

Competition Primers for ASEAN Judges

Developed as part of the AANZFTA Competition Law Implementation Program

Circumstantial Evidence in the Context of Competition Law

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: Circumstantial evidence in the context of competition law

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

Circumstantial evidence in the context of competition law

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. What is circumstantial evidence?

- 2.1 A party may prove a fact in issue in a proceeding:
- with direct evidence, by leading evidence of that fact; or
 - with circumstantial evidence, by leading evidence of one or more other facts from which a court may be invited to infer the particular fact in issue.
- 2.2 The difference between direct evidence and circumstantial evidence is that the former does not require the process of inferential reasoning. In a cartel case, direct evidence would identify a meeting or communication between the subjects and describe the substance of their agreement. Circumstantial evidence would not specifically identify these elements, but would allow the court to infer that the agreement took place, the parties to it, and its content. For example, a waitress at a lunch meeting between three competitors may give evidence that she heard two of them reach a cartel agreement and saw all three patting each other on the back at the end of the meeting. Although this only provides direct evidence of an agreement between two competitors, a judge may be able to infer a tripartite cartel agreement from the circumstances.

3. Role of circumstantial evidence in competition law cases

- 3.1 Competition law cases are seldom based exclusively on direct evidence. Instead, competition law cases are generally based either on a combination of both circumstantial and direct evidence, or wholly on circumstantial evidence. Where direct evidence is available, circumstantial evidence can assist a judge in assessing the credibility of that evidence. For example, direct evidence regarding a meeting between competitors may be corroborated or contradicted by circumstantial evidence, like travel records.
- 3.2 Circumstantial evidence is accepted in every OECD country and in many other jurisdictions. This reflects the importance of this type of evidence for the successful enforcement of competition law.
- 3.3 In the case of cartels, sophisticated cartel operators realise that their conduct is unlawful and that their customers would object to the conduct if they knew about it. They may take measures to conceal their conduct and avoid entering into formal, documented arrangements. Indeed, commonly across jurisdictions, cartels include informal agreements, understandings, “meeting of minds”, or some “conscious

commitment to a common scheme”. This effort of concealment means that direct evidence of a formal cartel agreement may not be available. In such cases, the best evidence that may be available of an agreement between competitors is circumstantial evidence of communication between them.

- 3.4 A country with a new enforcement regime and/or lacking a strong competition culture may face particular obstacles in obtaining evidence, and particularly direct evidence of anticompetitive conduct. The country may not have an effective leniency programme (a primary source of direct evidence) nor be able to generate cooperation with individuals or businesses engaged in economic activity that could facilitate evidence gathering. Furthermore, obtaining direct evidence of a cartel agreement may require special investigative powers, tools and techniques which may not be at the disposal of less experienced or new authorities. This may mean that the competition agency in such jurisdictions would have greater difficulty in generating direct evidence in cartel cases, and have to rely more heavily on circumstantial evidence.
- 3.5 A common misconception is that a case based on direct evidence must necessarily be stronger than one based on circumstantial evidence. This is not always correct. A case based wholly on the direct evidence of one or more witnesses will fall over if their evidence is found by a court to lack credibility. Meanwhile, circumstantial evidence can point so strongly towards a contravention that no other reasonable inference is left open.
- 3.6 Depending on the standard of proof required in a particular case, an inference that a court is invited to draw from the evidence may need to be the only reasonable inference available or merely the most likely one.

4. Different types of circumstantial evidence

- 4.1 There are different types of circumstantial evidence that may be of assistance to a court. In a cartel case, for example, the circumstantial evidence may generally be divided into communication evidence and economic evidence.
- 4.2 Circumstantial communication evidence is evidence that communications between competitors took place, although not necessarily of their content. Circumstantial communication evidence may include:
 - a. phone records, such as call logs and location tracking data;
 - b. diary or calendar entries;

- c. financial records, such as food or accommodation receipts, placing competitors at the same location at the same time;
 - d. notes from meetings, which may record attendance and broad topics of discussion; and
 - e. internal documents indicative of communications having taken place between competitors.
- 4.3 Circumstantial economic evidence includes conduct evidence and structural evidence. Both types of evidence should ideally be considered.
- 4.4 Conduct evidence is evidence that competitors behaved consistently with the existence of the alleged cartel agreement. Conduct evidence will be most persuasive if it cannot be explained by ordinary market forces or competitive business behaviour. A judge should consider whether particular behaviour would have occurred in the absence of a cartel, having regard to unilateral commercial and economic interests of the competitors. Conduct evidence can include evidence of parallel conduct, bidding patterns, information exchanges between competitors, abnormally high sustainable profits and past violations of competition laws.
- 4.5 Structural evidence is evidence that explains why certain structural features make a particular market more susceptible to cartel conduct. Structural evidence is not by itself sufficient to show the existence of cartel conduct, but can affect a judge's assessment of the probability of such conduct in a particular market. Structural evidence includes evidence about the number of competitors, market concentration, barriers to entry, vertical integration, pricing transparency and homogeneity of products. It is the typical example of economic evidence, which is discussed in more detail in the CLIP Competition Primer on 'Economics' and 'Expert evidence'.

5. Assessing evidence holistically

- 5.1 A piece of circumstantial evidence may be capable of supporting a number of inferences, some of which may be conflicting (see 5.2 et seq. in the CLIP Competition Primer on 'Abuse of Dominance'). For example, a price cut could reasonably give rise to an inference of predatory pricing or to an inference of competitive conduct. For that reason, circumstantial evidence should not be assessed in a vacuum.

- 5.2 The inference or inferences to be drawn from circumstantial evidence should be assessed by a judge holistically, in light of all of the available evidence. Take a cartel case where the evidence shows:
- phone calls between competitors on three separate dates;
 - parallel price rises by those competitors a few days after each phone call; and
 - an oligopoly market structure.
- 5.3 In the example above and considered individually, no one piece of circumstantial evidence would provide a sufficient basis on its own to infer collusion. A cumulative assessment of all three, however, may give rise to a reasonable inference of cartel conduct. This consideration is applicable to many instances where circumstantial evidence is relied upon, as commonly a single piece of circumstantial evidence may not provide a conclusive inference of anti-competitive conduct.

6. Examples of circumstantial evidence in cartel cases

- 6.1 In Australia, the following are some examples of cartel cases in which circumstantial evidence played a key role:
- direct evidence of an agreement between hoteliers to stop discounting their prices of packaged beer fell away at trial after the key witness failed to adhere to his prior statement. The existence of the alleged agreement was still able to be inferred, including from circumstantial communication and conduct evidence.
 - construction companies bidding on government projects were found to have colluded during the bidding process. A company that did not want to win a tender sought a “cover price” for the project. It was inferred that there was an agreement to the effect that the company seeking the cover price would bid above that price, whilst the company providing it would bid below it.
 - a cable manufacturer was found to have engaged in bid rigging in a tender for the supply of high voltage land cables to a hydro electricity project. It was inferred that the manufacturer in question requested a “preference” in tendering for the project, thus giving effect to a global cartel arrangement between European and Japanese cable suppliers for the allocation of projects around the world.

7. Related information sources

- 7.1 The following resources provide further information in relation to the use of circumstantial evidence in competition law cases. The material may be useful as a general reference for judges in the ASEAN Member States:
- a. OECD Competition Policy Roundtables, [*Prosecuting cartels without direct evidence*](#), 2006
 - b. OECD Policy Brief, [*Prosecuting cartels without direct evidence of agreement*](#), June 2007
 - c. Justice Mansfield, [*Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974*](#), 24 May 2008
 - d. Australian Competition and Consumer Commission, [*Cartels case studies & legal cases*](#)
 - e. International Competition Network, [*Proving agreement or concerted practice with indirect evidence*](#)



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

សៀវភៅមូលដ្ឋានសម្រាប់ចៅក្រមអាស៊ានស្តីពីការប្រកួតប្រជែង

បង្កើតឡើងជាផ្នែកនៃកម្មវិធីអនុវត្តច្បាប់ប្រកួតប្រជែងរបស់ AANZFTA
(AANZFTA Competition Law Implementation Program)

ក៏ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍នៅក្នុងបរិបទនៃច្បាប់ប្រកួតប្រជែង

1. សេចក្តីផ្តើម

1.1 សៀវភៅមូលដ្ឋាននេះ មានគោលបំណងដើម្បី៖

- a. ធ្វើជាឯកសារផ្នែកលើគោលការណ៍សម្រាប់ការប្រើប្រាស់ដោយសមាជិកតុលាការ ក្នុងរដ្ឋជាសមាជិកនីមួយៗរបស់សមាគមប្រជាជាតិអាស៊ីអាគ្នេយ៍ (អាស៊ាន) (Association of Southeast Asian Nations) ('ASEAN')។
- b. ផ្តល់នូវមត៌កទស្សន៍ជាក់ស្តែង និងផ្តល់ព័ត៌មានដល់ចៅក្រមដោយផ្ដោតលើការប្រឈម និងបញ្ហាដែលជួបប្រទះនៅក្នុងការវាយតម្លៃក៏ស្តុតាងស្មុគស្មាញពីអ្នកជំនាញក្នុងពេលធ្វើការ និងពិនិត្យសេចក្តីសម្រេចនានាក្រោមច្បាប់ប្រកួតប្រជែងនៅក្នុងរដ្ឋជាសមាជិកអាស៊ាន និង
- c. ជួយក្នុងការអភិវឌ្ឍច្បាប់ប្រកួតប្រជែងពីមុន ដែលបង្កើនភាពច្បាស់លាស់ផ្នែកច្បាប់ លើកកម្ពស់ប្រសិទ្ធភាព និងជំរុញសង្គតិភាព និងភាពអាចព្យាករណ៍បាននៅក្នុងបណ្តារដ្ឋជាសមាជិកអាស៊ាន និងចុងក្រោយ ចូលរួមចំណែកក្នុងការកំណត់គោលនយោបាយការប្រកួតប្រជែងមានលក្ខណៈល្អប្រសើរ។

1.2 សៀវភៅមូលដ្ឋានត្រូវបានបង្កើតឡើងនៅក្នុងបរិបទនៃភាពផ្សេងគ្នា និងដំណាក់កាលខុសៗគ្នានៃការរៀបចំច្បាប់ប្រកួតប្រជែងនៅក្នុងរដ្ឋជាសមាជិកអាស៊ាន។ សៀវភៅនេះមិនមានបំណងផ្តល់ព័ត៌មានជាក់លាក់ទៅតាមប្រទេសនីមួយៗទេ។

1.3 សៀវភៅមូលដ្ឋាននេះត្រូវបានបង្កើតឡើងដោយចៅក្រមនៃតុលាការសហព័ន្ធអូស្ត្រាលី សម្រាប់ចៅក្រមនៅក្នុងរដ្ឋជាសមាជិកអាស៊ាន ដោយសហការយ៉ាងជិតស្និទ្ធជាមួយ OECD។ នេះគឺជាសៀវភៅមួយនៅក្នុងចំណោមសៀវភៅមូលដ្ឋានស្តីពីច្បាប់ប្រកួតប្រជែងជាបន្តបន្ទាប់ ដែលត្រូវបានបង្កើតឡើងតាមគំនិតផ្តួចផ្តើមរបស់គណៈកម្មការប្រកួតប្រជែងតំបន់ពាណិជ្ជកម្មសេរីអាស៊ាន អូស្ត្រាលីនូវីលេសេឡង់ (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) ដែលជាផ្នែកមួយនៃកម្មវិធីអនុវត្តច្បាប់ប្រកួតប្រជែង (Competition Law Implementation Program) ('CLIP')។

2. តើអ្វីជាកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍?

2.1 ភាគីមួយអាចបង្ហាញកំសុតាងពីអង្គហេតុនៅក្នុងដំណើរការនីតិវិធី៖

- a. ដោយមានកំសុតាងផ្ទាល់ ដោយការនាំទៅរកកំសុតាងនៃអង្គហេតុនោះ ឬ
- b. ដោយមានកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ ដោយនាំទៅរកកំសុតាងនៃអង្គហេតុមួយ ឬអង្គហេតុផ្សេងទៀតដែលតុលាការអាចត្រូវបានហៅឱ្យទាញសេចក្តីសន្និដ្ឋានអំពីអង្គហេតុជាក់លាក់នៅក្នុងរឿងហេតុ។

2.2 ភាពខុសគ្នារវាងកំសុតាងផ្ទាល់ និងកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ គឺថាកំសុតាងផ្ទាល់មិនតម្រូវឱ្យមានដំណើរការនៃការសន្និដ្ឋានហេតុផលសមហេតុផលឡើយ។ ក្នុងករណីកាតែល (ក្រុមហ៊ុនអន្តរជាតិផ្តាច់មុខ) កំសុតាងផ្ទាល់នឹងកំណត់ការប្រជុំ ឬការប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នារវាងប្រធានបទនានា និងពិពណ៌នាពីខ្លឹមសារនៃកិច្ចព្រមព្រៀងរបស់ពួកគេ។ កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ នឹងមិនកំណត់ជាក់លាក់ពីធាតុផ្សំទាំងនេះទេ ក៏ប៉ុន្តែនឹងអនុញ្ញាតឱ្យតុលាការសន្និដ្ឋានថាកិច្ចព្រមព្រៀងបានកើតឡើងចំពោះភាគីពាក់ព័ន្ធនិងខ្លឹមសារនៃកិច្ចព្រមព្រៀងនេះ។ ឧទាហរណ៍ អ្នកបម្រើស្រីនៅភោជនីយដ្ឋានម្នាក់ នៅក្នុងការប្រជុំអាហារថ្ងៃត្រង់រវាងអ្នកប្រកួតប្រជែងបីនាក់ អាចផ្តល់កំសុតាងថានាងបានស្តាប់ឮសូរអ្នកប្រកួតប្រជែងពីរនាក់ឈានដល់កិច្ចព្រមព្រៀងកាតែល ហើយបានឃើញពួកគេទាំងបីនាក់យកដៃទះបន្លើរៗពីក្រោយខ្នងគ្នានៅចុងបញ្ចប់នៃកិច្ចប្រជុំ។ ទោះបីវាគ្រាន់តែផ្តល់កំសុតាងផ្ទាល់អំពីកិច្ចព្រមព្រៀងរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែងពីរនាក់ក៏ដោយ ចៅក្រមអាចមានលទ្ធភាពធ្វើការសន្និដ្ឋានពីកិច្ចព្រមព្រៀងកាតែលរបស់ត្រីភាគីនោះចេញពីកាលៈទេសៈនានា។

3. តួនាទីនៃ កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ នៅក្នុងសំណុំរឿងច្បាប់ប្រកួតប្រជែង

- 3.1 សំណុំរឿងច្បាប់ប្រកួតប្រជែងកម្រនឹងផ្អែកលើកំសុតាងផ្ទាល់ទាំងស្រុងណាស់។ ផ្ទុយទៅវិញ សំណុំរឿងច្បាប់ប្រកួតប្រជែង ជាទូទៅផ្អែកលើកំសុតាង រួមទាំងកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ និងកំសុតាងផ្ទាល់ ឬកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ទាំងមូល។ កន្លែងណាមានកំសុតាងផ្ទាល់ កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ អាចជួយចៅក្រមក្នុងការវាយតម្លៃភាពជឿជាក់នៃកំសុតាងនោះ។ ឧទាហរណ៍ កំសុតាងផ្ទាល់ទាក់ទងនឹងការប្រជុំរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែង អាចត្រូវបានអះអាងបន្ថែម ឬផ្ទុយគ្នាពីកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ ដូចជាកំណត់ត្រាធ្វើដំណើរជាដើម។
- 3.2 កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ត្រូវបានទទួលយកនៅគ្រប់បណ្តាប្រទេស OECD និងនៅក្នុងដែនយុត្តាធិការផ្សេងៗទៀតជាច្រើន។ កត្តានេះឆ្លុះបញ្ចាំងអំពីសារៈសំខាន់នៃកំសុតាងប្រភេទនេះ សម្រាប់ការអនុវត្តច្បាប់ប្រកួតប្រជែងឱ្យទទួលបានជោគជ័យ។
- 3.3 ក្នុងករណីកាតែល ប្រតិបត្តិករកាតែលដែលជឿនលឿន ដឹងថាការប្រព្រឹត្តរបស់ខ្លួនគឺខុសច្បាប់ ហើយអតិថិជនរបស់ពួកគេនឹងបដិសេធចំពោះការប្រព្រឹត្តនោះ ប្រសិនបើពួកគេដឹងអំពីករណីនេះ។ ពួកគេអាចចាត់វិធានការដើម្បីលាក់បាំងការប្រព្រឹត្តរបស់ខ្លួន និងចៀសវាងចូលទៅក្នុងការរៀបចំជាផ្លូវការ និងរៀបចំជាឯកសារ។ ជាការពិត ជាទូទៅនៅទូទាំងយុត្តាធិការ កាតែលដាក់បញ្ចូលកិច្ចព្រមព្រៀងក្រៅផ្លូវការ ការយល់ដឹង “ការប្រសប់គំនិត” ឬ “ការប្តេជ្ញាចិត្តប្រកបដោយឆន្ទៈចំពោះគ្រោងការណ៍រួម”។ ការប៉ុនប៉ងលាក់បាំងនេះមានន័យថា កំសុតាងផ្ទាល់នៃកិច្ចព្រមព្រៀងរបស់កាតែលនេះ ប្រហែលជាមិនមានទេ។ ក្នុងករណីបែបនេះ កំសុតាងល្អបំផុតដែលប្រហែលជាអាចមានអំពីកិច្ចព្រមព្រៀងរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែង គឺកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍នៃការប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នារវាងពួកគេ។

- 3.4 ប្រទេសមួយដែលមានរបបអនុវត្តច្បាប់ថ្មី និង/ឬក្នុងវប្បធម៌ប្រកួតប្រជែងខ្លាំងអាចប្រឈមនឹងឧបសគ្គជាពិសេសក្នុងការទទួលបានកំសុតាង ហើយជាពិសេសកំសុតាងផ្ទាល់នៃការប្រព្រឹត្តិដែលប្រឆាំងនឹងការប្រកួតប្រជែង។ ប្រទេសនេះប្រហែលជាមិនមានកម្មវិធីសេចក្តីអត់ឱនដ៏មានប្រសិទ្ធភាពឡើយ (ដែលជាប្រភពដើមនៃកំសុតាងផ្ទាល់) ហើយក៏មិនអាចបង្កើតកិច្ចសហប្រតិបត្តិការជាមួយបុគ្គល ឬអាជីវកម្មដែលចូលរួមក្នុងសកម្មភាពសេដ្ឋកិច្ច ដែលអាចជួយសម្រួលដល់ការប្រមូលកំសុតាងនោះដែរ។ លើសពីនេះទៀត ការទទួលបានកំសុតាងផ្ទាល់នៃកិច្ចព្រមព្រៀងរបស់កាតែល អាចត្រូវឱ្យមានអំណាចការស៊ើបអង្កេតពិសេស ឧបករណ៍ និងបច្ចេកទេសដែលអាចធ្វើឡើងបានត្រឹមតែពីអាជ្ញាធរដែលមិនសូវមានបទពិសោធន៍ ឬអាជ្ញាធរថ្មីតែប៉ុណ្ណោះ។ ចំណុចនេះអាចមានន័យថាទីភ្នាក់ងារប្រកួតប្រជែងនៅក្នុងយុគ្រាជីវិតរបស់ប្រទេសនេះ នឹងមានការលំបាកកាន់តែខ្លាំងក្នុងការបង្កើតកំសុតាងផ្ទាល់នៅក្នុងករណីកាតែល ហើយត្រូវពឹងផ្អែកកាន់តែខ្លាំងលើកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍។
- 3.5 ការកាន់ច្រឡំជាទូទៅគឺថា ករណីដែលផ្អែកលើកំសុតាងផ្ទាល់ ចាំបាច់ត្រូវតែខ្លាំងជាងករណីដែលផ្អែកលើកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍។ ចំណុចនេះមិនត្រឹមត្រូវរហូតទេ។ ករណីដែលផ្អែកលើកំសុតាងផ្ទាល់ទាំងមូលរបស់សាក្សីម្នាក់ ឬច្រើននាក់នឹងត្រូវបរាជ័យប្រសិនបើតុលាការរកឃើញកំសុតាងរបស់ពួកគេថាខ្លះការជឿទុកចិត្ត។ ទន្ទឹមក្នុងពេលជាមួយគ្នានេះ កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍អាចចង្អុលបង្ហាញយ៉ាងខ្លាំង សំដៅទៅការប្រព្រឹត្តបទល្មើសដែលគ្មានការសន្និដ្ឋានសមហេតុផលណាមួយផ្សេងទៀតត្រូវបានទុកចំហឡើយ។
- 3.6 អាស្រ័យលើស្តង់ដារនៃកំសុតាងដែលត្រូវមាននៅក្នុងករណីជាក់លាក់មួយ សេចក្តីសន្និដ្ឋានដែលតុលាការត្រូវបានហៅឱ្យទាញចេញពីកំសុតាងនោះ ចាំបាច់ត្រូវតែជាការសន្និដ្ឋានដែលសមហេតុផលតែមួយគត់ដែលអាចរកបាន ឬគ្រាន់តែជាការសន្និដ្ឋានដែលទំនងបំផុតប៉ុណ្ណោះ។

4. ប្រភេទផ្សេងគ្នានៃកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍

- 4.1 មានកំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ប្រភេទផ្សេងៗគ្នា ដែលអាចជាជំនួយដល់តុលាការ។ ឧទាហរណ៍ នៅក្នុងករណីកាតែល កំសុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ ជាទូទៅអាចត្រូវបានបែងចែកជាកំសុតាងប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នា និងកំសុតាងសេដ្ឋកិច្ច។
- 4.2 កំសុតាងប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នាដែលសំអាងលើហេតុការណ៍ គឺជាកំសុតាងដែលបង្ហាញថាការប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នារវាងអ្នកប្រកួតប្រជែងបានកើតឡើង ទោះបីជាមិនមានខ្លឹមសារក៏ដោយ។ កំសុតាងប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នាដែលសំអាងលើហេតុការណ៍ អាចរួមមាន៖
 - a. កំណត់ត្រាទូរស័ព្ទ ដូចជាកំណត់ហេតុការហៅទូរស័ព្ទ និងទិន្នន័យតាមដានទីតាំង
 - b. កំណត់ហេតុ ឬប្រតិទិនប្រចាំថ្ងៃ
 - c. កំណត់ត្រាហិរញ្ញវត្ថុ ដូចជាបង្កាន់ដៃអាហារ ឬកន្លែងស្នាក់នៅ ការដាក់អ្នកប្រកួតប្រជែងនៅទីតាំងតែមួយ ក្នុងពេលតែមួយ។
 - d. កំណត់ចំណាំពីការប្រជុំ ដែលអាចកត់ត្រាពីការចូលរួម និងប្រធានបទធំៗនៃការពិភាក្សា និង
 - e. ឯកសារផ្ទៃក្នុង បង្ហាញពីការប្រាស្រ័យទាក់ទងគ្នាដែលបានកើតឡើងរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែង។



- 4.3 ក៏ស្តុតាងសេដ្ឋកិច្ចដែលសំអាងទៅលើហេតុការណ៍ មានរួមមានក៏ស្តុតាងការប្រព្រឹត្ត និងក៏ស្តុតាងរចនាសម្ព័ន្ធ។ គួរពិចារណាទៅលើ ក៏ស្តុតាងទាំងពីរប្រភេទ។
- 4.4 ក៏ស្តុតាងការប្រព្រឹត្ត គឺជាក៏ស្តុតាងដែលបញ្ជាក់ថា អ្នកប្រកួតប្រជែងមានឥរិយាបថជាប់លាប់ ជាមួយនឹងអត្ថិភាពនៃកិច្ចព្រមព្រៀង កាតែលដែលបានចោទប្រកាន់។ ក៏ស្តុតាងការប្រព្រឹត្តនឹងមានលក្ខណៈជឿជាក់បំផុតប្រសិនបើវាមិនអាចពន្យល់បានដោយកម្លាំង ទីផ្សារធម្មតា ឬអាកប្បកិរិយាអាជីវកម្មដែលមានការប្រកួតប្រជែង។ ចៅក្រមគួរពិចារណាថាតើអាកប្បកិរិយាជាក់លាក់ណាមួយ មុខជាបានកើតឡើងក្នុងករណីគ្មានកាតែល ទាក់ទងនឹងផលប្រយោជន៍ពាណិជ្ជកម្ម និងសេដ្ឋកិច្ចឯកតាគឺរបស់អ្នកប្រកួត ប្រជែង។ ក៏ស្តុតាងការប្រព្រឹត្ត អាចរួមមានក៏ស្តុតាងនៃការប្រព្រឹត្តស្របគ្នា លំនាំដេញថ្លៃ ការផ្តោះប្តូរព័ត៌មានរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែង ប្រាក់ចំណេញដែលមាននិរន្តរភាពខ្ពស់មិនធម្មតា និងការរំលោភបំពានលើច្បាប់ប្រកួតប្រជែងកន្លងមក។
- 4.5 ក៏ស្តុតាងរចនាសម្ព័ន្ធ គឺជាក៏ស្តុតាងដែលពន្យល់ពីមូលហេតុដែលលក្ខណៈពិសេសនៃរចនាសម្ព័ន្ធជាក់លាក់ធ្វើឱ្យទីផ្សារជាក់លាក់ ងាយនឹងទទួលរងពីការប្រព្រឹត្តរបស់កាតែល។ ក៏ស្តុតាងរចនាសម្ព័ន្ធតែងនោះគឺមិនគ្រប់គ្រាន់ដើម្បីបង្ហាញពីអត្ថិភាពនៃអាកប្ប កិរិយារបស់កាតែលទេ ក៏ប៉ុន្តែអាចប៉ះពាល់ដល់ការវាយតម្លៃរបស់ចៅក្រមអំពីភាពអាចមានឡើងនៃការប្រព្រឹត្តបែបនេះ នៅក្នុងទី ផ្សារជាក់លាក់មួយ។ ក៏ស្តុតាងរចនាសម្ព័ន្ធ រួមមានក៏ស្តុតាងអំពីចំនួនអ្នកប្រកួតប្រជែង ការប្រមូល ផ្គុំទីផ្សារ ឧបសគ្គក្នុងការចូល ការធ្វើសមាហរណកម្មបញ្ជីរ តម្លាភាពតម្លៃ និងភាពដូចគ្នានៃផលិតផល។ វាគឺជាតួឯកខ្លះៗនៃរចនាសម្ព័ន្ធនៃក៏ស្តុតាងសេដ្ឋកិច្ច ដែលត្រូវបានពិភាក្សាលម្អិតបន្ថែមទៀតនៅក្នុងសៀវភៅមូលដ្ឋានរបស់ CLIP ស្តីពីការប្រកួតប្រជែង (CLIP Competition Primer) ស្តីពី ‘ក៏ស្តុតាងសេដ្ឋកិច្ច’ និង ‘ក៏ស្តុតាងអ្នកជំនាញ’។

5. ការវាយតម្លៃក៏ស្តុតាងទាំងមូល

- 5.1 ក៏ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍មួយចំណែកអាចមានសមត្ថភាពទ្រទ្រង់សេចក្តីសន្និដ្ឋានមួយចំនួន ដែលមានខ្លះអាចប្រទាំងនឹងគ្នា (សូមមើល 5.2 et seq. នៅក្នុង CLIP Competition Primer ស្តីពី ‘ការរំលោភបំពានតួនាទីគ្របដណ្តប់’)។ ឧទាហរណ៍ ការកាត់បន្ថយតម្លៃ អាចផ្តល់ការសន្និដ្ឋានសមរម្យថាជាការកំណត់តម្លៃដែលកេងប្រវ័ញ្ច ឬជាសេចក្តីសន្និដ្ឋានថាការប្រព្រឹត្តដែល មានការប្រកួតប្រជែង។ ដោយហេតុផលនេះ ក៏ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍មិនត្រូវបានវាយតម្លៃដាច់ដោយឡែកពីគេទេ។
- 5.2 សេចក្តីសន្និដ្ឋានដែលត្រូវធ្វើឡើង ចេញពីក៏ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ គួរតែត្រូវបានវាយតម្លៃទាំងមូលដោយចៅក្រមដោយគិត ពិចារណាពីក៏ស្តុតាងដែលមានទាំងអស់។ ដោយលើកយកករណីកាតែល ដែលមានក៏ស្តុតាងបង្ហាញពី៖
 - a. ការហៅទូរស័ព្ទរវាងអ្នកប្រកួតប្រជែង នៅកាលបរិច្ឆេទបីផ្សេងគ្នា។
 - b. ការកើនតម្លៃស្របគ្នាធ្វើឡើងដោយអ្នកប្រកួតប្រជែងទាំងនោះ ពីរបីច្រើនឆ្នាំពីការហៅទូរស័ព្ទនីមួយៗ និង
 - c. រចនាសម្ព័ន្ធទីផ្សារដែលមានចំនួនអ្នកលក់តិចអាចលក់តម្លៃថោក ឬថ្លៃ។

5.3 នៅក្នុងឧទាហរណ៍ខាងលើ ហើយប្រសិនបើត្រូវបានពិចារណាដាច់ដោយឡែកពីគ្នា គ្មានភ័ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ណាមួយ ដែលអាចផ្តល់ជាមូលដ្ឋានគ្រប់គ្រាន់ដើម្បីសន្និដ្ឋានពីការយុបយិតគ្នានោះទេ។ ទោះយ៉ាងណាក្តី ការវាយតម្លៃទាំងបីរួមលើគ្នា អាចធ្វើឱ្យមានការសន្និដ្ឋានសមហេតុផលពីការប្រព្រឹត្តរបស់កាតែល។ ការពិចារណានេះអាចអនុវត្តបានចំពោះករណីជាច្រើនដែលភ័ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍ត្រូវបានពឹងផ្អែកលើ ដ្បិតអីជាទូទៅ ភ័ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍តែមួយគត់ អាចមិនផ្តល់នូវការសន្និដ្ឋានពេញលេញនៃការប្រព្រឹត្តដែលប្រឆាំងនឹងការប្រកួតប្រជែងឡើយ។

6. ឧទាហរណ៍នៃភ័ស្តុតាងសំខាន់នៅក្នុងករណីកាតែល

6.1 នៅប្រទេសអូស្ត្រាលី ខាងក្រោមនេះគឺជាឧទាហរណ៍មួយចំនួនពីករណីកាតែល ដែលភ័ស្តុតាងសំអាងលើហេតុការណ៍បានដើរតួយ៉ាងសំខាន់៖

- a. ភ័ស្តុតាងផ្ទាល់នៃកិច្ចព្រមព្រៀងរវាងម្ចាស់សណ្ឋាគារ ដើម្បីបញ្ឈប់ការបញ្ចុះថ្លៃស្រាបៀរក្នុងកញ្ចប់របស់ពួកគេ ត្រូវបានបដិសេធនៅក្នុងការជំនុំជម្រះក្តី បន្ទាប់ពីសាក្សីសំខាន់មិនបានគោរពតាមសេចក្តីថ្លែងមុនរបស់គាត់។ អត្ថិភាពនៃកិច្ចព្រមព្រៀងដែលបានចោទប្រកាន់នៅតែអាចសន្និដ្ឋានបាន រាប់បញ្ចូលទាំងពីភ័ស្តុតាងការប្រាស្រ័យទាក់ទងដែលសំអាងលើហេតុការណ៍ និងភ័ស្តុតាងការប្រព្រឹត្ត។
- b. ក្រុមហ៊ុនសាងសង់ដែលដេញថ្លៃគម្រោងរដ្ឋាភិបាល ត្រូវគេរកឃើញថាបានយុបយិតក្នុងអំឡុងដំណើរការដេញថ្លៃ។ ក្រុមហ៊ុនដែលមិនចង់ឈ្នះការដេញថ្លៃ បានស្វែងរក “ថ្លៃគ្រប (cover price)” សម្រាប់គម្រោង។ មានការសន្និដ្ឋានថា មានការព្រមព្រៀងមួយដែលក្រុមហ៊ុនស្វែងរកថ្លៃគ្រប នឹងដេញថ្លៃខ្ពស់ជាងតម្លៃនោះ ខណៈក្រុមហ៊ុនដែលផ្តល់ឱ្យនឹងដេញថ្លៃនៅខាងក្រោមថ្លៃគ្របនោះ។
- c. ក្រុមហ៊ុនផលិតខ្សែកាបមួយត្រូវគេរកឃើញថា បានចូលរួមដេញថ្លៃដោយប្រើមធ្យោបាយមិនសុច្ឆរិត នៅក្នុងការដេញថ្លៃសម្រាប់ការផ្គត់ផ្គង់ខ្សែកាបដឹកម៉ាស៊ីនរ៉ឺម៉កដូនគម្រោងវ៉ែអ៊ីសនីមួយ។ មានការសន្និដ្ឋានថា ក្រុមហ៊ុនផលិតដែលកំពុងត្រូវពិចារណាបានស្នើសុំ “អាទិភាព” ក្នុងការដេញថ្លៃគម្រោងនោះ ដែលផ្តល់នូវប្រសិទ្ធភាពដល់ការរៀបចំបណ្តាញកាតែលពិភពលោក រវាងអ្នកផ្គត់ផ្គង់ខ្សែកាបអឺរ៉ុប និងជប៉ុន សម្រាប់ការបែងចែកនៃគម្រោងនៅជុំវិញពិភពលោក។

7. ប្រភពព័ត៌មានពាក់ព័ន្ធ

7.1 ធនធានខាងក្រោម ផ្តល់ព័ត៌មានបន្ថែមទាក់ទងនឹងការប្រើប្រាស់នៃកំណត់សំណុំរឿងច្បាប់ប្រកួតប្រជែង។ ឯកសារនេះប្រើជាឯកសារយោងទូទៅដ៏មានប្រយោជន៍ សម្រាប់ចៅក្រមនៅក្នុងរដ្ឋជាសមាជិកអាស៊ាន៖

- a. គោលនយោបាយតុល្យលរបស់ OECD ស្តីពីការប្រកួតប្រជែង (OECD Competition Policy Roundtables) [ការកាត់ទោសកាតែលដោយគ្មានកំណត់សំណុំរឿង](#) ឆ្នាំ២០០៦
- b. របាយការណ៍សង្ខេបស្តីពីគោលនយោបាយ OECD (OECD Policy Brief) [ការកាត់ទោសកាតែលដោយគ្មានកំណត់សំណុំរឿងនៃកិច្ចព្រមព្រៀង](#) ខែមិថុនា ឆ្នាំ២០០៧
- c. ចៅក្រម Mansfield [ឱកាស និងបញ្ហាប្រឈម៖ កំណត់សំណុំរឿងក្នុងករណីដែលស្ថិតក្រោមច្បាប់អនុវត្តពាណិជ្ជកម្ម ឆ្នាំ១៩៧៤](#) ថ្ងៃទី២៤ ខែឧសភា ឆ្នាំ២០០៨
- d. គណៈកម្មាធិការប្រកួតប្រជែង និងអ្នកប្រើប្រាស់អូស្ត្រាលី (Australian Competition and Consumer Commission) [ការសិក្សាអំពីករណីកាតែល និងសំណុំរឿងច្បាប់](#)
- e. បណ្តាញប្រកួតប្រជែងអន្តរជាតិ (International Competition Network) [ការផ្តល់កិច្ចព្រមព្រៀង ឬការប្រតិបត្តិការព្រមព្រៀងគ្នាដោយមានកំណត់សំណុំរឿងប្រយោល](#)



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

Primer Persaingan Usaha untuk para Hakim ASEAN

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

Bukti tidak langsung dalam konteks hukum persaingan usaha

1. Pengantar

1.1. Primer ini dimaksudkan untuk::

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

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

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

2. Apa bukti tidak langsung?

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

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

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

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

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

4. Berbagai jenis bukti tidak langsung

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

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

5. Menilai bukti secara keseluruhan

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

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

6. Contoh bukti tidak langsung dalam kasus kartel

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

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

7. Sumber Kepustakaan



FEDERAL COURT
OF AUSTRALIA



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

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

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

Catatan:

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



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

ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນຂອງການແຂ່ງຂັນສໍາລັບຜູ້ຜິພາກສາອາຊຽນ

ຖືກພັດທະນາໃຫ້ເປັນສ່ວນໜຶ່ງຂອງໂຄງການປະຕິບັດນໍາໃຊ້ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນຂອງ AANZFTA (AANZFTA Competition Law Implementation Program)

ຫຼັກການແວດລ້ອມໃນບໍລິບົດຂອງກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ

1. ຄໍານໍາ

1.1. ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນສະບັບນີ້ແມ່ນມີຈຸດປະສົງເພື່ອ:

- a. ເປັນເອກະສານທີ່ອີງໃສ່ຫຼັກການເພື່ອໃຫ້ສະມາຊິກຝ່າຍຕຸລາການຂອງແຕ່ລະປະເທດສະມາຊິກຢູ່ໃນ ສະມາຄົມປະຊາຊາດອາຊີຕາເວັນອອກສຽງໃຕ້ (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN')) ໄດ້ນໍາໃຊ້;
- b. ສະໜອງຄູ່ຜິພາກປະຕິບັດ ແລະ ໃຫ້ຄວາມຮູ້ແກ່ຜູ້ຜິພາກສາ ໂດຍໃຫ້ຄວາມສໍາຄັນກັບຄວາມທ້າທາຍ ແລະ ບັນຫາທີ່ພົບພໍ້ໃນການປະເມີນຫຼັກການທີ່ຊັບຊ້ອນຢ່າງຊຽວຊານຕາມແນວທາງການຕັດສິນ ແລະ ທົບທວນການຕັດສິນ ຢູ່ພາຍໃຕ້ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນຢູ່ໃນປະເທດສະມາຊິກ (Member States) ອາຊຽນ (ASEAN); ແລະ
- c. ຊ່ວຍພັດທະນານິຕິກຳກ່ອນກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ ເຊິ່ງເພີ່ມຄວາມແນ່ນອນດ້ານກົດໝາຍ, ສິ່ງເສີມປະສິດທິພາບ ແລະ ສະໜັບສະໜູນຄວາມສະໝໍ່າສະເໝີ ແລະ ຄວາມສາມາດຄາດການໄດ້ພາຍໃນປະເທດສະມາຊິກ ASEAN ແລະ ໃນທີ່ສຸດແລ້ວກໍປະກອບສ່ວນເຂົ້າໃນການກຳນົດນະໂຍບາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນທີ່ເຂັ້ມແຂງ.

1.2. ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນຖືກພັດທະນາໃນບໍລິບົດທີ່ມີຄວາມແຕກຕ່າງກັນ ແລະ ຂັ້ນຕອນຕ່າງໆຂອງການພັດທະນາກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນຢູ່ໃນປະເທດສະມາຊິກ ASEAN. ມັນບໍ່ໄດ້ມີເຈດຕະນາທີ່ຈະໃຫ້ໃຫ້ຂໍ້ມູນທີ່ສະເພາະເຈາະຈົງຂອງປະເທດໃດໜຶ່ງ.

1.3. ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນສະບັບນີ້ຖືກພັດທະນາໂດຍຜູ້ຜິພາກສາໃນສານກາງແຫ່ງອິດສະຕຣາລີ ໃຫ້ແກ່ຜູ້ຜິພາກສາໃນປະເທດສະມາຊິກ ASEAN ໂດຍຮ່ວມມືກັນຢ່າງໃກ້ຊິດກັບ OECD. ມັນແມ່ນໜຶ່ງໃນຊຸດແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນກ່ຽວກັບກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ ເຊິ່ງຖືກພັດທະນາໂດຍການລິເລີ່ມຂອງ ຄະນະກຳມະການຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນເຂດການຄ້າເສລີລະຫວ່າງອາຊຽນ-ອິດສະຕຣາລີ-ນີວຊີແລນ (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) ໃຫ້ເປັນສ່ວນໜຶ່ງຂອງ ໂຄງການປະຕິບັດນໍາໃຊ້ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ (Competition Law Implementation Program ('CLIP')).

2. ແມ່ນຫຍັງຄືຫຼັກຖານແວດລ້ອມ?

2.1. ຝ່າຍໃດໜຶ່ງອາດພິສູດຂໍ້ເທັດຈິງຢູ່ໃນບັນຫາທີ່ຢູ່ໃນຂະບວນພິຈາລະນາໃດໜຶ່ງ:

- a. ດ້ວຍຫຼັກຖານທາງກົງໂດຍການນຳເອົາຫຼັກຖານຂອງຂໍ້ເທັດຈິງນັ້ນມາ; ຫຼື
- b. ດ້ວຍຫຼັກຖານແວດລ້ອມໂດຍການນຳເອົາຫຼັກຖານຂອງໜຶ່ງ ຫຼື ຫຼາຍຂໍ້ເທັດຈິງນັ້ນມາ ເຊິ່ງອາດເຊີນໃຫ້ສາມາດລົງຄວາມເຫັນກ່ຽວກັບຂໍ້ເທັດຈິງໃດໜຶ່ງໃນບັນຫານັ້ນ.

2.2. ຄວາມແຕກຕ່າງລະຫວ່າງຫຼັກຖານທາງກົງ ແລະ ຫຼັກຖານແວດລ້ອມກໍຄື ຫຼັກຖານທາງກົງບໍ່ຈຳເປັນຕ້ອງມີຂະບວນການໃຫ້ເຫດຜົນທີ່ໄດ້ຈາກການລົງຄວາມເຫັນ. ໃນກໍລະນີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ, ຫຼັກຖານທາງກົງຈະລະບຸການປະຊຸມ ຫຼື ການສື່ສານລະຫວ່າງຫົວຂໍ້ຕ່າງໆ ແລະ ອະທິບາຍເຖິງແກ່ນສານໃນຂໍ້ຕົກລົງຂອງພວກເຂົາ. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມຈະບໍ່ລະບຸອົງປະກອບເຫຼົ່ານີ້ເປັນພິເສດ, ແຕ່ຈະປ່ອຍໃຫ້ສານລົງຄວາມຄິດເຫັນກ່ຽວກັບຂໍ້ຕົກລົງທີ່ເກີດຂຶ້ນ, ຜູ້ເຂົ້າຮ່ວມໃນຂໍ້ຕົກລົງ ແລະ ເນື້ອຫາໃນຂໍ້ຕົກລົງ. ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ພະນັກງານເສີບຢິງຄົນໜຶ່ງຢູ່ທີ່ການພົບປະຮັບປະທານອາຫານທ່ຽງລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງສາມຄົນອາດໃຫ້ຫຼັກຖານວ່າ ລາວໄດ້ຍິນພວກເຂົາສອງຄົນເວົ້າເຖິງຂໍ້ຕົກລົງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ ແລະ ເຫັນທັງສາມຄົນຕົບຫຼັງກັນໃນຊ່ວງສຸດທ້າຍຂອງການພົບປະກັນ. ເຖິງແມ່ນເຫດການນີ້ພຽງແຕ່ໃຫ້ຫຼັກຖານທາງກົງກ່ຽວກັບຂໍ້ຕົກລົງລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງສອງຄົນ, ຜູ້ພິພາກສາສາມາດລົງຄວາມເຫັນວ່າເປັນຂໍ້ຕົກລົງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດລະຫວ່າງສາມຝ່າຍຈາກກໍລະນີດັ່ງກ່າວ.

3. ບົດບາດຂອງຫຼັກຖານແວດລ້ອມໃນກໍລະນີກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ

3.1. ຫາຍາກທີ່ກໍລະນີກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນຈະອົງໃສ່ຫຼັກຖານທາງກົງເປັນພິເສດ. ກົງກັນຂ້າມ, ໂດຍທົ່ວໄປແລ້ວ ກໍລະນີກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນແມ່ນອີງຕາມການປະສົມກັນຂອງທັງຫຼັກຖານແວດລ້ອມ ແລະ ຫຼັກຖານທາງກົງ ຫຼື ອີງຕາມຫຼັກຖານແວດລ້ອມໂດຍສິ້ນເຊີງ. ໃນກໍລະນີທີ່ມີຫຼັກຖານທາງກົງ, ຫຼັກຖານແວດລ້ອມສາມາດຊ່ວຍໃຫ້ຜູ້ພິພາກສາປະເມີນຄວາມໜ້າເຊື່ອຖືຂອງຫຼັກຖານນັ້ນ. ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ຫຼັກຖານທາງກົງທີ່ກ່ຽວຂ້ອງກັບການປະຊຸມລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງອາດຖືກຍືນຍັນ ຫຼື ໄດ້ແຍ້ງໂດຍຫຼັກຖານແວດລ້ອມເຊັ່ນ: ບັນທຶກການເດີນທາງ.

3.2. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມແມ່ນເປັນທີ່ຍອມຮັບໃນທຸກໆປະເທດຂອງ OECD ແລະ ໃນອີກຫຼາຍເຂດອຳນາດ. ສິ່ງນີ້ສະທ້ອນເຖິງຄວາມສຳຄັນຂອງຫຼັກຖານປະເພດນີ້ສຳລັບການບັງຄັບໃຊ້ກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນຢ່າງປະສິບຜົນສຳເລັດ.

3.3. ໃນກໍລະນີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ, ຜູ້ດຳເນີນການຮ່ວມກຸ່ມທີ່ມີປະສິບການຮັບຮູ້ວ່າ ຄວາມປະຜິດຂອງພວກເຂົາບໍ່ຖືກຕ້ອງຕາມກົດໝາຍ ແລະ ລູກຄ້າຂອງພວກເຂົາຈະຄັດຄ້ານຄວາມປະຜິດດັ່ງກ່າວ ຖ້າຫາກພວກເຂົາຮູ້ຈັກເຖິງຄວາມປະຜິດນັ້ນ. ພວກເຂົາອາດນຳໃຊ້ມາດຕະການເພື່ອປິດບັງຄວາມປະຜິດຂອງພວກເຂົາ ແລະ ຫຼີກລ້ຽງບໍ່ໃຫ້ເຂົ້າສູ່ການຈັດແຈງທີ່ເປັນທາງການ ແລະ ມີລາຍລັກອັກສອນ. ແນ່ນອນ ເປັນເລື່ອງປົກກະຕິທົ່ວເຂດອຳນາດ, ການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດປະກອບມີຂໍ້ຕົກລົງທີ່ບໍ່ເປັນທາງການ, ຄວາມເຂົ້າໃຈກັນ, “ສັນຍາທາງໃຈ (meeting of minds)” ຫຼື “ສັນຍາບາງຢ່າງທີ່ຖືກສ້າງຂຶ້ນຢ່າງມີສະຕິຕໍ່ກິນອຸບາຍທີ່ມີຮ່ວມກັນ”. ຄວາມພະຍາຍາມເພື່ອປິດບັງນີ້ໝາຍຄວາມວ່າ ອາດບໍ່ມີຫຼັກຖານທາງກົງຂອງຂໍ້ຕົກລົງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າ



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

ຕະຫຼາດຢ່າງເປັນທາງການ. ໃນກໍລະນີດັ່ງກ່າວ, ຫຼັກຖານທີ່ດີທີ່ສຸດທີ່ອາດມີຢູ່ສໍາລັບຂໍ້ຕົກລົງລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງ ແມ່ນຫຼັກຖານແວດລ້ອມຂອງການສື່ສານລະຫວ່າງພວກເຂົາ.

- 3.4. ປະເທດທີ່ມີລະບອບການບັງຄັບໃຊ້ກົດໝາຍໃໝ່ ແລະ/ຫຼື ຂາດວັດທະນະທໍາການແຂ່ງຂັນທີ່ເຂັ້ມແຂງອາດປະສົບກັບ ອຸປະສັກໃດໜຶ່ງໃນການເກັບກໍາຫຼັກຖານ ແລະ ໂດຍສະເພາະແລ້ວແມ່ນຫຼັກຖານທາງກົງຂອງຄວາມປະຜິດຕໍ່ຕ້ານການ ແຂ່ງຂັນ. ປະເທດດັ່ງກ່າວອາດບໍ່ມີແຜນການຜ່ອນຜັນຢ່າງມີປະສິດທິພາບ (ແຫຼ່ງທີ່ມາຫຼັກຂອງຫຼັກຖານທາງກົງ) ຫຼື ບໍ່ສາມາດສ້າງການຮ່ວມມືກັບບຸກຄົນ ຫຼື ທຸລະກິດທີ່ມີສ່ວນໃນກິດຈະກໍາທາງເສດຖະກິດທີ່ສາມາດສ້າງຄວາມ ສະດວກໃຫ້ແກ່ການເກັບກໍາຫຼັກຖານ. ຢັ້ງໄປກວ່ານັ້ນ ການເກັບກໍາຫຼັກຖານທາງກົງຂອງຂໍ້ຕົກລົງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອ ຄອບງວ່າຕະຫຼາດອາດຈໍາເປັນຕ້ອງມີອໍານາດ, ເຄື່ອງມື ແລະ ເຕັກນິກການສືບສວນທີ່ຜິເສດ ເຊິ່ງອາດບໍ່ມີໃຫ້ໃຊ້ໂດຍ ເຈົ້າໜ້າທີ່ອ່ອນປະສົບການ ຫຼື ເຈົ້າໜ້າທີ່ໃໝ່. ນີ້ອາດໝາຍຄວາມວ່າ ໜ່ວຍງານຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນໃນເຂດ ອໍານາດດັ່ງກ່າວຈະມີຄວາມຫຍຸ້ງຍາກຫຼາຍກວ່າໃນການສ້າງຫຼັກຖານທາງກົງ ໃນກໍລະນີຂອງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບ ງວ່າຕະຫຼາດ ແລະ ຈໍາເປັນຕ້ອງອາໄສຫຼັກຖານແວດລ້ອມຫຼາຍກວ່າ.
- 3.5. ແນວຄິດໃດໜຶ່ງທີ່ມັກເກີດຂຶ້ນຢູ່ສະເໝີກໍຄື ກໍລະນີທີ່ອາໄສຫຼັກຖານທາງກົງຕ້ອງໜັກແໜ້ນກວ່າກໍລະນີທີ່ອາໄສ ຫຼັກຖານແວດລ້ອມ. ແນວຄິດນີ້ບໍ່ຖືກຕ້ອງຢູ່ສະເໝີ. ກໍລະນີທີ່ອາໄສຫຼັກຖານທາງກົງຂອງພະຍານໜຶ່ງຄົນ ຫຼື ຫຼາຍ ກວ່ານັ້ນຢ່າງສິ້ນເຊີງຈະຕົກເຮ່ຍ ຖ້າສາມາດພົບວ່າຫຼັກຖານຂອງພວກເຂົາຂາດຄວາມໜ້າເຊື່ອຖື. ໃນຂະນະດຽວກັນ, ຫຼັກຖານແວດລ້ອມສາມາດບົ່ງຊີ້ເຖິງການຝ່າຝົນກົດຢ່າງຮຸນແຮງຫຼາຍ ຈົນບໍ່ມີການລົງຄວາມເຫັນທີ່ສົມເຫດສົມຜົນ ອື່ນໜຶ່ງເຫຼືອຢູ່.
- 3.6. ອີງຕາມມາດຕະຖານການພິສູດທີ່ຈໍາເປັນໃນກໍລະນີໃດໜຶ່ງ, ການລົງຄວາມເຫັນທີ່ສານຖືກເຊີນໃຫ້ສະຫຼຸບຈາກ ຫຼັກຖານ ແມ່ນອາດຈໍາເປັນຕ້ອງເປັນການລົງຄວາມເຫັນແບບສົມເຫດສົມຜົນທີ່ມີຢູ່ເທົ່ານັ້ນ ຫຼື ການລົງຄວາມ ເຫັນທີ່ເປັນໄປໄດ້ຫຼາຍທີ່ສຸດເທົ່ານັ້ນ.

4. ປະເພດຂອງຫຼັກຖານແວດລ້ອມທີ່ແຕກຕ່າງກັນ

- 4.1. ມີປະເພດຂອງຫຼັກຖານແວດລ້ອມທີ່ແຕກຕ່າງກັນທີ່ອາດຈໍາເປັນປະໂຫຍດຕໍ່ສານ. ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ໃນກໍລະນີການ ຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ, ໂດຍທົ່ວໄປແລ້ວ ຫຼັກຖານແວດລ້ອມອາດແບ່ງອອກເປັນຫຼັກຖານຈາກການສື່ ສານ ແລະ ຫຼັກຖານທາງເສດຖະກິດ.
- 4.2. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມຈາກການສື່ສານແມ່ນຫຼັກຖານທີ່ເກີດມີການສື່ສານລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງ, ເຖິງແມ່ນວ່າບໍ່ຈໍາເປັນ ຕ້ອງມີເນື້ອຫາຂອງການສື່ສານ. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມຈາກການສື່ສານອາດຈະລວມມີ:
 - a. ບັນທຶກໂທລະສັບເຊັ່ນ: ການໂທເຂົ້າອອກ ແລະ ຂໍ້ມູນຕິດຕາມຕໍາແໜ່ງ;
 - b. ການບັນທຶກປະຈໍາວັນ ຫຼື ປະຕິບິນ;
 - c. ບັນທຶກດ້ານການເງິນເຊັ່ນ: ໃບຮັບເງິນສໍາລັບອາຫານ ຫຼື ການພັກເຊົາ, ເຮັດໃຫ້ມີຄູ່ແຂ່ງຢູ່ໃນສະຖານທີ່ ດຽວກັນໃນເວລາດຽວກັນ;
 - d. ບົດບັນທຶກຈາກການປະຊຸມ, ເຊິ່ງອາດບັນທຶກການເຂົ້າຮ່ວມ ແລະ ຫົວຂໍ້ລວມງຂອງການ ສົນທະນາ; ແລະ

- e. ເອກະສານພາຍໃນທີ່ປຶງບອກເຖິງການສື່ສານທີ່ເກີດຂຶ້ນລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງ.
- 4.3. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມດ້ານເສດຖະກິດປະກອບມີຫຼັກຖານດ້ານຄວາມປະພຶດ ແລະ ຫຼັກຖານຈາກໂຄງສ້າງ. ຫຼັກຖານທັງສອງປະເພດຄວນຖືກພິຈາລະນາຢ່າງເໝາະສົມທີ່ສຸດ.
- 4.4. ຫຼັກຖານດ້ານຄວາມປະພຶດແມ່ນຫຼັກຖານທີ່ຄູ່ແຂ່ງປະພຶດ ໂດຍສອດຄ່ອງກັບການມີຢູ່ຂອງຂໍ້ຕົກລົງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດຕາມທີ່ຖືກກ່າວຫາ. ຫຼັກຖານດ້ານຄວາມປະພຶດຈະເປັນຕາເຊື້ອທີ່ສຸດ ຖ້າມັນບໍ່ສາມາດຖືກອະທິບາຍໂດຍພະລັງງານທີ່ປົກກະຕິໃນຕະຫຼາດ ຫຼື ພຶດຕິກຳການແຂ່ງຂັນໃນທຸລະກິດ. ຜູ້ພິພາກສາຄວນພິຈາລະນາວ່າ ພຶດຕິກຳໃດໜຶ່ງຈະເກີດຂຶ້ນ ຫຼື ບໍ່ ຖ້າບໍ່ມີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ ເມື່ອເວົ້າເຖິງຜົນປະໂຫຍດຝ່າຍດຽວດ້ານການຄ້າ ແລະ ດ້ານເສດຖະກິດຂອງຄູ່ແຂ່ງ. ຫຼັກຖານດ້ານຄວາມປະພຶດສາມາດປະກອບມີຫຼັກຖານຂອງຄວາມປະພຶດທີ່ສອດຄ່ອງກັນ, ຮູບແບບການຜູກມັດ, ການແລກປ່ຽນຂໍ້ມູນລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງ, ກຳໄລຖາວອນທີ່ສູງເກີນປົກກະຕິ ແລະ ການລະເມີດກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນໃນອະດີດ.
- 4.5. ຫຼັກຖານດ້ານໂຄງສ້າງແມ່ນຫຼັກຖານທີ່ອະທິບາຍວ່າເປັນຫຍັງຄຸນລັກສະນະຂອງໂຄງສ້າງໃດໜຶ່ງຈຶ່ງເຮັດໃຫ້ຕະຫຼາດສ່ຽງຕໍ່ຄວາມປະພຶດໃນການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ. ຫຼັກຖານດ້ານໂຄງສ້າງບໍ່ພຽງພໍທີ່ຈະສະແດງການມີຢູ່ຂອງຄວາມປະພຶດໃນການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ, ແຕ່ສາມາດສົ່ງຜົນກະທົບຕໍ່ການປະເມີນຂອງຜູ້ພິພາກສາສຳລັບຄວາມເປັນໄປໄດ້ຂອງຄວາມປະພຶດດັ່ງກ່າວໃນຕະຫຼາດໃດໜຶ່ງ. ຫຼັກຖານດ້ານໂຄງສ້າງປະກອບມີຫຼັກຖານກ່ຽວກັບຈຳນວນຄູ່ແຂ່ງ, ຈຸດສົນໃຈຂອງຕະຫຼາດ, ອຸປະສັກຕໍ່ການເຂົ້າ, ການຮວມກິດຈະການໃນສາຍຕັ້ງ, ຄວາມໂປ່ງໃສຂອງລາຄາ ແລະ ຄວາມຄ້າຍຄືກັນຂອງຜະລິດຕະພັນ. ມັນຄືຕົວຢ່າງປົກກະຕິຂອງຫຼັກຖານດ້ານເສດຖະກິດ ເຊິ່ງຖືກສົນທະນາດ້ວຍລາຍລະອຽດຫຼາຍຂຶ້ນໃນ ແບບຮຽນຂັ້ນຕົ້ນການແຂ່ງຂັນ CLIP (CLIP Competition Primer) ກ່ຽວກັບ 'ເສດຖະກິດ (Economics)' ແລະ 'ຫຼັກຖານຈາກຜູ້ຊຽວຊານ (Expert evidence)'.

5. ການປະເມີນພະຍານຫຼັກຖານແບບຄົບຖ້ວນສົມບູນ

- 5.1. ຫຼັກຖານແວດລ້ອມສ່ວນໃດໜຶ່ງສາມາດສະໜັບສະໜູນການລົງຄວາມເຫັນຈຳນວນໜຶ່ງ, ຫຼັກຖານບາງສ່ວນອາດຂັດແຍ່ງກັນ (ເບິ່ງທີ່ 5.2 ແລະ ຂໍ້ຕໍ່ມາໃນ CLIP Competition Primer ກ່ຽວກັບ 'ການສວຍໃຊ້ອຳນາດ (Abuse of Dominance)'). ຕົວຢ່າງເຊັ່ນ: ການຫຼຸດລາຄາສາມາດມີເຫດຜົນທີ່ຈະກໍ່ໃຫ້ເກີດການລົງຄວາມເຫັນວ່າເປັນການກຳນົດລາຄາເພື່ອກຳຈັດຄູ່ແຂ່ງ ຫຼື ການລົງຄວາມເຫັນວ່າເປັນຄວາມປະພຶດແຂ່ງຂັນ. ຍ້ອນເຫດຜົນນັ້ນ, ຫຼັກຖານແວດລ້ອມບໍ່ຄວນຖືກປະເມີນໂດຍບໍ່ມີຜື່ນຖານ.
- 5.2. ການລົງຄວາມເຫັນ ຫຼື ການລົງຄວາມເຫັນຫຼາຍຂໍ້ທີ່ຖືກສະຫຼຸບຈາກຫຼັກຖານແວດລ້ອມຄວນຖືກປະເມີນໂດຍຜູ້ພິພາກສາຢ່າງຄົບຖ້ວນສົມບູນທ່າມກາງການເປີດເຜີຍຂອງຫຼັກຖານທັງໝົດທີ່ມີຢູ່. ຍົກຕົວຢ່າງແມ່ນກໍລະນີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ ເຊິ່ງເປັນກໍລະນີທີ່ຫຼັກຖານສະແດງເຖິງ:
- a. ການໂທລະສັບລະຫວ່າງຄູ່ແຂ່ງໃນສາມວັນທີ່ແຕກຕ່າງກັນ;
 - b. ການເພີ່ມລາຄາຢ່າງສອດຄ່ອງກັນໂດຍຄູ່ແຂ່ງເຫຼົ່ານັ້ນ ໃນເວລາສອງສາມວັນຫຼັງຈາກການໂທລະສັບແຕ່ລະຄັ້ງ; ແລະ

c. ໂຄງສ້າງຕະຫຼາດຜູກມັດໂດຍຜູ້ຂາຍໜ້ອຍຄົນ.

5.3. ໃນຕົວຢ່າງຂ້າງເທິງ ແລະ ພິຈາລະນາເປັນການສ່ວນຕົວ, ບໍ່ມີຫຼັກຖານແວດລ້ອມສ່ວນໃດທີ່ຈະໃຫ້ຜື່ນຖານພຽງພໍ ເພື່ອລົງຄວາມເຫັນດ້ວຍຕົວມັນເອງວ່າເປັນການສົມຮູ້ຮ່ວມຄິດ. ເຖິງຢ່າງໃດກໍຕາມ ການປະເມີນທີ່ສະສົມຂອງທັງ ສາມຄົນອາດກໍ່ໃຫ້ເກີດການລົງຄວາມເຫັນຢ່າງສົມເຫດສົມຜົນວ່າເປັນຄວາມປະຜິດໃນການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບ ງວ່າຕະຫຼາດ. ການພິຈາລະນານີ້ສາມາດນຳໃຊ້ໄດ້ໃນຫຼາຍສະຖານະການທີ່ອາໄສຫຼັກຖານແວດລ້ອມ ຍ້ອນໂດຍ ປົກກະຕິແລ້ວ ຫຼັກຖານແວດລ້ອມໃດໜຶ່ງພຽງລຳພັງອາດບໍ່ໃຫ້ການລົງຄວາມເຫັນທີ່ສະຫຼຸບວ່າເປັນຄວາມປະຜິດ ຕໍ່ຕ້ານການແຂ່ງຂັນ.

6. ຕົວຢ່າງຫຼັກຖານແວດລ້ອມໃນກຳລະນີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ

- 6.1. ຢູ່ໃນອິດສະຕາລີ, ສິ່ງດັ່ງຕໍ່ໄປນີ້ແມ່ນຕົວຢ່າງບາງສ່ວນຂອງກຳລະນີການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ ເຊິ່ງ ຫຼັກຖານແວດລ້ອມໄດ້ເຮັດບົດບາດທີ່ສຳຄັນ:
- a. ຫຼັກຖານທາງກົງຂອງຂໍ້ຕົກລົງລະຫວ່າງຜູ້ຈັດການໂຮງແຮມເພື່ອຢຸດໃຫ້ສ່ວນຫຼຸດດ້ານລາຄາຂາຍເບຍເປັນຊຸດ ຂອງພວກເຂົາ ຕົກເຮ່ຍໃນການພິຈາລະນາຄະດີຫຼັງຈາກທີ່ພະຍານສຳຄັນບໍ່ສຳເລັດທີ່ຈະປະຕິບັດຕາມຄຳ ຖະແຫຼງກ່ອນໜ້າຂອງລາວ. ການມີຢູ່ຂອງຂໍ້ຕົກລົງທີ່ຖືກກ່າວຫາຍັງສາມາດຖືກລົງຄວາມເຫັນໄດ້ ເຊິ່ງລວມ ເຖິງຫຼັກຖານແວດລ້ອມຈາກການສື່ສານ ແລະ ຫຼັກຖານດ້ານຄວາມປະຜິດ.
 - b. ບໍລິສັດກໍ່ສ້າງປະມຸນໂຄງການຂອງລັດຖະບານຖືກຄົ້ນພົບວ່າໄດ້ມີການສົມຮູ້ຮ່ວມຄິດໃນລະຫວ່າງຂະບວນການ ປະມຸນ. ບໍລິສັດແຫ່ງໜຶ່ງທີ່ບໍ່ຕ້ອງການຊະນະການຍື່ນປະມຸນໄດ້ສະແຫວງຫາ “ລາຄາປົກປິດ” ສຳລັບໂຄງການດັ່ງ ກ່າວ. ມັນຖືກລົງຄວາມເຫັນວ່າ ມີຂໍ້ຕົກລົງຕໍ່ຜົນສະທ້ອນທີ່ວ່າ ບໍລິສັດທີ່ກຳລັງສະແຫວງຫາລາຄາປົກປິດຈະ ປະມຸນເກີນລາຄານັ້ນ, ໃນຂະນະທີ່ບໍລິສັດດັ່ງກ່າວທີ່ສະໜອງໃຫ້ຈະປະມຸນຕໍ່າກວ່າລາຄານັ້ນ.
 - c. ຜູ້ຜະລິດສາຍເຄເບິນຖືກຄົ້ນພົບວ່າໄດ້ມີສ່ວນຮ່ວມໃນການສົມຍອມສະເໜີລາຄາສຳລັບການສະໜອງສາຍເຄ ເບິນໜ້າດິນທີ່ມີແຮງດັນໄຟຟ້າສູງໄປຫາໂຄງການພະລັງງານໄຟຟ້າ. ມັນຖືກລົງຄວາມຄິດເຫັນວ່າ ຜູ້ຜະລິດທີ່ ຖືກສົ່ງໄສຮຽກຮ້ອງໃຫ້ມີ “ສິດທິພິເສດ” ໃນການຍື່ນປະມຸນສຳລັບໂຄງການດັ່ງກ່າວ, ດັ່ງນັ້ນຈຶ່ງສົ່ງຜົນສະທ້ອນ ຕໍ່ການຈັດແຈງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດທົ່ວໂລກລະຫວ່າງຜູ້ສະໜອງສາຍເຄເບິນເອີຣົບ ແລະ ຍີ່ປຸ່ນ ເພື່ອຈັດແບ່ງປັນສ່ວນສຳລັບໂຄງການທົ່ວໂລກ.

7. ແຫຼ່ງຂໍ້ມູນທີ່ກ່ຽວຂ້ອງ

7.1. ຊັບພະຍາກອນດັ່ງຕໍ່ໄປນີ້ໃຫ້ຂໍ້ມູນເພີ່ມເຕີມກ່ຽວກັບການນໍາໃຊ້ຫຼັກຖານແວດລ້ອມໃນກໍລະນີກົດໝາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ. ເນື້ອຫາອາດມີປະໂຫຍດເປັນບ່ອນອ້າງອີງທົ່ວໄປສໍາລັບຜູ້ພິພາກສາໃນປະເທດສະມາຊິກອາຊຽນ:

- a. ກອງປະຊຸມໂຕະມືນກ່ຽວກັບນະໂຍບາຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ OECD (OECD Competition Policy Roundtables), [ການຮ້ອງຟ້ອງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດໂດຍບໍ່ມີຫຼັກຖານທາງກົງ, 2006](#)
- b. ບົດສະຫຼຸບໂດຍຫຍໍ້ຂອງນະໂຍບາຍ OECD (OECD Policy Brief), [ການຮ້ອງຟ້ອງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດໂດຍບໍ່ມີຫຼັກຖານທາງກົງຂອງຂໍ້ຕົກລົງ, ມິຖຸນາ 2007](#)
- c. ຈັສຕິສ ແມນຟິວ, [ໂອກາດ ແລະ ຄວາມທ້າທາຍ: ຫຼັກຖານໃນກໍລະນີທີ່ຢາຍໃຕ້ກົດໝາຍປະຕິບັດການຄ້າປີ 1974, 24 ພຶດສະພາ 2008](#)
- d. ຄະນະກຳມະການຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນ ແລະ ຜູ້ບໍລິໂພກແຫ່ງອົດສະຕາລີ (Australian Competition and Consumer Commission), [ກໍລະນີສຶກສາ ແລະ ກໍລະນີທາງກົດໝາຍຂອງການຮ່ວມກຸ່ມເພື່ອຄອບງວ່າຕະຫຼາດ](#)
- e. ເຄື່ອນຍ້າຍຄຸ້ມຄອງການແຂ່ງຂັນສາກົນ (International Competition Network), [ການພິສູດຂໍ້ຕົກລົງ ຫຼື ການປະຕິບັດຮ່ວມກັນດ້ວຍຫຼັກຖານທາງອ້ອມ](#)



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

Buku Panduan Asas bagi Para Hakim ASEAN

Dibangunkan sebagai sebahagian daripada AANZFTA Competition Law Implementation Program

Keterangan mengikut keadaan dalam konteks undang-undang persaingan

1. Pengenalan

1.1 Tujuan buku panduan asas ini ialah:

- a. Sebagai dokumen berasaskan prinsip untuk digunakan oleh ahli badan kehakiman di setiap Negara Ahli Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN');
- b. Untuk menyediakan panduan praktikal dan informatif kepada para hakim, yang memberi tumpuan kepada cabaran dan isu yang dihadapi dalam menilai keterangan pakar yang rumit sepanjang membuat keputusan dan mengkaji semula keputusan yang dibuat di bawah undang-undang persaingan Negara-negara Ahli (Member States) ASEAN; dan
- c. Untuk membantu membangunkan duluan undang-undang, yang meningkatkan kepastian undang-undang, menggalakkan kecekapan dan memupuk ketekalan dan kebolehmamalan dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN, dan akhirnya menyumbang kepada pembentukan dasar persaingan yang mantap.

1.2 Buku panduan asas ini telah dibangunkan dengan mengambil kira perbezaan dan peringkat pembangunan undang-undang persaingan yang berbeza dalam kalangan Negara-negara Ahli ASEAN. Buku panduan asas ini tidak berhasrat untuk menyediakan maklumat yang khusus bagi negara tertentu.

1.3 Buku panduan asas ini telah dibangunkan oleh hakim Mahkamah Persekutuan Australia untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN, dengan kerjasama rapat OECD. Ini satu daripada gugusan siri buku panduan asas undang-undang persaingan yang dibangunkan berdasarkan inisiatif ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee sebagai sebahagian daripada Competition Law Implementation Program ('CLIP').

2. Apakah keterangan mengikut keadaan?

- 2.1 Sesuatu pihak boleh membuktikan fakta yang dipersoalkan dalam sesebuah prosiding:
- melalui keterangan langsung, dengan memberi keterangan tentang fakta tersebut; atau
 - melalui keterangan mengikut keadaan, dengan memberi keterangan tentang satu atau lebih fakta, dan daripada fakta ini mahkamah mungkin perlu membuat inferens tentang fakta khusus yang dipersoalkan.
- 2.2 Perbezaan antara keterangan langsung dengan keterangan mengikut keadaan ialah, keterangan langsung tidak memerlukan proses pertimbangan berdasarkan inferens. Dalam kes kartel, keterangan langsung akan mengenal pasti perjumpaan atau komunikasi antara subjek-subjek ini dan menerangkan isi kandungan perjanjian mereka. Keterangan mengikut keadaan tidak akan mengenal pasti secara khusus unsur-unsur ini, tetapi membolehkan mahkamah membuat inferens bahawa persetujuan telah berlaku, pihak-pihak dalam perjanjian ini, dan kandungannya. Sebagai contoh, seorang pelayan yang menyaksikan perjumpaan makan tengah hari antara tiga pesaing mungkin memberi keterangan bahawa beliau terdengar dua daripada mereka mencapai persetujuan kartel dan melihat ketiga-tiga mereka saling menepuk belakang pada penghujung perjumpaan tersebut. Walaupun ini hanyalah menyediakan keterangan langsung tentang sesuatu persetujuan antara dua pesaing, seseorang hakim mungkin dapat membuat inferens tentang perjanjian kartel tiga pihak daripada keadaan berkenaan.

3. Peranan keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes undang-undang persaingan

- 3.1 Kes undang-undang persaingan jarang-jarang berasaskan secara eksklusif kepada keterangan langsung. Sebaliknya, kes-kes undang-undang persaingan, amnya berdasarkan sama ada gabungan kedua-dua keterangan, iaitu keterangan mengikut keadaan dan juga keterangan langsung, atau berdasarkan keterangan mengikut keadaan secara keseluruhannya. Apabila terdapat keterangan langsung, keterangan mengikut keadaan boleh membantu hakim dalam menilai kredibiliti keterangan tersebut. Sebagai contoh, keterangan langsung berhubung perjumpaan antara pesaing mungkin boleh disokong atau disangkal oleh keterangan mengikut keadaan, seperti rekod perjalanan.
- 3.2 Keterangan mengikut keadaan diterima di setiap negara OECD dan di pelbagai bidang kuasa lain. Ini mencerminkan betapa pentingnya keterangan jenis ini dalam memastikan penguatkuasaan undang-undang persaingan yang berjaya.

- 3.3 Dalam kes-kes kartel, pengendali kartel yang sofistikated menyedari bahawa perlakuan mereka menyalahi undang-undang dan bahawa pelanggan mereka akan membantah perlakuan tersebut sekiranya mereka tahu tentang hal ini. Mereka mungkin mengambil langkah untuk menyembunyikan perlakuan mereka dan mengelak daripada menyertai pengaturan formal yang terdokumen. Lazimnya merentas pelbagai bidang kuasa, kartel turut termasuk perjanjian tidak formal, persefahaman, “pertemuan minda (meeting of minds), atau apa-apa bentuk “komitmen secara sadar tentang skim yang dikongsi bersama”. Usaha penyembunyian ini bermaksud mungkin tidak terdapat keterangan langsung tentang perjanjian kartel formal. Dalam hal sedemikian, keterangan terbaik yang mungkin ada tentang sesuatu perjanjian antara pesaing ialah keterangan mengikut keadaan dalam bentuk komunikasi antara mereka.
- 3.4 Negara yang mempunyai regim penguatkuasaan baharu dan/atau yang tidak mempunyai budaya persaingan yang kukuh mungkin menghadapi rintangan khusus dalam memperoleh keterangan, dan khususnya keterangan langsung bagi perlakuan antipersaingan. Negara ini mungkin tidak mempunyai program kelonggaran yang berkesan (sumber utama keterangan langsung), dan ia juga tidak mampu menghasilkan kerjasama antara individu atau perniagaan yang terlibat dalam aktiviti ekonomi yang boleh memudahkan pengumpulan bukti keterangan. Selain itu, memperoleh keterangan langsung tentang perjanjian kartel memerlukan kuasa, alat dan teknik siasatan khas, yang mungkin tidak terdapat dalam kalangan pihak berkuasa yang kurang berpengalaman atau baharu. Ini mungkin bermaksud bahawa agensi persaingan dalam bidang kuasa seperti ini akan mendapati lebih sukar untuk menghasilkan keterangan langsung dalam kes-kes kartel, dan perlu lebih bergantung kepada keterangan mengikut keadaan.
- 3.5 Salah tanggapan yang lazim berlaku ialah sesebuah kes yang berasaskan keterangan langsung sudah pastinya lebih kukuh daripada yang berdasarkan keterangan mengikut keadaan. Ini bukanlah tanggapan yang sentiasa tepat. Sesebuah kes yang berasaskan sepenuhnya kepada keterangan langsung daripada satu atau lebih saksi akan dipatahkan sekiranya mahkamah mendapati bahawa kredibilitinya tidak cukup kuat. Sementara itu, keterangan mengikut keadaan boleh menegaskan dengan teguh pelanggaran sehinggakan tiada inferens munasabah lain yang terbuka untuk penghujahan.
- 3.6 Bergantung kepada standard bukti yang diperlukan dalam sesuatu kes tertentu, inferens yang mahkamah perlu lakukan daripada keterangan berkaitan mungkin satu-satunya inferens munasabah yang ada, bahkan kemungkinan besar, satu-satunya keterangan yang ada.

4. Jenis keterangan mengikut keadaan yang berbeza

- 4.1 Terdapat beberapa jenis keterangan mengikut keadaan yang berbeza yang boleh membantu mahkamah. Dalam kes kartel, contohnya, keterangan mengikut keadaan secara am boleh dibahagikan kepada keterangan komunikasi dan keterangan ekonomi.
- 4.2 Keterangan komunikasi mengikut keadaan ialah keterangan bahawa komunikasi antara pesaing telah berlangsung, walaupun tidak semestinya mendedahkan kandungan komunikasi berkenaan. Keterangan komunikasi mengikut keadaan boleh termasuk:
 - a. rekod telefon, seperti log panggilan dan data penjejakan lokasi;
 - b. catatan diari atau kalendar;
 - c. rekod kewangan, seperti resit makanan atau penginapan, yang meletakkan para pesaing di lokasi yang sama pada masa yang sama;
 - d. Nota daripada perjumpaan ini, yang mungkin mencatatkan kehadiran dan topik-topik luas yang diperbincangkan; dan
 - e. Dokumen dalaman yang menunjukkan komunikasi telah berlaku antara para pesaing.
- 4.3 Keterangan ekonomi mengikut keadaan termasuklah keterangan perlakuan dan keterangan struktur. Secara ideal, kedua-dua jenis keterangan ini perlu diambil kira.
- 4.4 Keterangan tentang perlakuan ialah keterangan bahawa pesaing berkelakuan berlandaskan kewujudan persetujuan kartel yang didakwa. Keterangan tentang perlakuan adalah yang paling meyakinkan jika keterangan ini tidak boleh dijelaskan melalui daya pasaran biasa atau perlakuan perniagaan persaingan. Seseorang hakim perlu mempertimbangkan sama ada sesuatu perlakuan tertentu boleh berlaku tanpa kewujudan kartel, dengan memberi pertimbangan kepada kepentingan komersial dan ekonomi unilateral para pesaing. Keterangan perlakuan boleh termasuk keterangan perlakuan sejajar, pola pembidaan, pertukaran maklumat antara pesaing, keuntungan yang luar biasa tinggi daya tahannya dan pelanggaran undang-undang persaingan pada masa lalu.
- 4.5 Keterangan struktur ialah keterangan yang menjelaskan mengapa ciri-ciri struktur tertentu menjadikan pasaran tertentu lebih terdedah dan mudah dipengaruhi oleh perlakuan kartel. Keterangan struktur tidak dengan sendirinya memadai untuk menunjukkan wujudnya perlakuan kartel, tetapi boleh mempengaruhi penilaian hakim tentang kemungkinan berlakunya perlakuan seperti ini di pasaran tertentu. Keterangan struktur termasuklah keterangan tentang bilangan pesaing, konsentrasi

pasaran, halangan kemasukan, penyepaduan menegak, ketelusan penetapan harga dan keseragaman produk. Inilah contoh keterangan ekonomi yang lazim, yang dibincangkan secara lebih terperinci dalam CLIP Competition Primer tentang 'Ekonomi' (Economics) dan 'Keterangan pakar' (Expert evidence).

5. Menilai keterangan secara holistik (menyeluruh)

- 5.1 Secebis keterangan mengikut keadaan mungkin mampu menyokong beberapa inferens, sesetengahnya mungkin bercanggah (lihat 5.2 et seq. dalam CLIP Competition Primer tentang 'Salah Guna Dominans' (Abuse of Dominance). Sebagai contoh, potongan harga boleh secara munasabah menghasilkan inferens tentang penetapan harga pemangsa atau inferens tentang perlakuan persaingan. Atas sebab itu, keterangan mengikut keadaan tidak boleh dinilai tanpa merujuk kepada perkara-perkara lain (in a vacuum).
- 5.2 Inferens atau inferens-inferens yang boleh dibuat daripada keterangan mengikut keadaan hendaklah dinilai oleh hakim secara holistik, dengan berpandukan semua keterangan yang ada. Misalnya, dalam kes kartel yang keterangan menunjukkan:
- panggilan telefon antara para pesaing pada tiga tarikh berasingan;
 - peningkatan harga secara sejajar oleh para pesaing tersebut dalam tempoh beberapa hari selepas setiap panggilan telefon; dan
 - struktur pasaran oligopoli.
- 5.3 Sekiranya contoh yang diberi di atas diambil kira secara individu, tiada satu pun cebis keterangan mengikut keadaan, secara tunggal akan memberi asas yang memadai untuk membolehkan inferens dibuat bahawa telah berlaku pakatan sulit. Walau bagaimanapun, penilaian kumulatif ketiga-tiganya, mungkin menghasilkan inferens yang munasabah bahawa telah terjadi perlakuan kartel. Pertimbangan ini terpakai bagi pelbagai keadaan di mana beberapa keterangan mengikut keadaan telah digunakan sebagai sandaran, memandangkan lazimnya, satu keterangan mengikut keadaan tunggal mungkin tidak memberi inferens yang muktamad tentang perlakuan antipersaingan.

6. Contoh keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes kartel

- 6.1 Di Australia, berikut adalah beberapa contoh kes kartel di mana keterangan mengikut keadaan telah memainkan peranan penting:
- Keterangan langsung perjanjian antara pengendali hotel untuk berhenti memberi diskaun harga bagi bir yang disertakan dalam pakej telah terdedah

dalam perbicaraan, selepas saksi utama gagal berpegang teguh kepada kenyataan yang dibuat olehnya lebih awal. Inferens bahawa wujud perjanjian yang didakwa masih dapat dibuat, termasuk berdasarkan keterangan mengikut keadaan komunikasi dan perlakuan.

- b. Syarikat pembinaan yang membida projek kerajaan didapati melakukan pakatan sulit semasa proses pembidaan berkaitan. Syarikat yang tidak mahu memenangi tender telah berusaha untuk memberi “harga cover” (harga yang ditetapkan dengan niat untuk tidak memenangi bida) untuk projek tersebut. Inferens telah dibuat bahawa terdapat perjanjian bahawa syarikat yang berusaha membida dengan harga cover akan membida lebih tinggi daripada harga tersebut, manakala syarikat yang menawarkan harga cover akan membida di bawah harga tersebut.
- c. Pengilang kabel telah didapati terlibat dalam manipulasi bida dalam sebuah tender pembekalan kabel darat voltan tinggi kepada sebuah projek hidroelektrik. Inferens telah dibuat bahawa pengilang yang dimaksudkan telah meminta layanan “istimewa” dalam proses tender bagi projek ini, sekali gus memberi kesan pengaturan kartel global antara pembekal kabel Eropah dan Jepun untuk pengagihan projek di seluruh dunia.

7. Sumber maklumat berkaitan

- 7.1 Sumber berikut memberi maklumat lanjut berhubung penggunaan keterangan mengikut keadaan dalam kes-kes undang-undang persaingan. Bahan ini mungkin berguna sebagai rujukan am untuk para hakim di Negara-negara Ahli ASEAN:
 - a. OECD Competition Policy Roundtables, [*Prosecuting cartels without direct evidence*](#), 2006
 - b. Arahan Dasar OECD (OECD Policy Brief), [*Prosecuting cartels without direct evidence of agreement*](#), Jun 2007
 - c. Justice Mansfield, [*Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974*](#), 24 Mei 2008
 - d. Suruhanjaya Persaingan dan Pengguna A (Australian Competition and Consumer Commission), [*Cartels case studies & legal cases*](#)
 - e. Rangkaian Persaingan Antarabangsa, [*Proving agreement or concerted practice with indirect evidence*](#)



คู่มือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
สำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน
2018



FEDERAL COURT
OF AUSTRALIA



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

บทที่ II:

พยานแวดล้อมในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
- เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN));
 - เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทวนคำพิพากษาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
 - ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD
- คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกหลายฉบับที่พัฒนาขึ้นจากความริเริ่มของคณะกรรมการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

2. พยานแวดล้อมคืออะไร (What is circumstantial evidence?)

- 2.1 คู่ความอาจพิสูจน์ประเด็นข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดี:
- ด้วยพยานหลักฐานทางตรง โดยการนำสืบพยานหลักฐานข้อเท็จจริงนั้น; หรือ
 - ด้วยพยานแวดล้อม โดยการนำสืบพยานหลักฐานข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลอนุมานประเด็นข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นได้

2.2 ความแตกต่างระหว่างพยานหลักฐานทางตรงและพยานแวดล้อมกรณี คือ พยานหลักฐานทางตรงไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการให้เหตุผลแบบอนุมาน (inferential reasoning) ในกรณีกลุ่มบริษัทที่ตกลงราคาขายร่วมกันเพื่อไม่ให้มีการแข่งขันกัน (คาร์เทล (cartel)) พยานหลักฐานทางตรงจะพิสูจน์เรื่องการประชุมหรือการสื่อสารระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องและอธิบายเนื้อหาของความตกลง พยานแวดล้อมกรณีจะไม่พิสูจน์องค์ประกอบเหล่านี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่จะทำให้ศาลสามารถอนุมานการเกิดขึ้นของความตกลง คู่ความ และเนื้อหาได้ ตัวอย่างเช่น พนักงานเสิร์ฟ ณ ที่ประชุมมือกลางวันระหว่างคู่แข่งทางการค้าสามรายอาจให้การว่าพนักงานเสิร์ฟได้ยินว่าคู่แข่งทางการค้าสองรายทำความตกลงคาร์เทลกันและเห็นว่าคู่แข่งทางการค้าทั้งสามรายตบหลังกันเบาๆ เมื่อการประชุมเสร็จสิ้น แม้ว่ากรณีนี้มีแค่ความตกลงระหว่างคู่แข่งทางการค้าสองรายเท่านั้นที่เป็นพยานหลักฐานทางตรง ผู้พิพากษาก็อาจจะอนุมานความตกลงคาร์เทลแบบไตรภาคี (tripartite cartel agreement) จากพฤติการณ์แวดล้อมได้

3. หน้าที่ของพยานแวดล้อมกรณีในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Role of circumstantial evidence in competition law cases)

- 3.1 น้อยครั้งที่คดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่อยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานทางตรงเพียงอย่างเดียว โดยทั่วไปแล้ว คดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักอยู่บนพื้นฐานของการรวมกันของทั้งพยานแวดล้อมกรณีและพยานหลักฐานทางตรงหรือพยานแวดล้อมกรณีทั้งหมด กรณีที่มีพยานหลักฐานทางตรง พยานแวดล้อมกรณีอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษาในการประเมินความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานทางตรงเกี่ยวกับการประชุมระหว่างคู่แข่งทางการค้านั้น อาจมีพยานแวดล้อมกรณีที่ช่วยสนับสนุนหรือขัดแย้งกับพยานนั้น เช่น บันทึกการเดินทาง
- 3.2 พยานแวดล้อมกรณีนั้นได้รับการยอมรับในศาลของประเทศสมาชิก OECD ทุกประเทศและประเทศอื่นๆทั่วโลก สิ่งนี้สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของพยานหลักฐานประเภทนี้ว่าประสบความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
- 3.3 ในคดีฮั่ว ผู้ร่วมก่อการที่มีความชำนาญตระหนักดีว่าการกระทำของตนมีขอบด้วยกฎหมายและหากลูกค้าของพวกเขาล่วงรู้ความจริงก็ย่อมต่อต้านการกระทำดังกล่าว พวกเขาจึงอาจใช้มาตรการปกปิดการกระทำและหลีกเลี่ยงในการเข้าทำความตกลงทางเอกสารอย่างเป็นทางการ วางกันโดยแท้จริงแล้ว โดยทั่วไปนั้น การฮั่วมีความหมายรวมถึงความตกลงอย่างไม่เป็นทางการ บันทึกความเข้าใจ ความเข้าใจหรือความตกลง (meeting of minds) หรือข้อตกลงของแผนการร่วมกัน ความพยายามในการปกปิดการกระทำของตนหมายถึงพยานหลักฐานทางตรงของความตกลงคาร์เทลอย่างเป็นทางการอาจไม่มีอยู่ในกรณีดังกล่าว พยานหลักฐานที่ดีที่สุดในฐานะที่เป็นความตกลงที่มีอยู่ระหว่างคู่แข่งทางการค้านั้นได้แก่พยานแวดล้อมกรณีที่เป็นการสื่อสารระหว่างพวกเขา
- 3.4 ประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายใหม่ที่ใหม่และ/หรือขาดวัฒนธรรมการแข่งขันที่แข็งแกร่งอาจเผชิญกับอุปสรรคเฉพาะในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางตรงที่เป็นการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

ประเทศนั้นอาจไม่มีมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (effective leniency programme) (ซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญของพยานหลักฐานทางตรงในคดีการฮั้ว) หรือไม่สามารถสร้างความร่วมมือระหว่างปัจเจกบุคคลหรือธุรกิจต่างๆที่มีส่วนรวมกันในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (economic activity) ที่จะช่วยอำนวยความสะดวกในการรวบรวมพยานหลักฐาน นอกจากนี้ การได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางตรงของความตกลงการฮั้วอาจจำเป็นต้องใช้อำนาจเครื่องมือและเทคนิคการสอบสวนพิเศษซึ่งหน่วยงานที่อ่อนประสบการณ์หรือหน่วยงานใหม่ยังไม่มีควมพร้อม ซึ่งทั้งหมดนี้หมายความว่าหน่วยงานการแข่งขันทางการค้าในประเทศนั้นๆอาจได้รับความยุ่งยากอย่างมากในการค้นหาพยานหลักฐานทางตรงในกรณีการฮั้วและอาจต้องอาศัยพยานแวดล้อมกรณีมากขึ้น

3.5 ความเข้าใจผิดที่มักเกิดขึ้นคือคดีที่อาศัยพยานหลักฐานทางตรงนั้นย่อมมีความหนักแน่นกว่าคดีที่อาศัยพยานแวดล้อมกรณี แต่ความเข้าใจดังกล่าวไม่ถูกต้องเสมอไป คดีที่อาศัยพยานหลักฐานทางตรงทั้งหมดอาจตกไป หากศาลชี้ขาดว่าพยานหลักฐานดังกล่าวขาดความน่าเชื่อถือ ในขณะที่พยานแวดล้อมกรณีอาจบ่งชี้ถึงการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดเจนจนไม่มีเหตุผลให้ศาลต้องอนุมาน

3.6 ขึ้นอยู่กับมาตรฐานการพิสูจน์ (standard of proof) ที่ต้องมีในคดีใดโดยเฉพาะ เหตุที่ศาลอนุมานจากพยานหลักฐานอาจเป็นเพียงการอนุมานที่มีเหตุผลหรือการอนุมานที่มีเหตุผลที่มีความเป็นไปได้สูงเท่านั้นก็ได้

4. ประเภทของพยานแวดล้อมกรณี (Different types of circumstantial evidence)

4.1 พยานแวดล้อมกรณีมีหลายประเภทที่อาจเป็นประโยชน์แก่ศาล ตัวอย่างเช่น ในคดีการฮั้ว พยานแวดล้อมกรณีอาจแบ่งเป็น พยานหลักฐานการสื่อสาร (communication evidence) และพยานหลักฐานด้านเศรษฐศาสตร์ (economic evidence)

4.2 พยานแวดล้อมกรณีการสื่อสาร (circumstantial communication evidence)

คือพยานหลักฐานที่เป็นการสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างคู่แข่งทางการค้า โดยอาจไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหา พยานแวดล้อมกรณีการสื่อสารอาจรวมถึง:

- a. บันทึกโทรศัพท์ (phone records) เช่น บันทึกการโทรเข้าออก (call logs) และข้อมูลการระบุตำแหน่งที่ตั้ง (location tracking data);
- b. สมุดบันทึก (diary) หรือการจดบันทึกปฏิทิน (calendar entries);
- c. ข้อมูลทางการเงิน (financial records) เช่น ใบเสร็จค่าอาหารหรือที่อยู่คู่แข่งทางการค้าจ่ายเงิน ณ ทำเลที่ตั้งและเวลาเดียวกัน; และ
- d. เอกสารภายในที่บ่งชี้ว่าการสื่อสารเกิดขึ้นระหว่างคู่แข่งทางการค้า

4.3 พยานแวดล้อมกรณีด้านการสื่อสารรวมถึงพยานหลักฐานการกระทำ (conduct evidence) และพยานหลักฐานทางโครงสร้าง (structural evidence) ตามหลักการแล้ว พยานหลักฐานทั้งสองประเภทควรได้รับการพิจารณา

4.4 พยานหลักฐานการกระทำ (conduct evidence)

คือพยานหลักฐานที่คู่แข่งทางการค้ากระทำอย่างสม่ำเสมอในขณะที่มีความตกลงการฮั้วตามที่ถูกลง

าวหา พยานหลักฐานการกระทำจะโน้มน้าวใจมากที่สุด หากพยานหลักฐานดังกล่าวไม่สามารถอธิบายได้โดยความต้องการของตลาดปกติ (ordinary market forces) หรือพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจ (competitive business behaviour) ผู้พิพากษาควรพิจารณาว่าหากไม่มีความตกลงการชั่วแล้ว พฤติกรรมเฉพาะนี้น่าจะยังเกิดขึ้นอยู่อีกหรือไม่ โดยพิจารณาจากผลประโยชน์ด้านการค้าและเศรษฐกิจแต่เพียงฝ่ายเดียวของคุณแข่งขันทางการค้า พยานหลักฐานการกระทำอาจรวมไปถึงพยานหลักฐานที่เป็นการกระทำคู่ขนาน (parallel conduct), รูปแบบการประมูล (bidding pattern), การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งทางการค้า (information exchanges between competitors) ผลกำไรที่สูงผิดปกติอย่างต่อเนื่อง (abnormally high sustainable profits) และการฝ่าฝืนกฎหมายทางการค้าที่เกิดขึ้นในอดีต

4.5 พยานหลักฐานทางโครงสร้าง (structural evidence)

คือพยานหลักฐานที่อธิบายสาเหตุของลักษณะเด่นทางโครงสร้างบางประการที่ทำให้ตลาดบางแห่งเป็นที่น่าสงสัยว่ามีการชั่วเกิดขึ้น

พยานหลักฐานทางโครงสร้างด้วยตัวของมันเองไม่เพียงพอที่จะแสดงว่ามีการชั่วเกิดขึ้น

แต่อาจจะมีผลต่อการที่ศาลประเมินกำไรของการกระทำนั้นในตลาดเฉพาะ

พยานหลักฐานทางโครงสร้างรวมถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับจำนวนคู่แข่งทางการค้า การกระจุกตัวของตลาด (market concentration) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry), การควบรวมกิจการแบบแนวตั้ง (vertical integration), ความโปร่งใสของราคา (pricing transparency) และความเหมือนกันของสินค้า (homogeneity of products)

มีตัวอย่างทั่วไปของพยานหลักฐานเชิงเศรษฐศาสตร์ซึ่งมีรายละเอียดปรากฏอยู่ในคู่มือข้อมูลเบื้องต้น แผนการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าว่าด้วย 'เศรษฐศาสตร์' และ 'พยานผู้เชี่ยวชาญ' (CLIP Competition Primer on 'Economics' and 'Expert evidence')

5. การประเมินพยานหลักฐานแบบบูรณาการ (Assessing evidence holistically)

5.1 พยานแวดล้อมกรณีด้านการสื่อสารหนึ่งๆ

อาจสามารถสนับสนุนการอนุมานจำนวนมากซึ่งอาจขัดแย้งกันบ้าง (ดูข้อ 5.2 และข้ออื่นๆ

ในคู่มือข้อมูลเบื้องต้นแผนการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าว่าด้วย

'การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย' - CLIP Competition Primer on 'Abuse of Dominance') ตัวอย่างเช่น การตัดราคา (price cut)

อาจทำให้การอนุมานการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing)

หรือการอนุมานพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล ด้วยเหตุนี้

พยานแวดล้อมกรณีจึงไม่ควรถูกประเมินโดยแยกต่างหากจากกัน

5.2 การอนุมานจากพยานแวดล้อมกรณีควรได้รับการประเมินโดยศาลอย่างบูรณาการโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่มีอยู่ทั้งหมดร่วมกัน ยกตัวอย่างคดีการชั่วซึ่งพยานหลักฐานแสดงให้เห็นถึง:

- a. การพูดคุยทางโทรศัพท์ระหว่างคู่แข่งทางการค้าสามวันต่างกัน;
- b. การที่คู่แข่งทางการค้าขึ้นราคาแบบคู่ขนาน (parallel price rise) เพียงไม่กี่วันหลังจากการพูดคุยทางโทรศัพท์; และ
- c. โครงสร้างการตลาดแบบตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย (oligopoly)

5.3 ตามตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาแยกกันแล้ว พยานหลักฐานแต่ละชิ้นด้วยตัวของมันเองไม่มีพื้นฐานที่เพียงพอที่จะอนุมานการสมรู้ร่วมคิดได้ อย่างไรก็ตาม การประเมินพยานหลักฐานทั้งสามชิ้นร่วมกันเป็นเหตุให้การอนุมานการกระทำคาร์เทลมีความเป็นเหตุเป็นผล การพิจารณานี้ปรับใช้กับตัวอย่างได้อีกหลายตัวอย่างซึ่งอาศัยพยานแวดล้อมกรณี เนื่องจากพยานหลักฐานชิ้นเดียวอาจไม่สามารถให้พยานหลักฐานอันเป็นที่ยุติของการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันได้

6. ตัวอย่างพยานแวดล้อมกรณีในคดีการฮั้ว (Examples of circumstantial evidence in cartel cases)

6.1 ในประเทศออสเตรเลีย

พยานแวดล้อมกรณีมีบทบาทสำคัญในคดีการฮั้วตามตัวอย่างดังต่อไปนี้

- a. พยานหลักฐานทางตรงของความตกลงระหว่างเจ้าของโรงแรมในการยกเลิกแพคเกจเบียร์ลดราคารันเป็นอันตกไปในระหว่างการพิจารณาคดี หลังจากพยานสำคัญไม่สามารถยืนยันต่อศาลถึงความจริงของตนเองได้ การมีอยู่ของความตกลงที่ถูกกล่าวหา นั้น รวมไปถึงจากพยานแวดล้อมกรณีการสื่อสารและพยานหลักฐานการกระทำด้วย
- b. บริษัทก่อสร้างเข้าประมูลโครงการของรัฐบาลถูกพบว่ากระทำการสมรู้ร่วมคิดกันในช่วงการประมูล บริษัทที่ไม่ประสงค์จะชนะการยื่นประมูล (tender) จะหาราคาปก (cover price) สำหรับโครงการนี้ กรณีสามารถอนุมานได้ว่ามีความตกลงว่าบริษัทที่หาราคาสูงนั้นจะยื่นประมูลกว่าราคานั้น ในขณะที่บริษัทที่ประสงค์จะชนะการประมูลจะเสนอราคาต่ำกว่าราคาปก
- c. ผู้ผลิตเคเบิลถูกพบว่ามีส่วนร่วมในการฮั้วการประมูล (bid rigging) ในการยื่นประมูลในการจัดหาสายเคเบิลพื้นดินที่มีแรงดันไฟฟ้าแรงสูงให้กับโครงการไฟฟ้าพลังน้ำ (hydro electricity) กรณีสามารถอนุมานได้ว่าผู้ผลิตดังกล่าวร้องขอสิทธิพิเศษ (preference) ในการยื่นประมูลในโครงการนี้ จึงส่งผลกระทบต่อความตกลงคาร์เทลระดับโลกระหว่างผู้จำหน่ายสายเคเบิลของยุโรปและญี่ปุ่นในการจัดสรรโครงการทั่วโลก

7. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information sources)

7.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้พยานหลักฐานแวดล้อมคดีกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

- a. OECD Competition Policy Roundtables, [Prosecuting cartels without direct evidence](#), 2006
- b. OECD Policy Brief, [Prosecuting cartels without direct evidence of agreement](#), June 2007

- c. Justice Mansfield, [*Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974*](#), 24 May 2008
- d. Australian Competition and Consumer Commission, [*Cartels case studies & legal cases*](#)
- e. International Competition Network, [*Proving agreement or concerted practice within direct evidence*](#)



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

Bằng chứng gián tiếp trong bối cảnh luật cạnh tranh

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 phức tạp của chuyên gia 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. Bằng chứng gián tiếp là gì?

2.1 Một bên có thể chứng minh một sự việc đang được xét xử trong một vụ kiện:

- a. với bằng chứng trực tiếp, bằng cách đưa ra bằng chứng hàng đầu của sự việc đó; hoặc
- b. với bằng chứng gián tiếp, bằng cách đưa ra bằng chứng hàng đầu về một hay nhiều sự việc khác mà dựa vào đó tòa án có thể suy ra sự việc cụ thể đang được xét xử.

2.2 Sự khác biệt giữa bằng chứng trực tiếp và gián tiếp là bằng chứng trực tiếp không cần có quá trình suy luận diễn giải. Trong trường hợp bằng nhóm, bằng chứng trực tiếp sẽ xác định buổi họp mặt hoặc nói chuyện giữa các đối tượng và miêu tả nội dung thỏa thuận của họ. Bằng chứng gián tiếp sẽ không xác định cụ thể các yếu tố này, nhưng sẽ cho phép tòa án suy luận rằng thỏa thuận đã diễn ra, các bên tham gia, và nội dung của thỏa thuận đó.

Ví dụ, một cô hầu bàn trong cuộc họp ăn trưa giữa ba đối thủ cạnh tranh có thể đưa ra bằng chứng là cô ta nghe thấy hai người trong số họ đạt được thỏa thuận bằng nhóm và thấy cả ba vỗ vào lưng nhau vào cuối cuộc họp. Mặc dù điều này chỉ cung cấp bằng chứng trực tiếp về thỏa thuận giữa hai đối thủ cạnh tranh, khả năng là quan tòa có thể suy đoán ra thỏa thuận giữa ba bên từ các tình huống được đưa ra.

3. Vai trò của bằng chứng gián tiếp trong các vụ kiện liên quan đến luật cạnh tranh

- 3.1 Các vụ kiện liên quan đến luật cạnh tranh hiếm khi dựa hoàn toàn vào bằng chứng trực tiếp. Thay vào đó, chúng thường được dựa vào hoặc kết hợp cả bằng chứng trực tiếp và gián tiếp, hoặc dựa hoàn toàn vào bằng chứng gián tiếp. Khi có bằng chứng trực tiếp, bằng chứng gián tiếp có thể trợ giúp quan tòa đánh giá độ tin cậy của bằng chứng trực tiếp. Ví dụ, bằng chứng trực tiếp liên quan đến cuộc họp của các đối thủ cạnh tranh có thể được chứng thực bởi hoặc mâu thuẫn với bằng chứng gián tiếp, ví dụ như hồ sơ đi lại.
- 3.2 Bằng chứng gián tiếp được chấp nhận ở tất cả các quốc gia OECD và nhiều khu vực pháp lý khác. Điều này phản ánh tầm quan trọng của loại bằng chứng này đối với việc thực thi thành công luật cạnh tranh.
- 3.3 Trong trường hợp các bằng nhóm, những người điều hành bằng nhóm nhận thấy hành vi của họ là trái pháp luật và khách hàng của họ sẽ phản đối hành vi đó nếu biết. Họ có thể thực hiện các biện pháp che giấu hành vi của mình và tránh tham gia

vào các thỏa thuận chính thức, có ghi chép lại. Thật vậy, điều thường thấy ở các khu vực pháp lý là các băng nhóm có các thỏa thuận không chính thức, hiểu nhau, ý tưởng lớn gặp nhau (meeting of minds), hoặc “một cam kết có ý thức với một chương trình chung”. Nỗ lực che giấu này có nghĩa là có thể không có bằng chứng trực tiếp cho một thỏa thuận chính thức của băng nhóm. Trong những trường hợp như vậy, bằng chứng tốt nhất có được về thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh là bằng chứng gián tiếp về giao tiếp giữa họ.

- 3.4 Một quốc gia với chế độ thi hành mới và/hoặc thiếu văn hóa cạnh tranh mạnh mẽ có thể gặp phải những khó khăn nhất định trong việc có được bằng chứng, đặc biệt là bằng chứng trực tiếp về hành vi chống cạnh tranh. Quốc gia đó có thể không có chương trình khoan hồng hiệu quả (nguồn bằng chứng trực tiếp chính) và cũng không có khả năng hợp tác các cá nhân hay doanh nghiệp liên quan trong hoạt động kinh tế để thu thập bằng chứng. Hơn nữa, để có được bằng chứng trực tiếp về thỏa thuận băng nhóm, cần phải có sức mạnh, công cụ và kỹ thuật điều tra đặc biệt mà các cơ quan thẩm quyền mới hoặc ít kinh nghiệm chưa có được. Điều này có thể có nghĩa là các đối tượng cạnh tranh ở những khu vực pháp lý như vậy sẽ gặp khó khăn hơn trong việc đưa ra bằng chứng trực tiếp trong các vụ liên quan đến băng nhóm, và phải dựa nhiều hơn vào bằng chứng gián tiếp.
- 3.5 Một quan niệm sai lầm là một vụ xét xử dựa vào bằng chứng trực tiếp luôn có tính thuyết phục hơn vụ dựa vào bằng chứng gián tiếp. Điều này không phải lúc nào cũng đúng. Một vụ dựa hoàn toàn vào bằng chứng trực tiếp sẽ thua nếu chứng cứ của họ bị tòa án thấy không đáng tin cậy. Trong khi đó, bằng chứng gián tiếp có thể chứng minh sự vi phạm một cách thuyết phục tới mức không có khả năng có suy luận hợp lý nào khác nữa.
- 3.6 Tùy thuộc vào tiêu chuẩn bằng chứng được yêu cầu trong trường hợp cụ thể, suy luận mà tòa án đưa ra dựa vào bằng chứng có thể cần là suy luận hợp lý duy nhất có được hoặc chỉ đơn thuần là suy luận có khả năng nhất.

4. Các loại bằng chứng gián tiếp khác nhau

- 4.1 Có các loại bằng chứng gián tiếp khác nhau có thể trợ giúp tòa án. Ví dụ trong vụ án liên quan đến băng nhóm, bằng chứng gián tiếp có thể được phân loại thành bằng chứng giao tiếp và bằng chứng kinh tế.
- 4.2 Bằng chứng gián tiếp thuộc loại giao tiếp là bằng chứng về việc giao tiếp đã diễn ra giữa các đối thủ cạnh tranh, mặc dù không nhất thiết liên quan đến nội dung của giao tiếp. Bằng chứng giao tiếp gián tiếp có thể bao gồm:
 - a. hồ sơ điện thoại, như nhật ký cuộc gọi và dữ liệu theo dõi vị trí;
 - b. nhật ký hoặc ghi chép trên lịch

- c. hồ sơ tài chính, như hóa đơn chỗ ở hay điện thoại, việc sắp xếp cho các đối thủ cạnh tranh vào cùng địa điểm cùng thời gian;
 - d. ghi chép từ các cuộc họp, có thể ghi lại ai tham gia và chủ đề chung của cuộc thảo luận; và
 - e. tài liệu nội bộ cho thấy cuộc giao tiếp đã được thực hiện giữa các đối thủ cạnh tranh.
- 4.3 Bằng chứng kinh tế gián tiếp bao gồm bằng chứng hành vi và bằng chứng cấu trúc. Cả hai loại bằng chứng nên được xem xét một cách lý tưởng.
- 4.4 Bằng chứng hành vi là bằng chứng cho thấy các đối thủ đã hành xử đúng như trong thỏa thuận bị cáo buộc của bằng nhóm. Bằng chứng hành vi sẽ là bằng chứng thuyết phục nhất nếu nó không thể được giải thích bằng các lực lượng thị trường thông thường hay hành xử kinh doanh cạnh tranh. Quan tòa nên xem xét liệu có một hành vi cụ thể có thể đã xảy ra nếu không có bằng nhóm hay không, xem xét đến lợi ích kinh tế và thương mại đơn phương của các đối thủ cạnh tranh. Bằng chứng hành vi có thể bao gồm bằng chứng về hành vi song song, mô hình đấu thầu, trao đổi thông tin giữa các đối thủ cạnh tranh, lợi nhuận cao bất bình thường, và tiền sử vi phạm luật cạnh tranh.
- 4.5 Bằng chứng cấu trúc là bằng chứng giải thích tại sao những đặc điểm cấu trúc nhất định làm cho một thị trường cụ thể dễ bị ảnh hưởng bởi hành vi bằng nhóm hơn. Bằng chứng cấu trúc tự nó không đủ để cho thấy sự tồn tại của hành vi bằng nhóm nhưng có thể ảnh hưởng đến đánh giá của quan tòa về khả năng của hành vi đó trong một thị trường cụ thể. Bằng chứng cấu trúc bao gồm bằng chứng về số lượng đối thủ cạnh tranh, sự tập trung thị trường, rào cản gia nhập, tích hợp dọc, minh bạch giá cả và tính đồng nhất của sản phẩm. Bằng chứng cấu trúc là ví dụ điển hình của bằng chứng kinh tế, được thảo luận chi tiết hơn trong Hướng dẫn Cạnh tranh CLIP (CLIP Competition Primer) ở mục 'Economics' (Kinh tế) và 'Expert evidence' (Bằng chứng giám định).

5. Đánh giá bằng chứng một cách toàn diện

- 5.1 Một bằng chứng gián tiếp có thể có khả năng hỗ trợ nhiều suy luận, trong số đó có thể có một vài suy luận có tính mâu thuẫn (xem 5.2 và các mục sau đó trong CLIP Competition Primer ở phần 'Abuse of Dominance' (Lạm dụng Thống lĩnh)). Ví dụ, việc giảm giá có thể dẫn đến suy luận có lý về giá câu mời hoặc suy luận về hành vi cạnh tranh. Vì lý do đó, không nên đánh giá riêng biệt bằng chứng gián tiếp.

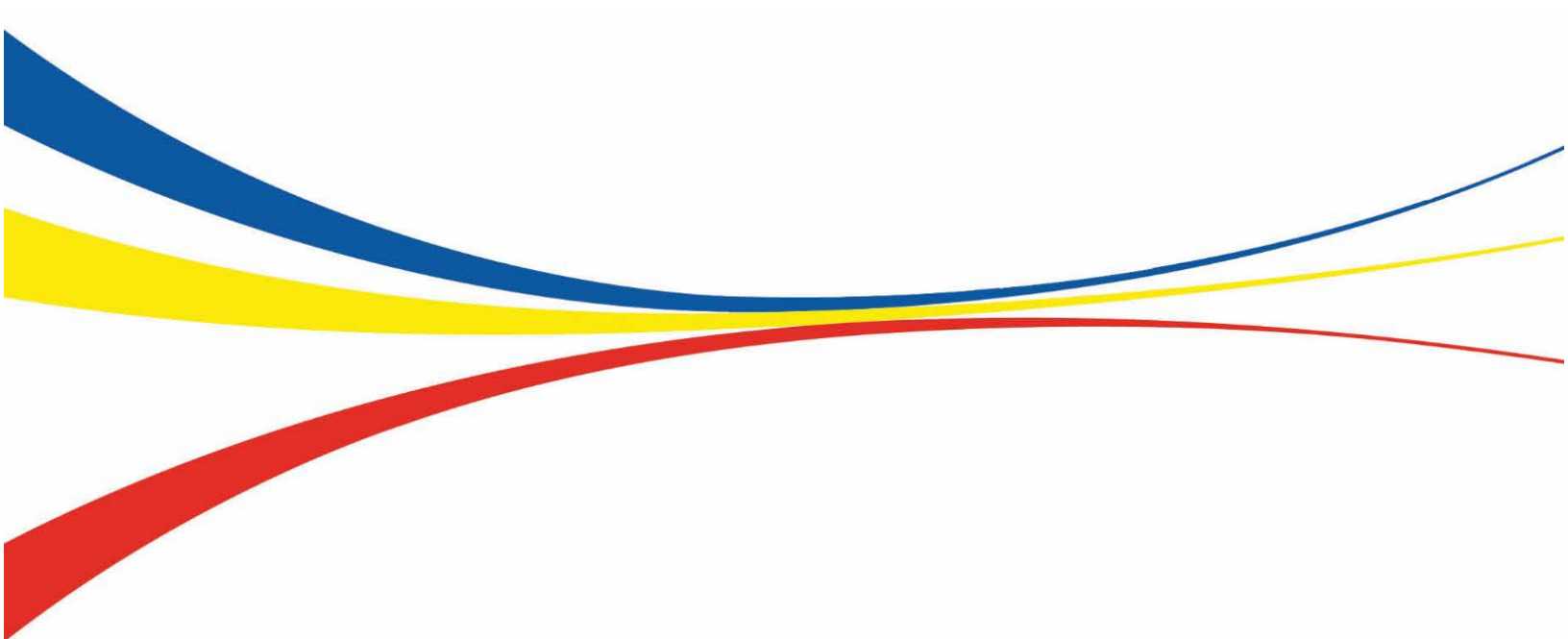
- 5.2 Suy luận hoặc các suy luận rút ra từ bằng chứng gián tiếp cần được quan tòa đánh giá một cách toàn diện, dưới ánh sáng của tất cả các bằng chứng sẵn có. Lấy ví dụ trường hợp băng nhóm, bằng chứng cho thấy:
- các cuộc gọi điện thoại giữa các đối thủ cạnh tranh vào ba ngày khác nhau;
 - tăng giá song song do các đối thủ cạnh tranh tiến hành vài ngày sau mỗi cuộc điện thoại; và
 - cấu trúc thị trường độc quyền nhóm
- 5.3 Trong ví dụ trên và xem xét riêng lẻ, không có bằng chứng gián tiếp nào mà một mình nó là đủ để đi đến kết luận suy luận. Tuy nhiên, đánh giá tổng hợp cả ba loại bằng chứng, có thể giúp suy luận hợp lý về hành vi băng nhóm. Việc xem xét này được áp dụng với nhiều trường hợp dựa vào bằng chứng gián tiếp, vì thông thường một bằng chứng gián tiếp không đủ để dẫn đến suy luận về hành vi chống cạnh tranh.

6. Ví dụ về bằng chứng gián tiếp trong các vụ xử băng nhóm

- 6.1 Ở Úc, những vụ sau là ví dụ về các vụ liên quan đến băng nhóm mà bằng chứng gián tiếp có vai trò chủ chốt:
- Bằng chứng trực tiếp về thỏa thuận giữa các chủ khách sạn ngưng giảm giá bia đóng chai bị bác bỏ tại phiên tòa sau khi nhân chứng chủ chốt không nhất quán với lời khai trước đây của mình. Vẫn có thể suy luận là đã có thỏa thuận bị cáo buộc kia, dựa vào bằng chứng hành vi và giao tiếp gián tiếp.
 - Các công ty xây dựng đấu thầu cho các dự án của chính phủ bị phát hiện đã thông đồng trong quá trình đấu thầu. Một công ty không muốn thắng thầu đã tìm kiếm “giá trần” (cover price) của dự án. Suy luận là đã có thỏa thuận đồng ý để công ty tìm kiếm giá trần sẽ trả giá cao hơn giá đó, trong khi công ty đưa ra giá trần sẽ trả giá thấp hơn giá đó.
 - Một nhà sản xuất dây cáp bị phát hiện đã tham gia thông đồng đấu thầu trong một vụ thầu cung cấp dây cáp cao thế trong lòng đất cho một dự án thủy điện. Suy luận đã được rút ra là nhà sản xuất bị nghi vấn đã yêu cầu “ưu tiên” khi đấu thầu dự án, vì vậy đã ảnh hưởng đến thỏa thuận băng nhóm toàn cầu giữ các nhà cung cấp cáp Nhật bản và châu Âu trong việc phân bổ các dự án trên khắp thế giới.

7. Các nguồn thông tin liên quan

- 7.1 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:
- a. Hội nghị bàn tròn về Chính sách Cạnh tranh OECD (OECD Competition Policy Roundtables), [Prosecuting cartels without direct evidence](#), 2006
 - b. Tóm tắt Chính sách OECD (OECD Policy Brief), [Prosecuting cartels without direct evidence of agreement](#), tháng 6 năm 2007
 - c. Justice Mansfield, [Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974](#), ngày 24 tháng 5 năm 2008
 - d. Ủy ban Cạnh tranh và Tiêu dùng Úc (Australian Competition and Consumer Commission), [Cartels case studies & legal cases](#)
 - e. Mạng lưới Cạnh tranh Quốc tế (International Competition Network), [Proving agreement or concerted practice with indirect evidence](#)



Supported by:



one vision
one identity
one community