



**NAZMI
ZAINI
CHAMBERS**

ADVOCATES & SOLICITORS | CORPORATE SECRETARY

Perjanjian Antipersaingan di Malaysia





Sekitar tahun 1776, seorang warga Scotland yang telah memelopori suatu terma '*invisible hands*' dalam sfera perbincangan ekonomi iaitu Adam Smith telah menulis dalam makalahnya, *The Wealth of Nations* bahawa "*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*" Melalui tulisannya ini, isu berkenaan pembentukan kartel dan penetapan harga (*price fixing*) antara para pengusaha yang secara langsung membunuh kebebasan pasaran dan merugikan pengguna merupakan perkara yang telah berlaku sejak sekian lama sejak manusia mengenali erti perdagangan.

Persaingan antara perusahaan merupakan intipati dan nadi bagi suatu pasaran bebas. Teorinya adalah, dengan melalui persaingan, perusahaan akan memberikan tawaran harga yang terbaik bagi barangan atau perkhidmatan mereka serta menggalakan inovasi dan kreativiti demi menarik pelanggan dalam pasaran yang akhirnya akan menguntungkan pengguna. Persaingan dalam pasaran juga boleh menjamin kesamarataan dalam pasaran untuk mana-mana perusahaan-perusahaan samaada baharu atau sedia ada untuk menjalankan perniagaan mereka.

Di Malaysia, undang-undang berkenaan persaingan, secara relatif, masih lagi baharu melalui pengubalan Akta Persaingan 2010 ('**Akta**') yang dikawalselia oleh Suruhanjaya Persaingan Malaysia ('**MyCC**'). Dalam artikel ini, perbincangan utama akan menyetengahkan berkenaan Bab 1 Akta tersebut iaitu berkenaan dengan perjanjian anti persaingan serta ulasan-ulasan terhadap kes yang telah diputuskan samaada melalui Mahkamah atau Tribunal Rayuan Persaingan ('**Tribunal**').

Apakah yang dimaksudkan dengan perjanjian antipersaingan? Menurut Seksyen 4(1) Akta tersebut, suatu perjanjian antipersaingan didefinisikan sebagai '*suatu perjanjian mendatar atau menegak antara perusahaan dilarang setakat yang perjanjian itu mempunyai matlamat atau kesan menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan.*'

Perjanjian mendatar merujuk kepada perjanjian antara suatu perusahaan yang beroperasi dalam peringkat yang sama dalam segi pengeluaran atau pendedaran¹. Rajah 1 di bawah memberi gambaran secara ringkas kepada salah satu amalan anti persaingan yang dipersetujui melalui perjanjian mendatar. Perjanjian mendatar tersebut dimasuki oleh perusahaan-perusahaan yang mengeluarkan barangan atau perkhidmatan yang sama dan telah bersepakat untuk menetapkan, antara lain, harga yang dipersetujui bersama bagi satu-satu barangan atau perkhidmatan dalam pasaran.

¹ Jurnal (2018). *Perlakuan Anti Persaingan Bagi Maksud Seksyen 52 Akta Suruhanjaya Penerbangan Malaysia. UIAM*





Rajah 1. Perjanjian Mendatar

Perjanjian menegak pula merangkumi perjanjian antara perusahaan yang setiapnya beroperasi pada peringkat yang sama dalam rangkaian pengeluaran atau pengedaran.² Antara amalan anti persaingan yang dilakukan melalui perjanjian menegak adalah suatu amalan yang dikenali sebagai *resale price maintenance* ('RPM'). RPM melibatkan penetapan harga minimum atau tetap oleh pengeluar kepada pengedarnya yang mana pengedar tersebut hendaklah menjual barangan tersebut pada harga yang ditetapkan oleh pengeluar tersebut. Rajah 2 di bawah memberi gambaran ringkas berkenaan perjanjian menegak yang mengamalkan RPM³.



Rajah 2. Perjanjian Menegak

Selanjutnya, apabila merujuk kepada terma 'perjanjian' dalam Akta tersebut, terma tersebut tidak tertakluk kepada definisi perjanjian secara konvensional menurut undang-undang kontrak atau

² Definisi sepertimana dalam Akta

³ Jurnal (2013). *Peranan Undang-undang Persaingan Dalam Melindungi Kepentingan Pengguna dan Pengusaha Kecil*. UIAM





common law. Definisi spesifik yang diberikan dalam Akta tersebut adalah merangkumi secara meluas termasuk bentuk kontrak, perkiraan atau persefahaman, sama ada boleh atau tidak boleh dikuatkuasakan di sisi undang-undang, antara perusahaan, dan termasuklah suatu keputusan oleh suatu persatuan dan amalan bersepadu.⁴ Ini bermaksud bahawa perjanjian antipersaingan yang tertakluk di bawah Akta tersebut lebih merujuk kepada kesepakatan antara para pengusaha dalam apa bentuk sekalipun dalam mengamalkan amalan antipersaingan.

Selanjutnya, apabila merujuk kepada Seksyen 4(2) Akta tersebut, peruntukan itu memberikan beberapa senarai keadaan di mana satu-satu perjanjian itu akan dianggap secara undang-undang sebagai mempunyai matlamat atau kesan menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan. Keadaan-keadaan tersebut adalah seperti berikut: -

- (a) *menetapkan, secara langsung atau tidak langsung, suatu harga belian atau jualan atau apa-apa syarat perdagangan yang lain;*
- (b) *berkongsi pasaran atau punca berkaitan;*
- (c) *membataskan atau mengawal—*
 - (i) *pengeluaran;*
 - (ii) *saluran keluar pasaran atau capaian pasaran;*
 - (iii) *pembangunan teknikal atau teknologi; atau*
 - (iv) *pelaburan; atau*
- (d) *melakukan tipuan bida,*

Selanjutnya, berdasarkan kepada di atas, beberapa ulasan berkenaan kes-kes yang telah diputuskan oleh Tribunal akan diberikan. Secara pendahuluan, bagi mengenalpasti samaada satu-satu perjanjian itu boleh disifatkan sebagai antipersaingan atau tidak, terdapat 3 elemen utama yang perlu dirujuk iaitu (1) perjanjian bersifat mendatar atau menegak, (2) perjanjian tersebut antara perusahaan-perusahaan dan (3) perjanjian itu mempunyai matlamat atau kesan untuk menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan yang mana boleh dianggap melalui Seksyen 4(2). Ulasan-ulasan kes selanjutnya akan mengenalpasti kaedah pemakaian dan perbincangan bagi setiap elemen ini.

MALAYSIAN AIRLINE SYSTEM BHD V COMPETITION COMMISSION & ANOR [2022] 1 CLJ 856

Terdapat pelbagai isu yang timbul dalam kes ini yang mana melibatkan kesan retrospektif Akta tersebut terhadap perjanjian yang dimasuki sebelum penguatkuasaan Akta, isu pertindihan bidangkuasa MyCC dan Suruhanjaya Penerbangan Malaysia serta *locus standi* MyCC dalam memfailkan permohonan Semakan Kehakiman. Namun, bagi tujuan penulisan ini, isu utama yang akan diketengahkan adalah berkenaan dengan operasi Seksyen 4(2) Akta tersebut sebagai suatu peruntukan anggapan atau *deeming provision*. Perjanjian yang dikatakan bersifat antipersaingan adalah Perjanjian Kerjasama antara dua syarikat penerbangan yang mana telah didakwa bersifat sebagai mempunyai matlamat untuk berkongsi pasaran.

⁴ Definisi pengusaha menurut Seksyen 2 Akta Persaingan 2010





Antara isunya ialah samaada Perjanjian Kerjasama tersebut boleh dianggap sebagai mempunyai matlamat atau kesan untuk menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan. MyCC hanya membuat dapatan bahawa matlamat Perjanjian Kerjasama tersebut jelas menunjukkan bahawa ia bertujuan untuk berkongsi pasaran menurut Seksyen 4(2)(b). Namun, Mahkamah mendapati bahawa Perjanjian Kerjasama tersebut tidak mempunyai matlamat yang jelas untuk berkongsi pasaran. Oleh itu, suatu kajian terhadap kesan Perjanjian Kerjasama tersebut perlu dilakukan untuk mengenalpasti samaada ia mempunyai kesan yang akan menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan.

Sekiranya matlamat perjanjian tersebut telah dikenal pasti sebagai antipersaingan dan tergolong dalam salah satu keadaan di bawah Seksyen 4(2) Akta tersebut, maka tiada keperluan untuk mengenalpasti kesan yang berlaku daripada perjanjian tersebut terhadap persaingan dalam pasaran. Hal ini kerana Seksyen 4(2) tersebut adalah satu peruntukan anggapan (*deeming provision*) yang boleh memberi anggapan secara undang-undang sekiranya perjanjian tersebut mempunyai matlamat bagi mana-mana keadaan yang disenaraikan dalam peruntukan itu.

Namun, sekiranya matlamat perjanjian tersebut tidak jelas untuk dikategorikan sebagai antipersaingan di bawah Seksyen 4(2), suatu kajian dan pengenalan lanjut berkenaan kesan perjanjian itu kepada persaingan pasaran perlu dilakukan untuk melihat samaada perjanjian itu mempunyai kesan atau tidak dalam menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan.

Oleh itu, boleh dikatakan bahawa anggapan pemakaian Seksyen 4(2) hanya boleh digunapakai sekiranya matlamat perjanjian itu jelas bersifat antipersaingan tanpa perlunya meneliti berkenaan kesan perjanjian itu. Kes-kes selanjutnya akan membincangkan berkenaan keadaan apabila satu-satu perjanjian itu mempunyai matlamat yang jelas bagi, antara lain, menetapkan harga barangan atau perkhidmatan dalam pasaran.

LANGKAWI RO-RO FERRY SERVICES SDN BHD & ORS V COMPETITION COMMISSION [2022] MJU 2900

Kes ini adalah berkaitan dengan rayuan yang difailkan terhadap keputusan MyCC yang mengenakan denda berikutan Seksyen 4 Akta tersebut bagi suatu perjanjian mendatar dalam bentuk Memorandum Persefahaman antara pengusaha-pengusaha feri Ro-Ro yang menetapkan kadar harga penjualan dan pembelian tiket bagi perkhidmatan feri Ro-Ro di Langkawi. Tribunal membuat keputusan bahawa MyCC telah membuat keputusan yang betul dengan mengenakan denda terhadap pengusaha-pengusaha feri Ro-Ro tersebut.

Menurut Tribunal, tiga elemen utama dalam peruntukan tersebut telah dipenuhi dan dikenalpasti oleh MyCC iaitu (1) perjanjian mendatar, (2) perjanjian tersebut telah dimasuki oleh perusahaan iaitu pengusaha-pengusaha tersebut yang selari dengan definisi perusahaan menurut Akta dan (3) perjanjian tersebut bertujuan untuk menetapkan secara langsung atau tidak langsung, harga jualan atau belian atau apa-apa syarat perdagangan iaitu, dalam kes ini, berkenaan penetapan harga tambang jualan dan belian tiket bagi perkhidmatan feri Ro-Ro tersebut.





Oleh itu, apa yang boleh difahami di sini adalah perjanjian yang terlibat dalam kes ini sangat jelas bertujuan untuk melakukan penetapan harga (*price fixing*) dan oleh itu, pemakaian anggapan melalui Seksyen 4(2)(a) adalah bersesuaian tanpa memerlukan kesan perjanjian itu kepada persaingan dalam pasaran untuk dikenalpasti.

PERSATUAN INSURAN AM MALAYSIA DAN 22 AHLI V SURUHANJAYA PERSAINGAN MALAYSIA

Kes ini berkaitan dengan rayuan yang telah difailkan oleh Persatuan Insuran Am Malaysia (PIAM) dan 22 Ahli terhadap MyCC yang telah mengenakan denda terhadap mereka atas pelanggaran terhadap Seksyen 4(1) yang dibaca sekali bersama subseksyen (2) dan (3) Akta tersebut.

Antara isu telah menjadi pertikaian adalah berkenaan dengan pemakaian Akta tersebut terhadap PIAM yang merupakan suatu organisasi atau persatuan yang dikatakan tidak menjalankan operasi berasaskan keuntungan dan komersial. Tribunal telah memutuskan Akta tersebut hanya terpakai terhadap perusahaan yang dimaksudkan di bawah Seksyen 2 Akta tersebut iaitu *ertinya apa-apa entiti yang menjalankan aktiviti komersial yang berhubungan dengan barangan atau perkhidmatan* dan PIAM telah didapati bukan dikategorikan sebagai perusahaan menurut definisi dalam Akta.

Selanjutnya, berkenaan perjanjian antipersaingan pula, MyCC telah mendapati bahawa satu dokumen yang dinamakan sebagai "*Members Circular 132*" sebagai suatu perjanjian mendatar. Tribunal memutuskan bahawa "*Members Circular 132*" tersebut tidak boleh dianggap sebagai perjanjian mendatar kerana dokumen tersebut hanyalah suatu rekod bagi maklum balas daripada ahli-ahli PIAM berkenaan dengan perbincangan antara PIAM dan Persekutuan Persatuan Pemilik Bengkel Kereta Malaysia (FAWOAM). Tribunal juga mendapati bahawa tiada sebarang perjanjian mendatar antara ahli-ahli PIAM yang membolehkan Seksyen 4(1) Akta tersebut terpakai.

SAL AGENCIES SDN BHD DAN 4 YANG LAIN V SURUHUNJAYA PERSAINGAN MALAYSIA

Kes ini adalah melibatkan suatu perjanjian antipersaingan yang berbentuk perjanjian mendatar bagi menetapkan harga perkhidmatan kargo antara lima syarikat kargo bagi penetapan harga untuk mengendalikan logistik kargo barangan import dan eksport. Alasan yang diberikan oleh pengusaha-pengusaha tersebut adalah bagi mengelakkan dan mengurangkan jumlah aduan yang dihadapi sepanjang perkhidmatan. Mereka juga mendakwa bahawa MyCC telah gagal untuk mengenal pasti samaada perjanjian tersebut mempunyai kesan signifikan dalam menghalang persaingan dalam pasaran perkhidmatan.

Namun, alasan atau kesan sebenar bagi memasuki satu-satu perjanjian antipersaingan bukanlah suatu pembelaan yang boleh diterima. Hal ini kerana, Seksyen 4(2) merupakan suatu peruntukan bersifat anggapan atau *deeming provision* yang akan menganggap atau menyifatkan satu-satu keadaan itu sebagai berlaku di bawah undang-undang.

Perjanjian yang dimasuki oleh perusahaan-perusahaan tersebut diputuskan mempunyai unsur penetapan harga bagi perkhidmatan dan dicapai oleh perusahaan-perusahaan dalam struktur perjanjian mendatar memandangkan mereka mempunyai model perniagaan yang serupa iaitu





perkhidmatan kargo dan penyimpanan barangan eksport dan import dalam kuantiti yang besar. Oleh itu, apabila MyCC telah mengenal pasti bahawa (1) perjanjian tersebut bersifat mendatar, (2) perjanjian tersebut dimasuki antara perusahaan-perusahaan dan (3) mempunyai matlamat atau kesan menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan seperti mana sesuainya dengan keadaan dalam Seksyen 4(2)(a) iaitu penetapan harga, maka anggapan sebagai perjanjian antipersaingan adalah terpakai.

KESIMPULAN

Maka, amat penting bagi mana-mana perusahaan untuk memastikan bahawa apa-apa perjanjian samaada secara bertulis atau sebaliknya atau melalui apa-apa kesepakatan untuk tidak mempunyai apa-apa matlamat dan kesan untuk menghalang, menyekat atau mengganggu persaingan secara signifikan dalam apa-apa pasaran bagi barangan atau perkhidmatan. Berdasarkan kepada kes-kes di atas, adalah jelas untuk difahami bahawa apa-apa kesepakatan itu tidak semestinya perlu mempunyai kesan yang signifikan terhadap persaingan bagi satu-satu pasaran tetapi mencukupi apabila matlamatnya jelas tergolong dalam mana-mana keadaan di bawah Seksyen 4(2) Akta tersebut.



Penulis



Azrul Haziq Khirullah

Peguam

azrul@nzchambers.com



Nurul Fatimah Azhar

Penolong Pengurus


fatimah@nzchambers.com


Tarikh Penerbitan:
15 September 2023



ADVOCATES & SOLICITORS | CORPORATE SECRETARY

Suite A-3A-10, Plaza Mont' Kiara
No. 2 Jalan Kiara, Mont' Kiara
50480 Kuala Lumpur
Malaysia

 +603 6420 4885

 +603 6420 4883

 general@nzchambers.com

 www.nzchambers.com

Perkhidmatan Perundangan

- Perkhidmatan Kewangan
- Nasihat & Pematuhan
- Projek & Infrastruktur
- Penggabungan dan Pengambilalihan
- Penyelesaian Pertikaian

