk menentukan sifat dan luasnya bukti yang diperlukan untuk menetapkan penyalahgunaan posisi dominan. Sumber bukti yang dapat membantu pengadilan ini diantaranya termasuk:
- bukti dari pelaku pasar dan pengamatan pasar, termasuk bukti dari pasar pesaing potensial, pemasok dan pelanggan.
 - dokumen internal dan catatan bisnis, seperti akun dan dokumen perusahaan; dan
 - bukti ahli, termasuk ahli ekonomi dan industri. Bukti ahli dibahas secara lebih rinci dalam Primer Persaingan CLIP tentang 'Bukti Ahli'

- 5.2. Dalam menilai posisi dominan, adalah hal yang biasa bagi pengadilan untuk mengandalkan terutama pada bukti tidak langsung (*indirect or circumstantial evidence*) mengenai struktur pasar yang relevan, seperti bukti pangsa pasar, hambatan masuk dan ekspansi dan kekuatan atau kemampuan membalas. Bukti langsung dapat diandalkan untuk melengkapi bukti tidak langsung, tetapi tidak mungkin secara pasti menetapkan posisi dominan. Misalnya, bukti profitabilitas perusahaan hanya berguna dalam konteks dan mungkin dapat memberikan interpretasi yang berbeda. Penggunaan bukti tidak langsung dibahas secara lebih rinci dalam Primer Persaingan CLIP tentang 'Bukti tidak langsung'.
- 5.3. Dalam beberapa kasus, dampak anti persaingan dapat ditetapkan oleh bukti langsung yang dapat diandalkan. Ketika tidak ada bukti yang tersedia, seorang hakim mungkin dapat mengandalkan bukti tidak langsung dan proses pengambilan keputusan. Tidak jarang ada tumpang tindih yang signifikan antara bukti yang digunakan untuk menetapkan posisi dominan dan yang digunakan untuk menetapkan tujuan atau kemungkinan dampak yang terjadi.
- 5.4. Jika memungkinkan, manajemen kasus yang proaktif dapat bermanfaat bagi hakim yang menangani bukti yang banyak dan kompleks dalam kasus-kasus perilaku unilateral. Hakim harus mempertimbangkan manajemen perkara apa yang tersedia untuk mengurangi hal hal yang dipermasalahkan, mengontrol ruang lingkup dan membentuk bukti serta membantu dalam pelaksanaan sidang yang tertib.

6. Praduga berdasarkan pangsa pasar

- 6.1. Di beberapa yurisdiksi, ambang batas pangsa pasar di kedua ujung spektrum dapat diterapkan dalam menganalisis apakah suatu perusahaan menduduki posisi dominan atau memiliki kekuatan pasar yang substansial.
- 6.2. Ketentuan pangsa pasar dapat ditentukan sedemikian rupa sehingga setiap perusahaan dengan pangsa pasar di bawah ketentuan yang diatur akan dianggap mempunyai posisi dominan atau kekuatan pasar yang besar.
- 6.3. Ambang batas pangsa pasar dapat juga ditentukan di atas mana perusahaan akan dianggap memegang posisi dominan atau kekuatan pasar yang substansial.
- 6.4. Kondisi yang aman dan ambang batas posisi dominan berdasarkan pangsa pasar dapat menciptakan praduga yang konklusif atau dapat dibantah. Sebagai aturan, praduga semacam itu di sebagian besar yurisdiksi dapat dibantah. Hal ini terutama berlaku untuk praduga yang menciptakan ambang batas dominan, karena pangsa pasar adalah instrumen tumpul yang tidak dapat secara serta merta meyakinkan menunjukkan kekuatan pasar. Oleh karena itu, pangsa pasar yang tinggi seharusnya tidak menjadi bukti konklusif bahwa sebuah

perusahaan memiliki kekuatan pasar yang besar, bahkan jika analisis pangsa pasar dapat menjadi langkah pertama yang berguna dalam analisis persaingan. Misalnya, melebihi ambang batas pangsa pasar dapat menciptakan asumsi posisi dominan yang dapat dibantah dengan mengalihkan beban pembuktian dari regulator ke perusahaan yang bersangkutan.

7. Perilaku yang dianggap sebagai penyalahgunaan posisi dominan

- 7.1. Di Australia, perilaku berikut ini telah diputuskan oleh pengadilan sebagai penyalahgunaan posisi dominan:
- a. pengecer bahan makanan utama menolak untuk berurusan dengan pemasok roti jika roti mereka juga dijual di toko eceran independen terdekat dengan harga diskon. Perilaku ini membuat lebih sulit bagi pedagang independen untuk bersaing dengan pengecer besar dalam penjualan roti kepada konsumen;
 - b. penyedia layanan tiket untuk acara hiburan langsung ditutup atau menolak untuk mengatur diskon tiket pada menit terakhir atas permintaan penyelenggara acara karena tiket diskon itu dipromosikan oleh pesaing. Perilaku ini membuat lebih sulit bagi setiap pesaing untuk menjual tiket diskon mendadak kepada konsumen;
 - c. produsen dengan posisi dominan di pasar cairan steril, tetapi tidak di pasar untuk cairan dialisis menawarkan diskon ke rumah sakit yang setuju untuk membundel pembelian keduanya. Perilaku ini membuat lebih sulit bagi penjual cairan dialisis lain untuk bersaing dalam penjualan ke rumah sakit.

8. Sanksi dan penyelesaian/perbaikan

- 8.1. Ada perbedaan penting antara sanksi dan perbaikan (remedy). Sanksi biasanya dimaksudkan untuk mencegah perilaku yang melanggar hukum di masa yang akan datang, dan di beberapa wilayah hukum juga untuk memaksa pelanggar hukum agar menghentikan keuntungan ilegal mereka dan memberi kompensasi kepada korban. Biasanya, undang-undang persaingan hukum bertujuan untuk menghentikan perilaku ilegal pelanggar, dampak anti persaingan, dan berulangnya perilaku tersebut, dan mungkin berusaha memulihkan proses persaingan.
- 8.2. Sanksi dan penyelesaian yang tersedia jika penyalahgunaan posisi dominan terjadi bergantung pada undang-undang persaingan dalam yurisdiksi yang ada. Jenis sanksi dan perbaikan (remedy) adalah sebagai berikut:

- a. solusi struktural - pelepasan keseluruhan atau sebagian dari bisnis, atau aset tertentu, dapat dilakukan untuk mengembalikan pasar ke kondisi yang kompetitif;
 - b. solusi perilaku - perintah untuk menghentikan atau memaksa perilaku tertentu dapat dilakukan untuk menahan perilaku anti persaingan dan untuk memandu perilaku yang akan datang;
 - c. sanksi hukuman, baik moneter atau pidana, dan diarahkan baik pada badan hukum atau individu yang bertanggung jawab, dan;
 - d. ganti rugi untuk pembayaran kompensasi kerugian atas kehilangan atau kerugian yang diderita sebagai akibat dari perilaku yang dilarang dan pengabaian keuntungan yang diperoleh dari perilaku yang dipertanyakan.
- 8.3. Keringanan yang dikenakan dapat mempertimbangkan antara lain keseriusan, keparahan, dan dalam beberapa kasus, dampak ekonomi dari suatu pelanggaran. Di beberapa yurisdiksi, gagasan proporsionalitas digunakan untuk memastikan bahwa bantuan yang dikenakan oleh otoritas persaingan dan pengadilan tidak akan terlalu mengganggu proses persaingan di pasar atau mendistorsi pasar itu sendiri. Ruang lingkup dan bentuk bantuan proporsional tidak boleh melebihi apa yang diperlukan untuk mencapai tujuan hukum persaingan
- 8.4. Sebagian besar yurisdiksi memberikan kewenangan kepada pengadilan dan/atau lembaga persaingan untuk menerapkan perbaikan perilaku dan struktural, tetapi beberapa memungkinkan penyelesaian struktural hanya ketika tidak ada tindakan perilaku yang sama dampaknya atau ketika upaya perbaikan semacam itu akan lebih memberatkan pelaku pelanggaran untuk mematuhi daripada upaya perbaikan struktural dalam banyak kasus. Solusi perilaku akan cukup untuk secara dampaktif mengakhiri pelanggaran persaingan. Namun dalam banyak kasus, satu-satunya upaya penyelesaian yang efektif atau tidak terlalu memberatkan adalah melalui penyelesaian atau pendekatan struktural.

9. Sumber Kepustakaan

Sumber kepustakaan di bawah ini menyediakan informasi lebih lanjut mengenai ekonomi dalam konteks hukum persaingan. Materi ini dapat berguna sebagai referensi umum bagi para hakim di Negara-Negara Anggota ASEAN:

- a. 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. International Competition Network, *Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power*
- e. International Competition Network, *Unilateral conduct workbook*

Catatan:

**primer:* buku teks dasar yang berfungsi sebagai pengantar untuk subjek studi