

# Competition Primers for ASEAN Judges

Developed as part of the AANZFTA Competition Law Implementation Program

*Abuse of dominant position: what is it and  
how is it assessed?*

September 2018



ASEAN-AUSTRALIA-NEW ZEALAND FREE TRADE AREA  
ECONOMIC COOPERATION SUPPORT PROGRAMME  
(AECSP)

The ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (AANZFTA) Economic Cooperation Support Program (AECSP) was established in 2010 aiming to realize the full benefits of the AANZFTA through supporting the Parties and ASEAN Secretariat in the operationalization and implementation of AANZFTA.

Under the AECSP, the Competition Primers for ASEAN Judges developed as part of the AANZFTA Competition Law Implementation Program (CLIP) project, and as one of the outputs approved by the AANZFTA Competition Committee.

The ASEAN Secretariat  
70A Jalan Sisingamangaraja  
Jakarta 12110 Indonesia

Copyright 2018  
All rights reserved.

## **Table of Contents:**

***Competition Primers for ASEAN Judges: Abuse of dominant position: what is it and how is it assessed?***

Available versions in:

[English](#)

[Khmer](#)

[Indonesian](#)

[Lao](#)

[Malay](#)

[Thai](#)

[Vietnamese](#)

# Competition Primers for ASEAN Judges

Developed as part of the AANZFTA Competition Law Implementation Program

## ***Abuse of dominant position: what is it and how is it assessed?***

---

### **1. Introduction**

---

- 1.1 This primer is intended to:
  - a. be a principles-based document for use by members of the judiciary in each of the Member States of the Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN');
  - b. provide a practical and informative guide for judges focusing on challenges and issues faced in evaluating complex expert evidence in the course of making and reviewing decisions under competition laws in ASEAN Member States; and
  - c. assist in developing competition law precedent, which increases legal certainty, promotes efficiency and fosters consistency and predictability within ASEAN Member States, and ultimately contributes to shaping sound competition policy.
- 1.2 The primer has been developed in the context of the differences in and the varying stages of development of competition laws in the ASEAN Member States. It is not intended to provide country-specific information.
- 1.3 This primer has been developed by judges of the Federal Court of Australia for judges in the ASEAN Member States, in close cooperation with the OECD. It is one in a series of competition law primers developed at the initiative of the ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee as a part of the Competition Law Implementation Program ('CLIP').

## 2. The concept of ‘dominance’ or ‘substantial market power’

- 2.1 Competition regimes around the world have converged toward the notion that prohibitions on unilateral conduct should be applied only to firms that have “substantial market power”. Unilateral acts by a firm with a high degree of market power are more likely to distort the competitive process and to have anticompetitive effects than conduct by a firm that has no or little market power. In economics, market power is usually defined as the ability of a firm to keep the price of its product (or products) profitably above the competitive price for an extended period of time.
- 2.2 Different concepts and language are used around the world to identify the market power threshold beyond which unilateral conduct shall be deemed harmful to competition and can infringe competition law. In Europe and a number of other jurisdictions around the world, this threshold is ‘dominance’. US federal law deploys a threshold of ‘unlawful or attempted monopolisation’. Australia’s threshold is ‘substantial market power’. In most jurisdictions in ASEAN the threshold is ‘dominance’. Despite these differences, competition regimes have converged towards the notion that prohibitions of unilateral conduct should be applied only to firms that have substantial market power – a threshold which, for ease of reference, will be referred to as ‘dominance’ or ‘substantial market power’ throughout this primer.
- 2.3 In order to assess the degree of power that a firm holds within a market, it is necessary to first define the relevant market. Market definition focuses on the area of close competition, the substitutability between products or the field of rivalry between competitors, having regard to both economic concepts and commercial realities. For example, if the only pizza shop in town raises its prices, consumers might switch to burgers or a neighbouring town’s pizza shop might expand its delivery area. If substitution to burgers and/or pizza sellers in other towns prevented the pizza shop owner from profitably raising prices, those products and sellers would be included in the relevant market.
- 2.4 As this example shows, market definition will often require a judge to consider the product (e.g. pizza v. fast food) and geographic (e.g. one town v. numerous towns) dimensions, including by applying the principles of:
- a. demand side substitution, namely substitution between goods or services from the point of view of consumers; and
  - b. in some jurisdictions, supply side substitution, namely substitution between goods or services from the point of view of suppliers. Supply side substitution may be considered in some jurisdictions for market definition, in particular if its effects on the competitive behaviour of incumbents is equivalent to those of demand side

substitution. Other jurisdictions only consider supply side substitution when assessing competitive effects.

- 2.5 Depending on the applicable competition laws, evidence of the following may be considered by a judge in assessing dominance:
- market share, including its stability and durability;
  - barriers to entry or expansion;
  - ability of buyers to influence terms and conditions (countervailing buyer power);
  - market characteristics, including openness to imports; and
  - firm characteristics, including relative size, profit levels, vertical integration, available resources and economies of scale.
- 2.6 Holding a dominant position or substantial market power is not of itself prohibited. Competition laws generally proscribe only unilateral conduct that may harm competition because it amounts to an abuse of dominant position.

---

### 3. Abuse of ‘dominance’ or ‘substantial market power’

---

- 3.1 Abuse of dominant position is characterised by conduct with the effect or likely effect of harming competition.
- 3.2 Whilst there is considerable divergence across jurisdictions about the range of conduct that may be considered as an abuse of dominance, examples include:
- predatory pricing – unsustainably low prices aimed at eliminating or weakening competitors;
  - refusal to deal or exclusive dealing – arrangements aimed at restricting the freedom of parties to decide with whom, in what, or where they deal;
  - tying, bundling and loyalty schemes – linking the sale of separate goods or services with a view to discouraging competition;
  - margin squeeze – a vertically integrated enterprise, selling essential inputs to a rival, that lowers downstream prices and/or raises upstream prices to ‘squeeze’ margins at a particular functional level or levels of a market; and
  - exploitative conduct – unfair terms, price discrimination, reduction in production, innovation or quality.

## 4. Legal tests for abuse of dominance

- 4.1 In many countries there is an effects-based approach, focusing on the economic impact that the examined conduct has on consumers and competition. A number of other countries use a more form-based approach that focuses on how that conduct can be categorised under the relevant law. In such cases, economic analysis still plays an important role in those jurisdictions, but it is not necessary to establish that conduct actually restricted competition to find a violation of the law.
- 4.2 Whilst the form-based approach may provide greater legal certainty and faster resolutions than effects-based methods, it may generate results that are inappropriate, given the actual market effects. Indeed, most of the practices, which, in certain circumstances, could be an anticompetitive abuse of dominant position, could also have, in other circumstances, an overall pro-competitive or efficient effect.
- 4.3 A tool used to determine the potential harm to competition is analysis done by reference to a counterfactual test.
- 4.4 The counterfactual test involves a comparison of the likely state of competition in a market with and without particular conduct alleged to constitute an abuse of dominant position. It may also be useful in assessing loss or damages. A number of other tests that agencies and courts can apply in abuse of dominance cases exist: these include the profit sacrifice test, the no economic sense test, the equally efficient firm test, and various consumer welfare balancing tests. There is general agreement that no single test is suitable for every type of case.
- 4.5 Counterfactual analysis is not an exact science. In some cases, it may be possible to conclude that the state of competition within a market would have been preserved but for the conduct in question. In other cases, for example where the conduct is alleged to have deterred a new competitor, it may be difficult to reliably predict whether a new competitor would have entered the market without the conduct in question and, if so, what effect the new entrant would have had on the state of competition in the relevant market.
- 4.6 No matter what test or standard has been used to determine that the conduct should be unlawful, many jurisdictions complete the analysis by considering efficiency gains or plausible objective justifications as there are sometimes valid, even pro-competitive reasons why a dominant firm engaged in that conduct. An objective justification is essentially a special circumstance that excuses otherwise unlawful conduct, such as public considerations (e.g. health and safety reasons). Efficiencies would include, for example, economies of scale or encouragement of innovation. There may also be a regulated conduct defence, which allows antitrust immunity where conduct is

required by federal or state regulation. The regulated conduct defence ensures that the state can exercise its sovereign power to apply regulation that it deems justified for economic and/or social reasons even though the regulation may conflict with competition policy. Typically, in such jurisdictions the burden of proof shifts so that it is up to the firm under investigation to demonstrate the existence of these efficiencies or objective justifications, to show that the conduct in question is necessary and proportionate and that such efficiencies cannot be achieved through less anticompetitive means.

---

## 5. Evidentiary sources and issues

---

- 5.1 As for all competition cases, a court will apply the laws of its jurisdiction and its own rules of evidence to determine the nature and extent of the evidence required to establish abuse of dominant position. Sources of evidence that may assist a court include:
  - a. evidence from market participants and observers, including evidence from competitors, potential market entrants, suppliers and customers;
  - b. internal documents and business records, such as accounts and board papers; and
  - c. expert evidence, including economic and industry experts. Expert evidence is discussed in greater detail in the CLIP Competition Primer on 'Expert evidence'.
- 5.2 In assessing dominance, it is common for a court to rely primarily on indirect evidence concerning the structure of the relevant market, such as evidence of market share, barriers to entry and expansion and countervailing power. Direct evidence may be relied upon to supplement indirect evidence, but is not likely to conclusively establish dominance. For example, evidence of a firm's profitability is only useful in context and may be capable of different interpretations. The use of indirect / circumstantial evidence is discussed in greater detail in the CLIP Competition Primer on 'Circumstantial evidence'.
- 5.3 In some cases, anticompetitive effect or likely effect may be established by reliable direct evidence. When no such evidence is available, a judge may be able to rely on circumstantial evidence and the process of inference. It is not unusual for there to be significant overlap between the evidence used to establish dominance and that used to establish purpose or likely effect.
- 5.4 Wherever possible, proactive case management can benefit judges dealing with complex and voluminous evidence in unilateral conduct cases. Judges should consider what case management tools are available to narrow issues in dispute, control the scope and form of evidence and assist in the orderly conduct of the hearing.

---

## 6. Presumptions based on market share

---

- 6.1 In some jurisdictions, market share thresholds at both ends of the spectrum may be applied in analysing whether a firm holds a dominant position or substantial market power.
- 6.2 A safe harbour market share may be prescribed such that any firm with a market share below the safe harbour will be presumed not to hold a dominant position or substantial market power.
- 6.3 A market share threshold may also be prescribed above which a firm will be presumed to hold a dominant position or substantial market power.
- 6.4 Safe harbours and dominance thresholds based on market share may create presumptions that are conclusive or rebuttable. As a rule, such presumptions in most jurisdictions are rebuttable. This is particularly the case for presumptions that create dominance thresholds, since market shares are blunt instruments that are unable to conclusively demonstrate market power. High market share alone should therefore not be conclusive proof that a firm has substantial market power, even if market share analysis can nevertheless be a useful first step in competition analysis. For example, exceeding a market share threshold may create a rebuttable presumption of dominance by shifting the burden of proof from the regulator to the firm in question.

---

## 7. Conduct deemed to be an abuse of dominance

---

- 7.1 In Australia, the following conduct has been found by the courts to be an abuse of dominant position:
  - a. a major grocery retailer refused to deal with bread suppliers if their bread was also sold at nearby independent grocery retailers at a discounted price. This conduct made it more difficult for independent grocers to compete with major retailers for sales of bread to consumers;
  - b. a provider of ticketing services for live entertainment events shut down or refused to set up last minute discounted ticket deals at the request of event organisers because the discounted tickets were to be promoted by a competitor. This conduct made it more difficult for any competitors to sell last minute discounted tickets to consumers;
  - c. a manufacturer with dominance in the market for sterile fluids, but not in the market for dialysis fluids offered a discount to hospitals who agreed to bundle

their purchasing of both. This conduct made it more difficult for other sellers of dialysis fluids to compete for hospital sales.

---

## 8. Sanctions and remedies

---

- 8.1 There is an important difference between sanctions and remedies. Sanctions are usually meant to deter unlawful conduct in the future, and in some jurisdictions also to force violators to disgorge their illegal gains and compensate victims. Remedies cure, correct, or prevent unlawful conduct, whereas sanctions penalise or punish it. Typically, a competition law remedy aims to stop the violator's illegal behaviour, its anticompetitive effects, and its recurrence, and may seek to restore the competitive process.
- 8.2 The sanctions and remedies available where an abuse of dominant position is made out will depend on the competition laws of the relevant jurisdiction. The following types of sanctions and remedies may be available:
  - a. structural remedies – divestiture of the whole or a part of a business, or of particular assets, may be ordered to restore the market to a competitive state;
  - b. behavioural remedies – orders restraining or compelling certain conduct may be made to restrain anticompetitive conduct and to guide future behaviour;
  - c. penalties – sanctions, either monetary or criminal, and directed at either the legal entity or responsible individuals; and
  - d. damages for loss – compensation payments for loss or damage suffered as a result of the prohibited conduct and disgorgement of profits earned from the conduct in question.
- 8.3 The relief imposed may take into account the seriousness, severity and, in some cases, the economic impact of the violation. In some jurisdictions the notion of proportionality is used to ensure that relief imposed by the competition authorities and courts will not unduly intrude into the competitive process in the market, or itself distort the market. The scope and form of proportional relief should not exceed what is necessary to achieve competition law objectives.
- 8.4 Most jurisdictions authorise courts and/or competition agencies to impose both behavioural and structural remedies, but some allow structural remedies only when there is no equally effective behavioural remedy or when any such remedy would be more burdensome to comply with than the structural remedy. In many cases, behavioural remedies will be sufficient to effectively end the competition

infringement. In some cases, however, the only effective or less burdensome remedy is a structural one.

---

## 9. Related information sources

---

- 9.1 The following resources provide further information in relation to abuse of dominant position. The material may be useful as a general reference for judges in the ASEAN Member States:
- 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\*](#)



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

## សេវាឯករណីលទ្ធផលសម្រាប់ចំពោះក្រមអាសន្ននៃពីរការប្រកួតប្រជុំដែលបាន

## បង្កើតឡើងជាបន្ទីកនៃកម្មវិធីអនុគតុច្បាប់ប្រកួតប្រជែងលេស AANZFTA (AANZFTA Competition Law Implementation Program)

ការរំលែកបំពាន

## ၂. စုနမ်အနေဖြင့် ‘နှိမ်ခြင်း’ ပါ ‘မျှော်လွန်ခြင်း’

- 2.5 អាស្រែយលើច្បាប់ប្រកួតប្រដៃងពាក់ព័ន្ធ កំស្ថាតដែលបំណុចខាងក្រោមអាជីវកម្មកម្ពស់ពិនាទណាដោយថ្លែក្រោនក្នុងការ  
រាយកទម្រង់នានានឹងគ្រប់ដណ្តូប៉ាំ

  - ចំណោកទីផ្សារ រួមមានស្ថិភាព និងភាពពីរដែលទីផ្សារ
  - ឧបសត្វបំពេះការចូល បុការព្រឹក
  - លទ្ធផលបែងអ្នកទិញនៅក្នុងការដែលត្រួតពលលើលក្ខខណ្ឌ (អំណាចអ្នកទិញដែលប្រព័ន្ធគឺ)
  - លក្ខណៈបច្ចុប្បន្ន រួមមានការបើកចំហំបំពេះការទាំងចូល និង
  - លក្ខណៈបច្ចុប្បន្ន រួមមានទំហំពាក់ព័ន្ធ កម្រិតប្រាក់ចំណោញ ការធ្វើសមាថ្ងានកម្មបញ្ហា ធនធានដែលអាចរកបាន  
និងសេដ្ឋកិច្ចមាត្រាជាន។

2.6 ការការ់កាប់គ្នានឹងគ្រប់ដណ្តូប៉ាំ ប្រុងប្រយោជន៍ថ្មី មិនត្រូវបានហាមយាត់តែចំពេះការការ់កាប់នេះប៉ុណ្ណោះឡើយ។ ច្បាប់ការ  
ប្រកួតប្រដៃង ជាទុទិប្រកាសហាមយាត់តែការប្រព្រឹត្តិភាពកោតាកីដែលអាចបង្កើនភកយដល់ការប្រកួតប្រដៃងតែប៉ុណ្ណោះ ពីរបាន  
នាំឱ្យមានការរំលែកបំពាននឹងគ្នានឹងគ្រប់ដណ្តូប៉ាំ

### ៣. ការរំលែកបំពានលី ‘ត្បនាទីគុបដណ្ឌប់’ ឬ ‘អំណាចទីផ្សាយរឿងខំង’

- 3.1 ការរំលែកបំពានលើត្បូនាទីគ្របដិជ្ជប័ប ត្រូវបានសម្ងាត់ដោយការប្រព្រឹត្តដែលផលប៉ះពាល់ ប្រតិទិនធបច្ចេកប៉ះពាល់ ប្រអប់នឹងប៉ះពាល់ដូចតាំងការប្រកួតប្រជែង។

3.2 ខណៈពេលមានភាពធ្វើយក្សាត្រូវឱ្យកត់សម្ងាត់នៅទីទាំងយុត្តិដិការ អំពីវិសាលភាពនៃការប្រព្រឹត្តដែលអាចចាត់ទុកបានរំលែកបំពានលើត្បូនាទីគ្របដិជ្ជប័ប ឧបាទរណ៍ រួមមាន៖

  - ការកំណត់តម្លៃដែលកែងប្រាំពីរ - តម្លៃទាបដែលមិនមាននិរនោគាត មានគោលបំណងដើម្បីលុបប៉ះពាល់ ប្រធើឱ្យដឹកប្រកួតប្រជែងចុះខ្សោយ។
  - ការបងើសដឹកជញ្ជូនការកសិធន៍ប្រាកដសិក្សាប័មុខ - ការរៀបចំដែលមានគោលបំណងវិត្តិតសវិកាបរស់ភាគី ក្នុងការសរម្យចិត្តថាគើតកគគ្រឿនកំណើនមួយអ្នកឈាន លក់ដូរឡើង បូលកំណើននៅក្នុងណាម។
  - គម្រោងចងក្រាប់ ចងជាដុំ និងភាពស្មោះត្រង់ - ការក្រោប់ការលក់ទៅនិញ្ញ ប្រសេរកម្ម ដាច់ដោយទួរកីត្តិក្នុងគោលបំណងមិនចង់ឱ្យមានការប្រកួតប្រជែង។
  - ការគោលយកកម្រិតបំណែញ - សហគ្រាសយុមបញ្ហាលក្ខាបញ្បរ ដែលលក់វត្ថុគាតុចិត្តលសំខាន់ខេត្តត្រូវប្រជែង ដែលធ្វើឱ្យតម្លៃនៅកម្រិតលក់ករួយចុះទាប និងប្រជែងដើម្បីឱ្យតម្លៃនៅកម្រិតទីផ្សារឡើងដើម្បី ‘គម្រោង’ កម្រិតបំណែញនៅកម្រិតមានប្រយោជន៍តាមទីផ្សារដោយកំណត់ និង
  - ការប្រព្រឹត្តដែលកែងប្រាំពីរនៃ - កិច្ចព្រមព្រៀងមិនយុត្តិធម៌ ការរើសឡើងតម្លៃ ការគាត់បន្ទយដិតកម្ម ការថ្វូប្រាគិតប្រគល់ភាព។

#### 4. ការធ្វើតែស្ថិតិថ្មបច្ចេកទេរោះការណែនាំពាននៃគ្មានទីគ្របដុណ្ឌប់

កិច្ចការពេករប្រព័ន្ធដែលមានបច្ចុប្បន្នតើខិរញ្ញាណដោយអាជីវកម្មជាការប្រើប្រាស់បច្ចុប្បន្នដែលមានបច្ចុប្បន្នតើខិរញ្ញាណដោយអាជីវកម្មជាការប្រើប្រាស់បច្ចុប្បន្នដែលមានបច្ចុប្បន្នយល់ចាសមហ៍ហេតុផល ចំពោះហេតុផលសេដ្ឋកិច្ច និងប្រហេតុផលសង្គម ទៅបីជាបច្ចបញ្ជីនៃអាជីវកម្មនឹងគោលនយោបាយប្រកតប្រើដើរកើណេយា ជាចម្លាត់ នៅក្នុងយុត្តិធម៌របស់ខ្លួន ដូចខ្លះ៖ បន្ទុកកំសុកាងការពិនិត្យសំខាន់ខាងក្រោមបុរាណ និងក្រោមបុរាណ កំពុងស្ថិតព្រារមករសិរីបង្កើត ដើម្បីបង្ហាញពីអភិវឌ្ឍនភាពនៃប្រសិទ្ធភាព បុរាណតិកម្មមិនលម្អៃដែរ ដើម្បីបង្ហាញចាករប្រព័ន្ធ ដែលកំពុងក្រុះពិចារណាតីតំបាត់ និងមានសមាមាត្រ កើរប្រសិទ្ធភាពបំបាន៖ មិនអាចសម្រេចបានតាមរយៈមធ្យាបាយប្រព័ន្ធនៅក្នុងការប្រកតប្រើដើរកើណេយា

## 5. ប្រភព និងបញ្ជាកំពីកំស្តុតាង

#### 6. การសន្និតដោយផ្តើកលើចំណាកទីផ្សារ



## 7. ការប្រព័ន្ធដែលត្រូវបានចាត់ទុកបានដោយបាននិងត្រូវទីត្រូវដូចខាងក្រោម

## 8. ការដោក់ទូលាកម្ម និងជំណាន៖ស្រាយ

## ៩. ប្រភពពីតីមានពាក់ព័ន្ធ

- 9.1 ធនធានខាងក្រោមផ្តល់នូវព័ត៌មានបច្ចុប្បន្នទាំងនេះការរំលែកបំពាននៃគ្មានទីត្រួរដឹងប៉ា។ ឯកសារនេះប្រើបង្ហាញកសារយោងទូទៅដើម្បីមានប្រយោជន៍ សម្រាប់ថ្វីក្រុមនៅក្នុងរដ្ឋបាលអាស៊ាន់៖

  - គោលនយោបាយគុម្ភុលបេស់ OECD ស្តីពីការប្រកួតប្រជែង (OECD Competition Policy Roundtables) បញ្ជាក់ពីក្នុងការរំលែកលើគ្មានទីត្រួរដឹងប៉ា ឆ្នាំ២០១៦
  - OECD Competition Policy Roundtables  
ដំណោះស្រាយ និងការដោក់ទណ្ឌកម្មក្នុងការណើរំលែកលើគ្មានទីត្រួរដឹងប៉ា ឆ្នាំ២០១៦
  - OECD Competition Policy Roundtables  
ការរំភេកការនៃលមានសុវត្ថិភាព និងកាសនុត្រសប្តាហ៍ ដួងចុរាប់ប្រកួតប្រជែង ឆ្នាំ២០១៧
  - បណ្តាញការប្រកួតប្រជែងអន្តរជាតិ (International Competition Network)  
ការអនុវត្តន៍ដែលបានអនុសាសន៍ លើការរំភេកការនៃការប្រកួតប្រជែង មុខគំរាលទីផ្សារដឹងខ្សោះ
  - International Competition Network រៀបចំការដោការក្រោយពីតិចកំពេកគោរព



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

# 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 penyalah gunaan 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 predikabilitas 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 bahwa 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 defenisi 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 tahananya
  - 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 eksploratif – 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 ketidadaan esensi ekonomi, tes perusahaan yang sama-sama efisien, dan berbagai tes keseimbangan berkaitan dengan kesejahteraan konsumen. Ada kesepahaman 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. Pembenaran obyektif pada dasarnya adalah keadaan khusus yang mengijinkan 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 pembenaran 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 aturnya sendiri untuk menentukan sifat dan luasnya bukti yang diperlukan untuk menetapkan penyalahgunaan posisi dominan. Sumber bukti yang dapat membantu pengadilan ini diantaranya termasuk:
- a. bukti dari pelaku pasar dan pengamatan pasar, termasuk bukti dari pasar pesaing potensial, pemasok dan pelanggan.
  - b. dokumen internal dan catatan bisnis, seperti akun dan dokumen perusahaan; dan
  - c. 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 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



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

## ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນຂອງການແຂ່ງຂັ້ນສຳລັບຜູ້ຝຶກກາສາອາຊຸ່ນ

ຖືກຝັດທະນາໃຫ້ເປັນສ່ວນໜຶ່ງຂອງໂຄງການປະຕິບັດນຳໃຊ້ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນຂອງ AANZFTA  
° (AANZFTA Competition Law Implementation Program)

### ການສວຍໃຊ້ຕຳແໜ່ງອຳນາດ: ມັນແມ່ນຫຍັງ ແລະ ປະເມີນມີນຳໄດ້ແນວໃດ?

#### 1. ຄຳນົມ

##### 1.1. ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນສະບັບນີ້ມີຈຸດປະສົງເຝື້ອ:

- ເປັນເອກະສານທີ່ອີງໃສ່ຫຼັກການເຝື້ອໃຫ້ສະມາຊິກຝ່າຍຕຸລາການຂອງແຕ່ລະປະເທດສະມາຊິກຢູ່ໃນ ສະມາຄົມ ປະຊາຊາດອາຊີຕາເວັນອອກສຽງໃຕ້ (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN')) ດັ່ງນຳໃຊ້;
  - ສະໜອງຄຸ້ມືພາກປະຕິບັດ ແລະ ໃຫ້ຄວາມຮູ້ແກ່ຜູ້ຝຶກກາສາ ໂດຍໃຫ້ຄວາມສຳຄັນກັບຄວາມທ້າທາຍ ແລະ ບັນຫາທີ່ມີບັງໃນການປະເມີນຫຼັກການທີ່ຂັ້ນຕົ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນຢູ່ໃນປະເທດສະມາຊິກ (Member States) ອາຊຸ່ນ (ASEAN); ແລະ
  - ຊ່ວຍຜັດທະນານີ້ຕີກຳກ່ອນກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນ, ເຊິ່ງເຝື່ມຄວາມແນ່ນອນທາງດ້ານກົດໝາຍ, ສິ່ງເສີມປະສິດທິພາບ ແລະ ສະໜັບສະໜູນຄວາມສະໜ້າສະເໜີ ແລະ ຄວາມສາມາຄາດການໄດ້ພາຍໃນ ປະເທດສະມາຊິກ ASEAN ແລະ ໃນທີ່ສຸດແລ້ວກຳປະກອບສ່ວນເຂົ້າໃນການກຳນົດນະໂຍບາຍຄຸ້ມຄອງ ການແຂ່ງຂັ້ນທີ່ເຂັ້ມແຂງ.
- ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນຖືກຝັດທະນາໃນບໍລິບິດທີ່ມີຄວາມແຕກຕ່າງກັນ ແລະ ຂັ້ນຕອນຕ່າງໆຂອງການຝັດທະນາ ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນຢູ່ໃນປະເທດສະມາຊິກ ASEAN. ມັນບໍ່ໄດ້ມີເຈດຕະນາທີ່ຈະໃຫ້ໃຫ້ຂໍ້ມູນທີ່ ສະແພະເຈະຈີງຂອງປະເທດໄດ້ຫຸ່ງ.
  - ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນທີ່ຖືກຝັດທະນາໃນບໍລິບິດທີ່ມີຄວາມແຕກຕ່າງກັນ ແລະ ຂັ້ນຕອນຕ່າງໆຂອງການຝັດທະນາ ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນຢູ່ໃນປະເທດສະມາຊິກ ASEAN. ມັນບໍ່ໄດ້ມີເຈດຕະນາທີ່ຈະໃຫ້ໃຫ້ຂໍ້ມູນທີ່ ສະແພະເຈະຈີງຂອງປະເທດໄດ້ຫຸ່ງ.
  - ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນສະບັບນີ້ຖືກຝັດທະນາໂດຍຜູ້ຝຶກກາສາໃນສານກາງແຫ່ງອິດສະຕາລີ ໃຫ້ແກ່ຜູ້ຝຶກກາສາໃນ ປະເທດສະມາຊິກ ASEAN ໂດຍຮ່ວມມືກັນຢ່າງໃກ້ຊົດກັບ OECD. ມັນແມ່ນໜຶ່ງໃນຊຸດແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນ ກ່ຽວກັບກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນ ເຊິ່ງຖືກຝັດທະນາໂດຍການລືລົມຂອງ ຄະນະກຳມະການຄຸ້ມຄອງການ ແຂ່ງຂັ້ນເຂດການຄ້າເສລີລະຫວ່າງອາຊຸ່ນ-ອິດສະຕາລີ-ນິວຊີແລນ (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) ໃຫ້ເປັນສ່ວນໜຶ່ງຂອງ ໂຄງການປະຕິບັດນຳໃຊ້ກົດໝາຍ ຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນ (Competition Law Implementation Program ('CLIP')).

## 2. ແນວຄົດກ່ຽວກັບ ‘ອໍານາດ’ ຫຼື ‘ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ’

- 2.1. ລະບອບການແຂ່ງຂັນທີ່ໂລກໄດ້ມາຈຸ່ມກັນທີ່ແນວຄົດທີ່ວ່າ ຄວນນຳໃຊ້ການເກືອດຫ້າມສໍາລັບຄວາມປະິດຝ່າຍ ດຽວຕໍ່ທຸລະກິດທີ່ມີ “ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ” ເທົ່ານັ້ນ. ການກະທຳຝ່າຍດຽວຂອງທຸລະກິດທີ່ມີອໍານາດຕະຫຼາດ ໃນລະດັບທີ່ສູງແມ່ນມັກຈະບິດເບືອນຂະບວນການແຂ່ງຂັນ ແລະ ມີຜົນຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັນຫຼາຍກວ່າຄວາມປະິດ ຂອງທຸລະກິດທີ່ບໍ່ມີ ຫຼື ມີອໍານາດຕະຫຼາດເລັກນ້ອຍ. ໂດຍປຶກກະກຳແລ້ວຢູ່ໃນເສດຖະສາດນັ້ນ, ນີ້ຍາມຂອງອໍານາດ ໃນຕະຫຼາດຄືຄວາມສາມາດຂອງທຸລະກິດທີ່ຈະຮັກສາລາຄາຂອງຜະລິດຕະພັນ (ຫຼື ຜະລິດຕະພັນຫຼາຍຢ່າງ) ຂອງຕົນ ໃຫ້ຢູ່ເໜີລາຄາເຂົ່າຂັນໂດຍມີຜົນກຳໄລເປັນໄລຍະເວລາຍາວນານ.
- 2.2. ແນວຄວາມຄົດ ແລະ ພາສາທີ່ແຕກຕ່າງກັນຖືກນຳໃຊ້ທີ່ວ່າໂລກເື່ອລະບຸຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງອໍານາດຕະຫຼາດ ເຊິ່ງຄວາມປະິດຝ່າຍດຽວຄວນຈະຖືວ່າເປັນໄຟຕໍ່ການແຂ່ງຂັນ ແລະ ສາມາດລະເມີດກິດໝາຍຄຸ້ມຄອງການ ແຂ່ງຂັນ. ຢູ່ໃນເອົື້ນ ແລະ ແຂດອໍານາດຈຳນວນໜຶ່ງທີ່ວ່າໂລກ, ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນນີ້ແມ່ນ ‘ອໍານາດ’. ກິດໝາຍ ລັດຖະບານກາງຂອງສະຫະລັດອາເມຣິການໍາໃຊ້ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງ ‘ການຜູກຂາດທີ່ຜິດກິດໝາຍ ຫຼື ການ ຜະຍາຍາມຜູກຂາດ’. ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງອົດສະຫະລີແມ່ນ ‘ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ’. ໃນເຂດອໍານາດ ສ່ວນໃຫຍ່ໃນ ASEAN, ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນແມ່ນ ‘ອໍານາດ’. ເຖິງແມ່ນຈະມີຄວາມແຕກຕ່າງໆຫຼົ້ນ, ລະບອບ ການແຂ່ງຂັນໄດ້ຈຸ່ມກັນຢູ່ທີ່ແນວຄົດທີ່ວ່າ ຄວນນຳໃຊ້ການເກືອດຫ້າມສໍາລັບຄວາມປະິດຝ່າຍດຽວຕໍ່ ທຸລະກິດທີ່ມີອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ, ເພື່ອໃຫ້ຢ່າຍຕໍ່ການກ່າວເຖິງ ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຈະກີກ່າວເຖິງໃນນາມ ‘ອໍານາດ’ ຫຼື ‘ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ’ ຕະຫຼອດແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນສະບັບນີ້.
- 2.3. ເພື່ອທີ່ຈະປະເມີນລະດັບອໍານາດທີ່ທຸລະກິດມີພາຍໃນຕະຫຼາດ, ມັນຈຳເປັນທີ່ຈະໃຫ້ນິ້າມຕະຫຼາດທີ່ກ່ຽວຂ້ອງກອນ. ນີ້ຍາມຂອງຕະຫຼາດໃຫ້ຄວາມສໍາຄັນຕໍ່ຂອບເຂດການແຂ່ງຂັນຢ່າງໃກ້ຊິດ, ຄວາມສາມາດທິດແທນໄດ້ລະຫວ່າງ ຜະລິດຕະພັນ ຫຼື ຂອບເຂດການແຂ່ງຂັນກັນລະຫວ່າງຄຸ້ແຊ່ງ, ມີສ່ວນກ່ຽວຂ້ອງກັບທັງແນວຄົດທາງດ້ານ ເສດຖະສາດ ແລະ ຄວາມເປັນຈິງໃນການຄ້າຂາຍ. ຕົວຢ່າງ: ຖ້າຮ້ານຝຶດຊ່າເຫັ່ງດຽວໃນເມືອງຜົ່ມລາຄາຂອງຕົນ ຂັ້ນ, ລູກຄ້າກໍາອາດປ່ຽນໄປກົນເປີເກີ ຫຼື ຮ້ານຝຶດຊ່າຂອງເມືອງໄກ້ຄຽງອາດຂະໜາຍພື້ນທີ່ການຈັດສິ່ງຂອງຕົນ. ຖ້າ ການທິດແທນເປັນເປີເກີ ແລະ/ຫຼື ຜູ້ຂາຍຝຶດຊ່າໃນເມືອງອື່ນປ້ອງກັນບໍ່ໃຫ້ຮ້ານຝຶດຊ່າດັ່ງກ່າວເພີ່ມລາຄາເພື່ອໄດ້ຜົນ ກຳໄລ, ຜະລິດຕະພັນ ແລະ ຜູ້ຂາຍຫຼົ້ນຈະຖືກລວມໃນຕະຫຼາດທີ່ກ່ຽວຂ້ອງ.
- 2.4. ດັ່ງທີ່ສະແດງໃນຕົວຢ່າງນີ້, ນີ້ຍາມຂອງຕະຫຼາດມັກຈະກຽກຮ້ອງໃຫ້ຜູ້ພົກສາຜິຈາລະນາເຖິງຜະລິດຕະພັນ (ເຊັ່ນ: ຝຶດຊ່າ ທຽບກັບ ອາຫານດ່ວນ) ແລະ ຂອບເຂດດ້ານຜູ້ມາດ (ເຊັ່ນ: ຫົ່ງເມືອງທຽບກັບ ຫຼາຍເມືອງ) ເຊິ່ງລວມເຖິງການນຳໃຊ້ຫຼັກການ:
- ການທິດແທນດ້ານອຸປະສົງ, ໄດ້ແກ່ການທິດແທນລະຫວ່າງສິນຄ້າ ຫຼື ການບໍລິການຈາກມຸມມອງຂອງ ລູກຄ້າ; ແລະ
  - ໃນບາງເຂດອໍານາດແມ່ນການທິດແທນດ້ານອຸປະການ, ໄດ້ແກ່ການທິດແທນລະຫວ່າງສິນຄ້າ ຫຼື ການບໍລິການ ຈາກມຸມມອງຂອງຜູ້ສະໜອງ. ການທິດແທນດ້ານອຸປະການອາດຖືກຜິຈາລະນາໃນບາງເຂດອໍານາດໃຫ້ເປັນ ນີ້ຍາມຂອງຕະຫຼາດ ໂດຍສະພາະແມ່ນຖ້າມີຜົນສະຫອນຕໍ່ຝຶດຕິກຳການແຂ່ງຂັນຂອງຜູ້ດຳລົງຕໍ່ແຫ່ງແມ່ນ ກຽບເທົ່າກັບຜິດຕິກຳການທິດແທນດ້ານອຸປະສົງ. ເຂດອໍານາດອື່ນຜຽງແຕ່ຜິຈາລະນາການທິດແທນດ້ານອຸ ປະການ ເມື່ອປະເມີນຜົນການແຂ່ງຂັນ.

- 2.5. ຂຶ້ນຢູ່ກົບກົດໝາຍຄຸມຄອງການແຂ່ງຂັນທີ່ຖືກບັງຄັບໃຊ້, ຫຼັກຖານດັ່ງຕໍ່ໄປນີ້ອາດຖືກຝຶຈາລະນາໂດຍຜູ້  
ຝຶພາກສາໃນການປະເມີນອໍານາດ:
- ສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດ, ລວມທັງສະຖານະພາບ ແລະ ຄວາມທິນທານຂອງຕະຫຼາດ;
  - ອຸປະສົກຕໍ່ການເຂົ້າ ຫຼື ການຂະໜາຍ;
  - ຄວາມສາມາດຂອງຜູ້ຊື້ທີ່ຈະມີອິດທີ່ພິນຕໍ່ເງື່ອນໄຂ ແລະ ສະພາບການ (ອໍານາດຕອບໄຕຂອງຜູ້ຊື້);
  - ຄຸນລັກສະນະຂອງຕະຫຼາດ, ລວມທັງການເປີດຕໍ່ການນຳເຂົ້າ; ແລະ
  - ຄຸນລັກສະນະທຸລະກິດ, ລວມທັງຂະໜາດທຽບຄຸງ, ລະດັບກຳໄລ, ການລວມກິດຈະການໃນສາຍ  
ຕັ້ງ, ຊັບຜະຍາກອນທີ່ສາມາດໃຊ້ໄດ້ ແລະ ການປະຢັດຕໍ່ຂະໜາດ.
- 2.6. ການມີຕຳແໜ່ງອໍານາດ ຫຼື ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດແມ່ນບໍ່ໄດ້ຖືກເກືອດຫ້າມ. ກົດໝາຍຄຸມຄອງການແຂ່ງຂັນ  
ເກືອດຫ້າມຜຽງແຕ່ຄວາມປະົດຝ່າຍດຽວທີ່ອາດເປັນອັນຕະລາຍຕໍ່ການແຂ່ງຂັນເພະນັນເທົ່າກັບການສວຍໃຊ້  
ຕຳແໜ່ງອໍານາດ.

### 3. ການສວຍໃຊ້ ‘ອໍານາດ’ ຫຼື ‘ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ’

- 3.1. ການສວຍໃຊ້ຕຳແໜ່ງອໍານາດມີລັກສະນະເປັນຄວາມປະົດທີ່ມີຜົນ ຫຼື ເປັນຜົນສະຫອນທີ່ເປັນໄປດ້າຈາກ  
ການແຂ່ງຂັນທີ່ເປັນອັນຕະລາຍ.
- 3.2. ໃນຂະນະທີ່ມີຄວາມແຕກຕ່າງກັນຢ່າງຫຼວງຫຼາຍທີ່ວ່າເຂດອໍານາດກ່ຽວກັບຂອບເຂດຄວາມປະົດທີ່ອາດ  
ຖືວ່າເປັນການສວຍໃຊ້ອໍານາດ, ຕົວຢ່າງປະກອບມີ:
- ການກຳນົດລາຄາເຝື່ອກຳຈັດຄູ່ແຂ່ງ – ກຳນົດລາຄາຕໍ່ເຊື່ອຄາວໂດຍມີຈຸດປະສົງເຝື່ອກຳຈັດ ຫຼື  
ຮັດໃຫ້ຄູ່ແຂ່ງອ່ອນແຮ;
  - ການປະກິສະດທີ່ຈະຄ້າຂາຍ ຫຼື ການຄ້າຂາຍແບບຟິສະດ – ການຈັດແຈງທີ່ມີຈຸດປະສົງເຝື່ອ  
ຈໍາກັດອິດສະຫຼຸບພາບຂອງຝ່າຍຕ່າງໆໃນການຕັດສິນໃຈວ່າຝວກເຂົ້າຈະຄ້າຂາຍກັບຜູ້ໃດ,  
ຄ້າຂາຍຫຍັງ ຫຼື ຄ້າຂາຍຢູ່ໃສ;
  - ການຜູກມັດ, ການຂາຍເປັນຊຸດ ແລະ ກິນຊຸບາຍເຝື່ອສ້າງຄວາມຈິງຮັກຝັກົດ – ເຊື່ອມໂຍງການຂາຍ  
ສິນຄ້າ ຫຼື ການບໍລິການທີ່ແຍກອອກຈາກກັນ ໂດຍມີຄວາມຄົດເຫັນເຝື່ອກິດກັນການແຂ່ງຂັນ;
  - ການກົດໃຫ້ສ່ວນຕ່າງກຳໄລຕໍ່ – ວິສາຫະກິດທີ່ຮວມກົດຈະການໃນສາຍຕັ້ງທີ່ຂ່າຍວັດສະດ  
ຈໍາເປັນໃຫ້ແກ່ຄູ່ແຂ່ງ ເຊິ່ງຫຼຸດຜ່ອນລາຄາປາຍຫາງ ແລະ/ຫຼື ເຝື່ມລາຄາຕົ້ນຫາງເຝື່ອ ‘ກິດ’ ສ່ວນ  
ຕ່າງກຳໄລໃນລະດັບປະກິບດການໃດໜຶ່ງ ຫຼື ລະດັບຕະຫຼາດ; ແລະ
  - ຄວາມປະົດທີ່ຂູດຮົດ – ເງື່ອນໄຂທີ່ບໍ່ຢູ່ຕິທຳ, ການແບ່ງແຍກດ້ານລາຄາ, ການຫຼຸດການຜະລິດ, ນະ  
ວັດຕະກຳ ຫຼື ຄຸນນະພາບ.

#### 4. ภาระที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการจัดการ

- 4.1. ຢູ່ໃນຫຼາຍປະເທດແມ່ນມີວິທີການບິນຜົນຖານຂອງຜົນສະຫຼອນ ໂດຍໃຫ້ຄວາມສໍາຄັນກັບຜົນກະທົບດ້ານເສດຖະກິດທີ່ຄວາມປະືດທີ່ໄດ້ຖືກກວດສອບແລ້ວມີຕໍ່ລູກຄ້າ ແລະ ການແຂ່ງຂັນ. ປະເທດອື່ນໆອີກຈຳນວນໜຶ່ງໃຊ້ວິທີການບິນຜົນຖານຂອງຮູບລັກສະນະ ເຊິ່ງໃຫ້ຄວາມສໍາຄັນແກ່ວິທີການຈັດແປງປະເພດຄວາມປະືດພາຍໃຕ້ກົດໝາຍທີ່ກ່ຽວຂ້ອງ. ໃນກໍລະນີກ່ຽວກ່າວ, ການວິເຄາະສັດຖະກິດຢັງມີບົດບາດທີ່ສໍາຄັນໃນເຂດອ່ານາດເຫຼົ່ານັ້ນ, ແຕ່ມັນບໍ່ຈະເປັນທີ່ຈະກຳນົດວ່າ ຄວາມປະືດທີ່ຈໍາກັດການແຂ່ງຂັນຢ່າງເຫຼົ່າຈີງແມ່ນການລະເມີດກົດໝາຍ.

4.2. ໃນຂະນະທີ່ວິທີການບິນຜົນຖານຂອງຮູບລັກສະນະອາດມີຄວາມແນ່ນອນຫາງດ້ານກົດໝາຍຫຼາຍກວ່າ ແລະ ມີວິທີແກ້ໄຂໄວກວ່າວິທີການບິນຜົນຖານຂອງຜົນສະຫຼອນ, ມັນອາດສ້າງຜົນກະທົບທີ່ບໍ່ເໝາະສົມ, ເຮັດໃຫ້ເກີດມີຜົນສະຫຼອນໃນຕະຫຼາດຕົວຈີງ. ແນ່ນອນ ການປະຕິບັດສ່ວນໃຫຍ່ໃນກໍລະນີໄດ້ໜຶ່ງແມ່ນສາມາດເປັນການສວຍໃຊ້ຕໍາແໜ່ງອໍານາດເຜື່ອຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັນ, ສາມາດມີຜົນສະຫຼອນທີ່ສະໜັບສະໜູນການແຂ່ງຂັນ ຫຼື ມີປະສິດທິພາບໃນກໍລະນີອື່ນໆ.

4.3. ເຄື່ອງມືທີ່ໃຊ້ຜູ້ກໍານົດຄວາມເສຍຫາຍທີ່ອາດເກີດຂຶ້ນໄດ້ຕໍ່ການແຂ່ງຂັນແມ່ນການວິເຄາະທີ່ຖືກດໍາເນີນການໂດຍຮູ່ໃສ່ການທົດສອບແບບຂັດແຍ່ງຂໍ້ເຫັດຈີງ.

4.4. ການທົດສອບແບບຂັດແຍ່ງຂໍ້ເຫັດຈີງປະກອບມີການປຽບທຽບສະພາວະການແຂ່ງຂັນທີ່ເປັນໄປໄດ້ໃນຕະຫຼາດທີ່ມີແລະ ບໍ່ມີຄວາມປະືດໃດໜຶ່ງທີ່ຖືກອ້າງວ່າປະກອບເປັນການສວຍໃຊ້ຕໍາແໜ່ງອໍານາດ. ມັນອາດເປັນປະໂຫຍດຕໍ່ການປະເມີນການສຸນເສຍ ຫຼື ຄວາມເສຍຫາຍ. ການທົບສອບອື່ນໆອີກຈຳນວນໜຶ່ງທີ່ໜ່ວຍງານ ແລະ ສານສາມາດນຳໃຊ້ໄດ້ ໃນກໍລະນີທີ່ມີການສວຍໃຊ້ອໍານາດແມ່ນ: ການທົດສອບເຫຼົ່ານີ້ປະກອບມີການທົດສອບການເສຍສະໜະຜົນກຳໄລ, ການທົດສອບຄວາມບໍ່ມີສໍານິກດ້ານສັດຖະກິດ, ການທົດສອບທຸລະກິດທີ່ມີປະສິດທິພາບທຽບເທົ່າກັນ ແລະ ການທົດສອບຄວາມສົມດຸນສະຫວັດກີການຂອງລູກຄ້າອີກຫຼາຍຫຼາຍຢ່າງ. ມີຂໍ້ຕົກລົງທີ່ໄປວ່າ ບໍ່ມີການທົດສອບໃດໜຶ່ງເໝາະສົມສໍາລັບທຸກປະເພດກໍລະນີ.

4.5. ການວິເຄາະຂັດແຍ່ງຂໍ້ເຫັດຈີງບໍ່ແມ່ນວິທະຍາສາດທີ່ແນ່ນອນ. ໃນບາງກໍລະນີ, ມັນອາດເປັນໄປໄດ້ທີ່ຈະສະຫຼຸບວ່າ ສະພາວະການແຂ່ງຂັນພາຍໃນຕະຫຼາດຈະຖືກສະໜາງວນໄວ້ໃຫ້ກັບຄວາມປະືດທີ່ຖືກສິງໄສເຫັນນັ້ນ.ຕົວຢ່າງໃນກໍລະນີອື່ນໆອີກເຊັ່ນ: ເມື່ອຄວາມປະືດຖືກກ່າວອ້າງວ່າໄດ້ຂັດວາງຈຸ່ແຂ່ງໃໝ່, ມັນອາດສ້າງຄວາມຫຍຸ້ງຍາກທີ່ຈະຄາດເດີຢ່າງເຊື່ອທີ່ໄດ້ວ່າ ອຸ່ແຂ່ງໃໝ່ຈະເຂົ້າສູ່ຕະຫຼາດໂດຍບໍ່ມີຄວາມປະືດທີ່ຖືກສິງໄສ ຫຼື ບໍ່ແລະ ຖ້າເປັນແບບນັ້ນ ຜູ້ເຂົ້າຮ່ວມໃຫຍ່ຈະມີຜົນສະຫຼອນຫຍຸ່ງຕໍ່ສະພາວະການແຂ່ງຂັນໃນຕະຫຼາດທີ່ກ່ຽວຂ້ອງ.

4.6. ບໍ່ວ່າຈະນຳໃຊ້ການທົດສອບ ຫຼື ມາດຕະຖານໄດ້ກຳຕາມເຜື່ອກໍານົດວ່າ ຄວາມປະືດດັ່ງກ່າວບໍ່ຖືກຕ້ອງຕາມກົດໝາຍ, ເຂດອ່ານາດຫຼາຍແຫ່ງດໍາເນີນການວິເຄາະໂດຍຝີຈາລະນາປະສິດທິພາບດ້ານກຳໄລ ຫຼື ຂໍ້ອ້າງເປັນກາງທີ່ຝັງໄດ້ວ່າ ຖືກຕ້ອງໃນບາງຄັ້ງ, ແນ່ນແຕ່ເຫດຜົນທີ່ສະໜັບສະໜູນການແຂ່ງຂັນຂອງຕໍ່ຖາມທີ່ວ່າ ເປັນຫຍຸ້ງທຸລະກິດທີ່ມີອໍານາດຈຶ່ງມີຄວາມປະືດແບບນັ້ນ. ຂໍ້ອ້າງເປັນກາງແມ່ນກໍລະນີຝີເສດໂດຍຜົນຖານ ທີ່ກ່າວອ້າງຄວາມປະືດທີ່ບໍ່ຖືກຕ້ອງຕາມກົດໝາຍເຊັ່ນ: ການຝີຈາລະນາຢ່າງປິດແຜຍ (ເຊັ່ນ: ເຫດຜົນດ້ານສຸຂະພາບ ແລະ ຄວາມປອດໄພ). ຕົວຢ່າງປະສິດທິພາບຈະປະກອບມີຄື: ການປະຕິບັດຕໍ່ຂະໜາດ ຫຼື ການສົ່ງເສີມໃຫ້ມີນະວັດຕະກຳ. ອາດຍັງມີການປົກປ້ອງຄວາມປະືດໂດຍຖືກຄວບຄຸມ ເຊິ່ງອະນຸຍາດໃຫ້ມີການຄຸ້ມກັນເຜື່ອຕໍ່ຕ້ານການຜູກຂາດ ໃນກໍລະນີທີ່ຖືກຮຽກຮ້ອງໂດຍກິລະບຽບຂອງລັດຖະບານກາງ ຫຼື ຂອງລັດ. ການປົກປ້ອງຄວາມປະືດໂດຍຖືກຄວບຄຸມຮັບປະກັນ

ວ່າ ລັດຖິ່ງກ່າວສາມາມດໃຊ້ອໍານາດອະທິປະໄຕຂອງຕົນເຜື່ອນໍາໃຊ້ກົດລະບຽບທີ່ໃຫ້ກ່າວສາມາດເພີ້ນດ້ານ ເສດຖະກິດ ແລະ/ຫຼື ດ້ານສັງຄົມ ເຖິງແມ່ນວ່າກົດລະບຽບດັ່ງກ່າວອາດຂັດແຍ່ງກັບນະໂຍບາຍຄຸ້ມຄອງການ ແຂ່ງຂັນ. ໂດຍປີກະທິແລ້ວ ໃນເຂດອໍານາດດັ່ງກ່າວ ພາລະການຝຶກສູລົມການປຽນແປງເຝື້ອໃຫ້ມັນຂຶ້ນຮັບທຸລະກິດ ທີ່ຢູ່ຢາຍໃຕ້ການສືບສວນທີ່ຈະສະແດງເຖິງການມີຢູ່ຂອງປະສິດທິພາບ ຫຼື ຂໍ້ອ້າງເປັນກາງເຫຼົ້ານີ້, ເຝື້ອສະແດງວ່າ ຄວາມປະົດທີ່ຖືກສິງໄສນັ້ນຈໍາເປັນ ແລະ ສົມເຫດສົມຜົນ ແລະ ປະສິດທິພາບດັ່ງກ່າວແມ່ນບໍ່ສາມາດບັນລຸໄດ້ຜ່ານ ທາງວິທີການຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັນທີ່ໜ້ອຍລົງ.

## 5. ແຫ່ງທີ່ມາຂອງຫຼັກຖານ ແລະ ບັນຫາ

- 5.1. ສໍາລັບທຸກກໍລະນີການແຂ່ງຂັນ, ສານຈະນຳໃຊ້ກົດໝາຍໃນເຂດອໍານາດຂອງຕົນ ແລະ ກົດເການຂອງຫຼັກຖານ ຂອງຕົນເຝື້ອກໍານົດລັກສະນະ ແລະ ຂອບເຂດຂອງຫຼັກຖານທີ່ຈໍາເປັນໃນການກໍານົດການສວຍໃຊ້ຕຳແໜ່ງ ອໍານາດ. ແຫ່ງທີ່ມາຂອງຫຼັກຖານທີ່ອາດເປັນປະໂຫຍດຕໍ່ສານໄດ້ແມ່ນປະກອບມີ:
  - a. ຫຼັກຖານຈາກຜູ້ເຂົ້າຮ່ວມ ແລະ ຜູ້ສັງເກດການໃນຕະຫຼາດ ເຊິ່ງລວມເຖິງຫຼັກຖານຈາກຄຸ່ແຂ່ງ, ຜູ້ທີ່ ອາດເຂົ້າຮ່ວມຕະຫຼາດ, ຜູ້ສະໜອງ ແລະ ລູກຄ້າ;
  - b. ເອກະສານພາຍໃນ ແລະ ບິດບັນທຶກທາງທຸລະກິດເຊັ່ນ: ບັນຊີ ແລະ ເອກະສານຂອງຄະນະກຳມະການ; ແລະ
  - c. ຫຼັກຖານຈາກຜູ້ຊ່ວຊານ, ລວມທັງຜູ້ຊ່ວຊານດ້ານເສດຖະກິດ ແລະ ອຸດສາຫະກຳ. ຫຼັກຖານຈາກຜູ້ ຊ່ວຊານແມ່ນຈະໄດ້ສືນທະນາໃນລາຍລະອຽດຫຼາຍຂຶ້ນໃນ ແບຣູນຂຶ້ນຕົ້ນການແຂ່ງຂັນ CLIP (CLIP Competition Primer) ທີ່ກ່ຽວກັບ ‘ຫຼັກຖານຈາກຜູ້ຊ່ວຊານ (Expert evidence)’.
- 5.2. ໃນການປະເມີນອໍານາດ, ມັນເປັນເລື່ອງປີກະທິທີ່ສານຈະອີງຕາມຫຼັກຖານທາງອ້ອມ ເຊິ່ງກ່ຽວຂ້ອງກັບໂຄສ້າງຂອງ ຕະຫຼາດທີ່ກ່ຽວຂ້ອງເປັນຫຼັກເຊັ່ນ: ຫຼັກຖານດ້ານສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດ, ອຸປະສັກໃນການເຂົ້າ ແລະ ການຂະຫຍາຍ ແລະ ອໍານາດຕອບໂຕ້. ອາດວິຈີ່ໃສ່ຫຼັກຖານທາງກົງເຝື້ອເຝື້ອເຕີມໃຫ້ກັບຫຼັກຖານທາງອ້ອມ, ແຕ່ບໍ່ອາດຈະກໍານົດອໍານາດ ໄດ້ຢ່າງເດັດຂາດ. ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ຫຼັກຖານດ້ານກຳໄລຂອງທຸລະກິດອາດເປັນປະໂຫຍດໃນສ່ວນຂອງບໍລິບິດ ແລະ ອາດຖືກຕິຄວາມໝາຍໄດ້ຢ່າງແຕກຕ່າງ. ການນຳໃຊ້ຫຼັກຖານທາງອ້ອມ/ຫຼັກຖານແວດລ້ອມແມ່ນຈະຖືກສືນທະນາ ດ້ວຍລາຍລະອຽດທີ່ໜ້າຍຂຶ້ນຢູ່ໃນ CLIP Competition Primer ກ່ຽວກັບ ‘ຫຼັກຖານແວດລ້ອມ (Circumstantial evidence)’.
- 5.3. ໃນບາງກໍລະນີ, ຜົນຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັນ ຫຼື ຜົນທີ່ເປັນໄປໄດ້ອາດຖືກກໍານົດຂຶ້ນໂດຍຫຼັກຖານທາງກົງທີ່ສາມາດ ເຊື້ອຖືໄດ້. ເມື່ອບໍ່ມີຫຼັກຖານດັ່ງກ່າວ, ຜູ້ພິພາສາສາມາດອີງໃສ່ຫຼັກຖານແວດລ້ອມ ແລະ ຂະບວນການລົງຄວາມ ເຫັນ. ມັນບໍ່ແມ່ນເລື່ອງຜິດປີກະທິທີ່ຈະມີການທັບຊ້ອນຢ່າງສໍາຄັນລະຫວ່າງຫຼັກຖານທີ່ໃຊ້ເຝື້ອກໍານົດອໍານາດ ແລະ ຫຼັກຖານທີ່ໃຊ້ເຝື້ອກໍານົດຈຸດປະສົງ ຫຼື ຜົນທີ່ເປັນໄປໄດ້.
- 5.4. ໃນກໍລະນີໄດ້ກຳຕາມທີ່ເປັນໄປໄດ້, ການຄຸ້ມຄອງກໍລະນີເຝື້ອຄວບຄຸມສາມາດເປັນປະໂຫຍດຕໍ່ຜູ້ພິພາສາທີ່ຈັດການ ກັບຫຼັກຖານຂັບຂ້ອນ ແລະ ມີຈຳນວນຫຼວງຫຼາຍໃນກໍລະນີຄວາມປະົມຜິດໄໝແກ່ງ. ຜູ້ພິພາສາຄວນຝຶຈາລະນາວ່າ ມີເຄື່ອງມືຄຸ້ມຄອງກໍລະນີໄດ້ແດ່ທີ່ຈະຮັດໃຫ້ປະເດັນແຄບເຂົ້າໃນການໂຕແຍ້ງ, ຄວບຄຸມຂອບເຂດ ແລະ ຮູບ ລັກສະນະຂອງຫຼັກຖານ ແລະ ຊ່ວຍໃຫ້ມີຄວາມປະົມຜິດຢ່າງເປັນລະບົບໃບລະບຽບໃນການຝຶຈາລະນາຄະດີ.

## 6. ຂໍສັນນິຖານທີ່ອີງຕາມສ່ວນແບ່ງໃນຕະຫຼາດ

- 6.1. ໃນບາງເຊດອໍານາດ ແມ່ນອາດນໍາໃຊ້ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງສ່ວນແບ່ງໃນຕະຫຼາດຂອງທັງສອງສັ່ນຂອງສະເປັກຕົ່ນເພື່ອວິເຄາະວ່າທຸລະກິດມີຕຳແໜ່ງອໍານາດ ຫຼື ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ ຫຼື ບໍ່.
- 6.2. ສ່ວນແບ່ງໃນຕະຫຼາດຕາມມາດຕະຖານຂໍ້ບັງຄັບອາດຖືກກຳນົດວ່າ ທຸລະກິດໄດ້ໜຶ່ງທີ່ມີສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດຕໍ່າກວ່າມາດຕະຖານຂໍ້ບັງຄັບນັ້ນຈະຖືກສັນນິຖານວ່າບໍ່ມີຕຳແໜ່ງອໍານາດ ຫຼື ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ.
- 6.3. ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດອາດຖືກກຳນົດຢູ່ຂ້າງເທິງ ເຊິ່ງທຸລະກິດໄດ້ໜຶ່ງຈະຖືກສັນນິຖານວ່າມີຕຳແໜ່ງອໍານາດ ຫຼື ອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ.
- 6.4. ມາດຕະຖານຂໍ້ບັງຄັບ ແລະ ຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງອໍານາດບົນພື້ນຖານສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດອາດສ້າງສັນນິຖານທີ່ເປັນຂໍ້ສະຫຼຸບ ຫຼື ສາມາດຫັກລ້າງໄດ້. ຕາມກົດລະບຽບແລ້ວ ຂໍສັນນິຖານດັ່ງກ່າວໃນເຂດອໍານາດສ່ວນໃຫຍ່ແມ່ນສາມາດຫັກລ້າງໄດ້. ສິ້ນນີ້ເປັນຈິງໂດຍສະເພາະສຳລັບຂໍສັນນິຖານທີ່ສ້າງຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງອໍານາດ, ຍ້ອນສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດແມ່ນເຄື່ອງມີຊັກຊ້າທີ່ບໍ່ສາມາດສະແດງອໍານາດຕະຫຼາດຢ່າງເດັດຂາດ. ສະນັ້ນ ສ່ວນແບ່ງທີ່ສູງໃນຕະຫຼາດ ພຽງລຳຝັງກຳບໍ່ແມ່ນເຄື່ອງຝຶກທີ່ເດັດຂາດວ່າ ທຸລະກິດໄດ້ໜຶ່ງມີອໍານາດໃຫຍ່ໃນຕະຫຼາດ, ເຖິງແມ່ນວ່າການວິເຄາະສ່ວນແບ່ງໃນຕະຫຼາດສາມາດເປັນປະໂຫຍດໄດ້ໃນຂັ້ນຕອນທຳອິດຂອງການວິເຄາະການແຂ່ງຂັ້ນ. ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ການຢູ່ເກີນຂອບເຂດເລີ່ມຕົ້ນຂອງສ່ວນແບ່ງຕະຫຼາດອາດສ້າງຂໍສັນນິຖານອໍານາດທີ່ບໍ່ສາມາດຫັກລ້າງໄດ້ ໂດຍປ່ຽນພາລະການຝຶກຈາກຜູ້ຄວບຄຸມໃຫ້ກາຍເປັນທຸລະກິດທີ່ຖືກສິ່ງໄສ.

## 7. ຄວາມປະົມທີ່ໃຫ້ວ່າເປັນການສວຍໃຊ້ອໍານາດ

- 7.1. ຢູ່ໃນອິດສະຫຸນ, ສານໄດ້ຕົ້ນຝຶກວ່າຄວາມປະົມທີ່ໃຫ້ວ່າເປັນການສວຍໃຊ້ຕຳແໜ່ງອໍານາດ:

- a. ຮ້ານຂາຍເຄື່ອງຢ່ອຍລາຍໃຫຍ່ເຫັນໜຶ່ງປະຕິເສດທີ່ຈະຄ້າຂາຍກັບຜູ້ສະໜອງເຂົ້າຈີ່ ຕ້າພວກເຂົ້າຍັງຂາຍເຂົ້າຈີ່ໃຫ້ແກ່ຮ້ານຂາຍເຄື່ອງຢ່ອຍແບບອິດສະຫຼຸບບໍລິເວັນໃກ້ຄຽງໃນລາຄາສ່ວນຫຼຸດ. ຄວາມປະົມທີ່ເຮັດໃຫ້ເກີດຄວາມຫຍຸ້ງຍາກສໍາລັບຮ້ານຂາຍເຄື່ອງອິດສະຫຼຸບທີ່ຈະແຂ່ງຂັ້ນກັບຮ້ານຂາຍເຄື່ອງລາຍໃຫຍ່ໃນການຂາຍເຂົ້າຈີ່ໃຫ້ແກ່ລູກຄ້າ;
- b. ຜູ້ໃຫ້ບໍລິການຈອງບໍ່ສໍາລັບງານບັນເທິງສິດປິດຊື່ວຄາວ ຫຼື ປະຕິເສດທີ່ຈະໃຫ້ບໍ່ສ່ວນຫຼຸດໃນນາທີສຸດທ້າຍຕາມການຮຽກຮ້ອງຂອງຜູ້ຄັດງານ ຍ້ອນປີ້ສ່ວນຫຼຸດຈະຖືກສິ່ງເສີມໂດຍຖຸແຂງ. ຄວາມປະົມທີ່ເຮັດໃຫ້ເກີດຄວາມຫຍຸ້ງຍາກທີ່ຄຸ້ແຂງຈະຂາຍບໍ່ສ່ວນຫຼຸດໃນນາທີສຸດທ້າຍໃຫ້ແກ່ລູກຄ້າ;
- c. ຜູ້ຜະລິດທີ່ມີອໍານາດໃນຕະຫຼາດນໍ້າຢາຂ້າເຊື້ອ ແຕ່ບໍ່ມີອໍານາດໃນຕະຫຼາດນໍ້າຢາຂ້ບຂອງເສຍຈາກເລືອດ ໃຫ້ສ່ວນຫຼຸດກັບໂຮງໝໍທີ່ສັນຍາວ່າຈະຊື້ຜະລິດຕະຟັນທັງສອງແບບລວມຊຸດ. ຄວາມປະົມທີ່ເຮັດໃຫ້ເກີດຄວາມຫຍຸ້ງຍາກຂັ້ນສໍາລັບຄົນຂາຍນໍ້າຢາຂ້ບຂອງເສຍຈາກເລືອດທີ່ຈະແຂ່ງຂັ້ນໃນການຂາຍໃຫ້ກັບໂຮງໝໍ.



## **ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (AANZFTA) Economic Cooperation Support Program (AECS)**

#### 8. ການຄວ້າບາດ ແລະ ວິທີແກ້ໄຂ

- 8.1. มีຄວາມແຕ່ງຕ່າງໆຫຼາຍລະຫວ່າງການຄວ້າບາດ ແລະ ວິທີແກ້ໄຂ. ໂດຍປົກກະຕິແລ້ວ ການຄວ້າບາດແມ່ນມີເຈດຕະນາເພື່ອປ້ອງກັນຄວາມປະິດທີ່ບໍ່ຖືກຕ້ອງຕາມກົດໝາຍໃນອະນາຄົດ ແລະ ໃນບາງເຊດອໍານາດກຳຍັງບັງຄັບໃຫ້ຜູ້ລະມິດຢຸດຕື່ຜົນປະໄຫຍດທີ່ຜິດກົດໝາຍຂອງພວກເຂົາ ແລະ ຊິດເຊີຍໃຫ້ກັບຜູ້ຄະຫຼາຍ. ວິທີແກ້ໄຂຮັກສາ, ກວດແກ້ ຫຼື ປ້ອງກັນຄວາມປະິດທີ່ບໍ່ຖືກຕ້ອງຕາມກົດໝາຍ, ໃນຂະນະທີ່ການຄວ້າບາດປັບໄໝໜີ ລົງໂທດຄວາມປະິດປະເພດນັ້ນ. ໂດຍທົ່ວໄປແລ້ວ ວິທີແກ້ໄຂໂດຍກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນມີຈຸດປະສົງເພື່ອຢຸດິດຕິກຳທີ່ຜິດກົດໝາຍຂອງຜູ້ລະເມີດ, ຜົນຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັ້ນ ແລະ ການຮັດຊ້າອີກ ແລະ ອາດສະແຫງງໝາເພື່ອຝຶ່ນຝູຂວນການແຂ່ງຂັ້ນ.

8.2. ການຄວ້າບາດ ແລະ ວິທີແກ້ໄຂທີ່ສາມາດດຳເນີນການໄດ້ໃນກໍລະນີທີ່ປາກົດມີການສວຍໃຊ້ຕຳແໜ່ງອໍານາດແມ່ນຂຶ້ນຢູ່ກັບກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນຂອງເຊດອໍານາດທີ່ກ່ຽວຂ້ອງ. ປະເພດຂອງການຄວ້າບາດ ແລະ ວິທີແກ້ໄຂດັ່ງຕໍ່ໄປນີ້ອາດຈະມີໃຫ້ຄື:

  - ວິທີແກ້ໄຂດ້ານໂຄງສ້າງ – ອາດສ້າງໃຫ້ມີການຂາຍສ່ວນທັງໝົດ ຫຼື ສ່ວນໃດໜີ່ຂອງທຸລະກິດ ຫຼື ຂອງຊັບສິນໃດໜີ່ເພື່ອຝຶ່ນຝູຂວນທັງໝົດໃຫ້ກັບຄືນສູ່ສະພາວະແຂ່ງຂັ້ນ;
  - ວິທີແກ້ໄຂດ້ານິດຕິກຳ – ອາດສ້າງໃຫ້ຄວບຄຸມ ຫຼື ບັງຄັບຄວາມປະິດໃດໜີ່ເພື່ອຄວບຄຸມຄວາມປະິດຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັ້ນ ແລະ ເພື່ອຊັ້ນຳິດຕິກຳໃນອະນາຄົດ;
  - ການລົງໂທດ – ການຄວ້າບາດ, ບໍ່ວ່າຈະປັນທາງດ້ານການເງິນ ຫຼື ອາຊະຍາກຳ ແລະ ແນໃສນີຕີບຸກຄົນຕາມກົດໝາຍ ຫຼື ບຸກຄົນທີ່ມີຄວາມຮັບຜິດຊອບ; ແລະ
  - ຄວາມເສຍຫາຍສໍາລັບການສູນເສຍ – ການຊໍາລະເງິນຊຸດເຊີຍສໍາລັບການສູນເສຍ ຫຼື ຄວາມເສຍຫາຍທີ່ເກີດຈາກຄວາມປະິດທີ່ຖືກເກືອດຫ້າມ ແລະ ການຢຸດຕິກຳໄລທີ່ໄດ້ຮັບຈາກຄວາມປະິດທີ່ຖືກສຶງໄສ.

8.3. ການແກ້ໄຂບັນເທິ່ງທີ່ຖືກກຳນົດຂຶ້ນອາດິດຕິກຳຈາລະນາເຖິງຄວາມຮ້າຍແຮງ, ຄວາມຮຸນແຮງ ແລະ ໃນບາງກໍລະນີແມ່ນຜົນກະທົບດ້ານເສດຖະກິດຈາກການລະເມີດ. ໃນບາງເຊດອໍານາດ ແມ່ນໄດ້ນໍາໃຊ້ແນວຄົດແບບສັດສ່ວນເພື່ອຮັບປະກັນວ່າ ການແກ້ໄຂບັນເທິ່ງທີ່ຖືກກຳນົດໂດຍເຈົ້າໜ້າທີ່ຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນ ແລະ ສາມຈະບໍ່ກ້າວກ່າຍຂຂວນການແຂ່ງຂັ້ນໃນຕະຫຼາດ ຫຼື ບົດເບືອນຕະຫຼາດຫຼາຍເກີນໄປ. ຂອບເຂດ ແລະ ຮູບລັກສະນະຂອງການແກ້ໄຂບັນເທິ່ງແບບສັດສ່ວນບໍ່ຄວນມີຢູ່ເກີນສິ່ງທີ່ຈໍາເປັນເພື່ອບັນລຸຈຸດປະສົງຂອງກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນ.

8.4. ເຊດອໍານາດສ່ວນໃຫຍ່ອະນຸຍາດໃຫ້ສານ ແລະ/ຫຼື ຫ່ວຍງານຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັ້ນໄດ້ກຳນົດໃຫ້ມີທັງວິທີແກ້ໄຂດ້ານິດຕິກຳ ແລະ ໂຄງສ້າງ, ແຕ່ບາງເຊດອໍານາດກຳພຽງແຕ່ອະນຸຍາດໃຫ້ມີວິທີແກ້ໄຂດ້ານໂຄງສ້າງ ເມື່ອບໍ່ມີວິທີແກ້ໄຂດ້ານິດຕິກຳທີ່ມີປະສິດທິພາບທຽບເທົ່າກັນ ຫຼື ເມື່ອວິທີແກ້ໄຂດັ່ງກ່າວຈະເປັນພາລະໃຫ້ປະຕິບັດຕາມຫຼາຍກວ່າວິທີແກ້ໄຂດ້ານໂຄງສ້າງ. ໃນຫຼາຍກໍລະນີ, ວິທີແກ້ໄຂດ້ານິດຕິກຳກຳພຽງຟໍທີ່ຈະສັ້ນສຸດການລະເມີດການແຂ່ງຂັ້ນຢ່າງມີປະສິດທິພາບ. ເຖິງຢ່າງໄດ້ກຳຕາມ ໃນບາງກໍລະນີ ວິທີແກ້ໄຂດຽວທີ່ມີປະສິດທິພາບ ຫຼື ເປັນພາລະໜ້ອຍກວ່າແມ່ນວິທີແກ້ໄຂດ້ານໂຄງສ້າງ.

## 9. ឈ្មោះខ្លឹមពីរវាងខែង

9.1. ខ្លឹមនេះត្រូវបានរៀបចំឡើងដើម្បីរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រជាមួយអ្នករៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ។ នឹងរៀបចំឡើងដើម្បីរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រជាមួយអ្នករៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រដែលមានចំណាំខ្លឹមដូចខាងក្រោម:

- a. រាជរដ្ឋប្រជុំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ (OECD Competition Policy Roundtables), [ប័ណ្ណការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រនៃការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ](#), 2006
- b. រាជរដ្ឋប្រជុំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ (OECD Competition Policy Roundtables), [ការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រនៃការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ](#), 2006
- c. រាជរដ្ឋប្រជុំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ (OECD Competition Policy Roundtables), [ការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រនៃការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ](#), 2017
- d. ព័ត៌មានអនុគមន៍ការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ (International Competition Network), [ការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រនៃការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ](#)
- e. ព័ត៌មានអនុគមន៍ការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ (International Competition Network), [ការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រនៃការរៀបចំការងារសេវយុទ្ធសាស្ត្រ](#)



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

# Rukun Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada Program Pelaksanaan Undang-undang Persaingan AANZFTA (AANZFTA Competition Law Implementation Program)

## ***Salah guna kedudukan dominan: apakah maksudnya dan bagaimana kedudukan dominan dinilai?***

---

### **1. Pengenalan**

---

- 1.1 Tujuan rukun asas ini ialah:
  - a. Sebagai dokumen berdasarkan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Pertubuhan Negara-Negara Asia Tenggara (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN'));
  - b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli ASEAN; dan
  - c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehramalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN , dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.
- 1.2 Rukun asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN . Rukun asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.
- 1.3 Rukun asas ini telah dibangunkan oleh hakim Makhamah Persekutuan (Federal Court) Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN , dengan kerjasama rapat Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD). Ini satu daripada gugusan siri rukun asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif Jawatankuasa Persaingan Kawasan Perdagangan Bebas ASEAN Australia New Zealand (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) sebagai sebahagian daripada Program Pelaksanaan Undang-undang Persaingan (Competition Law Implementation Program ('CLIP')).

## 2. Konsep ‘dominans’ atau ‘kuasa pasaran yang cukup besar’

- 2.1 Rejim persaingan di seluruh dunia telah tertumpu kepada tanggapan bahawa larangan perlakuan unilateral/sehala hendaklah dikenakan kepada firma yang mempunyai “kuasa pasaran yang cukup besar”. Perlakuan unilateral oleh firma yang mempunyai tahap kuasa yang tinggi dalam pasaran lebih berpotensi memutarbalikkan proses persaingan dan memberi kesan antipersaingan berbanding tindakan firma yang tidak mempunyai kuasa pasaran atau mempunyai kuasa pasaran yang kecil. Dari sudut ekonomi, kuasa pasaran biasanya ditakrifkan sebagai keupayaan sesebuah firma memastikan harga produknya (atau produk-produknya) membawa keuntungan melampaui harga kompetitif untuk jangka masa yang berlanjutan.
- 2.2 Konsep dan bahasa berbeza digunakan di seluruh dunia untuk mengenal pasti ambang kuasa pasaran yang sekiranya dilangkau, akan disifatkan sebagai memudaratkan persaingan dan boleh melanggar undang-undang persaingan. Di Eropah dan beberapa bidang kuasa lain di seluruh dunia, ambang ini ialah ‘dominans’. Undang-undang persekutuan AS menetapkan ambang ‘pemonopolian yang melanggar undang-undang atau percubaan pemonopolian’ (‘unlawful or attempted monopolisation’). Ambang bagi Australia ialah ‘kuasa pasaran yang cukup besar’. Di sebahagian besar bidang kuasa ASEAN, ambang yang ditetapkan ialah ‘dominans’. Walaupun terdapat perbezaan, rejim persaingan tertumpu ke arah tanggapan bahawa larangan perlakuan unilateral hendaklah dikenakan hanya kepada firma yang mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar – untuk memudahkan rujukan, ambang yang dirujuk dalam keseluruhan dokumen rukun dasar ini ialah ‘dominans’ atau ‘kuasa pasaran yang cukup besar’.
- 2.3 Untuk menilai tahap kuasa yang dipegang oleh sesebuah firma dalam sesebuah pasaran, pasaran berkaitan perlu ditakrif terlebih dahulu. Takrifan pasaran tertumpu kepada bidang persaingan yang rapat, kebolehgantian antara produk atau bidang persaingan antara pesaing, dengan memberi perhatian kepada konsep ekonomi dan juga realiti komersial. Sebagai contoh, jika satu-satunya restoran piza di sesebuah bandar menaikkan harga, pengguna mungkin beralih kepada burger, atau restoran piza di bandar jiran mungkin mengembangkan kawasan penghantarannya. Jika peralihan kepada burger dan/atau piza di bandar lain mencegah pemilik restoran piza daripada meraih keuntungan daripada kenaikan harga, produk dan penjual-penjual berkenaan akan disertakan dalam pasaran yang berkaitan.
- 2.4 Sebagaimana yang ditunjukkan oleh contoh ini, takrifan pasaran sering memerlukan seseorang hakim mempertimbangkan produk (contohnya, piza berbanding makanan segera) dan dimensi geografi (contohnya satu bandar berbanding beberapa bandar), termasuk menggunakan prinsip:

- a. penggantian bagi pihak permintaan, khususnya penggantian antara barang atau perkhidmatan dari sudut pandangan pengguna; dan
  - b. di sesetengah bidang kuasa, penggantian bagi pihak bekalan, khususnya penggantian antara barang atau perkhidmatan dari sudut pandangan pembekal; dan Penggantian di pihak bekalan mungkin dipertimbangkan dalam sesetengah bidang kuasa untuk takrifan pasaran, khususnya jika kesan kepada perlakuan persaingan peserta sama dengan peserta penggantian di pihak permintaan. Bidang kuasa lain pula hanya mengambil kira penggantian di pihak bekalan sewaktu menilai kesan persaingan.
- 2.5 Bergantung kepada undang-undang persaingan yang berkuat kuasa, keterangan tentang perkara berikut mungkin diambil kira oleh hakim semasa menilai dominans:
- a. bahagian pasaran, termasuk kestabilan dan kedayatahanan;
  - b. rintangan untuk memasuki (pasaran) atau berkembang;
  - c. keupayaan pembeli untuk mempengaruhi terma dan syarat (kuasa pembeli yang mengimbangi);
  - d. sifat-sifat pasaran, termasuk keterbukaan kepada import; dan
  - e. sifat-sifat firma, termasuk saiz relatif, tahap keuntungan, penyepaduan menegak, sumber yang tersedia dan ekonomi ikut bidangan.
- 2.6 Memegang kedudukan dominan atau mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar itu sendiri tidak dilarang. Undang-undang persaingan amnya melarang hanya perlakuan unilateral yang memudaratkan persaingan kerana ia mengakibatkan salah guna kedudukan dominan.

---

### **3. Konsep ‘dominans’ atau ‘kuasa pasaran cukup besar’**

---

- 3.1 Salah guna kedudukan dominan dinilai dari sudut perlakuan yang memberi kesan atau berkemungkinan memberi kesan yang memudaratkan persaingan.
- 3.2 Walaupun terdapat perbezaan yang agak besar merentas pelbagai bidang kuasa tentang perlakuan yang mungkin disifatkan sebagai salah guna dominans, beberapa contohnya termasuklah:
- a. Penetapan harga pemangsa – harga rendah yang tidak mampu dipertahankan, bertujuan untuk menyingkirkan atau melemahkan saingan;
  - b. Keengganan untuk berurusan atau berurusan secara eksklusif – pengaturan yang bertujuan untuk mengehadkan kebebasan pihak -pihak berkenaan untuk memutuskan dengan siapa, dalam urusan apa, atau di mana mereka berurusan;

- c. Skim mengikat, menggabungkan dan kesetiaan – menghubungkaitkan jualan barang atau perkhidmatan berasingan dengan tujuan untuk melemahkan persaingan;
- d. Memerah margin – perusahaan tersepadu secara menegak, menjual input penting kepada saingan, yang merendahkan harga hiliran dan/atau meningkatkan harga huluan untuk ‘memerah’ margin pada peringkat fungsian tertentu atau beberapa peringkat fungsian dalam sesebuah pasaran; dan
- e. Perlakuan mengeksplorasi – terma yang tidak adil, diskriminasi harga, pengurangan pengeluaran, inovasi atau kualiti.

---

#### 4. Ujian undang-undang untuk salah guna dominans

---

- 4.1 Di banyak negara terdapat pendekatan berasaskan-kesan, yang memberi tumpuan kepada impak ekonomi yang diberi oleh perlakuan yang dimaksudkan ke atas pengguna dan saingan. Beberapa negara lain menggunakan pendekatan yang lebih berasaskan-bentuk yang memberi tumpuan kepada bagaimana sesuatu perlakuan boleh dikategorikan di bawah undang-undang yang berkuat kuasa. Dalam keadaan seperti ini, analisis ekonomi masih memainkan peranan penting dalam bidang kuasa berkaitan, tetapi tidak diperlukan untuk menentukan sama ada perlakuan tersebut benar-benar menyekat persaingan sehingga boleh diputuskan sebagai melanggar undang-undang.
- 4.2 Meskipun pendekatan berasaskan-bentuk mungkin memberi kepastian yang lebih tinggi dari sudut undang-undang dan penyelesaian yang lebih cepat berbanding kaedah berasaskan-kesan, ia mungkin memberi hasil yang tidak wajar, berdasarkan kesan pasaran sebenar. Sesungguhnya, sebahagian besar amalan ini, yang dalam keadaan tertentu, mungkin adalah penyalahgunaan antipersaingan hasil daripada kedudukan dominan, dalam keadaan lain, ia mungkin memberi kesan yang menggalakkan persaingan atau meningkatkan keberkesanan.
- 4.3 Suatu alat yang digunakan untuk menentukan kemungkinan mudarat kepada persaingan ialah analisis yang dilakukan melalui rujukan kepada ujian bukan fakta.
- 4.4 Ujian bukan fakta ini melibatkan perbandingan keadaan persaingan yang mungkin wujud dalam sesebuah pasaran dengan atau tanpa perlakuan khusus yang didakwa merangkumi salah guna kedudukan dominan. Ini mungkin berguna dalam menilai kerugian atau ganti rugi. Terdapat juga beberapa ujian lain yang boleh digunakan oleh agensi dan mahkamah dalam kes-kes salah guna dominans, termasuklah ujian pengorbanan keuntungan, ujian tidak peka ekonomi, ujian firma yang sama kecekapan, dan beberapa ujianimbangan kebajikan pengguna. Secara am, dipersetujui bahawa tiada satu ujian tunggal pun untuk setiap jenis kes.

- 4.5 Analisis bukan fakta bukanlah kaedah sains yang jitu. Dalam sesetengah keadaan, kesimpulan mungkin boleh dibuat bahawa keadaan persaingan dalam sesebuah pasaran mungkin dipelihara namun tidak sedemikian akibat perlakuan yang dimaksudkan. Dalam keadaan lain, contohnya, apabila perlakuan berkenaan didakwa menghalang pesaing baharu; dalam keadaan ini mungkin sukar untuk meramal secara pasti sama ada pesaing baharu dapat memasuki pasaran berkenaan tanpa perlakuan yang dimaksudkan atau tidak dan, jika benar, apakah kesan yang akan diberi oleh peserta baharu ini kepada persaingan dalam pasaran tersebut.
- 4.6 Tidak kira apa juu ujian atau standard yang telah digunakan untuk menentukan bahawa perlakuan berkenaan melanggar undang-undang, banyak bidang kuasa melengkapkan analisis dengan mengambil kira kecekapan yang diperoleh atau justifikasi objektif yang munasabah, kerana kadangkala terdapat alasan yang sah, bahkan juga menyokong persaingan mengapa firma yang dominan terlibat dalam perlakuan berkaitan. Justifikasi yang objektif pada asasnya ialah keadaan khusus yang memberi alasan bagi perlakuan yang pada kebiasaannya melanggar undang-undang, seperti pertimbangan awam (contohnya, sebab-sebab kesihatan dan keselamatan). Kecekapan termasuklah, contohnya, ekonomi ikut bidangan (economies of scale) atau penggalakan inovasi. Mungkin juga terdapat pembelaan perlakuan yang dikawal selia, yang memberi imuniti antitrust di mana perlakuan berkenaan disyaratkan oleh peraturan persekutuan atau negeri. Pembelaan perlakuan yang dikawal selia memastikan bahawa pihak negeri boleh melaksanakan kuasa berdaulat untuk melaksanakan peraturan yang disifatkan oleh negeri tersebut sebagai wajar atas sebab-sebab ekonomi dan/atau sosial walaupun peraturan ini mungkin bercanggah dengan dasar persaingan. Lazimnya dalam bidang kuasa seperti ini, beban pembuktian beralih supaya terpulang kepada firma yang sedang disiasat untuk mempamerkan wujudnya kecekapan ini atau justifikasi objektif, untuk menunjukkan bahawa perlakuan yang dimaksudkan perlu dan berkadaran dan bahawa kecekapan berkaitan tidak boleh dicapai melalui kaedah yang kurang bersifat antipersaingan.

---

## 5. Sumber dan isu keterangan

---

- 5.1 Sama seperti semua kes persaingan, mahkamah akan menggunakan undang-undang dalam bidang kuasanya dan peraturannya sendiri tentang keterangan, untuk menentukan sifat dan tahap keterangan yang diperlukan bagi menentukan sama ada terdapat salah guna kedudukan dominan. Sumber keterangan yang mungkin membantu mahkamah termasuklah:
- a. bukti daripada peserta pasaran dan pemerhati, termasuk keterangan daripada saingen, peserta yang berpotensi menyertai pasaran, pembekal dan pelanggan;

- b. dokumen dalaman dan rekod perniagaan, seperti akaun dan kertas pembentangan lembaga pengarah; dan
  - c. Keterangan pakar, termasuklah pakar ekonomi dan industri. Keterangan pakar dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang ‘keterangan Pakar’ (Expert evidence).
- 5.2 Dalam menilai dominans, mahkamah lazimnya bergantung terutamanya kepada keterangan tidak langsung berkenaan struktur pasaran yang berkaitan, seperti keterangan tentang bahagian pasaran, rintangan untuk menyertai pasaran berkenaan dan perkembangan dalam pasaran tersebut serta kuasa yang mengimbangi. Keterangan langsung mungkin digunakan sebagai tambahan kepada keterangan tidak langsung tetapi berkemungkinan tidak menentukan dominans secara muktamad. Sebagai contoh, bukti keuntungan firma hanyalah berguna dari sudut konteks dan mungkin terbuka kepada interpretasi yang berbeza. Penggunaan keterangan tidak langsung / mengikut keadaan dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang ‘Keterangan mengikut keadaan’ (Circumstantial evidence).
- 5.3 Dalam sesetengah keadaan, kesan antipersaingan atau kemungkinan kesan antipersaingan boleh ditentukan daripada keterangan langsung yang boleh dipercayai. Apabila tidak terdapat keterangan seperti ini, hakim mungkin dapat bergantung kepada bukti mengikut keadaan dan proses penakbiran/inferens. Terdapatnya penindanan yang ketara antara keterangan yang digunakan untuk menentukan dominans dan yang digunakan untuk menentukan tujuan atau kesan yang mungkin terhasil, bukanlah di luar kebiasaan.
- 5.4 Di mana mungkin, pengurusan kes proaktif boleh memanfaatkan para hakim yang mengendalikan keterangan yang rumit dan yang berjela-jela dalam kes-kes perlakuan unilateral. Para hakim hendaklah mempertimbangkan alat mana yang ada untuk mengurus kes bagi mengehadkan isu yang dipertikaikan, mengawal skop dan bentuk bukti, di samping membantu dalam pengendalian perbicaraan yang teratur.

---

## 6. Anggapan berdasarkan bahagian pasaran

---

- 6.1 Di sesetengah bidang kuasa, ambang bahagian pasaran di kedua-dua hujung spektrum mungkin digunakan dalam menganalisis sama ada sesebuah firma memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.
- 6.2 Bahagian pasaran *safe harbour* mungkin ditetapkan sehingga mana-mana firma yang mempunyai bahagian pasaran yang kurang daripada *safe harbour* akan diandaikan sebagai tidak memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.

- 6.3 Ambang bahagian pasaran juga mungkin ditetapkan lebih tinggi di mana sesebuah firma yang melampaui ambang ini akan dianggap sebagai memegang kedudukan dominan atau kuasa pasaran yang cukup besar.
- 6.4 Ambang *safe harbour* dan dominans berdasarkan bahagian pasaran mungkin mewujudkan anggapan yang muktamad atau boleh dipatahkan. Biasanya, tetapi bukan sentiasa, anggapan seperti ini boleh dipatahkan di kebanyakan bidang kuasa. Ini khususnya benar bagi anggapan yang mewujudkan ambang dominans, memandangkan bahagian pasaran ialah instrumen yang tidak tepat yang tidak boleh mempamerkan kuasa pasaran secara muktamad. Dengan yang demikian, bahagian pasaran yang tinggi dengan sendirinya tidak boleh menjadi bukti muktamad bahawa sesebuah firma mempunyai kuasa pasaran yang cukup besar, walaupun analisis bahagian sasaran mungkin masih berfungsi sebagai langkah pertama dalam analisis persaingan. Sebagai contoh, melampaui ambang bahagian pasaran mungkin mewujudkan anggapan yang boleh dipatahkan tentang dominans dengan mengalihkan beban pembuktian daripada pengawal selia kepada firma yang dimaksudkan.

---

## 7. Perlakuan yang disifatkan sebagai salah guna dominans

---

- 7.1 Di Australia, perlakuan berikut telah didapati oleh mahkamah sebagai salah guna kedudukan dominan:
- a. Peruncit barang keperluan isi rumah enggan berurus niaga dengan pembekal roti jika pembekal roti tersebut turut menjual roti mereka kepada peruncit barang keperluan isi rumah bebas pada harga terdiskaun. Perlakuan ini menyukarkan peruncit barang keperluan isi rumah bebas untuk bersaing dengan para peruncit besar untuk menjual roti kepada pengguna;
  - b. Pembekal perkhidmatan penjualan tiket untuk acara hiburan langsung telah tutup atau enggan menyediakan tawaran tiket terdiskaun atas permintaan pengajur acara kerana tiket terdiskaun akan dipromosikan oleh saingan. Perlakuan ini menyukarkan mana-mana pesaing untuk menjual tiket detik akhir pada harga terdiskaun kepada pengguna;
  - c. Pengilang dengan dominans dalam pasaran untuk cecair steril, tetapi tidak berada dalam pasaran untuk cecair dialisis menawarkan diskau kepada hospital yang bersetuju untuk menggabungkan pembelian kedua-dua jenis cecair ini. Perlakuan ini menyukarkan penjual cecair dialisis lain untuk bersaing bagi mendapatkan jualan kepada hospital.

## 8. Sekatan dan remedii

- 8.1 Terdapat perbezaan yang penting antara sekatan dengan remedii. Sekatan biasanya bertujuan untuk menghalang perlakuan yang melanggar undang-undang pada masa hadapan dan di sesetengah bidang kuasa turut memaksa pelanggar supaya mengembalikan keuntungan yang diperoleh secara haram dan memberi pampasan kepada mangsa. Remedii memulihkan, membeturkan, atau mencegah perlakuan yang melanggar undang-undang, manakala sekatan pula mendenda atau menghukum perlakuan ini. Remedii undang-undang persaingan, lazimnya bertujuan untuk menghentikan tingkah laku pelanggar yang melanggar undang-undang serta kesan antipersaingan daripada perlakuan ini, dan menghalang pengulangannya, serta mungkin berusaha memulihkan proses persaingan.
- 8.2 Sekatan dan remedii yang terdapat apabila berlakunya salah guna kedudukan dominan akan bergantung kepada undang-undang persaingan dalam bidang kuasa yang berkaitan. Jenis sekatan dan remedii yang boleh didapati adalah seperti berikut:
- Remedii struktur – penyahlburan keseluruhan atau sebahagian perniagaan, atau aset tertentu, mungkin diarahkan supaya memulihkan pasaran kepada keadaan bersaing;
  - Remedii tingkah laku – perintah yang mengekang atau memaksa perlakuan tertentu mungkin dibuat untuk mengekang perlakuan antipersaingan dan untuk memandu perlakuan masa hadapan;
  - penalti – sekatan, sama ada monetari atau jenayah, dan diarahkan kepada sama ada entiti yang sah atau individu yang bertanggungjawab; dan
  - Ganti rugi untuk kerugian – bayaran pampasan untuk kerugian atau ganti rugi yang ditanggung akibat perlakuan yang dilarang dan penyerahan kembali keuntungan yang diperoleh daripada perlakuan yang berkenaan.
- 8.3 Relief yang dikenakan mungkin mengambil kira tahap keseriusan, keterukan, dan dalam sesetengah keadaan, impak ekonomi pelanggaran berkaitan. Di sesetengah bidang kuasa, tanggapan perkadaruan digunakan untuk menentukan relief yang dikenakan oleh pihak berkuasa persaingan dan mahkamah tidak akan campur tangan secara tidak wajar dalam proses persaingan di pasaran berkaitan, ia juga tidak akan memutarbalikkan pasaran dengan sendiri. Skop dan bentuk relief perkadaruan tidak boleh melebihi apa yang perlu untuk mencapai objektif undang-undang persaingan.

8.4 Kebanyakan bidang kuasa memberi kuasa kepada mahkamah dan/atau agensi persaingan untuk mengenakan remedii tingkah laku dan juga struktur, tetapi sesetengahnya membolehkan remedii struktur hanya apabila tiada remedii tingkah laku yang cukup berkesan atau apabila apa-apa remedii seperti ini lebih membebankan untuk dipatuhi berbanding remedii struktur. Dalam kebanyakan keadaan, remedii tingkah laku memadai untuk menamatkan pelanggaran persaingan berkaitan. Walau bagaimanapun, dalam sesetengah keadaan, satu-satunya remedii yang berkesan atau kurang membebankan ialah remedii struktur.

---

## 9. Sumber maklumat berkaitan

---

- 9.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut berhubung penyalahgunaan kedudukan dominan. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
- a. Meja Bulat Dasar Persaingan (OECD Competition Policy Roundtables), , *Evidentiary issues in proving dominance*, 2006
  - b. OECD Competition Policy Roundtables, *Remedies and sanctions in abuse of dominance cases*, 2006
  - c. OECD Competition Policy Roundtables, *Safe harbours and legal presumptions in competition law*, 2017
  - d. Rangkaian Persaingan Antarabangsa (International Competition Network), *Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power*
  - e. International Competition Network, *Unilateral conduct workbook*



คู่มือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า  
สำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน

2018



FEDERAL COURT  
OF AUSTRALIA



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

# គុំពើរបៀវង់ព័ត៌មានអាជីវកម្មនយកទេសចរណ៍ ការគាំទ្រទៅជាប្រជាពលរដ្ឋាភិបាល នៃភាគរាជការ ខ្លួន

2018



## บทที่ IV: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ: คืออะไรและจะประเมินอย่างไร

### 1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
- เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN);
  - เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทหวานคำพิพากษาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
  - ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุวิผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางօอสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD  
คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกหลายฉบับที่พัฒนาขึ้นจากความริเริเมของคณะกรรมการกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-อสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

### 2. แนวคิดเรื่อง ‘อำนาจเหนือตลาด’ หรือ ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ (The concept of ‘dominance’ or ‘substantial market power’)

- 2.1 กฎหมายที่การแข่งขันทางการค้าทั่วโลกได้มาระจบกันที่ความเชื่อว่า การห้ามการกระทำที่เป็นการกระทำแต่ฝ่ายเดียวนั้นควรใช้เฉพาะกับบริษัทที่มี ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ เท่านั้น  
เพ rageการกระทำแต่ฝ่ายเดียวของบริษัทที่มีอำนาจตลาดที่อยู่ระดับสูงนั้นจะทำให้เกิดกระบวนการแข่งขันทางการค้าที่บิดเบือนและพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้ามากกว่าบริษัทที่ไม่มีอำนาจ

ตลาดหรือมีอำนาจตลาดเพียงเล็กน้อย ในทางเศรษฐกิจศาสตร์ อำนาจตลาดมักได้รับนิยามว่าเป็นความสามารถของบริษัทในการรักษาราคาสินค้าให้มีกำไรสูงกว่าราคากลางขึ้นเป็นระยะเวลานาน

2.2 แนวคิดและภาษาที่แตกต่างกันทั่วโลกถูกใช้เพื่อกำหนดเกณฑ์ที่เกินกว่าระดับอำนาจตลาดซึ่งก็คือการกระทำแต่ฝ่ายเดียวนั่นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าและอาจละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ ในยุโรปและเขตอำนาจศาลทั่วโลกจำนวนมากเรียกเกณฑ์นี้ว่า ‘อำนาจเหนือตลาด’ กฎหมายระดับรัฐของสหรัฐอเมริกากำหนดเกณฑ์ของ ‘การผูกขาดที่มีขอบเขตด้วยกฎหมายหรือความพยายามในการผูกขาด’ (unlawful or attempted monopolisation) สำหรับเขตอำนาจศาลส่วนใหญ่ในอาเซียน เกณฑ์คือ ‘อำนาจเหนือตลาด’ แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันไป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มาระบกันที่ความเชื่อว่า การห้ามการกระทำแต่ฝ่ายเดียวได้เฉพาะกับบริษัทที่มี ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ เท่านั้น เกณฑ์นี้ต่อไปในคราวนี้จะเรียกว่า ‘อำนาจเหนือตลาด (dominance)’ หรือ ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก (substantial market power)’ เพื่อให้สะท้อนถึงการอ้างอิง

2.3 ในการประเมินระดับอำนาจของบริษัทที่มีอยู่ภายในตลาด อันดับแรกเราจะเป็นที่จะต้องให้คำนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องเสียก่อน คำนิยามของตลาดมุ่งเน้นพื้นที่ที่มีการแข่งขันทางการค้ากันอย่างใกล้ชิด การทดสอบกันได้ของสินค้า หรือเขตการแข่งขันทางการค้าของคู่แข่งทางการค้า โดยคำนึงถึงทั้งแนวคิดทางเศรษฐกิจศาสตร์และความเป็นจริงเชิงพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น ถ้าหากร้านพิซซ่าที่มีอยู่ร้านเดียวในเมืองนั้นชื่อร้าน ผู้บริโภคอาจเปลี่ยนไปบริโภคร้านเบอร์เกอร์หรือร้านพิซซ่าที่อยู่远ในใกล้เคียงอาจขยายพื้นที่ในการลงสินค้าแทน ถ้ามีการทดสอบพิซซ่าด้วยเบอร์เกอร์และ/หรือผู้ขายพิซซ่าในเมืองอื่นทำให้เล้าของร้านพิซซาร้านเดียวในเมืองนั้นไม่สามารถทำกำไรสูงขึ้นจากการซื้อร้านสินค้า สินค้าและผู้ขายเหล่านั้นจะเรียกว่าเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง

2.4 ตามตัวอย่างข้างต้นที่กล่าวมา คำนิยามของตลาดจะต้องให้ผู้พิพากษาพิจารณาสินค้า ( เช่น พิซซ่าเปรียบเทียบกับอาหารจานด่วนหรือฟастฟูด ) และกฎหมายศาสตร์ ( เช่น เมืองเมืองหนึ่งเปรียบเทียบกับเมืองหลายๆ เมือง ) มติ รวมไปถึงการใช้หลักการต่างๆ ดังนี้

- การทดสอบด้านอุปสงค์ ได้แก่ การทดสอบระหว่างสินค้าหรือบริการจากมุมมองของผู้บริโภค; และ
- เขตอำนาจศาลบางเขต การทดสอบด้านอุปทาน ได้แก่ การทดสอบระหว่างสินค้าหรือบริการในบางเขตอำนาจศาลจากมุมมองของผู้จำหน่าย การทดสอบด้านอุปทาน เขตอำนาจศาลบางเขตอาจพิจารณาการทดสอบด้านอุปทานว่าเป็นคำนิยามของตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผลกระทบต่อพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าของผู้จำหน่ายเหยียบเท่ากับการทดสอบด้านอุปสงค์ ในขณะที่เขตอำนาจศาลอื่นพิจารณาการทดสอบด้านอุปทานเมื่อมีการประเมินผลกระทบแข่งขันทางการค้าเท่านั้น

2.5 ข้อถกเถียงที่สำคัญของการแข่งขันทางการค้า ผู้พิพากษาอาจใช้หลักฐานต่างๆ ในการประเมินอำนาจเหนือตลาด ดังต่อไปนี้

- a. ส่วนแบ่งตลาด รวมทั้งความมั่นคงทางตลาด (market stability) และความต่อเนื่องของตลาด (market durability);
- b. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายตัว;
- c. ความสามารถของผู้ขายในการกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไข (อำนาจในการต่อรองของผู้ซื้อ (countervailing buyer power));
- d. คุณลักษณะของตลาด รวมถึงการเปิดกว้างในการนำเข้า; และ
- e. คุณลักษณะของบริษัท รวมถึงขนาด ระดับกำไร การควบรวมกิจการแบบแนวตั้ง (vertical integration) แหล่งที่มาที่เข้าถึงได้ และการประหยัดต่อขนาด (economies of scale)

2.6 การมีอำนาจเหนืออัตราหรืออำนาจตลาดที่สูงมากนั้นโดยตัวของมันเองแล้วไม่ใช่สิ่งต้องห้าม โดยทั่วไป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะห้ามการกระทำแต่ฝ่ายเดียว ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าบนฐานของการใช้อำนาจเหนืออัตราโดยมิชอบ

### 3. การใช้อำนาจเหนืออัตราหรืออำนาจตลาดที่สูงมากโดยมิชอบ (Abuse of ‘dominance’ or ‘substantial market power’)

3.1 การใช้อำนาจเหนืออัตราโดยมิชอบ (Abuse of dominant position) มีคุณลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ผลกระทบหรือนำจะมีผลกระทบในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า

3.2 ในขณะที่พฤติกรรมที่อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนืออัตราโดยมิชอบในแต่ละเขตอำนาจศาลอาจแตกต่างกันอย่างมาก แต่ตัวอย่างพฤติกรรมที่อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนืออัตราโดยมิชอบที่มายความรุนแรง:

- a. การกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing)
  - ราคาน้ำดื่มน้ำมันโดยมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดคู่แข่งหรือทำให้คู่แข่งอ่อนแหนหรือแบ่ง
- b. การปฏิเสธการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุอันควร (refusal to deal)
  - การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing)
    - การจัดการที่มีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการตัดสินใจว่าจะจะไปให้กับใคร ที่ไหน
- c. การขายผ่าง การขายควบ และนโยบายความจงรักภักดี (tying, bundling and loyalty schemes)
  - การเชื่อมโยงการขายสินค้าหรือบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกันเพื่อชัดช่องทางการแข่งขันทางการค้า
- d. การลดส่วนต่างของกำไร (margin squeeze)
  - บริษัทที่มีการควบรวมกิจการแบบแนวตั้ง (vertical integration) ขายข้อมูลที่สำคัญให้กับคู่แข่งเพื่อลดราคากลางน้ำ และ/หรือซื้อราคาต้นน้ำเพื่อลดส่วนต่างของกำไร ณ ระดับหน้าที่โดยเฉพาะหรือระดับของตลาด; และ

- e. พฤติกรรมการเอาเปรียบ (exploitative conduct) - ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม (unfair terms) การแบ่งแยกราคาขาย (price discrimination)  
การลดการผลิต นวัตกรรมหรือคุณภาพ (reduction in production, innovation or quality)

#### 4. การทดสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Legal tests for abuse of dominance)

#### 4.1 หลักปรัชญาเชิงผลกระทบ (effects-based approach)

มุ่งเน้นที่ผลกระบวนการเชิงเศรษฐศาสตร์ในการตรวจสอบพฤติกรรมที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า ในขณะที่ประเทศไทยมีวิธีการเชิงรูปแบบ (form-based approach) ซึ่งมุ่งเน้นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องจะจัดประเภทพฤติกรรมอย่างไร กรณีดังกล่าว การวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ยังคงมีบทบาทสำคัญในเขตอุตสาหกรรมเหล่านี้ แต่ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดว่าพฤติกรรมนั้นจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริงเพื่อค้นหาการฝ่าฝืนกฎหมาย

## 4.2 ໂນຂົນທີ່ວິເຄາະເຊີງຮັບແນນ (form-based approach)

อาจให้ความแน่นอนทางกฎหมายมากกว่าและให้ผลลัพธ์เร็วกว่าวิธีการเชิงผลกระทบ (effects-based approach) แต่ก็อาจให้ผลลัพธ์ที่ไม่เหมาะสม เมื่อคำนึงถึงผลกระทบที่แท้จริงต่อตลาด แน่นอนว่า

ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่และในบางบริบทอาจเป็นการใช้อำนาจหนื้นฟูตลาดโดยมีขอบเขตจำกัด เช่น การจัดตั้งห้องค้าใหม่ในชุมชนที่ขาดแคลน หรือการสนับสนุนผู้ประกอบการรายย่อยที่ขาดแคลนทุนทุน

ก็อาจจะให้ผลกรวยในเชิงพลนวกต่อการแข่งขันทางการค้าและมีประสิทธิภาพโดยรวม

4.3 เครื่องมือที่ใช้ตัดสินความเสียหายสำคัญต่อการแข่งขันทางการค้าคือการวิเคราะห์ที่อ้างอิงมาจาก การทดสอบแบบท้าด้วยความจริง (counterfactual test)

#### 4.4 การทดสอบแบบท้าด้วยกันความจริง (counterfactual test)

4.4 ทฤษฎีเชิงคู่ตัวทั้งสอง (Counterfactual test)  
เกี่ยวข้องกับการเปรียบเทียบความเป็นไปได้ของภาระและการแย่งชิงทางการค้าโดยมีหรือไม่มีพฤติกรรมเฉพาะที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมีขอบเขตอย่างมาก  
การทดสอบนี้มีจุดวิเคราะห์อย่างต่อเนื่องในความสกัดเสียงเรืองเสียงรายลึกลับๆ

ຢັ້ງຢືນວ່າມີການສະໜອງໃຫຍ່ຢູ່ເມືອງໄຊທີ່ມີຄວາມຮັດຕະລິການ

การทดสอบความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ (economic sense test) คือการทดสอบว่าผลลัพธ์ที่ได้จากการตัดสินใจนั้น สามารถสร้างประโยชน์ให้กับผู้คนในสังคมได้มากกว่าการดำเนินการอื่นๆ ไม่ใช่แค่การเพิ่มรายได้ของบุคคลเดียว แต่เป็นการเพิ่มรายได้และคุณภาพชีวิตของคน群ที่กว้างขึ้น

การทดสอบส่วนแบ่งกำไรที่เท่ากัน (no economic sense test)

และการทดสอบแบบรวมทั้งหมด ว่าหุ้นส่วนใดที่มีผลต่อการดำเนินการ (equally efficient firm test) และการทดสอบแบบความสมดุลของสวัสดิการผู้บริโภคที่หลากหลาย (various consumer welfare balancing tests) โดยทั่วไปแล้ว

เป็นเที่ยวนี้เก็บไว้ไว้การทดสอบแบบที่ไม่แน่ใจที่จะพิสูจน์ได้

4.5 การทดสอบแบบเช็คด้วยกัน (counterfactual test) ว่า ไป哪里เมืองใดในโลก

4.3 การทดสอบแบบเชิงปฏิรูป (Counterfactual test) แผนแม่บทและที่ต้องการในบางกรณีก็อาจสรุปได้ว่าภาระการแข่งขันทางการค้าภายในตลาดอาจได้รับการปกป้องจากกฎหมายที่มีอยู่แล้วนั้น ในกรณีอื่น เช่น กรณีที่พฤติกรรมดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าเป็นอุปสรรคต่อคู่แข่งรายใหม่ อาจเป็นการยากที่จะคาดการณ์ได้อย่างแม่นยำว่าคู่แข่งรายใหม่จะสามารถเข้าสู่ตลาดได้หากปราศจากพฤติกรรมดังกล่าวนั้นหรือไม่ หรือแม้หากสามารถเข้าสู่ตลาดได้

ก็ยังเป็นคำตามว่าคุ้章程ราย ใหม่จะได้รับผลกระทบอะไรจากการแข่งขันทางการค้าในตลาดที่เกี่ยวข้องบ้าง

4.6 ถึงแม้ว่าจะมีการทดสอบหรือมาตราฐานใดในการตัดสินว่าพฤติกรรมหนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลายประเทศก็ยังจัดทำการวิเคราะห์โดยพิจารณาจาก ประสิทธิภาพที่ได้เพิ่มขึ้นจากการกระทำ (efficiency gains) หรือ วัตถุประสงค์อื่น ได้ที่เป็นเหตุเป็นผลเพียงพอ และอาจได้บหสรุปว่า บริษัทที่มีอำนาจเหนืออตสาดที่มีพฤติกรรมเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยชอบ หรือแม้แต่เป็นการสนับสนุนให้มีการแข่งขันที่มากขึ้น การให้เหตุผลโดยพิจารณาต่อกฎหมาย เช่นนั้นเป็นพฤติกรรมพิเศษซึ่งยกเว้นพุติกรรมที่มีชอบด้วยกฎหมาย เช่น การพิจารณาประโยชน์สาธารณะ (public considerations) (เช่น เหตุผลเกี่ยวกับสุขภาพหรือความปลอดภัย) ประสิทธิภาพรวมถึง เช่น การประหยัดต่อขนาด (economies of sales) หรือการส่งเสริมนวัตกรรม อาจมีพุติกรรมที่เป็นข้ออ้างที่กฎหมายกำหนด (regulated conduct defence) ซึ่งยอมได้รับความคุ้มกันจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด antitrust immunity หากเป็นพุติกรรมที่กำหนดโดยกฎหมายล้วนหรือรัฐ พุติกรรมที่เป็นข้ออ้างที่กฎหมายกำหนด (regulated conduct defence) นั้นทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยในการบังคับใช้กฎหมายเบียบเที่ยวกับการแข่งขันทางการค้า โดยทั่วไป กรณีข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้นนั้น ภาระพิสูจน์จะตกแก่บริษัทที่ถูกตรวจสอบในการพิสูจน์ว่าประสิทธิภาพหรือการให้เหตุผลเชิงวัตถุ วิสัย เพื่อแสดงให้เห็นว่าพุติกรรมดังกล่าวมีความจำเป็นและได้สัดส่วนและความมีประสิทธิภาพนั้นไม่อาจ สำเร็จได้ด้วยวิธีการที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่น้อยกว่านี้

## 5. แหล่งและประเด็นเกี่ยวกับพยานหลักฐาน (Evidentiary sources and issues)

### 5.1 สำหรับคดีการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด

ศาลจะบังคับใช้กฎหมายที่มีในเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดลักษณะที่แท้จริงและกำหนดขอบเขตของพยานหลักฐานในการพิสูจน์การใช้อำนาจเหนืออตสาด แหล่งพยานหลักฐานที่อาจเป็นประโยชน์ต่อศาลมีอยู่สามถึง:

- พยานหลักฐานจากผู้เล่นในตลาด (market participants) และผู้สังเกตการณ์ในตลาด (market observers) รวมถึงพยานหลักฐานจากคุ้章程รายใหม่ (new entrants) ผู้ผลิตวัสดุคง (suppliers) และลูกค้า (customers);
- เอกสารภายในและเอกสารทางธุรกิจ เช่น บัญชีและเอกสารการประชุมกรรมการ; และ
- พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) รวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์และอุตสาหกรรม รายละเอียดของพยานผู้เชี่ยวชาญอยู่ในเอกสารคู่มือข้อมูลเบื้องต้นการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย ‘พยานผู้เชี่ยวชาญ’ (CLIP Competition Primer on ‘Expert evidence’)

### 5.2 ในการประเมินการใช้อำนาจเหนืออตสาด

ศาลมักจะอาศัยพยานหลักฐานทางอ้อมเกี่ยวกับโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก เช่น พยานหลักฐานเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือขยายตลาด และการใช้อำนาจที่เหนือกว่า (prevailing power)

ศาลอาจอาศัยพยานหลักฐานทางตรงเพื่อเป็นการเสริมพยานหลักฐานทางอ้อม

แต่การใช้พยานหลักฐานทางตรงนั้นมักไม่อาจพิสูจน์ว่าจากเหตุการณ์ใดที่เกิดขึ้น แต่การใช้พยานหลักฐานกำไรของบริษัทเป็นประโยชน์ในบางบริบทและอาจสามารถตีความได้หลายความหมาย การใช้พยานหลักฐานโดยอ้อม/พยานแวดล้อมปราบประยุยและอี้ดในเอกสารเอกสารคู่มือข้อมูลเบื้องต้นการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย ‘พยานแวดล้อม’ (CLIP Competition Primer on Circumstantial Evidence)

### 5.3 คดีบางคดี

ผลกระทบการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือผลกระทบการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่อาจเกิดขึ้นอาจได้มาจากความต้องการของผู้บริโภคที่ต้องการสินค้าที่มีคุณภาพดีและราคาถูก

หากไม่ปรากฏพยานหลักฐานดังกล่าว ผู้พิพากษาอาจอาศัยพยานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence) และกระบวนการอุนман (process of inference)

ไม่ใช่เรื่องแปลกที่จะมีการคาดเดียวกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์การใช้ชั่วจ้างหนีอตสาดและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ว่าตกลงประสังศหรือผลกระเทบหัวใจเกิดขึ้น

#### 5.4 หากเป็นไปได้ การบริหารจัดการคดีเชิงรุก (proactive case management)

อาจจะเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษาที่ต้องเพชญูกับคดีการกระทำแต่ฝ่ายเดียวที่มีพยานหลักฐานที่ยังยกขันข้ออ้างและมีปริมาณมาก

ผู้พิพากษาควรพิจารณาว่าเครื่องมือในการบริหารจัดการคดีใดที่สามารถใช้ประโยชน์ในการตีความประเดิมพิพากษาให้ครบถ้วน

ควบคุมขอบเขตและรูปแบบของพยานหลักฐานและช่วยในการพิจารณาการกระทำนั้นอย่างเป็นระเบียบ

#### 6. ข้อสันนิษฐานที่อยู่บนพื้นฐานของส่วนแบ่งตลาด (Presumptions based on market shares)

6.1 เขตอำนาจศาลบางเขตอาจใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดหั้นค่าต่ำสุดและค่าสูงสุดนั้นในการวิเคราะห์ว่าบริษัทมีอำนาจหนែງตลาดหรืออำนาจตลาดที่สมมากหรือไม่

6.2 ส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิด (safe harbour market share) นั้น อาจกำหนดไว้บริษัทใดที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดจะได้รับการสนับสนุนว่าบริษัทนั้นไม่มีอำนาจหนែณอยตลาดหรืออำนาจตลาดที่สมมาก

6.3 ในขณะเดียวกัน กฎเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดอาจกำหนดว่า หากบริษัทใดที่มีส่วนแบ่งตลาดเหนือกว่าส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดจะได้รับการสันนิษฐานว่าบริษัทนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมาก

การวิเคราะห์ส่วนแบ่งตลาดอาจเป็นประโยชน์ในขั้นตอนแรกในการวิเคราะห์การแข่งขันทางการค้า เช่น

การมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงกว่ากูเกิลที่ทำให้หน่วยงานเป็นข้อสันนิษฐานว่าจะหักล้างได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยการผลักดันการพิสูจน์จากผู้ควบคุมไปที่บริษัทพิพาทนั่น

## 7. การกระทำที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนืออตสาดโดยมิชอบ (Conduct deemed to be an abuse of dominance)

7.1 ในประเทศไทย เสีย ผู้พิพากษาในใจยังว่าการกระทำการดังต่อไปนี้เป็นการใช้อำนาจเหนืออตสาดโดยมิชอบ

- ผู้ขายสินค้าปลีกรายใหญ่ปฏิเสธการซื้อขายสินค้าจากผู้ผลิตชั้นนำ ถ้ามีการขายชั้นนำนั้นให้แก่ผู้ขายสินค้าปลีกอื่นระทึกซึ้งในราคาน้ำที่มีส่วนลด การกระทำนี้ทำให้เกิดความบุ่มบานแก่ผู้ขายสินค้าปลีกในการแข่งขันการขายชั้นนำปัจจุบันกับผู้บริโภคกับผู้ขายสินค้าปลีกรายใหญ่
- ผู้ให้บริการจ้างหนี้ตัวสำหรับการแสดงสดปิดหรือปฏิเสธที่จะให้ข้อตกลงตัวลดราคาน้ำที่สุดห้ายตามที่ผู้จัดการแสดงร้องขอเนื่องจากผู้บริการจ้างหนี้ตัวตกลงให้ตัวลดราคาน้ำที่สุดห้ายให้กับคู่แข่ง การกระทำดังกล่าวทำให้คู่แข่งอื่นขยายตัวลดราคาน้ำที่สุดห้ายแก่ผู้บริโภคได้ยากขึ้น
- ผู้ผลิตที่มีอำนาจเหนืออตสาดสำหรับน้ำยาปราศจากเชื้อ (sterile fluids) ยกเว้นอตสาดสำหรับน้ำยาฟอกเลือด (dialysis fluids) ลดราคางานน้ำที่แก่โรงพยาบาลที่ตกลงการขายควบคุมสินค้าหักสองชนิด การกระทำนี้ทำให้ผู้ขายน้ำยาฟอกเลือดอื่นแข่งขันการขายน้ำยาฟอกเลือดแก่โรงพยาบาลได้ยากขึ้น

## 8. การลงโทษและการเยียวยา (Sanctions and remedies)

8.1 การลงโทษและการเยียวยามีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ การลงโทษมักมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำการที่มิชอบด้วยกฎหมายในอนาคต และในบางประเทศ การลงโทษอาจหมายถึงการทำหนี้ให้ผู้ฝ่าฝืนศื่นสิ่งที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและชดใช้แก่ผู้เสียหาย การเยียวยารักษา

นั้นเมื่อแก้ไข หรือป้องกันการกระทำการที่มิชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่การลงโทษนั้นเป็นการลงทันที หรือลงโทษ โดยท้าไป การเยียวยาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการกระทำการของผู้ฝ่าฝืน ผลกระทบที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า และการเกิดขึ้นซ้ำ และอาจมุ่งเน้นการพัฒนาระบวนการแข่งขันทางการค้า

8.2 การลงโทษและการเยียวยาที่ใช้ในกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนืออตสาดโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้อง ประเภทของการลงโทษและการเยียวยามีดังต่อไปนี้

- การเยียวยาทางโครงสร้าง (structural remedies) – การถอนทุน หรือการขายธุรกิจทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสิทธิพยบบางประเภท (divestiture) อาจถูกกำหนดเพื่อฟื้นฟูอตสาดลดลงสู่ภาวะการแข่งขันทางการค้า;
- การเยียวยาทางการกระทำการ (behavioural remedies) – คำสั่งควบคุมหรือบังคับการกระทำการของผู้อ่อนแหนดเพื่อควบคุมการกระทำการ อาทิ การห้ามการแข่งขันทางการค้าและเป็นแนวทางสำหรับการกระทำการในอนาคต;
- การลงโทษ (penalties) - การลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นทางเงินตราหรืออาญา และบังคับกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดายที่มีความรับผิดชอบ;

- d. ความเสียหายสำหรับการสูญเสีย (damages for loss) –  
การจ่ายเงินชดเชยสำหรับการสูญเสียหรือความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่วงศ์และคืนผลกำไรที่ได้มาจากการกระทำการที่ไม่ถูกต้อง

8.3 การบรรเทาโทษอาจนำมาใช้ได้โดยคำนึงถึงความร้ายแรง ความรุนแรง และในบางกรณีผลกระทบเชิงเศรษฐกิจจากการกระทำการที่ไม่ถูกต้อง  
เขตอำนาจศาลบางเขตใช้แนวคิดความได้สัดส่วน (proportionality)  
เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่าการที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าหรือศาลกำหนดการบรรเทาโทษนั้นจะไม่เป็นการก้าวภายกระวนการแข่งขันทางการค้าในตลาดเกินสมควรหรือบิดเบือนตลาดด้วยตัวของมันเอง ขอบเขตและรูปแบบของการบรรเทาโทษแบบได้สัดส่วน (proportional relief)  
การใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น

#### 8.4 โดยส่วนใหญ่

ประเทศต่างๆจะอนุญาตให้ศาลและ/หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้การเยียวยาทางโครงสร้างเฉพาะกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำการที่ไม่สามารถให้ประสิทธิภาพที่เท่ากันได้ หรือกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำการที่ไม่สามารถให้เกิดภาระในการปฏิบัติตามมากกว่าการเยียวยาทางโครงสร้าง มีหลายกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำการที่มีผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจทางการค้าไปเสียหักหมดเลย  
อย่างไรก็ต แต่ในบางกรณี การเยียวยาทางโครงสร้างอาจเป็นทางเลือกเดียวที่มีประสิทธิภาพหรือสร้างผลกระทบน้อยกว่า

### 9. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information and sources)

9.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องการใช้อำนาจหนอตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศไทยเช่น

- 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](#)



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

# Hướng dẫn cơ bản về Cạnh tranh dành cho các Quan tòa ASEAN

Được soạn thảo như một phần của Chương trình Thực hiện Luật Cạnh tranh AANZFTA

## **Lạm dụng vị trí thống lĩnh là gì và được đánh giá như thế nào?**

---

### 1. Giới thiệu

---

1.1 Mục đích của hướng dẫn này:

- a. là tài liệu dựa trên các nguyên tắc để các thành viên của bộ máy pháp lý tại mỗi Quốc gia Thành viên của Hiệp hội các Quốc gia Đông Nam Á (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN') sử dụng;
- b. cung cấp hướng dẫn với đầy đủ thông tin và có tính thực tế cho các quan tòa chuyên giải quyết các thử thách và vấn đề gặp phải khi đánh giá bằng chứng giám định phức tạp trong quá trình ra quyết định và rà xét lại quyết định theo luật cạnh tranh ở các Quốc gia Thành viên ASEAN; và
- c. hỗ trợ thiết lập tiền lệ luật cạnh tranh, để tăng độ chắc chắn về pháp lý, thúc đẩy tính hiệu quả, và duy trì tính nhất quán cũng như khả năng dự đoán trước tại các Quốc gia Thành viên ASEAN, và cuối cùng là đóng góp vào việc hình thành chính sách cạnh tranh lành mạnh.

1.2 Hướng dẫn đã được soạn thảo trong bối cảnh có những khác biệt và giai đoạn phát triển luật cạnh tranh khác nhau ở các Quốc gia Thành viên ASEAN.

1.3 Hướng dẫn này đã được các quan tòa của Tòa án Liên bang Úc soạn thảo dành cho các quan tòa của các Quốc gia Thành viên ASEAN, có cộng tác chặt chẽ với OECD. Đây là một trong một loạt các hướng dẫn về luật cạnh tranh được soạn thảo dưới dạng sáng kiến của Ủy ban Cạnh tranh Khu vực Tự do Thương mại ASEAN Úc New Zealand (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) như một phần của Chương trình Thực thi Luật Cạnh tranh (Competition Law Implementation Program 'CLIP').

## 2. Khái niệm ‘sự thống lĩnh’ hay ‘sức mạnh thị trường đáng kể’

- 2.1 Các thể chế cạnh tranh trên toàn thế giới đều đồng ý với quan điểm cho rằng việc cấm hành vi đơn phương chỉ nên được áp dụng với các công ty có ‘sức mạnh thị trường đáng kể’. So với một công ty không có hoặc có ít sức mạnh thị trường, các hành động đơn phương của một công ty có sức mạnh thị trường lớn có nhiều khả năng làm sai lệch quá trình cạnh tranh và có những tác động chống cạnh tranh hơn. Trong kinh tế học, sức mạnh thị trường thường được định nghĩa là khả năng một công ty giữ giá có lợi nhuận của (các) sản phẩm của mình trên mức giá cạnh tranh trong một khoảng thời gian dài.
- 2.2 Trên thế giới, có các khái niệm và từ ngữ khác nhau được dùng để xác định ngưỡng sức mạnh thị trường mà vượt qua đó thì hành vi đơn phương sẽ bị coi là có hại cho cạnh tranh và có thể vi phạm luật cạnh tranh quốc tế. Ở châu Âu và một số hệ thống pháp quyền khác trên thế giới, ngưỡng này là ‘sự thống lĩnh’. Luật liên bang Mỹ sử dụng ngưỡng ‘độc quyền hóa bất hợp pháp hoặc có chủ đích’. Ngưỡng của Úc là ‘sức mạnh thị trường đáng kể’. Ở hầu hết hệ thống pháp quyền ASEAN ngưỡng này là ‘sự thống lĩnh’. Bất chấp sự khác nhau này, các chế độ cạnh tranh trên toàn thế giới đều đồng ý với quan điểm cho rằng việc cấm hành vi đơn phương chỉ nên được áp dụng với các công ty có sức mạnh thị trường đáng kể - một ngưỡng mà, để dễ tham khảo, sẽ được nhắc đến là ‘sự thống lĩnh’ hoặc ‘sức mạnh thị trường đáng kể’ trong suốt hướng dẫn này.
- 2.3 Để đánh giá sức mạnh của một công ty trong một thị trường, trước hết cần thiết phải định nghĩa thị trường liên quan. Định nghĩa thị trường chú trọng vào lĩnh vực cạnh tranh kín, tính có thể thay thế giữa các sản phẩm hay lĩnh vực cạnh tranh giữa các đối thủ, liên quan đến cả khái niệm kinh tế và thực tế thương mại. Ví dụ, nếu cửa hàng pizza duy nhất trong thị trấn tăng giá, người tiêu dùng có thể chuyển sang ăn bánh burger hoặc một cửa hàng pizza ở thị trấn bên cạnh có thể mở rộng phạm vi đưa hàng. Nếu việc thay thế pizza bằng bánh burger và/hoặc những cửa hàng bán pizza ở các thị trấn khác ngăn được chủ cửa hàng pizza tăng giá có lợi nhuận, những sản phẩm và cửa hàng này sẽ được đưa vào thị trường liên quan.
- 2.4 Như ví dụ trên cho thấy, định nghĩa thị trường thường sẽ đòi hỏi quan tòa xem xét sản phẩm (ví dụ như pizza so với đồ ăn nhanh) và khoảng cách địa lý (ví dụ một thị trấn so với nhiều thị trấn), bằng cách áp dụng các nguyên tắc:
- thay thế theo bên cầu, như thay thế các hàng hóa hay dịch vụ từ quan điểm của người tiêu dùng; và
  - thay thế theo bên cung, áp dụng ở một số khu vực pháp lý, như thay thế các hàng hóa và dịch vụ theo quan điểm của nhà cung cấp. Thay thế theo bên cung có thể được xem xét vì định nghĩa thị trường ở một số khu vực pháp lý, đặc biệt là nếu

tác động của nó đến hành vi cạnh tranh của các bên đương nhiệm tương đương với những tác động của thay thế theo bên cầu. Các khu vực pháp lý khác chỉ xem xét thay thế theo bên cung khi đánh giá các tác động cạnh tranh.

- 2.5 Tùy thuộc vào luật cạnh tranh được áp dụng, dẫn chứng về những yếu tố sau có thể được quan tòa xem xét khi đánh giá sự thống lĩnh:
- thị phần, bao gồm tính ổn định và bền vững của nó;
  - rào cản với việc gia nhập hay mở rộng;
  - khả năng của người mua ảnh hưởng đến các điều khoản và điều kiện (sức đối kháng của người mua);
  - đặc điểm thị trường, bao gồm tính mở cửa đối với hàng nhập khẩu; và
  - đặc điểm của công ty, bao gồm quy mô tương đối, mức lợi nhuận, tích hợp dọc, nguồn lực sẵn có, và tính kinh tế quy mô.
- 2.6 Bản thân giữ vị trí thống lĩnh hay sức mạnh thị trường đáng kể không bị cấm. Nhìn chung, luật cạnh tranh chỉ bài trừ những hành vi đơn phương có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh vì nó leo thang thành việc lạm dụng vị trí thống lĩnh.

---

### 3. Lạm dụng ‘sự thống lĩnh’ hay ‘sức mạnh thị trường đáng kể’

---

- 3.1 Lạm dụng vị trí thống lĩnh có đặc điểm là hành vi có tác động hoặc có khả năng ảnh hưởng đến cạnh tranh.
- 3.2 Mặc dù có sự khác biệt đáng kể giữa các khu vực pháp lý về phạm vi ứng xử bị coi là lạm dụng thống lĩnh, các ví dụ về lạm dụng vị trí thống lĩnh bao gồm:
- đưa ra giá câu mồi – là những mức giá thấp không bền vững nhằm loại bỏ hoặc làm suy yếu các đối thủ cạnh tranh;
  - từ chối thỏa thuận hoặc thỏa thuận độc quyền – là việc sắp đặt nhằm hạn chế quyền tự do của các bên trong việc quyết định họ có thể giao dịch với ai, về mặt hàng gì, hoặc ở đâu;
  - các chương trình đối tác thường xuyên, bó buộc và ràng buộc – liên kết bán các hàng hóa hoặc dịch vụ riêng biệt nhằm cản trở cạnh tranh;
  - siết biên – một doanh nghiệp tích hợp theo chiều dọc, bán các sản phẩm đầu ra thiết yếu cho một đối thủ, cho phép giảm giá theo dòng và/hoặc nâng giá ngược dòng để ‘ép’ biên lợi nhuận ở mức độ chức năng nào đó hoặc các cấp độ của thị trường; và
  - hành vi bóc lột – là những điều khoản không công bằng, phân biệt giá cả, giảm sản xuất, đổi mới, hoặc chất lượng.

#### 4. Thủ nghiệm pháp lý đối với việc lạm dụng thống lĩnh

- 4.1 Ở nhiều quốc gia người ta có cách tiếp cận dựa trên hiệu ứng, dựa vào tác động kinh tế mà hành vi đang được điều tra gây ra với người tiêu dùng và môi trường cạnh tranh. Một số quốc gia khác có cách tiếp cận dựa trên hình thức hơn, tức là tập trung vào cách thức hành vi đó được phân loại theo luật liên quan. Trong những trường hợp như vậy, phân tích kinh tế vẫn đóng vai trò quan trọng ở các khu vực pháp lý đó nhưng không cần phải xác định là hành vi đó thực sự hạn chế cạnh tranh để thấy nó vi phạm pháp luật.
- 4.2 Trong khi cách tiếp cận dựa trên hình thức có thể mang lại sự chắc chắn về mặt pháp lý và cách giải quyết nhanh hơn các phương pháp dựa trên hiệu ứng, nó có thể tạo ra những kết quả không phù hợp, do hiệu ứng thị trường thực tế. Thực ra, hầu hết các hành vi, trong một số hoàn cảnh, đều có thể là một hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh để chống cạnh tranh, trong hoàn cảnh khác lại cũng có thể có hiệu ứng tổng thể hiệu quả hoặc ủng hộ cạnh tranh.
- 4.3 Một công cụ được sử dụng để xác định tác hại tiềm tàng đối với cạnh tranh là việc phân tích được thực hiện bằng cách tham chiếu đến một thử nghiệm phản thực tế.
- 4.4 Thử nghiệm phản thực tế liên quan đến việc so sánh khả năng cạnh tranh trong một thị trường có và không có hành vi bị coi là cấu thành nên việc lạm dụng vị trí thống lĩnh. Thử nghiệm này cũng có thể có ích trong việc đánh giá tổn thất hoặc thiệt hại. Có một số các thử nghiệm khác mà các cơ quan và tòa án có thể áp dụng trong các trường hợp lạm dụng vị trí thống lĩnh: đó là thử nghiệm hi sinh lợi nhuận, thử nghiệm không có ý nghĩa kinh tế, thử nghiệm hiệu quả tương đương với công ty thống lĩnh, và nhiều thử nghiệm cân bằng phúc lợi người tiêu dùng khác nhau. Có một thỏa thuận chung là không có thử nghiệm nào có thể áp dụng được cho tất cả các loại hoàn cảnh.
- 4.5 Phân tích phản thực tế không phải là khoa học chính xác. Ở một số trường hợp, có thể kết luận là tình trạng cạnh tranh trong một thị trường có thể được bảo tồn nếu không có hành vi đang nghi vấn. Ở những trường hợp khác, ví dụ hành vi bị cho là ngăn cản một đối thủ cạnh tranh mới, có thể khó dự đoán chắc chắn liệu đối thủ cạnh tranh mới có tham gia vào thị trường mà không có hành vi đang nghi vấn không và, nếu vậy, người tham gia mới sẽ có ảnh hưởng gì đối với tình trạng cạnh tranh trong thị trường liên quan.
- 4.6 Bất kể thử nghiệm hay tiêu chuẩn nào đã được sử dụng để xác định một hành vi là bất hợp pháp, nhiều khu vực pháp lý hoàn thành việc phân tích bằng cách xem xét những ích lợi về mặt hiệu quả hoặc những biện minh khách quan hợp lý vì đôi khi có những lý do hợp lý, thậm chí là hỗ trợ cạnh tranh, cho việc tại sao một công ty thống lĩnh lại có hành vi đó.

Biện minh khách quan về cơ bản là một trường hợp đặc biệt có lý do để hành động trái pháp luật, như xem xét công khai (ví dụ như những lý do sức khỏe và an toàn).

Hiệu quả sẽ bao gồm những yếu tố như kinh tế quy mô hay khuyến khích đổi mới.

Cũng có thể có việc bảo vệ hành vi theo quy định, cho phép miễn trừ chống độc quyền trong trường hợp hành vi đó được yêu cầu theo quy định của tiểu bang hoặc liên bang. Việc bảo vệ hành vi theo quy định bảo đảm nhà nước có thể thực thi chủ quyền của mình để áp dụng quy định mà họ cho là hợp ý vì lý do kinh tế và/hay xã hội ngay cả khi quy định đó có thể mâu thuẫn với chính sách cạnh tranh.

Thông thường, trong những khu vực pháp lý như vậy, gánh nặng bằng chứng thay đổi nên tùy vào công ty đang bị điều tra chứng minh sự tồn tại của những hiệu quả hay biện minh khách quan này, để chỉ ra rằng hành vi đang nghi vấn là cần thiết và cân xứng và những hiệu quả như vậy không thể đạt được thông qua các phương tiện ít cạnh tranh hơn.

## 5. Nguồn và vấn đề chứng cứ

- 5.1 Đối với tất cả các trường hợp cạnh tranh, tòa án sẽ áp dụng luật của khu vực pháp lý và quy định về chứng cứ của mình để quyết định bản chất và phạm vi chứng cứ cần có để thiết lập trường hợp lạm dụng vị trí thống lĩnh. Các nguồn chứng cứ có thể giúp tòa án bao gồm:
- chứng cứ từ các bên tham gia thị trường và các quan sát viên, kể cả bằng chứng từ các đối thủ cạnh tranh, các công ty có tiềm năng sê gia nhập thị trường, nhà cung cấp và khách hàng;
  - các tài liệu nội bộ và hồ sơ kinh doanh, như tài khoản và giấy tờ hội đồng quản trị, và
  - bằng chứng giám định, bao gồm các chuyên gia kinh tế và công nghiệp. Bằng chứng giám định được thảo luận chi tiết hơn ở Hướng dẫn Canh tranh CLIP (CLIP Competition Primer) trong mục 'Expert evidence' (Bằng chứng giám định).
- 5.2 Khi đánh giá sự thống lĩnh, thông thường tòa án chủ yếu dựa vào bằng chứng gián tiếp liên quan đến cấu trúc của thị trường liên quan, như bằng chứng về thị phần, rào cản gia nhập và mở rộng và sức đối kháng. Bằng chứng trực tiếp có thể được dựa trên bằng chứng gián tiếp bổ sung, nhưng không có khả năng kết luận sự thống lĩnh. Ví dụ, bằng chứng về khả năng sinh lời của một công ty chỉ được sử dụng trong hoàn cảnh liên quan và có thể có khả năng diễn giải khác nhau. Việc sử dụng bằng chứng gián tiếp được thảo luận chi tiết hơn ở CLIP Competition Primer trong mục Circumstantial evidence (Bằng chứng gián tiếp).
- 5.3 Trong một số trường hợp, hiệu ứng chống cạnh tranh hoặc hiệu ứng khả năng có thể được thiết lập bằng bằng chứng trực tiếp. Khi không có chứng cứ như vậy, quan tòa

có thể dựa vào bằng chứng gián tiếp và quá trình suy luận. Không có gì bất bình thường khi có sự trùng lặp đáng kể giữa bằng chứng được sử dụng để thiết lập sự thống lĩnh và bằng chứng được sử dụng để thiết lập mục đích hay hiệu ứng có khả năng.

- 5.4 Bất cứ khi nào có thể, việc quản lý trường hợp chủ động có thể mang lại lợi ích cho các quan tòa xử lý các bằng chứng với số lượng nhiều và phức tạp trong các vụ kiện hành vi đơn phương. Quan tòa nên xem xét công cụ quản lý vụ án nào có sẵn để thu hẹp các vấn đề tranh chấp, kiểm soát phạm vi và hình thức chứng cứ và trợ giúp trong việc tiến hành phiên tòa một cách trật tự.

---

## 6. Giả định dựa trên thị phần

---

- 6.1 Ở một số khu vực pháp lý, ngưỡng thị phần ở cả hai đầu của phổ có thể được áp dụng khi phân tích xem một công ty có giữ vị trí thống lĩnh hay có sức mạnh thị trường đáng kể hay không.
- 6.2 Thị phần bến an toàn (safe harbour) có thể được quy định sao cho bất cứ công ty nào có thị phần dưới mức bến an toàn sẽ được coi là không giữ vị trí thống lĩnh hay có sức mạnh thị trường đáng kể.
- 6.3 Cũng có thể có một ngưỡng thị phần quy định nếu các công ty vượt quá mức đó thì sẽ được coi là giữ vị trí thống lĩnh hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể.
- 6.4 Ngưỡng thống lĩnh và bến an toàn dựa trên thị phần có thể tạo ra các giả định có tính kết luận hoặc bác bỏ. Theo quy định, các giả định như vậy đều bị bác bỏ ở hầu hết các khu vực pháp lý. Điều này đặc biệt xảy ra ở trường hợp các giả định tạo ra ngưỡng thống lĩnh vì thị phần là công cụ không hiệu quả trong việc chứng minh sức mạnh thị trường.

Do đó thị phần cao không thôi không nên được coi là bằng chứng của sức mạnh thị trường đáng kể, cho dù việc phân tích thị phần có thể là bước đầu hữu ích trong phân tích cạnh tranh. Ví dụ, vượt quá ngưỡng thị phần có thể tạo nên một giả định bác bỏ tính thống lĩnh bằng cách chuyển gánh nặng bằng chứng từ cơ quan quản lý sang công ty đang được đề cập đến.

---

## 7. Hành vi bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh

---

- 7.1 Ở Úc, những hành vi sau đây đã bị toàn án coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh:
- một cửa hàng tạp hóa bán lẻ lớn từ chối giao dịch với các nhà cung cấp bánh mỳ nếu bánh mỳ của họ cũng được bán ở các cửa hàng tạp hóa bán lẻ độc lập gần đó với giá chiết khấu. Hành vi này khiến các cửa hàng bán lẻ độc lập khó có thể cạnh tranh với cửa hàng bán lẻ lớn để bán bánh mỳ cho người tiêu

dùng;

- b. một nhà cung cấp dịch vụ bán vé cho các sự kiện giải trí trực tiếp đã đóng cửa hoặc từ chối đưa ra các ưu đãi giảm giá vé vào phút cuối theo yêu cầu của nhà tổ chức sự kiện vì vé giảm giá sẽ được một đối thủ cạnh tranh quảng bá. Hành vi này khiến cho các đối thủ cạnh tranh khó bán được vé giảm giá vào phút cuối cho người tiêu dùng;
- c. Một nhà sản xuất có vị trí thống lĩnh trên thị trường về dung dịch tiệt trùng, chứ không phải thị trường dung dịch thẩm tách, đưa ra giá chiết khấu cho các bệnh viện đồng ý mua gói hai sản phẩm này. Hành vi này khiến cho những người bán dung dịch thẩm tách gấp khó khăn hơn để cạnh tranh khi giao dịch với các bệnh viện.

---

## 8. Xử phạt và biện pháp khắc phục

---

- 8.1 Có sự khác biệt quan trọng giữa xử phạt và biện pháp khắc phục. Xử phạt thường là để ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp diễn ra trong tương lai, và trong một số khu vực pháp lý cũng là để ép các bên vi phạm bỏ ra phần lợi nhuận bất hợp pháp của mình để bồi thường cho nạn nhân. Các biện pháp khắc phục nhằm chỉnh sửa, sửa sai, hoặc ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp, trong khi xử phạt là phạt hoặc trừng phạt các hành vi này. Thông thường, biện pháp khắc phục luật cạnh tranh nhằm ngăn chặn hành vi bất hợp pháp của người vi phạm, các hệ quả chống cạnh tranh, và việc tái phát của hệ quả này, và có thể tìm cách khôi phục tính cạnh tranh.
- 8.2 Các biện pháp xử phạt và khắc phục có ở nơi có lạm dụng vị trí thống lĩnh sẽ phụ thuộc vào luật cạnh tranh của khu vực pháp lý ở đó. Có thể có những cách xử phạt và biện pháp khắc phục sau:
  - a. biện pháp khắc phục cơ cấu – là việc thoái vốn toàn bộ hoặc một phần của doanh nghiệp, hoặc thoái vốn tài sản nào đó, có thể được yêu cầu khôi phục thị trường về trạng thái cạnh tranh;
  - b. biện pháp khắc phục hành vi – có thể có lệnh hạn chế hoặc ép buộc một số hành vi cụ thể để khống chế hành vi chống cạnh tranh và để định hướng hành vi trong tương lai;
  - c. phạt – xử phạt, bằng tiền hoặc hình sự, và nhắm vào pháp nhân hoặc cá nhân có trách nhiệm; và
  - d. thiệt hại do tổn thất – các khoản bồi thường tổn thất hoặc thiệt hại do hành vi bị nghiêm cấm gây ra và bỏ ra lợi nhuận kiếm được từ hành vi đang nghi vấn.

- 8.3 Biện pháp cứu trợ áp đặt có thể tính đến mức độ nghiêm trọng, độ khốc liệt và, trong một số trường hợp ảnh hưởng kinh tế của hành vi vi phạm. Ở một số khu vực pháp lý, khái niệm cân đối được sử dụng để bảo đảm có cứu trợ áp đặt của các chính quyền

cạnh tranh và tòa án không xâm phạm quá mức vào quá trình cạnh tranh trên thị trường, hoặc làm biến dạng thị trường. Phạm vi và hình thức cứu trợ cân đối không được vượt quá những gì cần thiết để đạt được các mục tiêu của luật cạnh tranh.

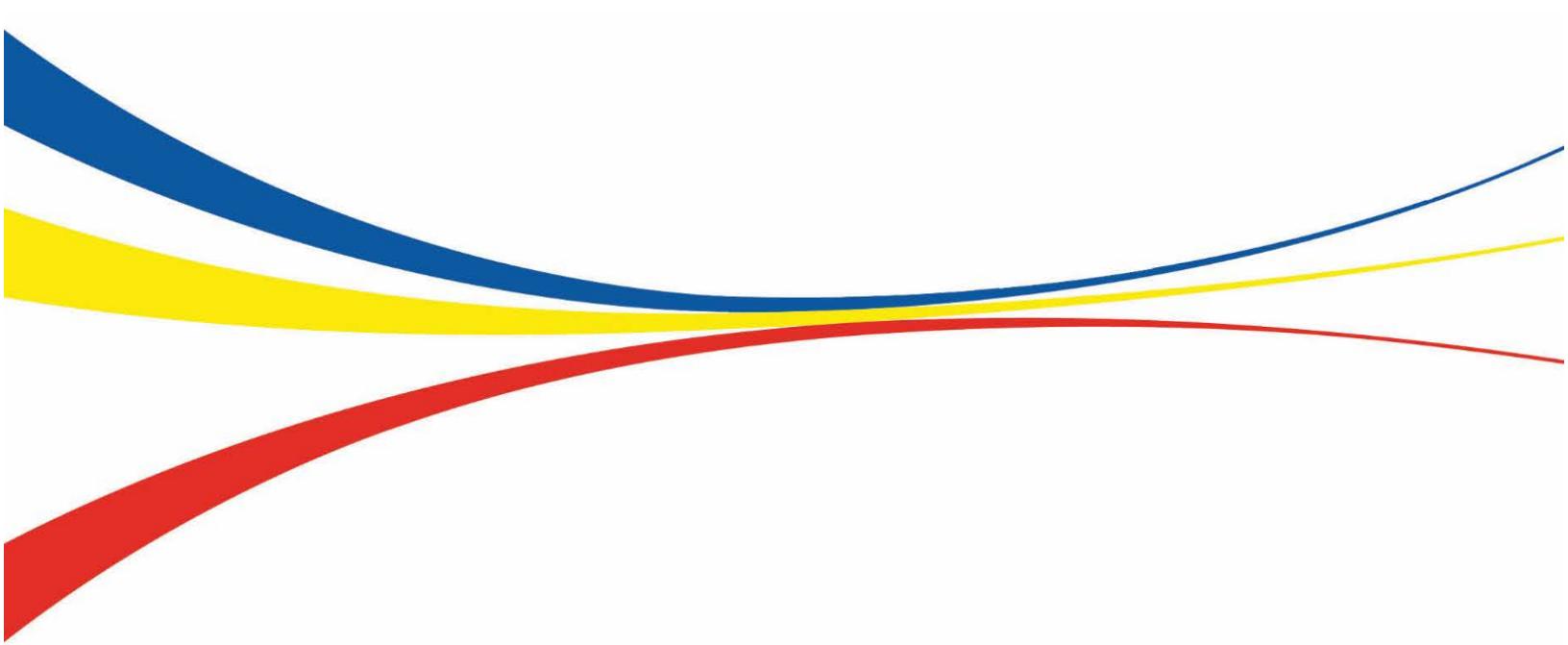
- 8.4 Hầu hết các khu vực pháp lý ủy quyền cho tòa án và/hoặc các cơ quan cạnh tranh để đưa ra các biện pháp khắc phục cơ cấu và hành vi, nhưng một số khu vực lại chỉ cho phép khắc phục cơ cấu nếu không có biện pháp khắc phục hành vi hiệu quả tương đương hoặc biện pháp như thế sẽ khó tuân thủ so với biện pháp khắc phục cơ cấu trúc. Trong nhiều trường hợp, biện pháp khắc phục hành vi đủ để ngăn chặn một cách hiệu quả hành động vi phạm cạnh tranh. Tuy nhiên, trong một số trường hợp khác thì biện pháp khắc phục cơ cấu lại là biện pháp duy nhất hiệu quả và ít phức tạp hơn.

---

## 9. Các nguồn thông tin liên quan

---

- 9.1 Các nguồn tài liệu sau cung cấp thêm thông tin liên quan đến lạm dụng vị trí thống lĩnh. Các tài liệu có thể là thông tin hữu ích để tham chiếu chung cho các quan tòa ở các Quốc gia Thành viên ASEAN:
- Hội nghị bàn tròn về Chính sách Cạnh tranh OECD (OECD Competition Policy Roundtables), [\*Evidentiary issues in proving dominance, 2006\*](#)
  - OECD Competition Policy Roundtables, [\*Remedies and sanctions in abuse of dominance cases, 2006\*](#)
  - OECD Competition Policy Roundtables, [\*Safe harbours and legal presumptions in competition law, 2017\*](#)
  - Mạng lưới Cạnh tranh Quốc tế (International Competition Network),  
[\*Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power\*](#)
  - International Competition Network, [\*Unilateral conduct workbook\*](#)



Supported by:



one vision  
one identity  
one community