

OECD 대한민국 정책센터 귀하

말레이시아 경쟁법에 관한 연구

2012년 9월 3일

이 황

(고려대학교 법학전문대학원 부교수)

최요섭

(한국외국어대학교 자유전공학부 조교수)

김봉철

(한국외국어대학교 국제학부 조교수)

Kaymi Ng

(말레이시아 변호사[non-practising],

한국외국어대학교 대학원 법학과 박사과정)

2012. 9. 3.

주관연구기관 : 고려대학교 산학협력단

책임연구원 : 이 황(고려대학교 법학전문대학원 부교수)

공동연구원 : 최요섭(한국외국어대학교 자유전공학부 조교수)

김봉철(한국외국어대학교 국제학부 조교수)

Kaymi Ng(말레이시아 변호사[non-practising],

한국외국어대학교 대학원 법학과 박사과정)

OECD 대한민국 정책센터

[연구진]

연구책임자: 이 황

(고려대학교 법학전문대학원 부교수)

공동연구자: 최요섭

(한국외국어대학교 자유전공학부 조교수)

김봉철

(한국외국어대학교 국제학부 조교수)

Kaymi Ng

(말레이시아 변호사[non-practising],

한국외국어대학교 대학원 법학과 박사과정)

목 차

[국문]

제1장 서론: 연구의 목적 및 배경..... 1

제2장 말레이시아 법체계 일반 3

- 1. 말레이시아 법의 역사 및 발전 3
- 2. 말레이시아 법령체계 5
- 3. 이슬람법의 영향 7
- 4. 말레이시아의 법원 체계 8

제3장 말레이시아 경쟁법 분야의 개관 10

- 1. 말레이시아 경쟁법과 경쟁정책의 역사적 배경 10
- 2. 말레이시아 경제와 경쟁법 13
- 3. 말레이시아 경쟁법 일반 및 법의 목적 16

제4장 관련시장 확정..... 19

- 1. 말레이시아 경쟁법에서의 시장확정 일반 19
- 2. 가상독점기업 테스트(Hypothetical Monopolist Test) 21
- 3. 상품 및 지역시장 확정과 시간적 측면의 고려 23

제5장 제1장 금지조항(Chapter 1 Prohibition)..... 25

- 1. 반경쟁적 합의의 금지 및 적용제외규정 25
- 2. 합의에서 목적 및 효과의 의미/공동행위 29
- 3. 반경쟁적인 수평적 합의와 수직적 합의 31
- 4. 적용제외규정 및 자진신고제도 35

제6장 제2장 금지조항(Chapter 2 Prohibition)..... 39

- 1. 시장지배적 지위의 남용규제 39
- 2. 시장지배적 지위에 대한 심사 40

3. 시장지배적 지위의 남용의 경쟁제한성판단	42
--------------------------------	----

제7장 말레이시아 경쟁법의 집행기관과 절차..... 46

1. 말레이시아 경쟁위원회의 설치	46
2. 말레이시아 경쟁위원회의 역할과 권한	47
3. 말레이시아 경쟁위원회의 조사와 집행	49
4. 말레이시아 경쟁위원회의 의결절차	51
5. 경쟁항소법원	53

제8장 결론..... 56

[영문]

I. Introduction..... 60

1. The Historical Development of Malaysian Competition Law and Policy	60
2. The Malaysian Economy and Competition Policy	64
3. The General Structure and Objectives of Malaysian Competition Law	68

II. Market Definition..... 72

1. Overview of Market Definition	72
2. The Hypothetical Monopolist Test	74
3. Product and Geographic Market Definitions and Temporal Perspective	77

III. Chapter 1 Prohibition..... 80

1. Prohibition of Anti-competitive Agreement and Individual Exemption	80
2. The Definitions of Object and Effect of Agreement and Concerted Practices.....	82
3. Anti-competitive Horizontal and Vertical Agreements	85
4. Exemption Provisions and Leniency Programme	89

IV. Chapter 2 Prohibition..... 95

1. Prohibition on Abuse of Market Dominance	95
2. Assessment of Market Dominance	96
3. Abusive Conducts by Market Dominant Firms	99

V. Enforcement: Procedure and Investigation..... 104

1. The Establishment of the Malaysia Competition Commission	104
2. Functions and Powers of the Malaysia Competition Commission	106
3. Investigation and Enforcement by the Malaysia Competition Commission ..	109
4. Decisions by the Malaysia Competition Commission	112
5. The Competition Appeal Tribunal	114

VI. Conclusions..... 118

[부록] 말레이시아 경쟁법 실제규정.....	121
---------------------------------	------------

제1장 서론: 연구의 목적 및 배경

오늘날 글로벌시장은 세계화를 통해서 점차적으로 그 의미가 중요시 되고 있다. 개별 국가경제의 글로벌화가 경쟁법에 영향을 주었으며 이러한 세계적 흐름이 각 국가 사이에 경쟁법의 수렴 또는 조화에 긍정적으로 작용해 왔다. 따라서 다른 나라의 경쟁법을 연구하고 이해하는 것은 이전보다 더 중요하게 되었으며, 이러한 비교법적 연구는 자국의 기업이 경쟁법을 제정한다든가 다른 국가에서 활동하면서 경쟁법위반을 피할 수 있도록 유도하는데 상당한 의미를 가지고 있다.

이러한 경제개방화와 비교경쟁법의 역할은 선진국뿐만 아니라 개발도상국에도 의미가 있다. 특히 세계화를 준비하는 시장경제는 이를 준비하는 법 체계로서의 경쟁법과 경쟁정책을 준비하고 있으며, 중요한 법분야로 인식되고 있다. 따라서 외국에서의 다양한 경쟁법과 관련 제도를 연구하는 것은 가치있는 학문의 한 분야이며, 이는 국가 사이의 무역을 활성화하거나 더 발전된 경쟁제도 도입을 제안하기 위한 적절한 방법이다. 또한 이러한 연구를 통해서 각 국가별로 상이한 경쟁법이 지역별로 조화되거나 혹은 큰 틀을 공유하는 수렴된 방식으로 발전하는 것을 생각해 볼 수 있다.¹⁾

본 연구는 글로벌화에 따른 국내의 경제·법제 환경에 맞추어 2010년 입법하여 2012년 발효된 말레이시아 경쟁법의 내용과 체계를 분석하는 것을 주요 목표로 삼았다. 이러한 비교경쟁법의 분석과 내용은 향후 지속적으로 말레이시아에 진출하는 한국 기업에게 도움이 될 것이다. 또한 앞으로 경쟁당국간의 협조와 무역규범의 조화를 통한 경쟁협력을 증진시키는데도 필요할 것이다. 실무적인 부분에서의 긍정적인 측면과 더불어 학문적으로도 다른 아시아 개발도상국의 경쟁법과 비교하여, 아직 경쟁법을 도입하지 않은 국가의 입법에 도움을 줄 수 있다는 긍정적인 측면이 있다. 그리고 아직 경쟁법집행

초기단계에 있는 개발도상국에 대해서는 향후 기술적인 발전을 예상할 수 있도록 정보를 제공함으로써, 비교경쟁법 자료로도 활용될 수 있을 것이다.

본 연구보고서에서는, 말레이시아 경쟁법의 입법과 현재의 규정을 중심으로 역사적인 발전과 체계에 대해서 기술하고, 말레이시아 실체규정으로서 반경쟁적 합의 혹은 공동행위에 대한 규제(제1장 금지조항), 시장지배적 지위의 남용(제2장 금지조항)에 대한 규제 내용을 주로 분석하였다. 기업결합에 대한 경쟁법 제도는 아직 도입하지 않아 연구에 아쉬움이 남아 있으나, 현재 세계적 흐름에 맞추어 향후 말레이시아에서도 도입할 것으로 기대하고 있다.

또한 제1장 및 제2장 금지조항에 관하여 최근에 발표된 제1장 금지조항 지침과 제2장 금지조항 지침, 시장획정 지침, 신고 지침을 중심으로 실체규정과 절차규정에 대해서도 설명하였다. 결론에서는 말레이시아 경쟁법에 대한 평가와 향후 발전방향에 대한 견해를 기술하였다.

본 연구보고서는 기존의 연구보고서와 다르게 앞부분은 국문으로, 이후부터는 영문으로 기술하였다. 이번 연구가 국내의 경쟁법 연구수요에 더하여, 아시아 지역의 경쟁규범 조화와 입법에도 기여해야 한다는 목적을 위한 것이다. 연구보고서가 국문 및 영문으로 구분되어 같은 내용을 설명하고 있으나, 세부적인 내용 및 표현에서 다소 상이한 부분이 있다는 점을 밝힌다.

1) 이황·김봉철·최요섭, “인도 경쟁법에 관한 연구”, OECD 연구용역보고서, 2011, 1면.

제2장 말레이시아 법체계 일반

1. 말레이시아 법의 역사 및 발전

말레이시아는 인구 약 3천만 명으로 말레이계가 약 60%, 중국계가 약 30%, 인도계가 약 10%, 그리고 보루네오 섬의 소수민족 등으로 구성되어 있는 동남아시아 국가이다. 말레이시아의 대부분의 지역은 13세기 이후로 이슬람의 영향을 받았다. 그러나 말레이시아 토착문화를 아직도 유지하고 있어서 이슬람법은 아다트(adat)라는 말레이 관습법과 함께 적용되고 있다. 이와 더불어 18세기 후반부터 약 100년 간 영국의 지배를 받았으며, 이로 인하여 영국법 및 영국방식의 법원제도가 상당히 도입되었다.²⁾ 따라서 말레이시아에는 이슬람법과 불문의 관습법을 중심으로 판결을 내리는 법원이 존재하고 있다고 할 수 있다.

말레이시아의 법령체계는 크게 성문법과 불문법을 기준으로 나누어진다. 성문법은 헌법, 연방법과 주법, 명령 및 위임입법 등으로 구별된다. 반면에 불문법은 식민시대의 영국법, 관습법 및 종교법(아다트, 중국 및 힌두관습법, 이슬람법 포함)으로 구분할 수 있을 것이다. 말레이시아의 성문법과 불문법에 관하여 보다 구체적인 구분과 설명이 필요하다.

성문법의 내용은 입법형식에 따라서 구분된다. 말레이시아의 입법형식은 크게 헌법을 기준으로 국회에서 제정된 법률(Act), 주의회에서 제정된 규칙(Enactment와 Ordinance), 연방헌법에 의하여 비상사태시 국가원수가 발하는 조례(Ordinance), 법률에 기하여 행정당국이 제정하는 위임입법(Subsidiary Legislation)으로 나누어진다. 현재 말레이시아 연방헌법은 1957년 독립 당시 제정되었으며, 미국헌법의 내용을 상당부분 수용한 것으로 평가된다. 연방법과 주법 사이에는 헌법에 의해 각 입법관할 분야가 정해져 있

2) 류창호, “말레이시아의 사법제도와 소송의 분쟁해결제도”, 외국법제정보 제7호, 한국법제연구원, 2007, 33~34면. 특히 1937년 민사법조례(Civil Law Ordinance 1937) 및 1951년 민사법확장조례(Civil Law Extension Ordinance 1951)가 영국법의 적용이 명문화된 예라 할 수 있다.

다.

말레이시아의 불문법은 공식 입법기관에 의해 제정되지 않은 법률을 말한다. 식민지배로 인하여 영국의 보통법 및 형평법이 여전히 각 지역에 적용되고 있으며, 이러한 영국법은 각 지역의 토착규범과 융합되어 영향력을 미치고 있다. 영국에 앞서 포르투갈과 네덜란드도 말레이시아를 점령한 시기가 있었으나, 말레이시아 사회에 미친 영향은 영국에 비해 상대적으로 적었다.³⁾ 독립 후에도 영국법은 말레이시아에 영향을 주었으며, 입법과정에서 그 내용이 수용되거나 직접 적용되는 방식으로 실효성을 갖게 되었다.⁴⁾ 이와 함께 말레이시아 법은 호주와 인도, 또는 싱가포르와 같이 과거 영연방에 속하는 국가들로부터 영향을 받기도 하였다.

말레이시아는 식민지 시대부터 원주민인 말레이인, 이주자인 중국인 및 인도인 등 다양한 인종으로 구성되어 있었다. 따라서 토지, 가족 및 상속분야에 있어서는 각기 다른 인종의 관습법이 사회에 적용되었다. 말레이시아의 관습법은 다양한 문화/식민지배 역사와 결합되어 여전히 강한 효력을 가진다. 불문법의 또다른 대표적인 예는 이슬람법이다. 말레이시아는 독립할 당시 이슬람교를 국교로 정하여 이슬람법 자체가 공식적으로 영향력을 행사하고 있다.

말레이시아의 법체계와 법제도의 운용내용을 전반적으로 이해하기 위해서는 몇 가지 사항을 기준으로 살펴보아야 한다. 아래에서는 우선 말레이시아의 성문법령체계와 불문법의 구조를 전반적으로 구분하여 내용을 알아보고, 말레이시아 법체계에 있어서 매우 중요한 역할을 하는 이슬람법의 원리와 특징을 간단하게 살펴본다. 그리고 마지막으로 말레이시아에서 법령을 적용/운용하는 법원체계도 설명한다.

3) 조성균, “말레이시아의 법체계와 입법과정”, 월간법제 법제저 2005.

4) 이러한 영국법의 영향은 말레이시아 경쟁법에도 영향을 주었다. 특히 2010년 제정된 말레이시아 경쟁법 제1장 금지조항 및 제2장 금지조항의 형식 및 내용, 그리고 경쟁항소법원(Competition Appeal Tribunal)의 설치조항 규정도 유럽연합 경쟁법의 영향을 받은 영국경쟁법(Competition Act 1998과 Enterprise Act 2002)의 내용과 유사한 부분이 많다.

2. 말레이시아 법령체계⁵⁾

(1) 성문법

말레이시아 연방헌법은 1957년 말레이시아가 영국으로부터 독립할 때 제정되었다. 전체 14편의 181개 조문과 13개의 부칙으로 구성되어 말레이시아 전체의 정치구조와 법률체계에 관한 기본적인 사항을 담고 있다. 말레이시아는 연방국가이며, 각 주마다 개별적인 헌법을 가지고 있으므로 연방헌법에는 주에 관한 규정이 많지 않다. 그렇다고 하더라도, 연방헌법은 말레이시아 최고법이기 때문에, 이에 위반되는 모든 법률과 행위는 무효이다(헌법 제4조). 또한 기본권을 제한하는 법률은 무효이지만 예외규정도 많다.⁶⁾ 헌법개정은 국회에서 각각 의원총수의 3분의 2 이상의 찬성으로 할 수 있지만, 특정한 경우에는 수장회의(Conference of Rulers)의 합의를 요하는 등의 예외가 있다(제159조). 또한 사바와 사라왁의 2개주에 관한 헌법의 개정은 각 주지사의 동의를 요한다.

주법은 주의 입법위원회(Dewan Undangan Negeri)에서 제정된다. 연방법인 Act와 주법인 Enactment와의 사이에는 헌법에 의해 적용 및 관할분야가 정해져 있다. 연방헌법 부칙 제9조에 따르면 많은 부분이 연방의 입법관할이며, 주의 관할사항은 종교, 농업, 토지 등에 한정된다. 연방과 주의 공동관할 사항에 대해서는 연방법이 우선하고(헌법 제75조), 헌법부칙의 규정 외 사항은 주법의 관할이다(헌법 제77조). 또한 독립 이전에 제정되어 말레이시아에 적용된 영국 성문법 및 법령은 관할권을 갖는 입법기관에 의해 폐지되기까지 효력을 유지한다(헌법 제163조).

연방법의 입법절차는 연방헌법 제4편 제5장 및 각 의회규칙(Standing Order)에 따른다(헌법 제62조). 일반적으로 정부 및 의원이 법률안제출권을

행사할 수 있으나, 예산 관련 법안(Money Bill)은 정부만이 법률안을 제출할 수 있다(헌법 제67조). 주법은 그 제정절차가 단원인 주의회에 의하고, 법률의 재가는 수장(Ruler) 또는 지사가 하는 것을 제외하고는 기본적으로 연방법과 유사하다.

헌법 제150조에 의하면, 국가원수는 비상사태가 발생한 경우 의회를 소집하여 문제를 해결해야 하지만, 긴급을 요하는 경우에는 직접 명령(Ordinance)을 발하여 처리할 수도 있다. 이 명령은 법률과 동일한 효력을 가지는 것이지만, 소집된 의회가 무효로 결의하거나 발효 후 6개월이 경과하면 효력을 상실한다. 그밖에 위임입법이란, 명령(연방법), 주법 그 밖의 적법한 수권에 기인하여 제정되어 입법적 효과를 갖고 있는 일체의 규칙들과 그 밖의 지시(instrument)를 말한다. 위임입법의 제정 및 폐쇄에 관해서는 수권법이 정하는 것이지만, 제정권자는 통상 국가원수, 주무각료, 지방자치단체 등이다. 또한 위임입법은 법률에 의한 수권범위 내에 있을 것이 요구된다.

(2) 불문법

성문법을 제외한 영국법, 관습법, 종교법 등이 실제로 말레이시아 법체계 전체에 큰 영향을 주고 있다. 이것은 영국의 식민지배, 이슬람의 영향, 각 지역 사이의 문화/사회적 차이 등에서 유래하는 것이다. 영국법의 전반적인 내용은 성문법으로 규정된 것이 아니더라도 말레이시아 법에 큰 영향을 주고 있다. 1956년 민사법(Civil Law Act) 제3조는 서말레이시아에 대해서는 1956년, 사바에 대해서는 1951년, 사라왁에 대해서는 1949년 영국의 보통법(Common Law) 및 형평법(Equity)이 각각의 지역에 적용된다고 규정하였다.⁷⁾ 영국법의 영향은 말레이시아의 식민지 역사에서 출발하는 것이지만, 현재까지도 다양한 분야에서 공식/비공식적으로 그 영향력이 크다.

5) 말레이시아 법령체계와 관련하여 [류창호, “말레이시아의 사법제도와 소송의 분쟁해결제도”, 외국법제정보 제 7호, 한국법제연구원, 2007, 36~41면, 83-85면, 김용운, “말레이시아의 이슬람사법제도에 대한 연구”, 법조 2011, 175면 이하] 참조.

6) 말레이시아 연방헌법 제140조부터 151조의 규정이 대표적인 예이다.

7) 동법 제5조는 상사에 관하여 모든 법, 즉 파트너십, 법인, 은행, 보험 등에 관해서는 성문법에 의해 별도의 규정이 없는 경우에 한해, 페낭과 말라카 이외의 서말레이시아에서는 전술한 날짜의 영국법, 페낭과 말라카 및 동말레이시아에서는 현행의 영국법이 적용된다는 취지를 규정하고 있다.

말레이시아 식민지 시대부터 원주민인 말레이인, 이주자인 중국인 및 인도인이라는 다인종으로 구성되어, 당시의 영국정부는 특히 토지, 가족 및 상속분야에 있어서는 각각의 관습법의 효력을 인정하였다. 이른바 ‘아다트’(adat)는 말레이계 사회의 관습법으로, 특히 토지보유관계에 중요한 역할을 하고 있다. 아다트는 서말레이시아에 있어서는 “Adat Perpatech”와 “Adat Temenggong”로 분류된다. Adat Perpatech는 누구리·스비란 및 말라카의 일부 지역에서 토지관계를 제외한 씨족이나 그 수장선거에 관해 적용되고, Adat Temenggong는 그 이외의 지역에서 힌두법이나 이슬람법과 혼재되어 있다.

말레이시아는 영국으로부터 독립하면서 곧바로 이슬람교를 국교로 정한 결과 이슬람법은 특별한 지위를 차지하고 있다. 말레이인은 대다수가 이슬람 문화 속에 있으므로, 혼인과 상속 등 가족문제 등에 관해서 이슬람법이 적용된다. 관습법의 중요한 요소인 이슬람법 등의 종교법은 관습법과 융합되어 각 인종/사회에 독특하고 복잡한 법문화를 형성시키고 있다. 동말레이시아에서는 아다트와 이슬람법의 관계가 문제로 되기도 하는데, 이 두 법을 원주민 법원(Native Court)에서 적용하고 있다.

한편 말레이인을 제외한 중국인 및 인도인은 주로 영국 식민지시대에 이민을 왔지만, 가족문제 등에 있어서 고유한 문화를 인정받고 각자의 관습을 적용하여 문제를 해결해왔다. 그러나 1976년 Law Reform(Marrige and Divorce) Act가 제정되어, 혼인과 이혼에 관해서 이슬람계 이외의 모든 말레이시아인에 대하여 관습법 대신 성문법이 적용되었다. 즉 이 법을 통해서 말레이시아에서 일부일처제, 등록혼주의, 법정별거 등 영국법적 제도를 대폭 수용하였다.

3. 이슬람법의 영향

말레이시아 연방헌법은 이슬람교를 국교로 정하고 있다(제3조). 따라서

이슬람법 자체는 불문법이지만, 그 영향은 성문헌법에 기초하고 있다. 이슬람법의 구체적인 내용과 처리는 주의 관할사항으로 하고 있다. 이는 역사적 사정에 따른 것으로, 각 주⁸⁾의 수장은 동시에 주의 이슬람 종교의 수장이 된다. 이러한 기본적인 정치-종교의 융합에 기초하여 사회규제에 이슬람법이 큰 영향력을 행사하고 있다.

구체적으로 보면, 이슬람법은 말레이인의 혼인, 이혼 및 양자 등의 가족관계를 규율한다. 현재 각 주는 거의 동일한 내용으로 된 무슬림법 시행법(Administration of Muslim Law Enactment)을 제정하고 있다. 이 법률은 이슬람법의 적용과 시행 및 무슬림의 혼인과 이혼의 등록절차를 통일하고 있다.⁹⁾

이 법은 말레이시아 이슬람인의 혼인과 이혼문제를 처리하는 다른 가족법에 관한 재판권을 갖는 Kathi Besar 및 Kathi의 설치를 정하기도 한다. 이 기구는 가족사건에 관해서 관할권을 갖는 것 외에, 일정한 종교범죄에 대해서 형벌권을 갖는다. 그러나 Kathi법원과 일반법원의 결정 사이에 충돌이 발생하면 일반법원의 결정이 우선한다. 그리고 Kathi법원으로부터의 항소는 세명의 판사로 구성되는 무슬림 공소법원에 대해 이루어진다. 동말레이시아에서는 원주민법원이 이슬람법에 대해서도 관할권을 갖는다.

4. 말레이시아의 법원 체계

말레이시아의 법원 체계는 일반적으로 영국식민지시대에 따른 영향이 크다. 기본적으로 상급법원과 하급법원으로 나누고, 그 밖의 특수한 역할을 담당하는 법원들로 구성되어 있다.

상급법원은 연방법원, 항소법원, 고등법원 정도로 구분될 수 있다. 연방법원(Federal Court)은 말레이시아 최고법원으로 항소법원에서 다시 제기되는

8) 해협식민지였던 페낭, 말라카 및 동말레이시아를 제외함.

9) 이 법에 기하여 종교평의회(Religious Council)가 설치되었는데, 평의회에서는 각 주의 이슬람법 고문인 마피(Maffi)를 중심으로 이슬람법에 관해서 주의 수장에게 조언한다.

민·형사사건을 취급한다. 또한 헌법문제에 대한 판단과 주와 연방 또는 주와 주 사이의 권한에 관한 문제를 판단하기도 한다. 연방법원은 수석재판관이라 하는 연방법원장, 항소법원장, 두 명의 고등법원장 및 기타 재판관으로 총 11인의 법관으로 구성된다.

항소법원은 사법제도 개혁으로 1994년 만들어졌으며, 민·형사 사건에 관하여 고등법원의 항소심, 최하위법원의 최종심역할을 한다. 항소법원에는 일반적으로 32인의 법관이 업무를 처리하고 있다. 한편 고등법원은 항소법원의 하위에 위치하고 있으며, 관할지역에 따라 쿠알라룸푸르를 본원으로 하는 말라야 고등법원과 보르네오 섬 지역을 관할하는 사바/사라와크 고등법원으로 나뉜다.

하급법원으로는 민사 및 형사사건에 대한 각각의 법원이 있으며, 이를 Session Court라 한다. 이것은 영국의 법원체계로부터 큰 영향을 받은 결과이다. 또한 경미한 사건을 다루는 소규모 각 지역의 치안판사법원(Magistrates' Court)이 일반적인 민사/형사사건을 처리하는 형식을 취하고 있다.

말레이시아는 이러한 법원체계 이외에도, 각 지역과 사회의 개별적 특성에 따라 별도의 특별한 법원들이 존재한다. 팽홀루(Penghulu) 법원은 말레이지역의 일반행정관료인 팽홀루가 소액의 사건을 심판하는 기능을 하며, 팽홀루가 존재하지 않는 지역에는 토착지역의 장에게 재판권을 부여하는 원주민 법원이 그러한 기능을 대신한다. 이밖에 미성년자 재판을 위한 미성년자 특별법원과 면책권이 있는 통치자들에 대한 재판을 실시하는 특별법원, 주의 이슬람법 및 관습법을 적용하여 재판하는 샤리아 법원도 특별법원으로 구분할 수 있다.

제3장 말레이시아 경쟁법 분야의 개관

1. 말레이시아 경쟁법과 경쟁정책의 역사적 배경

1890년 미국에서 경쟁법 혹은 반독점금지법이 최초로 제정되어 집행이 이루어진 이후에 120개 이상의 국가가 경쟁법을 도입하거나 그와 비슷한 제도를 도입하여 왔다. 특히 상당수의 아시아 개발도상국에서 이러한 규제방식을 채택하였고 최근 10년 동안 법을 제정 혹은 대폭 개정하였다. 아시아 개발도상국이 최근에 새로 도입한 경쟁법 및 경쟁정책을 평가한다면, 주로 유럽연합이나 미국의 영향을 받아 기술적인 부분에서 상당히 비슷한 모습을 취했다고 볼 수 있다. 경쟁정책에 대한 경험이 부족한 개발도상국에서는 선진국 경쟁법의 기술적 체도를 도입함으로써 형태적인 측면에서 비슷한 모습의 규제 방식이 나타난다. 이러한 현상은 말레이시아 경쟁법에서도 나타난다.

말레이시아는 최근에 올바른 경쟁정책의 도입과 집행을 위해 경쟁법(Competition Act 2010, 이하 “법” 혹은 “경쟁법”이라 함)을 제정하였으며, 2012년 1월 1일부터 시행되고 있다. 경쟁법 집행을 위한 규제기관을 만들기 위하여 경쟁위원회법(Competition Commission Act) 또한 제정되었으며, 말레이시아 경쟁법과 같이 2012년 1월부터 시행되고 있다. 경쟁위원회법은 말레이시아 경쟁당국의 일반적 지위와 집행과 절차에 대한 내용을 담고 있다. 말레이시아에서의 경쟁법의 도입에 따라 경쟁당국인 말레이시아 경쟁위원회(Malaysia Competition Commission, 이하 “경쟁위원회” 혹은 “위원회”라 함)가 경쟁법 집행 전담기구로 조직화 되었다. 이러한 집행과 집행에서의 독립성은 경쟁위원회법에 의해 구체화 되고 있다. 그러나 구조적인 측면에서 위원회는 말레이시아 국내거래 및 소비자보호부(Malaysian Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs, 이하 “소비자보호부”라 함)의 소속

으로 되어 있다.

말레이시아 경쟁법은 아시아지역 인접 국가의 경쟁법과 유사한 형태를 가지며 반경쟁적 합의와 시장지배적 지위의 남용을 금지하고 있다. 그리고 당해 행위가 말레이시아 국내 혹은 국외에서 발생한 경우라도 말레이시아 시장에 영향을 미치는 경우 국내 경쟁법을 적용하도록 규정하고 있다. 다만 기업결합에 대한 규칙은 없으므로 앞에서 기술한 반경쟁적 합의와 시장지배적 지위 남용의 부분에서만 역외적용을 인정하고 있다. 또한 말레이시아 경쟁법은 경쟁위원회가 주요한 반경쟁적 행위를 규제하는 권한을 규정하고 있다. 경쟁위원회는 다양한 경쟁법 관련지침을 설정하여 공표할 수 있으며 이를 통해 적합한 법의 집행을 할 수 있도록 하고 있다. 위원회는 이와 더불어 경쟁적 시장을 조성하고 유지하기 위한 권한을 법으로 보장받고 있으며, 이러한 법적 권한을 통해 인접국가에 비해 경쟁정책이 부족한 상황에서 말레이시아 국가 시장경제를 발전시키는 역할을 담당할 것으로 기대하고 있다.

이와 더불어 경쟁위원회는 시장감시의 역할도 수행하는데, 이러한 역할에는 기간별로 시장을 조사하거나 자국 시장경쟁상황을 검토하고 동시에 특정한 산업분야에서의 경쟁이 경쟁법에 위반이 되지 않는지 확인하는 것도 포함된다. 경쟁법 교육 및 훈련과 관련하여 경쟁위원회는 시장에서 충분히 필요한 교육 관리를 책임지고 있다. 또한 교육 및 훈련 자료와 소비자를 경쟁과 관련된 일반시민 혹은 말레이시아 시장에서 영향을 미치는 특정 당사자들을 위한 교육의 기회도 제공한다.¹⁰⁾

역사적으로 살펴보면, 말레이시아 경쟁법은 여러 단계의 과정을 거쳐 발전되어 왔다. 최초에는 소비자이익 보호 혹은 공공의 이익 보호와 관련된 특정한 사업활동이나 상업활동을 규제하는 몇 개의 법률을 통해 규제를 실시하였다. 이러한 상업 혹은 소비자 관련 법률이 경쟁에 영향을 미치면서 경쟁의 원칙을 소개해 왔고, 경쟁이라는 용어를 도입하였다.¹¹⁾ 그러나 현대 경쟁

법의 형태로 인정하기에는 미흡한 점이 많았다. 예를 들어 기업인수 및 합병과 관련하여 몇 개의 지침이나 법규가 이에 적용되고 있을 뿐이며, 다른 나라에서 보여주고 있는 경쟁법을 통한 기업결합규제는 현재에도 이루어지고 있지 않아 위 법률은 경쟁과 관련하여 한계를 보여주고 있었다.

앞서 말한 소비자이익보호와 관련된 규정 혹은 법률은 다음과 같다: 회사법(Companies Act 1965, Act 125), 공급규제법(Control of Supplies Act 1961, Act 122), 상품공시법(Trade Descriptions Act 1972, Act 87), 식품법(Food Act 1983, Act 281), 할부매매법(Hire Purchase Act 1967, Act 212), 계량 및 측정에 관한 법률(Weights and Measures Act 1972, Act 71), 직접 판매법(Direct Sales Act 1993, Act 500), 소비자보호법(Consumer Protection Act 1999, Act 599). 이러한 입법의 배경을 살펴보면 말레이시아에서 경쟁법의 도입 이전에도 말레이시아 시장경제에서 경쟁을 증진하는 것이 필요하다고 인식되어 온 것으로 보인다. 특히 2001-2005년 제5차 말레이시아 경제계획과 이후 2006-2010년 제6차 계획에서도 이러한 내용을 담고 있다.¹²⁾

최근에 효력이 발생한 말레이시아 경쟁법은 훨씬 이전부터 학계와 정부에서 입법이 논의되고 있었다. 1993년 소비자보호부는 여섯 번째로 경쟁법의 초안을 만들었는데, 당시 무역관행법안(Trade Practices Bill)의 명칭을 가지고 있었던 초안은 주변 영연방국가인 호주와 뉴질랜드의 예에 기초하였다.¹³⁾ 앞에서 기술한 바와 같이 이러한 영국법의 영향은 말레이시아에서 비슷한 구조의 경쟁법 초안을 설정하는데 상당한 영향을 주었다.

당시 무역관행법안은 총 7개의 장과 69개의 조항으로 이루어졌으며, 제1장은 서문, 제2장은 무역관행위원회, 제3장은 상당히 경쟁을 제한하는 행위, 제4장은 기업결합, 제5장은 인가제도, 제6장은 집행과 시정조치, 과징금 및 항소, 그리고 마지막 제7장은 일반조항을 담고 있었다. 대체적으로 현재의 경쟁법 내용과 일치하고 있으나 두 개의 장이 현재에 이르러 상당히 개정되거나 제거되었다.

특히 “상당히 경쟁을 제한하는 행위”라는 표현은 현재 경쟁법에서는 찾아볼

10) 말레이시아 경쟁당국 웹사이트: http://www.mycc.gov.my/241_188/Web/WebPage/Role-of-MyCC/Role-of-MyCC.html.
11) Cheng May Fong, "Competition and Regulation of the Electricity Industry in Malaysia", Antitrust Bulletin, Vol. 54, No. 1, 2009, p. 67.

12) Cheng May Fong, 위의 논문, p. 67-68.
13) 구체적으로 호주의 1974 무역관행법(Trade Practices Act 1974)과 뉴질랜드의 1986상법(Commerce Act 1986)이 있다.

수 없다. 당시 법안 초안에서는 “관련 시장에서 경쟁을 상당히 제한하는 효과를 발생시키거나 혹은 그러한 목적을 가지고 있는 계약, 합의, 이해를 가진 행동을 해서는 아니된다(no person shall enter into a contract, agreement, arrangement or understanding containing a provision that has the purpose or is likely to have the effect of *substantially lessening competition* in a market)”라고 규정하고 있었으나, 유럽연합 경쟁법 Treaty on the Functioning of the European Union(이하 “TFEU”) 제101조에서 기술하고 있는 합의에서의 “목적”과 “효과”가 반경쟁적인 경우 위반한다는 내용으로 변경되었다.¹⁴⁾

최초의 “상당히 경쟁을 제한하는”이란 표현은 실제 미국의 관례법 중심으로 발전한 클레이튼법(Clayton Act)의 표현을 답습하여 기업결합과 연관시켜 적용하려는 의도가 있었던 것으로 보인다. 그러나 현재 경쟁법에서는 기업결합과 관련된 규정을 포함하지 않은 것과 더불어 위에서 표현도 변경하였다. 마지막으로 초안과 현재 규정과의 큰 차이는 기업결합규칙의 부재이다. 최초 법안에서는 사전신고의 방법을 통한 기업결합규정이 존재하였으나 법안을 검토하는 과정에서 소비자보호부는 기업결합에 관한 규정을 삭제하였다. 위에서의 두 개의 변화를 제외하고 초안에서 구성되고 있던 내용들은 현재 경쟁법에서도 도입되어 집행되고 있다.

2. 말레이시아 경제와 경쟁법

1957년 독립 이후의 말레이시아 경제상황을 살펴보면 전통적으로 국제무역에 의존하고 있었으며, 이에 따라 말레이시아 경제가 지속적으로 발전하는데 무역은 주요한 자원이 되고 있다. 이러한 무역을 통한 경제성장에서도 경쟁정책의 도입은 중요한 의미를 가지게 되었다. 특히 영국으로부터 독립한 이후 초기에는 당시 소수였던 중국계가 시장에서 상당한 영향력을 가지고 있었고, 이에 따라 관련 지역에서 많은 부분의 산업분야를 지배하고 영

향력을 행사하고 있었다.¹⁵⁾ 따라서 말레이시아 일반국민들 사이에서는 경제적으로 불평등한 시장구조에 대해서 불만을 가졌으며 이것은 신경제정책(New Economic Plan)을 도입하게 되는 계기를 만들었다. 이러한 정책을 도입함으로써 경제적 불평등문제를 해소하고 빈곤을 최소화하고 결론적으로 전체적으로 사회경제적(socio-economic) 지위를 보장하는 방향으로 변화하게 되었다.

따라서 신경제정책은 말레이시아 국민들 사이의 경제적 차이문제를 해소하고, 이주민이 아닌 원주민사회에 어느 정도의 혜택을 주고자 하는 경향이 있었다. 그러므로 경쟁법 도입 이전부터 사회경제적 정책의 중요성이 인정되었으며 정책의 목적으로 자리매김 하였다. 그러나 이러한 빈곤문제의 해결정책은 그 목적상 말레이시아 내 인종 간에 특정 그룹에 대한 차별의 방식으로 부의 재분배를 이루어왔다는 비판도 있었다. 특히 불공정한 상행위가 있을 경우, 신경제정책이라는 차별정책을 통해서 부분적으로 정책목적이 실시되어 왔었다. 결론적으로 인종간 긴장이 신경제정책에서 공정한 정책을 요구하는 방법으로 발전되게 되었다.¹⁶⁾

이러한 경제정책적인 문제에도 불구하고 2010년에는 GDP가 약 2천5백억 달러에 이르러 개발도상국의 모습을 보여 주었으며, 통계수치는 전통적인 무역중심의 경제활동을 보여주었다.¹⁷⁾ 이와 동시에 국내 산업에서는 상당한 변화가 있었다. 예전에는 팜오일과 같은 전통적 상품에 주력했으나 현재에는 제조품 수출국으로 변모하고 있다.¹⁸⁾ 또한 최근에는 서비스시장, 특히 국제적인 규모의 이슬람 금융센터로서 발전하는 모습을 보이고 있다.¹⁹⁾

이러한 점진적인 국내의 경제환경에 대응하여 말레이시아 법률에서도 상

14) Cheong May Fong, “ASEAN Competition Law Project (Draft): Malaysia Country Report”, (2001), pp. 9-10, available at http://www.jftc.go.jp/eacpf/02/malaysia_r.pdf (last visited 23 July 2010).

15) A. Chua, “World on Fire: How Exporting Free Market Democracy Breeds Ethnic Hatred and Global Instability”, Doubleday Publishing, New York, 2003, p. 6.

16) K.S. Jomo, “Whither Malaysia’s New Economy Policy?”, Pacific Affairs, Vol 63, No. 4, 1991, pp 469-499; C. McCrudden and S.G. Gross, “WTO Government Procurement Rules and the Local dynamics of Procurement Policies: A Malaysian Case Study”, European Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 2006, p. 162.

17) <http://www.bnm.gov.my/files/publication/ar/en/2011/cp04.pdf>.

18) Cassey Lee, “Competition Policy in Malaysia”, Centre on Regulation and Competition Working Paper Series No. 68, 2004, http://www.competition-regulation.org.uk/publications/working_papers/WP68.pdf.

19) <http://www.bloomberg.com/news/2010-09-08/malaysia-challenging-u-k-as-hub-for-sukuk-law-islami-credit.html>; <http://www.bis.org/review/r061106b.pdf>.

당한 변화가 있었다. 특히 1980년대 중반부터는 민영화의 방식을 채택하여 지속적으로 시장을 개방하고 있으며 앞에서 기술한 바와 같이 1970년대 이후에는 이미 부의 재분배의 문제를 경제정책에 포함하여 경쟁의 도입을 준비하는 정책을 보여주었다. 특히 민간화 이전 단계에서도 특정산업규제를 통해 자체적으로 규제하는 방식을 채택하였다. 민간화를 통해서 새로운 규제기관과 체제가 생겨났으며, 이를 통한 여러 가지 문제를 해결하기 위해 경쟁이라는 용어는 말레이시아에서 중요한 의제가 되었다.

말레이시아는 2010 경쟁법 이전에는 특정분야에 대해서는 입법을 통해 경쟁을 유도하기도 하였다. 그러나 1997-1998년 아시아 금융위기에는 규제개혁의 과정을 겪었으며 다시 국유화하는 단계를 밟게 되었다. 이러한 일련의 변화로 인하여 말레이시아 경쟁법의 도입은 상당히 늦춰지게 되었다. 2000년대 초기에는 경쟁법이 막 싹트는 시기였으나, 2012년 이전까지 발효가 늦어지게 되었다. 따라서 2012년 발효된 경쟁법은 과연 말레이시아 경쟁당국에 경쟁법을 일반적인 기대에 부응하도록 집행할 수 있는지를 판단하는 중요한 시험이라 할 수 있다. 결론적으로 말레이시아의 경제상황과 국제적인 경제적 지위에도 불구하고 정치적인 영향으로 경쟁법의 도입과 발효에 지연이 있었다. 그러나 위에서 기술한 말레이시아 제8차, 제9차 경제계획에서 경쟁법의 도입의 중요성을 발표하게 되었으며, 특히 시장에서 공정한 거래행위의 보장을 위한 경쟁정책과 경쟁법의 도입을 약속하게 되었다.

위에서 기술한 바와 같이 실제 입법에서 발효가 되는 데에는 상당한 시간이 소요되었다. 여러 가지 논의 이후 경쟁법이 도입된 배경에는 앞서 설명했던 경제적, 정치적인 요구가 있었으나 이와 더불어 경쟁법을 입법한 주변 국가의 경쟁정책으로부터의 영향도 존재하였다. 주변 국가들이 경쟁법을 시행하고 있는 상황에서 말레이시아만 입법을 늦추는 것은 여러 가지 부정적인 효과를 발생시킬 수 있다는 것이 그 이유였다. 특히 경쟁법의 도입이 늦어지면서 해외직접투자가 상당히 줄어들었다는 우려가 있었으며 국가 경제정책이 말레이시아 시장에서 공정한 경쟁을 보장하지 않고 특정한 분야를

보호하는 것으로 인식되는 것에 대한 반감도 있었다. 이러한 여러 가지 이유로 비록 입법에서 발효까지 상당한 지체가 있었으나 외국의 법제를 기본으로 발전시킨 말레이시아 경쟁법은 향후 시장경제의 활성화를 보장한다는 측면에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

3. 말레이시아 경쟁법 일반 및 법의 목적

말레이시아 경쟁법은 총 6개의 부(Part)와 67개의 조문으로 구성되어 있다. 제1부는 총칙 및 정의부분으로 이루어져 있으며, 제2부는 특별히 몇 개의 장으로 나누어져 있는데 이 부분은 경쟁법에서 가장 중요한 부분이라 할 수 있는 실체규정으로서, 제2부의 제1장과 제2장은 반경쟁적 합의와 시장지배적 지위 남용 부분을 다루고 있다. 그 외 제3장과 제4장은 각각 시장조사 및 적용제의 부분을 다루고 있다. 제3부는 집행에서 조사와 같은 중요한 부분을 담고 있으며, 제4부는 중지명령과 같은 경쟁위원회의 심결에 관하여, 제5부는 경쟁항소법원의 설치에 대해서 다루고 있다. 마지막으로 제6부는 일반규정을 담고 있으며 제1부칙(Schedule)과 제2부칙을 포함한다.

말레이시아 경쟁법이 2012년 1월 발효된 이후에 최근까지 4개의 지침을 발표하여 향후 경쟁법집행에 필요한 내용을 설명하고 있다. 주요한 내용으로는 제1장 금지조항에 대한 지침, 제2장 금지조항에 대한 지침, 시장확정지침과 신고절차에 대한 지침이 있다. 이와 같은 지침은 주요 실체규정과 집행규정의 내용을 설명하고 있으며, 경쟁법 집행에서 경쟁위원회가 주요하게 판단하는 내용을 담고 있기 때문에 상당한 의미가 있다고 할 것이다. 결론적으로 비록 지침이 법적 구속력이 있는 것은 아니나, 경쟁법에서 다루고 있지 않은 부분을 설명하고 있으므로 향후 사업자의 활동이나 경쟁법집행에서 상당히 중요할 것으로 예상하고 있다. 특히 사업자는 지침의 내용을 확인함으로써 집행에서의 예상가능성을 확인할 수 있으므로 법적 확실성을 구축하는데 많은 도움을 줄 수 있다. 물론 영국의 영향을 받아 경쟁법의 제정은 판례를 통

해 발전할 것으로 예상하고 있고 현재에는 판례가 충분하지 않아 집행에 어려움이 존재하는 것은 사실이다. 그러나 위에서 말한 지침은 사업자가 말레이시아에서 경제활동을 하면서 경쟁법을 위반하지 않도록 지침서가 될 것으로 평가되고 있다.

무엇보다 말레이시아 경쟁법은 법 제3조에서 기술한 바와 같이 통신 및 에너지 분야를 제외한 시장에서 말레이시아 시장에 영향을 주는 “상업행위”에 대해서 규제할 수 있도록 역외적용을 인정하고 있다. 경쟁법에서의 “상업행위”는 정부의 활동과 관련된 내용을 제외한, 상업적 내용을 담고 있는 모든 형태의 활동을 말한다. 이때 통신이나 에너지 분야와 같은 특정 산업분야 (sector-specific) 법률에서 규제하는 분야는 제외하는데 이는 앞의 두 산업 분야에는 각각의 다른 정부기관에서 통제하고 있으며 따라서 정부기관 간 충돌을 회피할 목적을 가지고 있다. 통신 및 에너지 분야에서의 규제기관은 경쟁정책을 집행하는 경쟁위원회가 일괄적으로 모든 사업을 규제하는 것을 반대하는 것으로 보인다. 따라서 전체적으로 말레이시아에서는 경쟁법을 적용하는데 산업규제정책, 경쟁정책, 그리고 사회경제정책의 이슈가 존재한다.

말레이시아 경쟁법에서 영국이나 유럽경쟁법의 내용과 다른 측면을 가진 부분이 있는데, 그것은 법의 목적을 다루는 부분이다. 다른 아시아 경쟁법의 내용과 비슷한 방식으로 말레이시아 경쟁법은 서문에서 법의 목적을 설명하고 있다. 즉 경쟁절차를 보호하고 증진하여 국가경제발전을 도모하고 이를 통해 소비자의 이익을 보호하는 것을 경쟁법의 목적으로 한다. 이와 더불어 경쟁절차를 보호함으로써 경쟁가격, 상품 및 서비스의 질의 증진, 그리고 소비자의 선택을 증진시키는 효율성, 혁신, 사업을 발전시키는 것이 법의 목적이라고 설명한다.

위에서 설명한 바와 같이 소비자보호는 현재 경쟁법의 목적에서 중요한 부분을 차지하고 있는 것으로 보인다. 이미 경쟁법의 도입 이전에 소비자이익보호와 관련된 입법을 실시하였으며 이를 위해 상행위 혹은 거래행위를 규제하여 왔다. 이러한 규제는 소비자의 보호뿐만 아니라, 불법적 혹은 비윤

리적 내용과 관련하여 규제하는 방식으로 사업자의 권리도 보장하고 있다. 이러한 입법의 전통을 가지고 있으므로 말레이시아 경쟁법에서 법의 목적으로 소비자보호를 강조하는 것은 당연한 것이다. 그리고 한국과 중국 경쟁법의 경우에서처럼 국가경제발전에 대한 요소가 법의 목적으로 명시된 것은 주목할 만한 것이다.

결론적으로 경쟁법의 주요 구조를 살펴보았을 때 주요 실제규정과 내용은 영국 혹은 유럽연합의 것과 비교하여 상당히 유사하다. 특히 금지조항과 적용제외규정은 앞에서 말한 선진국 유형의 내용을 거의 답습하였다. 물론 이러한 규칙의 내용만 본다면 영국의 모델을 받아들였다고 할 수 있으나, 여전히 다른 모습도 가지고 있다. 무엇보다 영국이나 유럽경쟁법과는 달리 말레이시아 경쟁법의 서문에서 명시하고 있는 바와 같이 법의 목적을 확실하게 기술함으로써 집행에서의 지침으로 사용되고 있다. 이러한 법의 목적부분은 상당히 중요한 의미를 가지고 있다. 특히 말레이시아 경쟁당국이나 법원은 경쟁법과 관련하여 충분한 배경이나 경험이 없으며 법을 해석하는 데에도 시행초기에는 어려움이 따를 것으로 생각된다. 따라서 대륙법계의 경쟁법인 한국, 중국, 일본의 내용과 비슷한 형태로 법의 목적을 설명함으로써 집행과 법의 해석을 원활하게 하는 것은 긍정적으로 평가될 수 있다.

말레이시아는 불문법의 전통을 가지고 있는 국가이지만 다른 동아시아 국가의 경쟁법에서 보여준 것과 같이 법적 확실성을 구축할 수 있는 방식이 현재로서는 유리하다 할 수 있다. 특히 궁극적인 법의 목적이 국가경제발전을 통한 소비자이익이라는 데에 있다는 것은 개발도상국의 위치에서 상당한 의미가 있다. 따라서 말레이시아 경쟁법을 평가한다면 다른 경쟁당국에서 실시하고 있는 법적 기술의 긍정적인 내용을 수정하여 현재 말레이시아의 상황과 접목시켜 구축한 것으로, 향후 경쟁법집행을 통해 더욱 발전할 것으로 예상할 수 있다.

제4장 관련시장 확정

1. 말레이시아 경쟁법에서의 시장획정 일반

다른 나라의 경쟁법과 마찬가지로 시장획정은 말레이시아 경쟁법에서 중요한 의미를 갖는다. 말레이시아 경쟁위원회는 제1장 금지조항(반경쟁적 합의의 금지) 및 제2장 금지조항(시장지배적 지위의 남용 금지)과 관련된 위반 사건에서 관련시장을 확정하는 것을 첫 번째 조건으로 삼고 있다. 말레이시아 2010 경쟁법 조문에서는 시장획정에 대한 절차와 같은 자세한 내용을 담고 있지는 않으나 법 제2조에서 일반적인 경쟁법에서 “시장(market)”의 의미를 정의하고 있는데, 여기서 정의하는 “시장”은 말레이시아 혹은 말레이시아의 특정 지역을 지칭한다. 이는 관련 지역시장의 범위를 확정하는 것으로 이해할 수 있다. 또한 일반적으로 상품과 서비스와 관련한 시장을 말할 때는 특정 상품 혹은 서비스시장으로서 다른 상품(혹은 서비스)과 대체하거나 경쟁관계에 있는 것을 말한다. 따라서 법 제2조는 “시장”의 개념을 대체성을 중심으로 지역시장과 상품시장으로 개괄적으로 구분하여 명시하고 있다.

말레이시아 경쟁법은 조문으로 자세한 시장획정의 내용을 설명하고 있지는 않으나, 유럽의 시장획정을 위한 고시²⁰⁾나 우리나라의 경우²¹⁾와 비슷한 방식으로 시장정의에 관한 지침을 제정하여 운용하고 있다. 특히 말레이시아 시장획정에 관한 지침(Malaysia Competition Commission Guidelines on Market Definition, 이하 “시장획정 지침”이라 함)은 최근에 발표되어 실제 제1장 금지조항 및 제2장 금지조항을 조사하는데 상당히 중요하게 운용될 것으로 예상된다. 시장지배적 지위의 남용을 심사하는 것 뿐 아니라 반경쟁적 합의를 조사할 때에도 말레이시아에서는 시장점유율에 따른 적용제외부

분이 심사의 고려 대상이므로 시장획정이 거의 모든 사건의 첫 번째 단계라고 할 수 있다.

무엇보다 경쟁위원회는 실제 일반적으로 이해되는 시장의 의미와 경쟁법에서 적용하고 있는 시장의 의미가 다를 수 있으므로 사업자들은 지침을 통해서 경쟁법상 시장의 의미를 충분히 이해할 필요가 있음을 주지시키고 있다. 특히 경쟁법에서 시장획정의 의미는 그 목적이 관련시장에서 궁극적으로 경쟁의 정도(degree of competition)와 시장지배력을 판단하기 위한 것이므로 사업자의 반경쟁적 행위가 시장에서 실질적으로 경쟁에 반하는지를 확인하는 절차로서 중요한 의미가 있다. 이러한 시장획정의 목적은 충분한 시간 내에 잠재적 경쟁자가 시장에 진입할 수 있는지를 확인하는 조사단계이며, 이때 말레이시아 경쟁법에서의 시장을 “관련 시장”이라고 명시하고 있다.

다른 나라의 경우와 마찬가지로 말레이시아에서도 관련시장에 대한 정의는 상품에 대한 조사를 통해 과연 대체성이 있는 상품이나 서비스가 존재하는가에 대한 방법으로 시작한다. 상품 또는 서비스의 대체성은 수요와 공급의 측면에서 조사가 이루어지며, 일반적으로 말레이시아 경쟁당국은 소비자가 다른 상품(서비스)으로 전환하는지 확인하는 SSNIP 테스트 방법을 통한 시장획정을 선호하고 있다. 경쟁위원회는 신고를 통해 조사가 이루어질 때, 무엇보다 관련시장획정을 통해 모든 사업자가 특정사업자와 경쟁이 제대로 이루어지는지에 대한 조사를 할 수 있다는데 의미가 있다고 밝히고 있다. 따라서 반경쟁적 합의를 규제하는 제1장 금지조항을 위반하는지 조사할 때 시장획정은 중요한 의미를 갖는다. 이와 더불어 시장지배적 지위남용을 제한하는 제2장 금지조항을 적용할 때에도 시장획정은 중요한 의미를 지닌다. 특히 관련시장에서 사업자가 시장지배력을 남용하는 방법으로 시장지배적 지위를 유지할 수 있기 때문이다. 따라서 이를 판단하기 위해서 시장획정이 중요하다 할 것이다. 마지막으로 관련시장을 확정하는 방법을 통해서 사업자의 거래활동이 경쟁법위반인지 결정하는 과정에서, 시장획정 다음단계로 시장점유율을 계산하기 위해 사업자의 실제 매출액을 산정한다.

20) Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community [now Union] competition law OJ C 372, 9.12.1997.

21) 시장지배적 지위남용행위 심사기준, 2009.10.06 공정거래위원회고시 제2009-62호.

2. 가상독점기업 테스트(Hypothetical Monopolist Test)

시장획정에 있어서 말레이시아 경쟁당국은 세계적으로 널리 운용되고 있는 가상독점기업 테스트(Hypothetical Monopolist Test)를 집행에 있어 심사 기준으로 채택하고 있다. 가상독점기업 테스트는 실제 시장에서 경쟁이 존재하고 있는지 조사하는 방식으로 운용된다. 따라서 경쟁위원회는 경쟁자의 시장점유율을 확인하고, 잠재적 경쟁자가 관련시장에 쉽게 진입할 수 있는지에 대한 판단을 실시한다. 마지막으로 위의 방법으로 경쟁자들 사이에서 가격과 상품의 형태와 품질을 통해 경쟁의 정도를 확인하게 된다. 제대로 시장을 획정하는 것은 사업자의 거래활동이 과연 시장에 영향을 미치는 반경쟁적 행위인지 판단하는데 중요한 문제가 된다. 따라서 집행의 관점에서 본다면 시장획정은 경쟁위원회가 보다 빠르고 손쉽게 경쟁법위반의 정도를 확인할 수 있는 가장 손쉬운 방법이다. 예를 들어 관련시장에서 시장점유율이 낮은 사업자가 잠재적으로 반경쟁적 성격을 가진 합의를 갖게 되는 경우도 있는데, 이와 같은 경우에 경쟁위원회는 예비조사 단계에서 제1장 금지조항 관련 조사를 종결할 수 있다. 그 이유는 실제 시장점유율이 낮은 사업자의 합의는 경쟁에 영향을 상당히 적게 미치게 때문이다.

그러나 경성카르텔(hard-core cartel)과 같은 특정 범주에 들어가는 수평적 합의의 경우 말레이시아 경쟁위원회는 시장획정을 통한 시장점유율 조사로 관련 합의의 반경쟁성을 판단하지 않는다. 왜냐하면 경성카르텔의 경우에는 경쟁에 상당한 영향을 미칠 것으로 판단되는 반면, 그 외 합의의 경우 시장점유율이 낮으면 경쟁에 미치는 영향이 적다고 판단하기 때문이다. 또한 경쟁위원회는 당해 사업자의 활동 자체로 시장에 미미한 영향을 미치는 경우나, 관련 사업자가 시장에서 상당한 영향력이 없을 경우에도 시장을 획정하지 않는다. 따라서 경성제한행위(hard-core restraints) 혹은 반대로 시장에서의 영향력이 상당히 미미한 경우에는 경쟁위원회는 시장을 획정할 필요가

없다. 또한 당해 사건 이전에 판단해 왔던 관련시장이 당해 사건에서도 같은 결과를 발생시킨다는 증거가 있을 시에는 관련시장획정 조사를 하지 않을 수 있다. 이와 같은 관련시장획정에 대한 말레이시아 경쟁당국의 정책은 관련시장획정으로 인한 비용을 절감한다는 목적에서 의미가 있다.

시장획정지침 제2장은 가상독점기업 테스트의 주요한 내용을 다루고 있다. 이 테스트의 절차는 주로 3단계 방식을 취하고 있다. 첫 번째는 가상독점기업의 주요 상품(focal product)을 판단하고, 이후에는 가상독점기업이 경쟁가격보다 5%에서 10%로 가격을 올렸을 경우 손해 없이 주요 상품의 가격을 계속 유지할 수 있는지 검토하게 된다. 마지막 단계는 위 두 단계를 반복해서 조사하게 된다.

물론 위에서 기술한 바와 같이, 가상독점기업 테스트방법과 함께 시장조사방법을 통해서 소비자들이 관련 상품 혹은 서비스의 가격이 상승할 경우 다른 대체물로 전환하는지에 대한 방법을 취할 수 있다. 이러한 기본적인 방법과 더불어 관련 산업에서 사업자단체나 당해 사건에서의 신고자와 면담을 통한 조사로 시장획정을 좀 더 자세히 검토할 수 있다. 또한 개별적으로 경쟁자와 면담을 요구 혹은 상품대체성에 필요한 증거물을 요구할 수 있다. 마지막으로 특정기간동안의 가격의 변화와 가격탄력성과 같은 다른 요소들도 시장획정을 위한 검토요건으로 인정되고 있다.

실제 가상독점기업 테스트를 정확하고 일정하게 적용하여 조사하는 것은 경쟁법집행의 오랜 역사를 가지고 있는 경쟁당국에게도 상당히 복잡하고 어려운 일이다. 말레이시아 경쟁위원회는 이미 시장획정 지침에서 밝히는 바와 같이 이러한 문제를 인지하고 있으며, 외국에서 운용되고 있는 시장획정의 방법과 이와 더불어 말레이시아 고유의 시장의 상황도 함께 고려될 것이라고 설명하고 있다. 따라서 법체계 혹은 경쟁법 내용의 측면에서 비슷한 형태를 취하는 싱가포르, 영국, 유럽연합에서 시장획정하는 방식과 경험은 경쟁법 운용에 있어 말레이시아에 영향을 줄 것으로 예상하고 있다.

3. 상품 및 지역시장 확정과 시간적 측면의 고려

실제 시장확정방식은 주로 상품시장과 지역시장으로 구분하여 조사하게 된다. 물론 구별하여 따로 확정하는 방식을 따르는 사건도 있으나, 주로 동시에 두 개의 시장을 같이 판단하는 방법을 따르게 된다. 말레이시아 경쟁당국은 대체적으로 처음에는 상품시장을, 그 다음에는 지역시장을 판단하는 순서를 취하고 있다. 앞에서 설명한 바와 같이, 시장확정에서 가상독점기업이 SSNIP 테스트 방식의 가격을 유지할 수 있는가가 가장 중요한 판단요소가 된다. 그리고 수요측면에서 대체성이 있는가도 역시 판단의 중요한 요소라 할 것이다. 경쟁위원회는 수요측면의 조사와 더불어 상품시장을 판단하기 위해서 공급측면도 조사대상이 된다고 설명하고 있다.

따라서 다른 경쟁사업자가 관련 상품을 쉽게 대체하여 생산하거나 단기간 내에 대체할 수 있는 상품을 공급할 수 있을 경우 당해 사업자는 쉽게 가격을 올릴 수 없게 된다. 시장진입을 통해 1년 이내 상품가격에 영향을 줄 정도로 충분히 공급이 이루어지는 경우 공급대체성이 존재하는 것으로 인식되고 있다. 이때 이러한 공급대체성이 상당한 투자매몰비용(substantial sunk investments)이 아닌 경우여야 한다. 따라서 1년 이내 손쉽게 관련 상품을 공급할 수 있는 경우에 사업자는 관련시장확정에 포함될 수 있다.

수요와 공급을 통한 관련 상품시장의 확정과 더불어, 시장확정지침은 관련 지역시장을 포함해 설명하고 있다. 앞에서 기술한 바와 같이 법 제2조에서 관련시장을 말레이시아 혹은 말레이시아 일부 시장으로 설명하고 있으며, 이는 외국 시장은 관련시장의 내용에 포함되지 않음을 의미하고 있다. 관련 지역시장은 상품시장과 마찬가지로 소비자의 대체가능성과 공급자의 경쟁적으로 관련 상품을 지역 시장 내에서 판매할 수 있는지를 검토하는 방법을 통해 정의된다. 지역시장을 특정 지역과 관련하여 확정하게 될 때에는 이를 일반적으로 좁게 해석하게 되는데 이러한 좁은 의미의 특정 관련지역시장을 “중점지역(focal area)”이라는 명칭으로 설명하고 있다.

이러한 좁은 개념의 지역시장확정은 상품군의 조사를 통해 상품시장이 확정된 상태에서 확정되게 되는데, 일반적으로 군(township) 혹은 지방지역(suburb)이 그 범위에 속한다. 이때 가상독점기업이 관련 상품을 생산하면서 위에서 기술한 “중점지역”에서 가격을 경쟁가격보다 5%에서 10% 상승시킬 수 있는 경우를 판단하게 된다.

SSNIP 테스트와 더불어 상품의 가치와 관련된 운송비용 혹은 거래비용이 중요한 판단요소가 된다. 특히 운송비용으로 인하여 관련 상품의 가격이 상승할수록, 소비자들은 더 값싼 공급방법을 선호하게 된다. 마지막으로 관련시장에서 중요한 요소는 시간이다. 특히 관련 상품이 특정한 기간 혹은 계절에 영향을 받는 경우, 예를 들어 성수기와 비수기의 서비스공급은 시장확정에 영향을 미칠 수 있는 경우가 있다. 그러나 특정 상품 혹은 서비스 그 자체의 성격에 따라서 시장확정이 결정될 수 있기 때문에 시간의 요소는 제한된 범위 내에서 판단 될 수 있다.

전체적으로 말레이시아 경쟁위원회의 시장확정지침을 통한 시장확정방식을 평가한다면 다른 나라와 마찬가지로 집행 및 조사단계에서 상당히 중요한 의미를 갖는다. 경쟁법의 효력이 발생한 이후 얼마 되지 않아 시장확정지침을 발표한 것은 이를 반영하는 것이라 볼 수 있다. 시장확정지침을 통해 경쟁법에 익숙하지 않은 경제주체, 변호사, 법원은 좀 더 경쟁법을 잘 이해하고 적용할 수 있게 되는 효과를 가진다. 실제 말레이시아 시장확정지침은 다른 나라에서 운용되고 있는 방법을 조사하여 자세히 기술하였으며 지침초안과 비교하여 현재 지침은 내용상 개정된 것이 거의 없다. 이는 말레이시아 경쟁당국에서 발표한 다른 지침과 비교하여, 초안부터 상당히 준비를 한 것으로 평가할 수 있다.

제5장 제1장 금지조항(Chapter 1 Prohibition)

1. 반경쟁적 합의의 금지 및 적용제외규정

말레이시아 경쟁법 실체규정은 그 내용 면에서 유럽연합경쟁법 혹은 그 외 영국경쟁법(Competition Act 1998)과 영국의 영향을 받은 싱가포르의 경우와 유사하다. 영국도 말레이시아와 마찬가지로 경쟁법에서 제1장은 반경쟁적 합의의 내용을 다루고 있으며, 제2장에서는 시장지배적 지위 남용을 금지하고 있다. 따라서 흔히 본 규정을 각각 제1장 금지조항과 제2장 금지조항으로 부르고 있다. 특히 말레이시아 경쟁법 제4조 1항은 영국의 경우와 유사한 방식으로 사업자(enterprise)간의 수평적 혹은 수직적 합의가 그 목적이나 효과가 관련시장에서 경쟁을 방지, 제한, 왜곡할 경우 당해 합의는 금지된다고 명시하고 있다.

법 제4조 2항에서는 수평적 합의의 목적이 반경쟁적인 경우에 대하여 종류별로 구분하여 설명하고 있다. 그 내용으로는 (a) 구매 혹은 판매가격을 직간접적으로 설정하거나 다른 거래조건을 설정하는 합의, (b) 공급원료 혹은 시장을 분할하는 합의, (c) 생산, 상점(outlet) 혹은 시장접근, 기술적 발전 및 투자와 같은 행위를 제한하거나 통제하는 합의, 그리고 마지막으로 (d) 입찰담합행위를 말한다. 앞에서 설명한 바와 같이 법 제4조 2항에서 기술하고 있는 경성카르텔은 거의 당연위법 혹은 준당연위법(quasi-per se illegal)으로 심사하고 있는 것으로 보인다. 다만 영미법 전통을 가지고 있는 말레이시아는 판례법을 통해 당연위법의 내용이 확정되지 않았으며, 아래에서 기술하겠으나, 적용면제(법 제5조, relief of liability), 개별적용제외(법 제6조, individual exemption) 혹은 일괄적용제외(법 제8조, block exemption)와 같은 방식으로 사업자가 법 제4조 2항 위반을 면제받을 수도 있기 때문에 현재 상황에서 당연위법으로 설명하기에는 어려움이 있는 것으로 보인다.

경쟁법 제5항은 적용면제(relief of liability)규정으로서, 유럽연합 TFEU 제101조 3항의 내용과 어느 정도 비슷한 형태를 취하고 있다. 개별적용제외 규정은 개별 사업자의 합의가 특정한 조건을 만족시킬 경우 법 제4조 적용으로부터 면제를 받는 것이다. 그 조건은 다음과 같다.

- (a) 당해 합의로부터 상당한 정도로 분명하게 확인할 수 있는 기술적 효율성 혹은 사회에 긍정적 이익이 직접적으로 발생하는 경우
- (b) 합의의 내용이 경쟁을 방지, 제한, 왜곡하는 효과를 갖는 경우라도 당해 합의가 없으면 긍정적 이익이 발생하지 아니할 경우
- (c) 경쟁에 부정적 효과를 발생시키는 것이 긍정적 이익에 부분이 되는 경우
- (d) 당해 합의가 관련 상품 혹은 서비스에 비추어 경쟁을 완전히 제한하는 경우가 아닌 경우

그러나 말레이시아 경쟁법 제5조 적용면제는 유럽연합 경쟁법의 개별면제조항과는 다른 방법으로 운용되고 있다. 특히 유럽연합에서의 면제 조건인 소비자이익(fair share of consumers)이 말레이시아 경쟁법에서는 기술되어 있지 않다. 그러나 법의 목적에서 궁극적으로 소비자이익 보호를 설명하고 있기 때문에 면제심사에 있어서 유럽의 내용과 비슷한 방법의 집행을 예상할 수 있다. 무엇보다 법 제5조 (a)항에서 사회의 긍정적 이익이 소비자이익을 포함하는 것으로 설명될 수 있다.

유럽연합 TFEU 제101조 3항과는 상이하게, 말레이시아는 개별적인 면제조항이 있다. 즉 법 제6조는 제4조에서 금지하는 특정한 합의와 관련하여 사업자가 위원회에 개별적용제외(individual exemption) 인가를 신청할 수 있다고 설명하고 있다. 따라서 우리나라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, “공정거래법”이라 함) 제19조 2항에서처럼 인가의 방식으로 개별적인 면제 적용도 실시하고 있다. 다만 정당성을 인정받아 인가받을 수 있는 요건은 우리나라의 경우와 상이하다. 즉 우리나라의 경우, 산업합리화, 연구·기술개발,

불황의 극복, 산업구조의 조정, 거래조건의 합리화, 그리고 중소기업의 경쟁력 향상이라는 거시적인 측면을 공동행위 인가의 중요한 요소로 인정하고 있는 반면, 말레이시아는 개별적인 합의의 미시적인 측면을 판단하여 관련 합의의 반경쟁성과 친경쟁성을 종합적으로 판단하는 것으로 보인다.

말레이시아에서 개별적용제외를 받는 절차는 법 제6조 2항에서 5항에 걸쳐서 기술하고 있다. 이에 따르면, 먼저 위원회는 관보(Gazette)에 심사를 공표하는 방법으로 법 제5조에서 설명하고 있는 긍정적인 측면이 있는 합의에 대하여 직권으로 적용제외를 실시할 수 있다. 이러한 적용제외 방식을 “개별적용제외”라 하고, 개별적용제외는 위원회가 결정한 당일 이전부터라도 효과가 발생할 수 있도록 명시하였다. 마지막으로 경쟁위원회는 개별적용제외를 인정하는 경우 아래와 같은 조건을 추가적으로 적용할 수 있도록 하였다.

- (a) 위원회가 심사하여 필요한 경우에는 특정한 조건 혹은 의무를 사업자에게 부과
- (b) 위원회는 결정을 통해 제한된 기간 동안에 적용제외를 실시

말레이시아 경쟁법은 개별적용제외와 관련하여 취소 혹은 그 내용을 수정할 수 있도록 경쟁위원회의 재량권을 보장하고 있다. 법 제7조 1항은 아래와 같은 상황이 발생한 경우 위원회가 관보에 발표함으로써 개별적용제외를 수정 혹은 변경할 수 있도록 하고 있다.

- (a) 개별적용제외가 인정된 이후에 상황이 상당히 변화된 경우
- (b) 개별적용제외를 위해 사업자에게 부과된 의무가 이행되지 않은 경우

따라서 위와 같은 경우, 경쟁위원회가 (i) 개별적용제외의 취소, (ii) 당해 조건 혹은 의무의 변경 및 취소, (iii) 추가적으로 조건 혹은 의무 부과와 같은 내용으로 개별적용제외를 수정하거나 변경할 수 있게 하였다. 또한 개별적용제외심사를 위해 제출된 정보가 잘못되었거나 특정한 자료가 호도하는

내용을 담고 있는 경우 혹은 위에서 말한 개별적용제외를 위해 부과된 조건이 위반되는 경우에도 경쟁위원회는 개별적용제외를 취소할 수 있다. 이와 같은 경우에도 역시 위원회는 관보에 공표해야 한다. 그리고 위 사항에 따른 위원회의 집행은 당해 심사가 결정된 날로부터 효력이 발생한다. 마지막으로 법 제7조 4항에 의해 상황의 변화로 최초부터 효력이 발생하지 않는 경우 혹은 부과된 조건이 위반되어 개별면제 효력이 무효가 되는 경우에도 면제를 취소할 수 있다.

다른 경쟁당국과 마찬가지로 말레이시아 경쟁법도 역외적용을 인정하고 있다. 경쟁법 제3조 1항은 우리나라의 공정거래법 제2조의 2에서 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다는 내용과 유사한 표현으로 국외행위에 대한 경쟁법 적용을 인정하고 있다. 특히 합의를 포함한 상업 활동이 말레이시아 밖에서 이루어진 것이라 할지라도 말레이시아 내의 시장경쟁에 영향을 미치는 경우에는 법이 적용된다고 명시하고 있다. 이는 판례법을 통해 역외적용이 확인된 유럽과 미국의 경우와 다르게 대륙법의 영향을 받은 우리나라와 같은 나라들의 규정을 받아들인 것으로 보인다. 특히 말레이시아 경쟁법 집행 초기에서 역외적용이 논란이 될 수 있으므로, 국제카르텔에 법을 적용하기 위해 법적확실성의 목적으로 입법을 한 것으로 이해된다.

경쟁위원회는 제1장 금지조항의 원활한 집행을 위해서 말레이시아 제1장 금지조항 지침(Malaysia Competition Commission Guidelines on Chapter 1 Prohibition, 이하 “제1장 지침”이라 함)을 제정하여 제1장 금지조항의 집행에서 중점적으로 다루어야 할 사항들을 설명하고 있다. 물론 제1장 지침은 경쟁법의 합의관련조항을 대체하여 적용할 수 있는 것은 아니며 법적 구속력이 있는 것은 아니다. 다만 기술적인 판단과 해석을 위해서 지침을 가지고 있으며 사업자가 합의와 관련하여 경쟁법 조항을 위반하는 것을 사전에 방지하기 위한 목적으로 도입되었다.

2. 합의에서 목적 및 효과의 의미/공동행위

경쟁법 제2조는 “합의”를 정의하고 있다. 위 정의에 따르면 합의는 사업자가 간에 계약, 협의, 이해 등의 형태를 말하며, 사업자 단체의 공동행위도 포함하고 있다. 또한 제1장 지침 제2.1.항에서 제2.3.항까지는 합의의 정의를 자세히 설명하고 있다. 즉, 합의는 서면 혹은 구두로 표현한 것을 포함하기 때문에 경쟁자는 다른 사업자와 교류를 할 경우, 의사소통에서 상당히 주의를 요한다고 설명하고 있다. 따라서 전화, 편지, 이메일, 혹은 다른 어떠한 방법으로도 합의의 조건이 성립될 수 있다.

예를 들어 경쟁관계에 있는 사업자의 식사회합에서 일반적인 대화는 경우에 따라서 경쟁법에서 말하는 가격인상을 위한 상업적 제안으로 인식될 수 있다. 또한 사업자단체 회합에서 경쟁자와 동석한 자리에서 반경쟁적 결정을 한 경우 그 자체로 충분히 반경쟁적 합의의 증거가 될 수 있다. 따라서 사업자단체는 경쟁법 제4조 2항에서 금지하고 있는 경성카르텔 내용을 사업자들이 토론하거나 대화를 나누지 않도록 주의할 것을 주지시키고 있다. 무역단체 혹은 사업자단체는 물론 적법한 목적으로 당해 산업분야에서 경쟁력을 증진시킬 목적을 가지고 있다. 다만 특정한 경우에 당해 사업자단체의 사업자가 경쟁자와 연합하여 공동행위를 할 수 있는데, 이는 경쟁법 위반이 될 수 있다.

말레이시아 경쟁법은 반경쟁적 합의의 “목적”의 의미에 대해서 별도로 정의하거나 설명하고 있지 않다. 따라서 경쟁법에서 기술하고 있는 반경쟁적 합의는 제1장 지침에서 그 내용을 파악할 수밖에 없다. 제1장 지침에 따르면 합의의 목적이나 효과가 경쟁을 제한하는 것을 의미한다고 설명하고 있다. 이는 유럽연합의 TFEU 제101조 1항의 “목적”과 “효과”의 의미와 같다고 할 수 있다. 특히 제1장 지침 제2.11.항에서 합의의 목적이 반경쟁적일 경우에 대해서 설명한다. 여기서 말하는 “목적”은 법 제4조 2항에서 기술하는 수평적 합의 혹은 카르텔이 그 목적 자체가 경쟁을 방지, 제한, 왜곡하는 것으로

되어 있다. 따라서 다른 나라에서 경성카르텔로 금지하고 있는 가격협정, 생산량제한합의, 시장분할합의, 입찰담합과 같은 내용을 가지고 있는 합의는 그 목적이 반경쟁적으로 판단하고 당연위법(혹은 준당연위법)과 같은 방법으로 금지할 것으로 보인다.

다만 대부분의 경우, 경쟁위원회는 사업자의 실제 공동의 의도만을 심사하지는 않고 경제적 관점으로 보았을 때 명백하게 반경쟁적인 합의인지를 검토하게 된다. 만일 당해 합의의 목적이 상당히 경쟁을 제한할 효과가 발생할 시에, 경쟁위원회는 재량권을 통해 그 합의의 목적이 반경쟁적이라고 판단할 수 있다. 이와 같은 방법으로 경쟁위원회는 그 목적이 반경쟁적이라는 것이 증명되었을 시에는 합의의 효과를 판단할 필요가 없다. 그러나 반경쟁적 목적이 확실하지 않을 경우에도, 이후에 당해 합의가 결과적으로 반경쟁적 “효과”를 발생시킨다고 판단될 시에는 경쟁법 위반이 될 수 있다.

마지막으로 “공동행위”에 대한 의미를 고찰할 필요가 있다. 법 제2조에서 정의하고 있는 내용을 살펴보면, 공동행위란 사업자 사이에서 상호간 경쟁으로부터의 위험을 회피하기 위해 실제적 협력을 대신하여 의도적으로 공동의 방법의 형태를 취하는 것을 의미한다. 이러한 행위는 직접적 혹은 간접적으로 사업자간 연락이나 의사교환을 통해 이루어지는 활동과 관련이 있다. 공동행위의 목적과 효과가 하나 혹은 그 이상의 사업자의 활동에 영향을 주거나 사업자가 그러한 내용을 받아들이는 행동방식을 드러내는 것으로서, 특히 이러한 행동방식이 일반적인 경쟁 상태에서는 이루어지는 것이 아닌 경우이어야 한다. 제1장 지침 제2.6.항에 의하면 공동행위는 일반적으로 비공식적인 협력의 형태를 가지며 이러한 형태를 통해 실제적으로 협력하거나 그러한 행동으로 상호간의 의사교환을 통해 이루어지는 것을 인지하는 경우를 포함한다. 따라서 위 지침은 사업자가 원자재 가격상승으로 인한 가격인상과 같이 정당화할 수 있는 이유로 다른 경쟁자와 관계없이 가격결정이 이루어졌다는 증거가 가능하지 않은 이상, 명목적으로 경쟁자의 가격을 모방하는 것에 대해서 주의할 필요가 있다고 설명한다.

물론 현재의 상황에서는 경쟁법 규정에 따라 향후 경쟁당국이 어떻게 공동행위를 조사하고 심결할 것인지에 대해서는 사례의 부족으로 이해하기는 어려울 것이다. 다만 경쟁법 도입 이전의 사례를 살펴봄으로써 향후 당국의 집행에 예상할 수 있다. 공동행위와 관련하여 2003년 Pangkor-Lumut Ferry 사건이 있다.²²⁾ 이 사건에서 연락선 사업을 영위하던 두 개의 경쟁사 간에 운임가격경쟁이 발생하였으나, 가격경쟁의 심화이후에 두 사업자는 운임가격을 일정하게 상승시켜 유지하게 되었다. 이러한 가격상승에 국민들의 불만이 있었으며, 가격상승과 관련된 공동행위로 의심되는 행위에 대해서 사회적인 비판을 받게 되었다. 두 사업자가 가격경쟁의 심화로 인해서 공동행위를 통해서 서로 이익이 되는 방향으로 가격을 올렸다는 것이다.

따라서 가격의 변동이후 관련 지방정부는 관련 사건의 사업자와 협의를 통해 가격을 낮출 것을 권고하였다. 그러나 이러한 행정지도는 실패하였고, 지방정부는 연방정부차원에서 관여하여 관련 시장에서 운행할 수 있는 라이선스 발급을 통해 경쟁을 도모하도록 요청하였다. 실제 위 사건에서 가격경쟁 이후의 가격설정이 공동행위를 통해서 이루어진 것인지는 확실하지 않으나, 학자들은 관련시장에서 독점적 지위에 있는 두 개의 경쟁사가 공모하여 가격을 올렸을 것으로 주장하고 있다. 그러나 당시 경쟁법의 부재로 조사는 이루어지지 않았으며, 결국 정부차원에서 요금에 대한 규제를 통해서 문제를 해결하였다. 이후 이러한 사업 활동은 경쟁법 도입에 영향을 주었으며, 향후 비슷한 사건이 발생할 시에는 현재 경쟁법에서 명시하고 있는 공동행위에 대한 금지의 방법으로 조사가 이루어 질 것으로 예상할 수 있다.

3. 반경쟁적인 수평적 합의와 수직적 합의

말레이시아 경쟁법은 수평적 합의와 수직적 합의에 대해서 정의를 내리고 있다. 또한 제1장 지침에서도 이러한 합의의 대한 해석의 문제를 설명하

22) 사건의 내용과 관련하여, [Cassey Lee, "Competition Regulation in Malaysia" (2006), p. 6, available at http://www.jftc.gov.jp/eacpf/06/6_01_05.pdf] 참조.

고 있다. 법 제2조에 따르면 “수평적 합의”는 생산 혹은 유통에서 동일한 단계에 속하는 사업자 사이의 합의를 말하는 것으로, 경쟁자 간의 합의를 의미하는 것이다. 반면, “수직적 합의”는 동일한 단계가 아닌 수직적인 단계에서 이루어지는 합의를 의미하는 것으로서, 예를 들어 공급자와 유통업자와의 합의를 말한다. 위에서 기술한 바와 같이, 법 제4조는 반경쟁적인 수평적 합의와 수직적 합의 모두를 금지하고 있다. 그 내용을 살펴본다면, 반경쟁적인 합의란 당해 합의의 목적과 효과가 말레이시아 시장에서 “심각하게 (significant)” 경쟁을 방지, 제한, 왜곡하는 것을 의미한다. 그러므로 경쟁위원회가 어떻게 “심각하게”라는 조문의 의미를 해석해서 적용하는가는 법집행에 있어서 중요한 문제이다.

일반적으로 법 제4조의 “심각하게”라는 표현은 당해 합의가 사소한 정도의 효과가 아닌 상당한 정도이어야 하며, 이러한 시장에서의 영향은 관련시장을 획정한 후 판단하게 된다. 특히 유럽연합의 방식과 비슷하게 “안전지대 (Safe Harbour)”를 설정하여 반경쟁적 합의에 대한 심사를 실시하게 된다. 이러한 심사방법은 제1장 지침에서 기술하고 있는데 본 지침에 의하면 일반적인 반경쟁적 합의를 추정하는 기준으로 시장점유율을 근거로 삼고 있다. 수평적 합의에서 사업자의 시장점유율의 합이 20%가 넘지 않을 경우에는 위에서 기술한 “심각하게” 경쟁을 제한하는 행위로 판단되지 않는다고 설명하고 있다. 또한 수직거래에서는 사업자의 개별적 시장점유율이 각각 25% 미만일 경우에도 역시 심각하게 경쟁을 제한하는 행위로 심사되지 아니한다. 따라서 관련 시장획정 이후 시장점유율의 계산을 통해 넓은 의미에서 적용제외의 방법으로 결정되게 된다.

물론 제1장 지침에서의 안전지대 설정은 법적구속력이 없기 때문에 유럽연합의 수직거래에 관한 일괄적용제외규정²³⁾의 방식이라기보다는 최소지침 (*De Minimis* Notice)²⁴⁾의 수평거래를 위한 10% 시장점유율과 수직거래를

23) Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the TFEU to categories of vertical agreements and concerted practice.

24) Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the TEC (now Article 101(1) TFEU).

위한 15% 시장점유율의 내용과 유사하다고 판단할 수 있다. 유럽연합의 최소지침도 법적 구속력은 존재하지 않으나, 실제 집행에 있어서는 어느 정도 엄격하게 적용되고 있는 것으로 보인다. 따라서 현재 말레이시아에서는 유럽의 일괄적용제외규칙과 같은 강제성을 지닌 법규가 존재하고 있지 않으나, 제1장 지침에 의한 시장점유율 설정은 향후 실무에 상당한 영향을 미칠 것으로 예상하고 있다.

제1장 지침의 초안에서는 수직적 거래지역제한과 거래상대방제한과 같은 수직적 구속조건부거래에 대해서 시장점유율기준(market share threshold)을 마련하고 설정을 고려하였으나, 경쟁위원회는 최종적으로 앞서 말한 초안에서의 30% 시장점유율 기준을 도입하지 않았다. 이와 더불어 초안에서는 법제5조에 근거한 적용제외 조건들을 설정하고 있었으나, 최종 지침 안에서는 삭제하였다. 또한 지침초안의 부칙에서 경쟁위원회가 적용제외 심사를 위한 분석적인 구조방법을 설정하고 있었으나, 이러한 부칙의 내용도 최종안에는 첨가되지 않았다. 따라서 현재는 위에서 기술한, 수평적 거래에서 20%와 수직적 거래에서의 25% 시장점유율 기준이 안전지대와 관련된 유일한 지침근거가 되고 있다.

전체적으로 평가해 본다면, 현재의 수평 및 수직거래에 대한 시장점유율 기준이 초안에서의 특정 거래에 대한 기준보다 포괄적으로 적용될 수 있다는 장점이 있다. 또한 부칙에서와 같이 분석적 방법을 기준으로 심사를 하는 것보다 현재의 안전지대를 기준으로 하는 심사하는 것이 경쟁위원회의 심사에 있어서 어느 정도 재량권을 줄 수 있어서, 향후 판례법의 발전에도 도움이 될 수 있을 것이다.

특히 안전지대의 시장점유율을 기준으로 심사를 실시하게 되는 경우 경제주체, 법률가, 법원에 법적 확실성을 가져다 줄 수 있을 것이다. 예를 들어, 유럽연합의 일괄적용제외규칙을 살펴본다면, 입법 후 지난 10년간 긍정적인 역할을 했다고 인정되고 있다. 무엇보다 말레이시아에서도 수평적 거래 관련규정의 시장점유율 기준을 수직거래에서보다 낮게 설정함으로써, 수직거

래에서의 긍정적인 측면을 인정했다고 볼 수 있다. 이처럼 말레이시아에서 설정한 시장점유율기준은 수직거래의 긍정적인 의미를 인정하면서 법적 확실성을 구축하는데 많은 도움이 될 것이다.

그러나 제1장 지침은 수직적 거래행위에서도 당사자 중에 누군가 시장점유율이 높은 경우, 즉 시장지배력이 있는 경우에는 반경쟁적인 효과가 발생할 경우가 있다고 설명하고 있다. 또한 일반적으로 수직적 가격합의(vertical price agreement)도 수직적 비가격합의(vertical non-price agreement)보다 반경쟁성이 더 강하다고 설명하고 있는데 그 이유는 수직적 가격합의는 가격을 근거로 유통단계에서 경쟁관계에 있는 사업자의 사업 활동을 통제하기 때문이다.

수직적 가격합의와 다르게, 수직적 비가격합의는 시장을 봉쇄하여 사업자를 퇴출시키는 경우에 일반적으로 반경쟁적이라고 설명되고 있다. 특히 수직적 합의가 당해 시장에서 경쟁을 심각하게 제한하는지에 대한 판단은 당해 사업자가 시장지배력을 가지고 있느냐에 따라서 이루어지게 된다. 또한 반경쟁성 판단은 시장진입장벽이나 공급자의 영향력에 대항할 수 있는 수요지배력(buyer power)과 같은 요소가 추가적으로 고려할 수 있는 대상이 된다. 결론적으로 최저재판매가격유지행위(resale price maintenance)에 대해서는 강력하게 금지하고 있으며, 이러한 행위는 경성제한행위로 인정하고 있다. 또한 최고재판매가격유지행위나 소비자권장가격도 합의를 공모하는데 이용될 경우 반경쟁적으로 판단하고 있다. 이와 반대로 수직 비가격합의의 경우 심각할 정도의 반경쟁성이 인정되지 않으므로 위에서 기술한 25% 시장점유율을 근거로 법 제4조 위반으로부터 제외가 될 수 있다. 그러나 최저재판매가격의 경우는 시장점유율을 기준으로 설정된 안전지대의 적용을 받지 않는다.

마지막으로 제1장 지침은 지식재산권(intellectual property right)이나 프랜차이즈와 관련된 합의에 대해서 설명하고 있으나 세부적인 내용은 다루고 있지 않다. 제1장 지침에서는 경쟁위원회가 향후 위의 두 분야에 있어서 새로운 지침을 발표할 것으로 설명하고 있으나 2012년 7월 현재까지도 발표되

지 않은 상태이다.

결론적으로 제1장 지침은 제1장 금지행위 조항 위반으로부터 적용제외 인가신청을 하기 위한 중요한 지침을 설정하면서 동시에 심사를 위한 분석 구조를 설정하고 있다. 따라서 위 지침은 개별적용제외와 일괄적용제외를 받기 위해 중요한 기준이 된다.

4. 적용제외규정 및 자진신고제도

사업자는 다음과 같은 세 가지 방법을 통해, 법 제4조 위반으로부터 적용제외혜택을 받을 수 있다.

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 법 제5조를 근거로 적용면제를 받는 방법 2. 법 제6조를 근거로 개별적용제외를 받는 방법 3. 법 제8조를 근거로 일괄적용제외를 받는 방법 |
|---|

앞에서 설명한 바와 같이 일반적으로 사업자는 법 제5조를 통해서 반경쟁적 합의가 없다는 것을 증명하는 방법으로 법 제4조를 위반하지 않을 수 있다. 이 때 법 제5조에서 면제의 근거로 삼고 있는 요건은 법 제6조와 제8조를 통한 인가를 받을 때에도 심사의 기본이 되기 때문에 일반적인 적용제외의 중요한 근거가 된다. 이러한 방식은 싱가포르에서 실시하고 있는 Net Economic Benefit 테스트나 유럽연합 TFEU 제101조 3항의 내용과 유사하다고 판단되고 있다. 그 이유는 말레이시아의 방식도 다른 나라의 방식과 유사하게 반경쟁적 효과와 친경쟁적 효과를 함께 판단하여 미국의 합리의 원칙(rule of reason)의 방법으로 심사하기 때문이다.

현재까지 위에서 기술한 적용면제 사례가 없으므로 경쟁위원회가 어떠한 방법으로 심사를 실시할 것인지에 대해 판단하는 데에는 어려움이 있다. 따라서 유럽연합이나 싱가포르의 경우를 참고로 하여 법 제5조의 적용을 유추하는 것을 권장하는 학자들도 있다. 그러므로 법 제5조의 적용을 근거로 법

제6조의 개별적용제외 인가의 향후 발전도 고려해 볼 수 있을 것이다. 개별적용제외인가를 받기 위해서, 사업자는 법 제5조에서 설정하고 있는 긍정적인 효과가 당해 합의에서도 존재한다는 것을 증명해야 한다. 그러나 역시 법 제5조의 경우와는 달리 인가의 방법으로 면제를 받을 시에는 향후 상황의 변화로 인하여, 적용제외의 철회나 내용의 수정이 가능하다.

면제를 받을 수 있는 마지막 방법으로는 법 제8조에 따른 일괄적용제외 규정이 있다. 법 제8조에 의하면, 당해 합의가 제5조가 적용될 수 있는 합의의 범주에 속한다고 경쟁위원회가 결정하는 경우, 위원회는 관보에 결정내용을 발표함으로써 당해 범주에 속하는 합의들을 일괄적으로 적용제외 할 수 있다. 이러한 적용제외방식을 “일괄적용제외(block exemption)”라고 명시하고 있다. 따라서 일괄적용을 받을 수 있는 특정한 범주에 속하는 합의는 제4조의 금지규정적용으로부터 제외된다. 제1장 지침 제5.7.항에 의하면 경쟁위원회는 특정한 산업분야에서의 수직거래와 같은 합의에 일괄적용제외혜택을 부여할 수 있다고 설명하고 있다.

위원회는 개별적용제외규칙과 마찬가지로 방법으로, 일괄적용제외가 적용되는 내용과 관련하여 특정한 조건이나 의무를 사업자에게 부과할 수 있다. 일괄적용제외규칙은 다음과 같은 내용을 포함한다.

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> (a) 일괄적용제외에서 부과된 조건이 위반되는 경우, 위원회는 서면을 통해 위반된 일시로부터 일괄적용제외를 철회할 수 있다. (b) 사업자가 위원회가 부과한 의무를 지키지 않는 경우, 위원회는 서면을 통해 일괄적용제외를 철회할 수 있다. (c) 법 제5항이 적용되는 조건에 부합되지 않는 특정한 합의가 있다고 판단되는 경우, 위원회는 서면을 통해 위원회가 지정한 특정한 일시로부터 당해 합의와 관련된 일괄적용제외를 취소할 수 있다. (d) 일괄적용제외는 명령에서 명시하고 있는 일시까지 적용된다. (e) 일괄적용제외는 명령이 결정된 일시 이전부터 효력이 발생할 수 있다. |
|---|

법 제9조는 일괄적용제외의 심사절차에 대해서 설명하고 있다. 특히 위원회는 일괄적용제외를 적용하기 이전에 다음과 같은 내용을 실시해야 한다.

- (a) 위원회가 제안한 일괄적용제외의 세부내용을 사전에 발표할 것
- (b) 최소 30일의 기간을 설정하여 일반국민이 관련 일괄적용제외에 대해서 의견을 제출할 수 있도록 허용할 것
- (c) 위와 같은 국민의 의견에 대해 신중하게 심사할 것

말레이시아의 일괄적용제외조항을 살펴보면, 일괄적용을 통해서 유사한 합의가 적용제외가 되기 때문에 개별적인 사업자들은 심사비용을 따로 지불하지 않고 일괄적으로 적용제외를 받을 수 있고, 경쟁위원회는 비슷한 경쟁효과를 발생시키는 특정 산업에서의 합의를 개별적으로 심사할 필요가 없기 때문에 행정비용이 절감될 수 있다. 이는 유럽연합에서의 일괄적용제외와 유사한 긍정적인 효과라 할 수 있다. 다만 유럽과는 다르게 인가의 방식으로 이루어진다는 것이 특징이다. 그러나 말레이시아의 개별적용제외규정과 마찬가지로 상황의 변화로 적용제외의 철회나 부과된 의무나 요건이 수정될 수 있다. 더군다나 개별적용제외와는 다르게 심사 전에 일괄적용제외의 내용을 공개하여 일반국민의 의견을 받는 방법으로 심사를 진행하기 때문에 사업자에게는 어느 정도 부담이 존재한다.

결론적으로 사업자는 법 제5조에서 기술하고 있는 면제의 요건들을 통해 향후 법 제5조, 제6조, 혹은 제8조를 통해 적용제외를 받을 수 있는지 고려해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 각 면제조항의 조건들이 법 제5조를 중심으로 심사되기 때문이다. 앞에서 기술한 바와 같이, 말레이시아에는 신고와 허가를 통한 방식을 취하고 있기 때문에 유럽식 일괄적용제외규칙이 존재하지 않는다. 그러나 이러한 방식은 경쟁법집행의 초기 단계에서는 필요한 규정이다. 이러한 적용제외 방식으로 향후 소송비용이 절감될 수 있고, 사업자는 적용제외에 대한 이해를 통해 법적 확실성을 구축할 수 있을 것이다.

마지막으로 말레이시아에서도 자진신고제도를 운영하고 있다. 법 제41조 1항에 의하면, 담합에 가담한 사업자는 자진신고를 통해서 최고 100%의 면

제를 받을 수 있다. 특히 법 제4조 2항을 위반한 사업자라 할지라도 (i) 관련 규정을 위반한 것을 인정하고 (ii) 당해 사건을 조사하는 단계에서 경쟁위원회에 협조하여 정보를 제공하고 전적으로 협력하거나 협력하고자하는 경우에는 위에서 말한 면제를 받을 수 있다. 자진신고제도는 다양한 기준으로 과징금을 면제할 수 있는데, 그 기준은 사업자가 첫 번째로 자진신고를 했는지 여부와 관련 사건과 관련하여 사업자의 관련여부를 인정했는지, 특정한 정보 혹은 다른 협력이 이루어졌는지, 그리고 그 외 여러 가지 경우에 경쟁위원회가 판단하여 협조가 적합하다고 판단했을 경우이다. 현재 법 조문에서는 두 번째 자진신고자에 대한 면제조항이 없으나 향후 사례를 통해서 발전될 것으로 예상하고 있다.

2012년에 발효된 말레이시아 경쟁법의 반경쟁적 합의에 대한 규정은 매우 기술적이다. 따라서 경쟁위원회가 관련 규정을 적합하게 적용한다면 상당히 효과적으로 경쟁법집행을 할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 말레이시아에서는 아직까지 가격에 영향을 주는 산업정책과 가격담합을 금지하는 경쟁정책 사이의 부조화로 인해서 발생할 수 있는 문제점들이 존재하고 있다. 특히 다양한 형태의 가격규제가 존재하는데, 예를 들어 가격규제법률(Price Control Act 1946)이나 공급규제법률(Supply Control Act 1961) 그리고 이와 관련된 하부규정들이 있으며, 이러한 규정들은 소비자보호부가 특정상품의 공급뿐만 아니라 말레이시아에서의 가격을 안정시키는데 근거가 되고 있다. 현재는 가격규제법률을 통해서 주로 필수품에 대해서 가격규제를 하고 있으며, 유통가격도 정부에 의해서 규제받고 있다. 또한 통신가격과 같은 분야도 에너지-통신부 장관의 허가를 받도록 되어 있으며, 위에서 말한 가격의 결정은 내각의 허가를 통해서 이루어지는 것이 보통이다. 일반적으로 이러한 가격통제는 경쟁정책에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 따라서 경쟁정책과 다른 정부정책과의 조화가 이루어지는 것이 말레이시아의 향후 과제라 할 수 있다.

제6장 제2장 금지조항(Chapter 2 Prohibition)

1. 시장지배적 지위의 남용규제

말레이시아 경쟁법 제2조는 “시장지배적 지위(dominant position)”에 대해서 정의하고 있다. 시장지배적 지위는 시장에서 영향력을 가진 하나 혹은 그 이상의 사업자가 경쟁자 혹은 잠재적인 경쟁자의 영향을 받지 아니하고 가격, 생산량 혹은 거래조건을 설정할 수 있는 것을 말한다. 법 제10조 1항은 사업자가 개별적으로 혹은 연합하여 관련 상품 혹은 서비스 시장에서 지배적 지위를 남용하는 행위를 금지한다고 규정하고 있다. 시장지배적 지위 남용에 해당하는 내용은 법 제10조 2항에서 설명하고 있으며 그 세부내용은 아래와 같다.

- (a) 직접 혹은 간접적으로 부당한 구매 혹은 판매가격을 부과하거나 공급자 혹은 구매자에게 부당한 거래조건을 부과하는 행위
- (b) 아래와 같은 내용을 제한 혹은 통제하여 소비자이익을 침해하는 경우
 - (i) 생산
 - (ii) 상점 혹은 시장접근
 - (iii) 기술적 발전
 - (iv) 투자
- (c) 특정 사업자나 사업자단체 혹은 특정한 범주에 속하는 사업자에게 공급을 거절하는 경우
- (d) 특정한 사업자에게 차별적인 조건을 부과하여 다음과 같은 결과를 발생시키는 경우
 - (i) 새로운 사업자의 시장진입을 어렵게 하거나 기존의 사업자의 투자를 방해
 - (ii) 효율적인 방법이 아닌 시장지배적 지위를 통해 시장에서 퇴출시키

거나 심각하게 불이익을 발생

- (iii) 시장지배적 지위의 사업자가 당해 사업자가 참여한 시장에서 경쟁을 제한하거나 상부시장 혹은 하부시장에서 경쟁을 제한
- (e) 당해 계약 혹은 상업 활동과 관련이 없는 추가 조건을 부과하여 계약을 맺도록 하는 경우
- (f) 경쟁자에 대하여 약탈적 행위를 하는 경우
- (g) 시장지배적 지위의 사업자가 당해 사업자가 필요 없는 재화, 즉 경쟁자가 필요한 중간재 혹은 원료를 구입하면서 동시에 시장지배적 지위 사업자에게 정당화 사유가 없는 경우

말레이시아 경쟁법에서는 다른 나라의 시장지배적 지위 남용 금지조항과는 다른 규정을 마련하고 있다. 즉 법 제10조 3항에서 시장지배적 지위의 사업자라 할지라도 정당한 상업 활동 혹은 시장진입 및 경쟁자의 사업 활동에 대응하기 위한 사유가 있는 경우에 당해 행위를 금지하지 아니 한다고 설명하면서 법 제10조 2항의 금지에 대해서 면제조건을 기술하고 있다.

이는 유럽에서 TFEU 제102조가 제101조 3항과 같은 면제조항을 가지고 있지 않아 판례를 통해 정당화사유(objective justification)에 대한 심사기준을 마련해 놓은 것과는 다른 접근 방법이다. 마지막으로 법 제10조 4항에서는 특정한 수준의 시장점유율 자체가 관련시장에서 당해 사업자가 시장지배적 지위가 있다고 판단하는 결정적 요소가 되는 것은 아니라고 명시하고 있다. 따라서 제1장 금지조항에서 검토한 것처럼 기본적으로는 법적 확실성을 중요시하는 방법을 추구하면서도 시장지배적 지위의 추정판단에 있어서는 판례를 통한 발전을 모색하고 있다.

2. 시장지배적 지위에 대한 심사

말레이시아 경쟁법 제2조에 의하면, 사업자가 시장에서 지배력이 있는지

판단하기 위해서, 다른 사업자도 남용행위를 할 수 있는지에 대한 가능성을 검토한다. 다른 사업자가 해당 시장에서 경쟁자 역할을 하여 문제되는 사업자의 남용행위를 제한(constraint)하는 경우에는 그 사업자는 시장지배적 지위에 있다고 판단하지 않는다는 것이다. 이러한 제한은 경쟁자의 수와 잠재적 경쟁자의 존재유무를 포함하여 독점적 지위에 있는 구매자(buyer)에 의한 제한과 가격규제와 같은 정부규제의 유무도 포함된다. 시장점유율이 시장지배적 지위를 판단하는 유일한 요소는 아니지만, 앞에서 서술한 요소들 중에서 시장점유율이 가장 중요한 기준이 된다.

이와 같은 방법을 통해 말레이시아 시장에서 상당한 시장지배력이 있는 경우에 당해 사업자는 시장지배적 지위의 사업자로 추정된다. 시장지배적 지위 추정 심사를 위해서 경쟁위원회는 시장획정지침을 설정하고 시장지배적 지위 남용심사의 첫 단계로 시장획정을 실시한다. 시장획정지침에 따라서 상품과 지역시장을 획정하며, 획정 이후에는 당해 사업자가 시장지배적 지위가 있는지 심사하게 된다.

이 때 시장점유율은 관련 시장에서 경쟁의 정도를 파악하는데 중요한 지침이 된다. 경쟁위원회는 사업자가 상당한 시장점유율을 가지고 있다면 그 주요한 이유로 당해 사업자가 소비자의 수요를 파악하여 다른 경쟁자보다 상대적으로 성공적인 사업활동을 영위한 결과이거나 혹은 반경쟁적 사업활동을 통해 획득한 결과라고 파악하고 있다. 따라서 경쟁위원회는 사업자가 관련시장에서 어떠한 방법으로 경쟁을 하고 있는지 검토하여 당해 사업자의 시장점유율이 경쟁을 통해 획득한 것인지 혹은 반경쟁적 활동을 통해 획득한 것인지 결정하게 된다.

그러나 비록 사업자가 과거에 효율적인 방법으로 시장점유율을 높일 수 있었다 하더라도 근래에 혹은 이후에 반경쟁적인 행위를 실시할 수도 있다. 그러므로 시장에서 지배적 지위를 획득한 내용에 대해 이해하는 동시에 경쟁위원회는 사업자가 조사 당시 상당한 시장지배력이 있는지 검토해야 하며 경쟁에 반하는 행위를 할 능력이 있는지 확인해야 한다.

위에서 이미 서술한 바와 같이, 시장점유율은 시장지배적 지위를 판단하는데 있어서 가장 처음 단계이다. 제2장 금지조항에 대한 지침(Malaysia Competition Commission Guidelines on Chapter 2 Prohibition, 이하 “제2장 지침”이라 함)은 시장점유율을 판단하는데, 시장을 적절하게 획정했는가가 중요한 요건이 된다고 설명한다. 특히 사업자가 내부보고서 혹은 마케팅을 위해 이해하고 있는 방법의 시장획정은 경쟁당국에 의한 방법과 차이가 있음을 명시하고 있다. 제2장 지침에 의하면 일반적으로 경쟁위원회는 사업자의 시장점유율이 60% 이상일 시에는 당사자가 시장지배적 지위에 있다고 판단한다. 그러나 시장진입장벽과 같이 시장지배적 지위를 판단하는데 필요한 다른 요소들도 함께 검토하여 결정하게 된다. 법적구속력은 없을지라도 지침에서의 60% 시장점유율 가이드라인은 중요한 의미를 갖는다. 무엇보다 아직 판례나 심결이 나오지 않은 상황에서 위와 같은 설정은 집행에서 중요한 지침이 된다. 시장점유율은 다양한 방법에 의해서 계산될 수 있다. 관련 상품이나 서비스의 가치, 용량, 생산능력과 같이 판매를 확인할 수 있는 방법들을 기초로 산정이 될 수 있다.

시장점유율과 더불어 경쟁위원회는 제품차별화, 가격상승에 대응할 수 있는 구매자의 존재유무, 그리고 경쟁에 영향을 줄 수 있는 혁신까지 심사하여 최종적으로 시장지배적 지위를 결정한다. 마지막으로 경쟁위원회는 잠재적 시장진입의 정도에 대해서도 검토하며, 시장진입을 검토할 때는 규모의 경제와 범위의 경제를 그 검토범위에 포함한다. 또한 시장진입에서 규제 존재, 즉 진입의 요건 중에 라이선싱과 같은 요소들도 판단하며 만약 그러한 장벽이 존재한다면 기존의 사업자(incumbent)가 아무런 제약 없이 시장지배적 지위를 남용할 수 있다고 판단한다.

3. 시장지배적 지위의 남용과 경쟁제한성 판단

경쟁위원회는 앞서 설명한 바와 같이 제2장 지침을 제정하여 시장지배적

지위 남용에 대한 심사를 하고 있다. 다른 경쟁당국과 마찬가지로 시장지배적 지위 남용 금지 조항을 위반하는 것을 심사하기 위해서 2단계(two-stage)의 절차로 검토를 한다. 첫 번째 단계에서 경쟁위원회는 사업자가 시장지배적 지위가 있는지 심사한다. 두 번째 단계에서는 시장지배적 지위가 있을 경우, 당해 사업자의 사업 활동이 시장지배적 지위를 남용했는지 검토하게 된다.

앞서 살펴본 바와 같이 시장지배적 지위 남용에 해당되는 행위들은 불공정한 가격 설정이나 거래조건을 부과하는 경우, 거래를 제한하는 경우, 공급 거절, 차별적 행위, 특별한 조건을 부과하는 행위, 약탈적 행위와 수요독점자에 의해 공급부족의 물품을 구매하는 경우이다. 다른 나라의 조문들과 비교하여 특이한 점은 약탈적 행위와 수요독점에 대한 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당된다고 명시된 점인데, 이것은 입법 이전에 사회적 이슈가 되었던 사건들의 영향이라고 볼 수 있다. 또한 비록 경쟁법이 위에서 말한 행위들을 금지하고 있으나, 모든 행위를 금지하는 것은 아니므로 정당한 상업적 이유가 있을 경우에는 금지조항이 적용되지 않는다.

제2장 지침에 의하면 일반적으로 시장지배적 지위 남용은 두 가지 범주에 속한다. 첫 번째는 착취남용행위(exploitative conduct)로서 사업자가 경쟁가격 이상으로 가격을 올릴 수 있는 경우가 이에 해당된다. 이러한 경우는 소비자가 가격을 올리더라도 다른 대체상품을 구매할 수 없는 경우를 말한다. 그러나 경쟁위원회는 가격규제기관은 아니기 때문에 가격과 관련된 착취남용행위 심사에 있어서 상당히 주의한다.

두 번째는 배제남용행위(exclusionary conduct)로서 사업자가 관련시장에서 어느 정도의 지배력을 행사하여 효율적인 시장진입 사업자가 시장에 접근하지 못하도록 하거나 시장에서 활동하고 있는 경쟁자를 퇴출시키는 경우 혹은 효과적으로 경쟁할 수 없게 만드는 행위를 포함한다. 결론적으로 사업자가 경쟁가격보다 높은 가격으로 일정기간 유지할 수 있거나 실제적으로 효율적인 사업자를 퇴출시키는 능력이 있다는 것은 상당한 정도의 시장지배

적 지위가 있다고 판단되는 증거가 된다. 경쟁위원회가 배제남용행위를 심사함에 있어서 당해 경쟁에 대한 효과(effect-based)를 근거로 판단하게 된다. 따라서 배제남용을 심사할 때 경쟁위원회는 두 가지 주요한 방법으로 반경쟁적 효과에 대해 심사하게 된다. 첫째로 당해 행위가 소비자에 부정적인 영향을 미치는지, 둘째로 시장지배적 사업자의 행위가 다른 사업자와 비교하여 효율적인 사업자를 퇴출시켰는지에 대한 심사이다.

또한 경쟁법은 공동의 시장지배(collective dominance)에 대해서도 적용이 가능하다고 설명하고 있다. 제2장 금지조항은 시장지배적 지위는 단일 사업자 뿐만 아니라 여러 사업자들이 공동으로 상당한 정도의 시장지배력을 행사하는 것까지 포함한다고 설명하고 있다. 유럽의 경우와 마찬가지로 말레이시아에서 공동의 시장지배 사건을 찾아보기는 어려울 것이라고 판단된다. 특히 공동의 거래거절과 같은 사업자 간의 공동행위는 제2장 금지조항보다 제1장 금지조항의 영향을 받을 확률이 있기 때문이다. 따라서 경쟁위원회는 관련 사건에서 심도 있게 심사하여 결정을 하게 된다. 그러나 만약 둘 혹은 그 이상의 개별 사업자가 상당한 시장지배력을 가지고 있으면서 동시에 그 지배력을 행사하고 그러한 사업 활동이 효율적인 사업자를 배제한다면, 경쟁위원회는 제2장 금지조항을 적용할 수 있다.

이와 같이 실제적으로 관련시장에서 지배력에 비추어봐서 남용의 존재를 결정하는 것은 특정한 당해 사건의 내용이 중요하므로 사건별로 파악할 수밖에 없다. 특히 약탈적 행위를 규제하는 조문은 모든 행위를 금지할 수 있는 조항(catch-all provision)으로 이용될 수도 있다. 그러나 다른 경쟁당국과 비슷한 방법으로 말레이시아도 역시 정당화사유 심사의 방식으로 판례법을 통한 발전을 기대하고 있다. 결론적으로 사업자는 정당화 사유에 대한 증명책임이 있으며 법원은 이를 판단하여 위법성유무를 결정하게 된다.

제2장 금지조항과 관련된 사건은 아직 없으나 경쟁법 이전의 사건을 통해 향후 말레이시아에서 발생할 수 있는 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다. 대표적으로 시장진입의 문제에 대한 사건인 말레이시아항공(Malaysia

Airlines)의 약탈적 남용행위와 관련이 있다.²⁵⁾ 2002년 이전에는 말레이시아 항공이 말레이시아 국내항공 시장에서 독점적인 지위를 가지고 있었다. 그러나 이러한 시장지배적 지위는 에어아시아(AirAsia)의 등장으로 위협을 받게 되었다. 에어아시아의 시장진입 이후에 관련시장에서 경쟁이 발생하게 되었는데, 특히 에어아시아는 불필요한 서비스를 없애고 운임을 적게 받는 방법(no-frills)으로 고객을 유치하였다. 말레이시아항공은 운행에서 10개의 좌석은 50% 할인하는 방법으로 경쟁하였다. 에어아시아도 또한 말레이시아 항공의 약탈적 가격설정에 경쟁하기 위해 2002년에 가격을 더욱 낮추었다. 이에 따라 말레이시아항공은 가격할인경쟁에 정부가 개입할 것을 요구하였으나 정부는 이러한 가격경쟁이 일반국민에게 전반적으로 혜택을 준다고 판단하였다. 앞서 설명한 바와 같이 이 사건은 경쟁법 입법 이전의 사건으로서 향후 경쟁법적 접근에 차이가 있을 수 있으나, 말레이시아항공 사건에 대한 정부의 대응을 살펴보면 정부당국이 시장진입을 통해서 충분히 가격경쟁을 할 수 있는 경우에는 가격할인경쟁을 약탈적 가격설정으로 심사하지 않을 가능성이 있다.

결론적으로 제2장 금지조항은 다른 나라의 경쟁법과 비교하여 크게 다른 점은 없다. 다만 정당화사유 심사에 대한 근거를 조문으로 설명한 방식과 주요독점 및 약탈적 행위에 대해서 강조한 것이 특징이라 할 것이다. 또한 제2장 지침에서 설명하고 있는 심사절차 내용과 더불어 시장지배적 지위 추정과 관련하여 60% 이상의 경우에 추정이 가능하다고 제2장 지침에서 설명한 내용은 향후 말레이시아 경쟁법 집행에 있어서 중요한 방향이 될 것이다.

25) 관련하여 앞의 논문, [Cassey Lee, "Competition Policy in Malaysia", p. 11] 참조.

제7장 말레이시아 경쟁법의 집행기관과 절차

1. 말레이시아 경쟁위원회의 설치

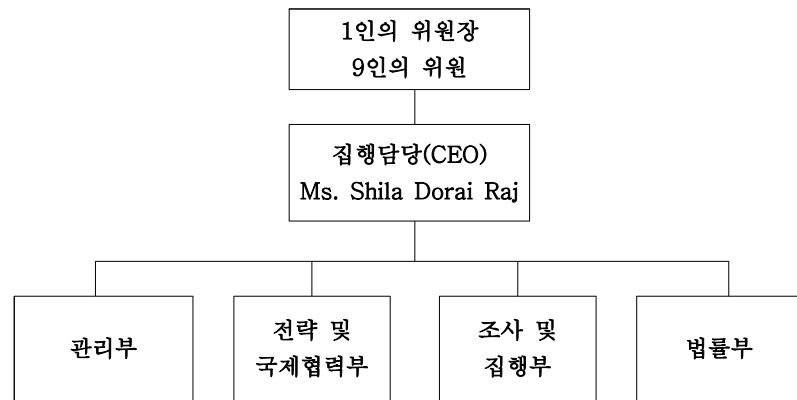
말레이시아 경쟁위원회는 독립적이고 공정한 정부기관으로서, 경쟁위원회법(Competition Commission Act: CCA)에 근거하여 설립되었다. 경쟁위원회는 말레이시아 경쟁법의 효과적인 집행을 유지하고 보장하기 위해서 설립되어 시장에서 경쟁을 보호하는 중요한 역할을 수행한다. 경쟁위원회는 잠재적으로 경쟁법을 위반하는 것을 방지해야 할 책임이 있으며, 적합하고 공정한 집행을 통해 건전한 시장경쟁이 이루어 질 수 있도록 법을 집행하면서 전반적으로 사업자, 소비자, 궁극적으로 국가경제의 번영과 전반적인 혜택을 보장한다.

경쟁위원회법에 근거하여 경쟁위원회는 말레이시아 사업환경에서 경쟁문화를 생성하고 이를 발전시킬 의무가 있다. 따라서 경쟁위원회는 효율적 기능을 가진 기관으로서 신뢰할 수 있어야 하며, 높은 수준의 기관능력과 집행에 필요한 능력을 보유해야 한다. 이러한 역할은 과거 사업활동환경을 개선하고 이를 통하여 말레이시아시장에서 경쟁적인 관점에서 사업환경을 개혁시키도록 규제하는 것이다. 경쟁문화개선에 기여하기 위해 경쟁위원회는 말레이시아 시장에서 규제의 개선을 이루어 국제적 기준에 맞추려 노력한다. 그러므로 경쟁위원회는 교육과 대중들의 인식의 변화를 유도하여 경쟁법을 효과적으로 적용할 수 있도록 노력하며, 이를 통해 성숙한 경쟁문화를 창조할 수 있도록 기여한다.

경쟁위원회의 구성은 경쟁위원회법 제5조에서 기술하고 있다. 경쟁위원회는 소비자보호부 장관의 추천으로 총리가 임무 가능한 위원들을 지명하여 위원회를 구성하게 된다. 위원들은 위원장과 정부를 대표하는 4명의 위원(그 중 한 명은 소비자보호부 장관을 대표하여 국내 상거래와 소비자정책에 관

한 문제를 담당한다)과 3명에서 5명 사이에서 다른 위원을 선발할 수 있다. 정부를 대표하는 위원을 제외한 나머지 위원들은 비즈니스, 산업, 상업, 법학, 경제학, 행정학, 경쟁, 소비자보호에 관하여 충분한 능력을 검증받은 경우 혹은 지위에 알맞은 자격이 있는 경우 소비자보호부 장관이 특별한 전문직 그룹에서 선택·결정하여 최종 위원회를 성립하게 된다. 그리고 경쟁위원회법 제14조에 의하면 경쟁위원회는 반경쟁적 행위의 조사에 대한 심결과 관련하여 위원회의를 구성하게 된다.

2012년 7월 현재 구성된 위원회는 위원장을 포함하여 총 10명의 위원으로 구성되어 있다. 위원장은 Ms. Yaakob이며 말레이지방 부장판사와 고등법원, 항소법원, 그리고 연방법원에서 판사로 재직한 경력이 있다. 2012년 7월 현재 경쟁위원회의 구성은 아래의 도표와 같다.²⁶⁾



2. 말레이시아 경쟁위원회의 역할과 권한

경쟁법의 원칙을 확실하게 해야 한다는 측면에서, 경쟁자 사이에서의 공정한 경쟁을 유지하도록 시장을 감시하는 정부기관으로서 경쟁위원회의 기

능은 상당히 중요하다. 이처럼 경쟁위원회의 역할은 경쟁위원회법 제16조에서 기술하고 있다. 이 규정에 따르면 경쟁위원회는 시장에서 경쟁에 대한 업무와 관련하여 소비자보호부 장관이나 다른 공공기관 혹은 규제기관에 자문을 하는 중요한 역할을 수행한다. 또한 경쟁위원회는 소비자보호부 장관이 실제적 혹은 잠재적으로 현재에 반경쟁적인 효과가 발생할 사안에 대해서 주지하도록 정보를 제공해야 한다. 또한 이외에도 경쟁법과 관련하여 제안된 법안이 관련시장에서 영향을 미치는가에 대해서도 보고를 해야 한다. 이러한 업무는 그 방식에 있어서 주로 권고나 제안으로 이루어진다. 그리고 경쟁사안과 관련된 국제협정, 약정, 혹은 조약과 관련하여 적합한 방법을 통해 소비자보호부 장관에게 조언을 할 수 있다.

경쟁위원회는 앞서 기술한 바와 같이 경쟁법의 집행과 수행을 위해서 관련된 지침들을 발행할 수 있으며, 이러한 지침을 통해 공정한 경쟁을 보장하고 경쟁과 관련된 사안들을 정비할 수 있다. 특별한 경우에 경쟁위원회는 말레이시아 경제 혹은 말레이시아 경제에서 특별한 분야에서의 경쟁관련 사항에 대해서 일반적인 조사와 연구업무를 수행할 수 있다. 그리고 경쟁법과 관련된 정보나 혹은 경쟁위원회가 경쟁법에 의해 업무를 수행하는 내용에 대해서 그리고 시장에서 역할과 수행과 관련된 경우, 발표를 통해 관련정보를 관련시장에서 상업 활동을 하거나 할 예정인 개인 혹은 경제주체에게 공개할 의무를 지닌다.

경쟁위원회법 제17조는 경쟁위원회가 행사할 수 있는 권한의 범위를 규정하고 있다. 관련 규정은 경쟁위원회가 경쟁법의 근거한 임무를 수행하는데 필요한 역할을 집행할 권한이 있다고 명료하게 기술한다. 경쟁위원회는 적절한 방법이 필요할 경우, 동산과 부동산의 방법을 사용할 수 있는 권한이 있다. 이러한 권한은 사업자가 경쟁법을 위반한 경우, 시장에서의 경쟁법의 원칙이 적용될 수 있도록 경쟁위원회가 벌칙을 부과할 수 있다. 또한 경쟁위원회법에 의하면, 사건과 관련된 전문가나 자문위원을 지명할 수 있고 그러한 자문위원들의 임명으로 경쟁법심사에 도움을 받을 수 있다.

²⁶⁾ http://www.mycc.gov.my/247_192/Web/WebPage/Organisational-Chart/Organisational-Chart.html.

그리고 경쟁위원회는 장관의 허가를 받아, 특별한 목적이거나 기간에 근거하여 대출이나 학자금 등을 직원들에게 지원할 수 있다. 경쟁위원회는 보수를 지불하거나 다른 위원회 위원들의 경비와 비용을 지불할 책임이 있다. 그리고 경쟁위원회는 적절하고 효과적인 경쟁위원회의 역할을 수행하기 위해 각종 프로그램을 계획하고 수행할 의무를 지닌다. 이러한 내용은 인적자원개발, 기금, 그리고 일반 기업이나 정부기관과 협조와 협동을 통해 경쟁위원회가 역할을 원활하게 수행하는 것을 포함한다. 그리고 경쟁위원회의 임무를 수행하는데 있어서 사업자가 조사에 협력하도록 강제할 수 있는 권한까지 경쟁위원회의 역할에 포함된다.

경쟁위원회의 집행구조의 특별한 내용 중 하나는 소비자보호부 장관과의 관계이다. 경쟁위원회법 제18조에 근거하여 소비자보호부 장관은 경쟁위원회의 집행에 책임이 있다. 따라서 장관은 경쟁위원회의 일반적인 성격이 경쟁규정과 일치하도록 문서를 통해 지시할 권한이 있다. 결과적으로 경쟁위원회의 효과적인 임무수행이 이러한 지시에 영향을 줄 수 있다.

3. 말레이시아 경쟁위원회의 조사와 집행

경쟁위원회의 조사절차와 관련하여 경쟁법 제14조는 경쟁위원회가 경쟁법 집행에 있어서 필요하다고 결정하는 경우 조사를 실시할 수 있다고 규정하고 있다. 이때, 특정 사업자가 관련규정을 위반했거나 또는 다른 사업자가 위법한 행위를 했다는 심증이 있는 경우이어야 한다. 경쟁위원회는 소비자보호부 장관의 명령에 따라 조사를 실시할 수 있다. 또한 경쟁법에 근거하여 과징금을 부과할 수 있다.

법 제15조는 경쟁위원회에 신고하는 절차와 내용에 대해서 기술하고 있다. 이 규정에 의하면 경쟁위원회는 개인에 의한 신고가 있을 경우 사업자, 관련 합의나 혹은 사업활동이 경쟁법을 위반했는지 아니면 위반 중인지에 대해서 조사를 시작할 수 있다. 이러한 조사절차가 진행되기 위해서, 신고자의

의 신고내용이 특정한 위반과 관련한 개인을 지칭해야 하며 법의 위반 내용에 대해서 자세히 기술해야 한다.

경쟁법의 조사와 관련하여 법 제16조는 만일 경쟁위원회가 법 제15조에 의한 신고로 인하여 조사를 개시하게 된 경우에, 경쟁위원회는 재량에 따라 조사를 실시할 것인지에 대해서 신고자에 대해 질의한 후 결정할 수 있다. 위와 같이 신고자에 대해서 질의한 이후 신고에 대해서 조사를 하지 않기로 결정을 한다면 신고자에게 그와 같은 결정내용을 알려야 하며 그 결정에 대한 이유도 설명해야 한다.

그러나 경쟁위원회가 법 제15조에 근거한 신고에 의해서 조사를 진행하게 되는 경우에는 법 제43조에 따라 조사가 적합하지 않을 때 혹은 경우에 따라 조사가 위원회가 가진 자원을 가지고 조사를 지속할 수 없을 때, 심사를 종료할 수 있다. 그리고 조사를 종료하는 경우, 위원회는 관련 사건의 심사가 종결되었다는 것을 공포해야하며, 종료의 이유에 대해서 간략하게 요약하여 설명해야 한다. 법 제17조는 경쟁위원회의 조사권한에 대한 관련 규정을 설정해 놓고 있다. 이 조항에 따르면, 경쟁위원회 직원은 조사와 집행의 권한을 가지고 있으며, 경쟁법의 목적실현을 위해 경쟁법위반 조사와 관련하여 형사소송법(Criminal Procedure Code [Act 593])에 근거하여 경찰의 형사수사와 같은 경찰의 권한을 갖는다.

법 제18조는 경쟁위원회가 정보를 획득할 수 있는 권한을 규정하고 있다. 따라서 경쟁위원회는 사실관계와 같은 정보를 제공할 수 있다고 판단되는 개인에게 서면을 통해 한정된 기간 내에 명시된 방법을 통해 경쟁위원회에 그것을 제공하도록 요청할 권한이 있다. 또한 경쟁위원회는 위와 같은 경우 진술을 통해 관련 정보 혹은 자료를 제공하도록 요청할 수 있다.

집행절차에서의 비밀엄수와 관련하여 경쟁법 제21조는 사건에서 특정한 사업자나 개인의 문제에 대한 비밀정보를 공개하거나 이용한 개인은 경쟁법을 위반한다고 명시하고 있다. 그러나 다음과 같은 경우 그와 같은 정보공개는 허가될 수 있다.

- (a) 당해 정보를 획득한 개인의 동의를 얻어서 공개하는 경우
- (b) 당해 정보의 공개가 경쟁위원회의 역할과 권한에 필요한 경우
- (c) 당해 정보의 공개가 경쟁법에 의해서 조사 단계에서 합리적으로 이루어졌으며, 그러한 공개가 경쟁위원회나 경쟁항소법원의 지시에 어긋나지 않을 경우
- (d) 당해 정보의 공개가 경쟁법 위반이나 위법행위의 조사와 관련이 있는 경우
- (e) 당해 정보의 공개가 외국의 경쟁당국의 협조요청과 관련되어 경쟁위원회의 인가에 의해서 이루어진 경우

4. 말레이시아 경쟁위원회의 의결절차

경쟁법의 제4부는 경쟁위원회의 의결에 대한 내용을 담고 있다. 특히 금지명령(interim measures)와 관련하여 경쟁법 제35조에서 경쟁위원회가 조사를 시작했으나 마치지 못한 경우 위와 같은 조치를 할 수 있음을 기술하고 있다. 만일 경쟁위원회가 경쟁법을 위반하였거나 혹은 위반할 가능성이 있다고 믿을만한 증거가 있고 동시에 위의 규정에 근거하여 긴급하게 집행을 해야 하는 경우 금지명령을 취할 수 있다. 금지명령을 취할 수 있는 요건은 첫째로 특정 개인 혹은 특정 범주 안에 속하는 개인에게 심각한 피해를 입힐 수 있는 경우, 또는 둘째로 공공의 이익을 보호하기 위해 위와 같은 지시가 적합하고 동시에 필요한 경우이다.

위와 같은 금지명령은 특정 개인이 경쟁법의 실체규정(경쟁법 제2부 규정)을 위반했을 것이라는 의심이 드는 합의 혹은 사업활동을 중지하거나 효과를 얻기시키는 것을 포함할 수 있다. 또는 실체규정을 위반했을 것이라는 의심이 있는 경우에 당해 행위를 멈추도록 명령하고, 혹은 과징금을 부과하지 않는 한도에서 특정 행위를 실시하게 하거나 하지 못하도록 명령을 내리는 것까지 포함한다. 경쟁위원회는 위와 같은 명령을 내리기 전에 서면으로

당사자에게 위와 같은 명령을 제안하고, 당사자가 적어도 7일 이내에 서면으로 답변을 할 수 있도록 기회를 주어야 한다. 위의 규정에 따른 통지(notice)는 경쟁위원회가 부과한 지시와 그 이유에 대한 내용을 담고 있어야 한다. 또한 경쟁위원회는 어느 때라도 앞에서 말한 지시를 철회하거나, 경쟁위원회가 조사를 종결한 날 이후 혹은 위의 금지명령이 부과된 날로부터 12개월 이후 중 빠른 날을 기준으로, 위의 금지명령을 철회해야 한다.

경쟁법 제36조는 경쟁위원회의 제안결정에 대해서 다루고 있다. 조사를 종결한 이후에 경쟁위원회가 제2부 실체규정이 위반되었다고 결정을 하게 되면, 경쟁위원회는 서면으로 제안된 결정의 내용을 관련 있는 당사자에게 통지해야 한다. 이러한 통지는 경쟁위원회가 제안한 결정내용이 충분하고 자세히 설명되어 당사자가 이해할 수 있도록 그 이유가 설명되어야 한다. 위 통지에는 경쟁위원회가 결정한 벌칙 혹은 구제내용을 담고 있어야 한다. 또한 위의 통지는 각 당사자에게 합리적인 기간 내에 경쟁위원회에 서면으로 조치에 대한 답변을 할 수 있도록 정보를 제공해야 하며, 경우에 따라서 구두답변을 원하는지에 대한 질문을 담고 있어야 한다.

경쟁법 제39조에 의하면 경쟁위원회가 당사자가 실체규정을 위반한 사실이 없다고 결정을 하게 되면, 경쟁위원회는 지체 없이 관련 결정에 영향을 받을 수 있는 당사자들에게 그 내용과 이유에 대한 통지를 보내야 한다. 그러나 만약 경쟁위원회가 경쟁법 위반이 있었다고 결정을 하게 되면, 관련 당사자의 행위를 중지하도록 명령할 수 있으며 당사자가 실시해야 할 특정한 단계를 지시하여 적절한 방법으로 당해 행위를 종결시킬 수 있다. 또한 경쟁위원회는 과징금을 부과할 수 있으며, 적절한 내용의 다른 명령을 내릴 수도 있다. 경쟁위원회는 경쟁법 제4부에 따라 심결의 날로부터 14일 이내로 심결의 대상이 되는 당사자에게 통지를 해야 한다. 그리고 과징금은 경쟁법을 위반한 기간의 전세계 매출액의 10%까지 부과할 수 있다.

마지막으로 경쟁법 제42조는 경쟁위원회의 심결의 집행에 대해서 기술하고 있다. 경쟁위원회는 법 제35조에 따라 결정된 사항, 금지명령과 법 제40

조 의거한 경쟁법위반에 대한 심결내용을 당사자가 준수하지 않을 시에는 고등법원(High Court)에 제소를 할 수 있다. 만일 고등법원이 당사자가 지시나 명령, 결정 등을 준수하지 않았다고 판단할 시에는 당사자가 위 사항들을 준수하도록 강제할 수 있다. 만일 위원회의 심결의 내용이 과징금으로서 사업자가 특정 기간 내에 과징금을 지불하지 않을 경우에는 고등법원은 과징금을 지불하는 것을 포함하여 당해 지불만기가 지난 시점에서부터의 지연이자의 지불을 명령할 수 있다. 마지막으로 고등법원의 명령을 위반했을 경우에는 법정모독(contempt of court)으로 처벌을 받게 된다.

5. 경쟁항소법원

경쟁법 제5부는 경쟁항소법원(Competition Appeal Tribunal)에 대해서 규정하고 있다. 경쟁항소법원의 설립에 대해서 경쟁법 제44조는 경쟁항소법원은 경쟁위원회의 심사와 결정에 대해서 배타적인 관할권을 가진다고 설명하고 있다. 법 제45조에 의하면 경쟁항소법원은 소비자보호부 장관의 추천과 총리에 의해 임명된 1명의 위원장(President)과 7명에서 20명 사이의 위원들로 구성된다.

경쟁법 제51조는 경쟁항소법원에 항소절차에 대해서 기술하고 있다. 동조에 의하면, 경쟁위원회의 심결에 불만이 있는 당사자나 혹은 당사자의 이익이 경쟁위원회의 심결에 영향을 받는 경우, 당사자는 경쟁위원회에 항소할 수 있다. 항소장(notice of appeal)은 경쟁위원회의 심결이 있는 날로부터 30일 이내에 서면으로 경쟁항소법원에 제출되어야 한다. 또한 동시에 항소인은 항소장 사본을 경쟁위원회 위원장에게 제출해야 한다.

항소장은 경쟁위원회의 심결의 주요한 내용을 요약해야 하며, 항소와 관련된 문서나 통지가 항소인 혹은 대리인을 통해서 준비될 수 있다는 것을 명시해야 한다. 특히 법 제53조에 의하면 경쟁항소법원의 항소심의 결정전까지는 경쟁위원회의 결정이 유효하며 법적구속력이 있고 집행되어야 한다. 그

러나 항소인이 경쟁위원회 결정 집행의 정지(stay of decision)를 요구하고, 경쟁항소법원에 의해서 허가된 경우는 제외가 된다. 집행의 정지요청은 서면을 통해서 이루어지며 경쟁항소법원에 제출되어야 한다. 또는 경쟁항소법원에 항소장을 제출한 이후에 제출할 수 있다.

경쟁법 제54조에 의하면 경쟁항소법원의 모든 절차는 공판을 통해 3명 혹은 홀수의 위원에 의해서 처리되어야 한다. 경쟁항소법원의 권한을 살펴보면, 법 제57조에서 경쟁항소법원은 심사절차와 관련된 당사자와 항소와 관련하여 증거를 제출할 수 있는 개인을 소환할 수 있다. 또한 구두 혹은 서면을 통한 증인선거나 확인을 위한 증거를 채택할 수 있으며 필요한 경우에 증인을 심사할 수 있다. 그리고 개인이 소환되었을 시, 경쟁항소법원은 항소의 목적에 부합되고 필요하다고 여겨지는 정보, 문서 혹은 당사자의 소유물과 같은 관련 물품 제출을 요구할 수 있다. 그리고 선서와 확증 혹은 법적선언을 관리할 수 있으며, 개인이 소환되었을 때 소환으로 인한 비용을 개인에게 지불해 줄 수 있다. 경쟁항소법원은 당시 제출된 구두 혹은 서면의 증거를 채택하거나 채택하지 않을 수 있다. 마지막으로 신속하고 효율적인 결정에 필요한 경우에 위와 같이 지시하거나 실행할 수 있다.

법 제58조는 경쟁항소법원이 다수결에 의해서 결정한다고 명시하고 있다. 따라서 경쟁항소법원은 항소의 내용과 관련하여 경쟁위원회의 결정을 확정하거나 불인정할 수 있다. 혹은 경쟁위원회 결정의 전체가 아닌 특정 부분에 대해서만 결정을 내릴 수도 있다. 따라서 경쟁항소법원의 결정과 관련 내용을 경쟁위원회에 송부할 수 있으며 부과된 과징금을 확정하거나, 불허하거나 과징금액을 조정하도록 결정할 수 있다. 혹은 경쟁위원회가 부과하거나 받아들인 내용을 명령하거나 다르게 결정할 수 있으며, 경쟁위원회가 내린 결정과는 다른 내용의 결정을 내릴 수 있다. 경쟁항소법원의 결정은 항소와 관련하여 법적인 구속력이 있다.

마지막으로 경쟁법 제59조는 경쟁항소법원 결정의 집행에 대해서 설명하고 있다. 관련 규정에 의하면, 고등법원의 경우를 제외하고 경쟁항소법원의

결정은 판결 혹은 심결과 같은 방식으로 효력이 발생하고 집행이 된다. 전체적으로 이러한 항소의 체계는 영국이나 영국의 영향을 받은 인도의 방식과 비슷하다. 이러한 심결제도는 말레이시아 경쟁당국이 영국의 경쟁법 체계로부터 많은 영향을 받았음을 보여준다.

제8장 결론

말레이시아 경쟁법의 입법 이전에 말레이시아가 국내에서 경쟁법을 도입해야 했던 주요한 이유는 다른 주변국들과 비슷하였다. 이는 완전한 경쟁법이 없으면 대규모 회사가 가격을 올리거나 상품이나 서비스의 질을 악화시켜 소비자의 후생이 저해되고, 따라서 건전한 사업 활동이 관련 시장에서 기대하기 어렵기 때문이라는 것이다.²⁷⁾

경쟁법의 도입 이전부터 말레이시아 정부는 경쟁법을 통한 경쟁증진의 중요성을 인식하여 왔으나, 상당수의 학자들이 말레이시아 경쟁법의 도입이 늦어지기 때문에 경쟁체계와 규제가 온전하게 이루어지지 않았다고 비판하였다. 당시 말레이시아에서 대부분의 경제활동규제는 빈곤문제의 해결이나 부의 재분배와 같은 사회경제적인 목적을 달성하는데 그 중점을 두었다. 그러므로 전통적으로 경쟁과 사회경제적 목적의 상쇄는 필수불가결한 것으로 간주되었다.²⁸⁾ 따라서 말레이시아는 국내 산업을 보호하여 국가대표기업(national champion)을 통해 국가 산업 및 무역정책을 증진시키는 것을 우선으로 삼았으며, 이러한 무역의 장벽은 경쟁법의 근본목적과 충돌을 일으키는 위험을 낳았다.

이러한 상황이 입법을 통해서 쉽게 변하기는 어려울 것이다. 따라서 말레이시아 경쟁당국이 경쟁규범을 바탕으로 시장에 대하여 오직 경쟁정책 중심의 정책기준을 설정하여 강하게 실천한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 앞으로 말레이시아 경쟁당국이 경쟁법집행과 다른 정책과의 조화를 위해서는 많은 노력이 필요하다.

경쟁법 입법의 초기단계에서는 일반적이고 기본적인 역할을 기대할 수밖에 없다. 예를 들면, 경쟁당국이 경성제한행위와 같은 활동을 금지하여 경쟁

27) Peter J. Lloyd, "A Competition Policy for Malaysia?", Malaysian Journal of Economic Studies, Vol. 38, Nos. 1 & 2, 2001, pp. 83-85.

28) Cassey Lee, "The Institutional and Policy Framework for Regulation and Competition in Malaysia", 앞의 논문, p. 12.

을 원활하게 하는 것이 대표적이다. 따라서 말레이시아 경쟁위원회의 가장 중요한 현재 과제는 세부적인 조사를 통해서 제1장 금지조항이나 제2장 금지조항의 위반을 심사하는데 중심을 두는 것이다. 물론 집행을 위해서 적절한 관련시장의 획정과 일응추정사건(prima facie case)에 대한 업무도 증진시켜야 할 것이다. 결국 이를 통해 집행에서의 법적 기술이 발전함으로써 점차적으로 원활한 경쟁법집행이 이루어질 것이다.

무엇보다 말레이시아의 경쟁법은 전략적인 국가경제발전을 위한 개혁이며, 이를 통해 투자자들의 신뢰를 얻고 말레이시아시장을 좀 더 매력적으로 보이게 할 수 있다. 다만 현재의 규범은 아직 기업결합규제를 도입하지 않았으며, 향후 도입에 대한 구체적 계획도 없다. 따라서 기업결합규제의 도입여부가 앞으로 말레이시아 경쟁당국이 해결해야 할 문제 중에 하나이다.

경쟁정책과 경쟁법에 대한 법적 전통성과 외국법의 영향에 대해서 논의해 본다면, 특정한 법계의 전통이 경쟁법 입법과 집행에 영향을 준다고 할 수 있다. 특히 개발도상국에서의 경쟁법과 정책의 도입을 일반적으로 살펴보면, 국가별로 어느 정도의 내용상 차이가 있으나 기본적으로 형식과 내용이 비슷하다는 것을 알 수 있다.²⁹⁾ 물론 일본이나 독일의 경우는 법계의 형식이 상이한 미국의 반독점금지법으로부터 주요한 내용을 받았으나, 그 외의 식민지의 역사를 가지고 있는 지역에서는 일반적으로 공통된 방식을 취하고 있다. 즉, 이전 지배국가의 경쟁법의 내용을 답습하는 경우이다.

그러나 위와 같은 방법을 취하면서도 다양한 법적 기술을 습득함으로써 자신만의 특수한 상황에 접목시켜 새로운 시도를 하려는 개발도상국이 증가하고 있다. 그 하나의 예가 바로 말레이시아라 할 수 있다. 기본적인 경쟁법의 구성과 체계는 영국의 것을 받아들이면서도, 유럽연합의 내용과 방식을 검토하여 접목하였다. 그 외에도 법의 목적을 기술한 부분은 동아시아 국가의 경쟁법의 내용을 받아들인 것으로 보인다. 특히 말레이시아는 각종 지침을 발행하면서 경쟁법 집행의 초기단계에서 예상할 수 있는 문제들을 처리

하기 위하여 법적 확실성을 강조하고 있다.

현재는 각국의 경쟁법을 이해하는 것이 중요하게 되었다. 세계화를 통한 국가 사이의 교역량 증가로 외국에서의 경쟁법 위반과 적발사례가 증가하고 있다. 특히 무역거래 당사국 시장뿐만 아니라 그 시장에 영향을 줄 수 있는 담합, 시장지배적 지위의 남용, 혹은 반경쟁적 기업결합과 같은 경쟁제한행위의 문제에 대한 관심이 증가하고 있다. 따라서 글로벌시장에서 기업 활동을 주도하는 다국적기업은 외국 시장에서 경쟁법규정을 위반하지 않도록 많은 노력을 기울여야 할 것이다. 각국의 상이한 경쟁법을 이해하고, 차이점을 보완하기 위해 서로 간의 이해와 연구가 필요하며, 이러한 비교경쟁법의 연구로 인하여 향후 각 경쟁법 사이에 기본적인 부분부터 수렴(convergence) 또는 조화가 이루어질 수도 있을 것이다.

29) Cassey Lee, "Legal Traditions and Competition Policy", Quarterly Review of Economics and Finance, Vol. 45, 2005, pp. 248-249.

A Study on Malaysian Competition Law³⁰⁾

Hwang Lee

(Associate Professor, Korea University Law School)

Yo Sop Choi

(Assistant Professor, Division of Interdisciplinary Studies in Social Science at Hankuk University of Foreign Studies)

Bong Chul Kim

(Assistant Professor, Division of International Studies at Hankuk University of Foreign Studies)

Kaymi Ng

(Advocate & Solicitor of the High Court of Malaya [non-practising];
Ph.D. Candidate, School of Law at Hankuk University of Foreign Studies)

³⁰⁾ The contents of the English part are different from those in Korean.

I. Introduction

1. The Historical Development of Malaysian Competition Law and Policy

A globalised domestic economy places much influence from an internationalisation of competition law and convergence. In particular, learning competition law and policy from other countries' model laws has become crucial in order to avoid any violation of competition law when domestic companies have businesses in other jurisdictions. Therefore, it is important to study diverse legal measures of competition law in other competition jurisdictions because it is vital for international transactions and also for proposals of better legal techniques, which can lead to convergence or localised harmonisation. Since the first antitrust law entered into force in the US in 1890, over 100 countries have adopted competition law or its kind. In particular, quite a number of countries have legislated or significantly amended competition laws for the last ten years. When assessing newly adopted competition laws in the Asian developing world, it is not difficult to observe adoption of legal techniques from those in the Western countries, mostly the European Union (EU) and the US.

Malaysia is not an exception. Malaysia has finally made its maiden attempt to formally establish a legal regime of competition law. This effort is evidenced in the recent enactment of Competition Act 2010 (Act 712; hereinafter, "the Act"). This Act came into force on 1 January, 2012. The Competition Commission Act (Act 713; hereinafter, "the CCA") was also legislated and entered into force on the same day as of the Act. The CCA defines the general positions of the Malaysian enforcement agency

and other issues, such as enforcement and process. Through these competition laws in Malaysia, the competition authority, the Malaysia Competition Commission (“the MyCC”), was established. It is an independent body that is recognised under the CCA. However, it is still accountable to the Malaysian Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs (hereinafter, “the Ministry”).

Similar to competition law regimes in other neighbouring countries around Southeast Asian region, the Act strictly prohibits any anti-competitive agreements and abusive conducts of market dominance in Malaysia or outside of Malaysia when having an impact on the Malaysian market, although the Act does not provide for competition law regulation on merger control. Further, the Act statutorily and specifically empowers the MyCC to implement and execute major statutory provisions enshrined within the Act which also has the authority to provide various competition law guidelines with regards to the substantive and procedural provisions. The MyCC is, therefore, given the statutory authority to assume the role as the legitimate advocate to promote a sound environment for healthy market competition, thereby to improve the national market economy in Malaysia, which may seem to be lacking comparatively to neighbouring countries.

In addition to this feature, the MyCC is given the statutory obligation to carry out general market monitoring duties. This includes the initiatives to conduct periodical review and studies on matters relating to the local market competition as well as existing sector-specific industries to ensure adherence to the Act. On educational perspectives, the MyCC is expected to create necessary and sufficient educational awareness and to provide relevant education materials and opportunities to the segment of

the public having close connection with competition for consumers and other specific parties having an influential role in the local market.³¹⁾

Historically, competition law in Malaysia was developed on a piecemeal process. It started with the implementation through quite a number of legislations regulating certain business practices or commercial activities which are levelled for the protection to the consumer interest or public interest. A number of trading and consumer statutes affect competition. Some of these statutes have introduced a concept of competition, and the language of competition has been used in these statutes. These laws and regulations include the Companies Act 1965 (Act 125), the Control of Supplies Act 1961 (Act 122), the Trade Descriptions Act 1972 (Act 87), the Food Act 1983 (Act 281), the Hire Purchase Act 1967 (Act 212), the Weights and Measures Act 1972 (Act 71), the Direct Sales Act 1993 (Act 500), and the Consumer Protection Act 1999 (Act 599).

In relation to corporate M&A, some guidelines and a code apply, but they do not deal with competition issues.³²⁾ With regards to the M&A, Malaysia has not yet adopted any competition enforcement provision for merger control. Thus, the Malaysian competition policymakers may face potential demands for the adoption of legal provision on merger in the Act in the near future.

Overall, this proves that, prior to the enforcement of the Malaysian competition laws, there has already been a recognised need to enhance market competition in the Malaysian economy. This was, in fact, recognised in the Eighth Malaysia Plan 2001–2005, and this has been

31) http://www.mccc.gov.my/241_188/Web/WebPage/Role-of-MyCC/Role-of-MyCC.html (last visited 23 July 2012).

32) See Cheong May Fong, “Competition and Regulation of the Electricity Industry in Malaysia”. *Antitrust Bulletin*, Vol.54, No. 1, 2009, p.67.

re-affirmed in the Ninth Plan of 2006–2010.³³⁾

Furthermore, before the comprehensive implementation of the Malaysian competition law, there were some efforts for legislation regulating competition law. This can be traced back then in 1993 when the Ministry began drafting a competition law legislation which was envisaged under the provisions of the Trade Practices Bill (“the Bill”). It was initially adopted from the examples of other Commonwealth countries, such as the Australian Trade Practices Act 1974 and the New Zealand Commerce Act 1986. In particular, Malaysia has the strong influence from the Common Law tradition which shares strikingly similar legal system as the Malaysian system of law. This Bill comprised of sixty-nine sections and contained seven parts, such as of (i) the Trade Practices Commission, (ii) substantially lessen competition, (iii) M&A, (iv) authorisation, (v) enforcement, (vi) remedies and appeal, and lastly, (vii) general provision.

There are some differences between the Bill and the current Malaysian competition acts. The Bill states that “no person shall enter into a contract, agreement, arrangement or understanding containing a provision that has the purpose or is likely to have the effect of *substantially lessening competition* in a market”. However, the existing Act does not include the expression of “substantially lessening competition”. It goes on to provide a list of anti-competitive contracts or agreements between competitors, such as fixing, controlling or maintaining the price.³⁴⁾ At face value, this concept seems to have adopted a strong influence from the Common Law tradition, in particular,

33) Ibid. pp. 67–68.

34) Cheong May Fong, “ASEAN Competition Law Project (Draft): Malaysia Country Report”, (2001), pp. 9–10, available at http://www.jftc.go.jp/eacpf/02/malaysia_r.pdf (last visited 23 July 2012).

the US Clayton Act and the UK merger control.³⁵⁾ However, conversely, in comparison with the existing competition laws in Malaysia, the draft contained a merger control provision that includes pre-merger notification procedure. During the time of examining the Bill, the Minister omitted the provisions on the aspect of competition law for merger control. Except for these two issues stated above, the recently adopted competition laws encompass most of the statements that were provided in the Bill.

2. The Malaysian Economy and Competition Policy

The Malaysian economy has progressively developed since independence from the British colony on 31 August 1957. In the early 70s, the Malaysian market was much shaped by the strong influence of the trading market and industry that has prospered around the Asian region. Malaysia’s coastline is geographically and strategically located along the busy shipping route for global maritime trading. Further, blessed with substantial natural resources from its rich soil high in quality mineral contents have all contributed to the flourishing Malaysian economy. Then, the local market was much dictated by the Malaysians of various minor ethnical descendants where they have gained significant and recognisable market dominance over and above the rest.³⁶⁾ They were then deemed to hold substantial controlling stake over the progress, trading pattern and setting market trends in the local economy.

The utopian phenomenon was short-lived, in light of the social and economical imbalances amongst the community. The government has

35) E.g., the UK Enterprise Act 2002, sec. 22(b), “substantial lessening of competition”.

36) See A. Chua, “World on Fire: How Exporting Free Market Democracy Breeds Ethnic Hatred and Global Instability”, Doubleday Publishing, New York, 2003, p. 6.

opted for the initiation to implement a policy to revise the whole economical situation in the local market with an aim to eradicate poverty within growing community in the local market. The New Economic Plan (NEP)³⁷⁾ was introduced and adopted with the ultimate aim for national unity and to create a healthy market with an equal and neutralised distribution of wealth and to accentuate and minimise the economical imbalances amongst the Malaysians whereby its policy objective also extends to positively protect the interest and urbanised social-economic status of the indigenous *Bumiputra*³⁸⁾ community.

The implementation of NEP brought along more positive participation, interaction and cooperation. It has proven to have achieved significantly in its policy objectives which made the Malaysian market more lucrative and attractive. Having said that, these positive changes in the local market inevitably brought along the result of an overly-protected group at the expense of inter-ethnicity group who felt the impact. This was partially due to the positive discrimination policy enshrined under the NEP where commercial practices were exercised in non-competitive manners. As a result of the underlying issues that have caused grave concerns on the aspect of social justice within the society in Malaysia at large, inter-ethnic tensions built on gradually pressing for the need to adopt a fairer and merit-based policy to the NEP.³⁹⁾

37) See <http://www.epu.gov.my/html/themes/epu/images/common/pdf/rmk/rmk3/chapt%201.pdf> (last visited 1 August 2012).

38) Ethnicity in Malaysia is primarily categories into two main groups of people: the majority consist of those having intimate and strong cultural affinities with the indigenous society named as 'Bumiputra' (this words in Sanskrit connotes the 'sons of earth'); on the minority consist of the people having lesser cultural affinities with the indigenous society are classified as 'Non-Bumiputra' of Chinese, Indian and all other communities made of Arab and Eurasians. See K.S Jomo, "Whither Malaysia's New Economy Policy?", *Pacific Affairs*, Vol. 63, No. 4, 1991, pp. 469-499.

39) For further detail, see *Ibid*, pp 469-499; C. McCrudden and S.G. Gross, "WTO Government Procurement Rules and the Local dynamics of Procurement Policies: A Malaysian Case Study", *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 2006, p. 162. See also http://www.epu.gov.my/neweconomicpolicy?p_p_id=56_INSTANCE_Olak&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-4&p_p_col_count=1&page=2 (last visited 1 August 2012).

Despite the social policy development in Malaysia, its relatively small market having a Gross Domestic Product (GDP) of an estimation of USD 248 billion in 2010 was automatically categorised as a middle-income developing country⁴⁰⁾ that has over the years transformed its economic direction from a major exporter of manufacturing⁴¹⁾ and commodities of tin, rubber and oil palm to becoming the main provider in the service industry, in particular⁴²⁾ making itself known internationally as a hub for international Islamic finance centre.⁴³⁾

Furthermore, a regulatory reform has taken place in Malaysia when the government embarked on an ambitious privatisation programme since the mid-1980s. Prior to this, the Malaysian regulations were fairly extensive, especially after the early 1970s, but these were undertaken chiefly to deal with poverty and wealth distribution issues. Furthermore, the sectoral regulations in the pre-privatisation period were purely a matter of "self-regulation" by the government. With privatisation, new regulatory institutions and mechanisms were established in order to regulate privatised entities. The distributions and mechanisms were established to regulate privatised area; hence, competition became an important regulatory concern. In the absence of a national competition law and policy, a sectoral approach to competition regulation was adopted,⁴⁴⁾ despite attaining a promising economic progress in the local market.

40) <http://www.bnm.gov.my/files/publication/ar/en/2011/cp04.pdf> (last visited 24 July 2012).

41) See Cassey Lee, "Competition Policy in Malaysia", Centre on Regulation and Competition Working Paper Series No. 68, June 2004, available at http://www.competition-regulation.org.uk/publications/working_papers/WP68.pdf (last visited 24 July 2012).

42) *Ibid*.

43) <http://www.bloomberg.com/news/2010-09-08/malaysia-challenging-u-k-as-hub-for-sukuk-law-islamic-credit.html>; <http://www.bis.org/review/r061106b.pdf> (last visited 24 July 2012).

44) After the financial crisis in 1997 and 1998, the process of regulatory reforms became more challenging due to industry consolidation and, in some cases, re-nationalisation. There were, thus, some concerns arising from the foreseeable obstacles that Malaysian competition law was still at infancy stage. See also Cassey Lee, "The Institutional and Policy Framework for Regulation and Competition in Malaysia", CRC International Workshop Paper, "Regulation, Competition, and Development: Setting a New Agenda", p. 1, http://www.researchgate.net/publication/23512228_The_Institutional_and_Policy_Framework_for_Regulation_an

There were still existing active political initiations calling for a review of the Malaysian economic policy to mirror a fairer distribution of economic rights amongst the Malaysian community. As a result of the enunciation that reflected the public's needs, a fair competition in the market would probably be the panacea for a healthy competitive market in Malaysia. As such, one of the earliest concepts of competition law was reflected in the fair trade practices in 1993 which was then promulgated by the Prime Minister of Malaysia in the annual 2012 Budget Speech⁴⁵⁾ to reassess the policy objectives already implemented in the Eighth and Ninth Malaysia Economic Plans.⁴⁶⁾

Therefore, the government has displayed a strong commitment to seriously consider this matter and to further revise economic policies that reflect healthier and fairer commercial practices, which is consistent with the global standard of competition policy and law. Though the implementation of Competition Act 2010, it took a rather lengthy time to come into effect, but it was rather a good flexing of the Malaysian government to display its serious commitment to creating a better business environment where fair commercial practices are upheld whilst anti-competitive practices are deterred and penalised.⁴⁷⁾ Despite the firm footing to incorporate competition law into Malaysian legislation from the initiation of the Plans to the actual implementation of competition law in Malaysia, it was deemed rather sluggish in its development because the

d_Competition_in_Malaysia (last visited 23 July 2012).

45) See http://www.bnm.gov.my/files/budget2012_en.pdf (last visited 24 July 2012).

46) According to the speech of the Prime Minister of Malaysia, the Eighth Malaysia Plan charts the next steps that Malaysia will take towards becoming a united and fully developed nation in our own mould by the year 2020. In formulating this plan it has to consider the progress achieved, took stock of our current position as well as the considerable challenges ahead. The strategies and programs presented are aimed at putting the nation on a stronger footing and to more resilient and competitive. See <http://www.epu.gov.my/eightmalaysiaplan> (last visited 24 July 2012).

47) See Faizah Jamaludin, "No turning back Malaysian Competition Act", available at http://www.skrine.com/index.php?option=com_content&view=article&id=256& (last visited 24 July 2012).

Act took an extended time to complete its trail. Seemingly, the way in which the Act came into force gave an implied inference since there is an obvious pressing need to implement the Act in order to ensure that the Malaysia's competition law regime is compatible with the neighbouring countries. The obvious reason was the result in a steep decline in the input foreign direct investments into the country.⁴⁸⁾

Again, this was the result which reflected national economic policies having the characteristic of overly protecting sectors that practically contradict the fundamentals of fair competition in the Malaysian market. All in all, this is an important test for the Malaysian competition authority whether they can implement the law vigorously after considering all the issues above.

3. The General Structure and Objectives of Malaysian Competition Law and Policy

The Malaysian Competition Act contains six Parts and sixty-seven Sections in total. Part I of the Act includes general commencement and interpretation. This includes definition of terms in competition law provisions. Further to which, Part II is the only part in the Act, which comprises chapters that provide for the substantive provisions, reflecting on competition law concepts and principles. Similar to that of the UK, Chapter 1 of Part II prohibits anti-competitive agreement enshrined under Chapter 1 heading under 'Prohibition'. Chapter 2 of Part II relates to the section stipulating commercial activities that are deemed to constitute an abuse of dominant position. Further, Part II of the Act generally provides

48) See <http://biz.thestar.com.my/news/story.asp?file=/2010/7/29/business/6752441&sec=business> (last visited 24 July 2012).

for all major legal measure for competition law implementation. Whilst Chapters 3 and 4 provide for the legal provisions stipulating the study on market review and followed by the exclusion on the entirety of the application of the Act to the specific sectors of industries respectively.

Part III seeks to provide for the major procedural provision which contains competition authority's power, mode and method of conducting an investigation upon receiving a complaint or direction from the Minister on any anti-competitive commercial practices in the market. Moving on, Part IV provides for the governing provisions on the MyCC's findings upon adjudication a complaint before them, these includes interim measure, hearings, finding, and lenience procedure. Part V of the Act includes provisions regulating appeal procedure to the Competition Appeal Tribunal (hereinafter, "the CAT"). Lastly, Part VI states on the general provisions of the Act which includes sanction provisions, such as general penalty and rights of private action. Part VI also includes specific ancillary provisions enshrined under first and second schedules of the Act. These two schedules also form an integral part of the Act which must be observed at all times whilst interpreting the applicability of the Act.

Furthermore, a distinctive feature in the Act connotes that it carries an extraterritorial application. Article 3 of the Act prescribes that Malaysian competition law applies to any commercial activity, both within and outside Malaysia where the commercial activity has an effect on competition in the Malaysian market, although it is not applicable to the commercial activity regulated under the sector-specific legislations, such as telecommunications and energy. Under the Act, commercial activity means any activity of a commercial nature but it should be noted that

these activities do not include any activities in the exercise of governmental authority.⁴⁹⁾

A closer look at the structure of the Act, it seems to appear that the substantive provisions and language of the Act are very similar to those of the UK and particularly the EU. The attention is drawn to the expressions of prohibition and exemption provisions in the Act which are almost identical to the EU's approaches. Therefore, it can be implied that the Malaysian competition lawmakers seem to have adopted the legal techniques from the UK and also the EU. Although the Malaysian competition law provision has a similar structure in substantive provisions, there are some differences in the Act, comparatively to those in the UK and the EU.

For example, the Act clarifies its objectives as stated in the preamble of this Act unlike the competition acts in the UK and the EU. It explains that Malaysian competition law aims to promote economic development by promoting and protecting the process of competition, thereby protecting the interests of consumers and to provide for matters connected therewith. It further describes that the competition process encourages economic and market efficiency, innovation and entrepreneurship that can promote competitive prices, improvement in the quality of goods and services and further improve consumers' choices. In particular, it declares that the Act is enacted to prohibit anti-competitive commercial conducts exercised in Malaysia.

To conclude, the Malaysian competition lawmakers mimic closely on the UK and EU legal measures in general, whilst they seem to consider clear objectives of the Act, which can be the guidance for implementation

⁴⁹⁾ Sec. 3(4) of the Act.

II. Market Definition

of law. This guidance may be crucial since the Malaysian competition authority and courts lack the resources for interpreting the new competition law. Like the Civil Law-based competition law models, such as those in Korea, China, and Japan, it would be an alternative model for the Malaysian competition policymakers in regulating and implementing competition laws and policy based on the statement of competition law objectives. In particular, one of the unique statements in Preamble of the Act draws the emphasis of state economic development which is usually mentioned in other Civil Law competition law provisions. Therefore, there is no doubt that the ultimate aim of the Malaysian competition law is to promote economic development, and this aim can be achieved by ensuring the process of competition for consumer interests. Overall, the Act gives the impression of learning from other competition law provisions in order to ensure legal certainty with the blend of Common Law-based case law development.

1. Overview of Market Definition

Similar to competition laws in other countries, market definition in Malaysia is an important step in application of competition law. Thus, the MyCC defines the relevant market when investigating possible violations of substantive provisions of Chapters 1 and 2 Prohibition. However, there is no detailed explanation of market definition in the Act, but section 2 of the Act illustrates the meaning of market in general. First of all, “market” in the Act refers to a market in Malaysia or in any part of Malaysia, which in fact categorises the geographic meaning. Further, it states that, when this term is used in relation to any goods or services, “market” also includes the one for the goods or services and other substitutable ones, or otherwise competitive with. In other words, this explanation indicates product market based on substitutability of any goods or services.

In addition, the MyCC provides the Malaysia Competition Commission Guidelines on Market Definition (hereinafter, “the Market Definition Guidelines”). According to the Guidelines, the MyCC has a legislative power to define the markets in which they are empowered to investigate on matters of possible violation of Chapters 1 and 2 of the Act. In particular, the definition of market promulgated in the Act connotes an entirely different conceptual spectrum from the way in which enterprises define the concept in accordance to respective business purposes.

The reason for defining a market for the competition law purposes is to determine the degree of competition and market power in the relevant

market. Therefore, the aim of having the Market Definition Guidelines which include the test to define market purports to assist constructively to all existing firms which can effectively compete with the product where an anti-competitive act is being complained of. They also include firms that can enter the market within a reasonable time, i.e., potential competitors. In essence, a market under the context of competition law is defined as the “relevant market”.⁵⁰⁾

Similar to other countries’ regulation on market definition, in an attempt to define a relevant market under the Malaysian provision, it places a great emphasis in identifying all proximate substitutes for a product under scrutiny. Goods or services can be substituted both on the perspective from demand or supply. Therefore, it is possible to suggest that the MyCC favours the general technique of market definition based on the SSNIP test,⁵¹⁾ such as assessing on whether consumers are likely or having an alternative to switch to other products.

Defining a relevant market allows the MyCC to identify all enterprises competing against an enterprise where a complaint was lodged upon. In particular, it is vital to determine whether an agreement is considered prohibited conduct as envisaged under Chapter 1 of Part II. Therefore, market definition is deemed vital to ascertain the presence of any significant anti-competitive effect by the agreement in question. Moreover, it allows the MyCC to determine whether an alleged anti-competitive conduct by a dominant enterprise has violated conducts stipulated under Chapter 2 through engaging itself in activities that “amounts to an abuse of a dominant position in any market for goods and services”. In addition, the reference to establishing dominance in a market requires the proof of

50) Para. 1.3 of the Market Definition Guidelines.

51) “SSNIP” is an abbreviation of ‘a small but significant and non-transitory increase in price test’.

whether an enterprise retains substantial market power in a particular market. All things considered, the Malaysian concept of market definition in the context of enforcement of competition law is reasonable when assessing the extent of liability upon conviction where the actual turnover of an enterprise operating in a relevant market is determined.⁵²⁾

2. The Hypothetical Monopolist Test

In assessing market definition, the Malaysian competition authority adopts the “Hypothetical Monopolist Test (“HMT”)” as an assessment standard for competition law enforcement. The HMT is widely accepted and recognised around the world. This test provides that, upon defining the market, it is followed by an analysis of the extent of actual competition within that market. Subsequent to this step, the MyCC will thereafter determine the exact market shares of the competitors; scrutinise on the extent of ‘easy market access and entrance into a relevant market by examining any possible entry barriers; and evaluate the way in which competition is likely to cause an impact amongst competitors, based on the price or product featured.⁵³⁾

A proper assessment to define a market is absolutely vital in determining whether a firm alleged of possessing dominant position has the likelihood to result in the presence of an anti-competitive conduct that has an impact on the relevant market. From the enforcement perspective, it allows the MyCC to quickly filter out complaints that deserve further consideration. It is possible to draw some instances which may involve competitors entering into a potentially anti-competitive

52) Para. 1.5 of the Market Definition Guidelines.

53) Para. 1.6 of the Market Definition Guidelines.

agreement which has a relatively small market share. In this case, the MyCC is likely to refrain from any further scrutiny on any agreement prohibited under Chapter 1 “Prohibition” at the preliminary stage because the effect of the agreement is likely to be insignificant.⁵⁴⁾ Notwithstanding, it should be noted that for a certain kind of horizontal agreement, the so-called “hard-core cartel”, allows the MyCC the option to determine any anti-competitive effect based on the market definition and market share assessment.⁵⁵⁾

In other words, in situations where it is deemed likely that conduct will either have a significant adverse effect on competition from the hard-core restrictions or that the enterprise does not possess substantial market outside the scope of any hard-core category, the MyCC is not required to define the market precisely. It should also be stressed that defining a relevant market requires considerable practical judgment. In the cases above, defining relevant market is usually exempted, especially in cases where there is evidence to suggest that the relevant market is one of the few possible market definitions and each of these market definitions will result in the same competition assessment. This is reasonable since a market definition assessment can incur unnecessary administrative costs.⁵⁶⁾

Part 2 of the Market Definition Guidelines illustrates the implementation of the HMT. The procedural application of the HMT provides a three-step process which starts by identifying the hypothetical monopolist of the focal product. It is then followed by the examination on whether a hypothetical monopolist of a market for the relevant product is

54) Para. 1.7 of the Market Definition Guidelines.

55) Para. 1.8 of the Market Definition Guidelines.

56) Para. 1.9 of the Market Definition Guidelines.

profitable and allows it to sustain for a price of the focal product of 5%-10% above the competitive price level. It will then be concluded by the repetitive steps illustrated earlier.⁵⁷⁾ In practice, market definition is determined by two dimensions drawing from product and geographic market. Whilst at other instances, these two aspects can be considered simultaneously as one. In general terms, market definition will first be considered in the parameters of product market and then followed by geographic market.⁵⁸⁾

In addition to the HMT, the MyCC has the ability to retrieve economic evidence that is highly useful to indicate the relevant market, such as market research surveys that deal with consumers’ willingness and readiness to switch and opt for products according to changes in product or service prices. The MyCC is further empowered to conduct interviews with the business associations in the relevant industry as well as interviews on initial complainant from aggrieved parties affected by the unfair practices in the market. The MyCC is empowered to call for private interviews with competitors and is also allowed to call for evidence on switching costs (either real or perceived) where the affected consumers had to switch to an alternative product. In addition, the MyCC is given the authority to scrutinise similar price changes over a period of time and price elasticity.⁵⁹⁾

According to some commentators, applying the HMT accurately and consistently is a complex exercise, even for very experienced competition authorities. The MyCC thus acknowledges this problem in its Market Definition Guidelines and states that market definition already adopted in

57) Para. 2.4 of the Market Definition Guidelines.

58) Para. 2.5 of the Market Definition Guidelines.

59) Para. 2.6 of the Market Definition Guidelines.

other countries may provide a useful starting point, although ultimately local conditions will provide a better and clearer guide to MyCC's determination of the relevant market. In this regard, given the similarities in the laws between Malaysia and other Common Law-based legal system, reported cases from Singapore, the UK and the EU are likely to carry some persuasive force in adjudication.⁶⁰⁾

3. Product and Geographic Market Definitions and Temporal Perspective

The Market Definition Guidelines specifically provide for two main fundamentals to determine definition for the relevant market. These include product and geographic markets. At first instance, as discussed above, an important factor is whether the hypothetical monopolist can maintain the SSNIP-tested price, and substitutability on demand-side is equally important. In addition to demand side, the MyCC illustrates the relevance from the perspective of the supplier to ascertain product market definition. In this essence, it is to assess on whether enterprises are likely to be prevented from charging higher prices if any other enterprises not supplying the product concerned could easily switch production or otherwise supply the focal product and its substitutes within a short time period. In other words, the substitution may at times occur from the supplier.

Therefore, the supply-side substitution can be perceived as a special case of entry into a market that takes place quickly and effectively. This generally occurs in less than one year of experiencing the impact on a

60) Lim Chong Kin, "Malaysia: First three sets of Guidelines issued under Malaysian competition law", 14 May 2012 Drew & Napier Competition Law Update available at <http://conventuslaw.com/malaysia-first-three-sets-of-guidelines-issued-under-competition-law> (last visited 24 July 2012).

scale that is large enough to affect market prices. It then follows that it does not involve a substantial sunk investments, i.e. irrecoverable or sunk cost of investment in the event of business failure. Hence, enterprises that can potentially supply the product in less than one year would normally be included in the definition of the relevant market.⁶¹⁾

Addition to the product market definition on the aspect of demand and supply side, the Market Definition Guidelines provide for substantive illustration on geographic market. It is to note that the term "market" is carefully defined in section 2 of the Act as succinctly states for the inclusion of a market in Malaysia or in any part of Malaysia. In other words, other countries are not impliedly included as part of the definition of the relevant geographic market.⁶²⁾ Similar to the definition on product on the aspect of competition law, geographic market means a defined area where consumers may substitute the products and the area which encompasses sellers who are able to competitively sell the relevant products.⁶³⁾

The geographic scope of the market is, hence, defined by using the same method adopted to analyse product market. When considering a further definition of a certain geographic market, it is usually invoked by identifying a relatively narrow geographic area, in other words the "focal area". This connotes the narrowest defined area in which a group of products is identified in the product market definition, categorised as a township or suburb. Then, the issues further revolve on whether there are grounds to believe that a hypothetical monopolist of the group of products identified in the relevant product market, operating in that focal

61) Para. 2.9 of the Market Definition Guidelines.

62) Para. 3.1 of the Market Definition Guidelines.

63) Para. 3.2 of the Market Definition Guidelines.

III. Chapter 1 Prohibition

area is likely to profitably increase the price by five per cent to ten per cent above the competitive price.⁶⁴⁾

In addition to this SSNIP test, another consideration further provides for the value of the product in relation to the transport or transaction cost. Therefore, in essence, it is possible to draw the inference that the higher the price of a product relative to the travelling cost, the greater the likelihood and willingness of consumers are to travel farther for the purchase of cheaper supplies.⁶⁵⁾ In particular, time is also considered as another dimension which is a relevant factor to determine market definition. Accordingly, the relevant product can be defined as the supply of a certain product at a particular period or season, such as indicated in peak and off-peak services.⁶⁶⁾ However, this scrutiny has rather limited to very particular characteristic of the relevant product or service concerned.

The methodology of the MyCC's market definition guidance seems to offer a certain level of legal certainty to market entities, practitioners, and courts. In fact, there were neither drastic nor substantive changes from the initial draft of the Market Definition Guidelines as compared with the finalised Guidelines.⁶⁷⁾ To conclude, there was almost no controversy with regards to the analytical structure of the MyCC's Market Definition Guidelines.

64) Para. 3.3 of the Market Definition Guidelines.

65) Para. 3.5 of the Market Definition Guidelines.

66) Para. 2.7 of the Market Definition Guidelines.

67) Lim Chong Kin, op. cit.

1. Prohibition of Anti-competitive Agreement and Individual Exemption

The substantive provisions of the Malaysian Competition Act seems to appear as possessing striking similarities with those in the EU and other countries heavily influenced by the EU, e.g., the UK and Singapore.⁶⁸⁾ According to section 4(1) of the Act, a horizontal or vertical agreement between enterprises⁶⁹⁾ is prohibited when their agreement, regardless of its characteristic, carries the object or effect of significantly preventing, restricting, or distorting competition in the relevant market. Then, section 4(2) goes further to describe essence of horizontal agreement carries the object of preventing competition. This includes practices of (a) fixing price or trading conditions; (b) sharing market or sources of supply; (c) limiting or controlling production, market outlets or access, technical or technological development, or investment; or (d) performing an act of bid-rigging. As stated earlier, the agreements in section 4(2) are categorised as hard-core restrictions that are normally prohibited under the *per se* or quasi-*per se* rule.

However, similar to Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU"), section 5 of the Act provides for the relief of liability for the competition law violation when the agreement satisfies certain thresholds of having qualities that are (a) significant identifiable technological, efficiency or social benefits; (b) benefits which

68) The Singapore competition lawmakers adopted quite a number of provisions from the UK law.

69) According to sec. 2 of the Act, enterprise means any entity that carries on commercial activities relating to goods or services. In particular, a parent and subsidiary company shall be regarded as a single enterprise where they form a single economic unit within which the subsidiaries do not have any power to determine their actions on the market despite their separate legal entity.

cannot occur without the relevant agreement; (c) proportionate detrimental effect; and (d) no complete elimination of competition in respect of a substantial part of the goods or services. Nevertheless, unlike the provision of the EU individual exemption, it does not include fair share of consumer benefit. However, the language of social benefit in section 5 can imply fair share of consumer benefit. The Act also provides discretionary power of cancellation of exemption by the MyCC. Under section 7(1) of the Act, the MyCC is allowed to withdraw its exemption where there is a material change of circumstance after its grant of exemption, or where an obligation is breached thereafter.

Moreover, similar to other competition law regimes, the competition policymakers in Malaysia favour characteristic of having extraterritorial application of the Act. The provision in section 3(1) of the Act clearly provides for the application of the Act to any commercial activity, which can extend to agreement, carried outside Malaysia where it has an effect on the way in which the market competition is practised in Malaysia. In addition, the MyCC provides guidelines for ensuring effective enforcement with regards to Chapter 1 Prohibition, the Malaysia Competition Commission Guidelines on Chapter 1 Prohibition (hereinafter, "Chapter 1 Guidelines"), thereby to illustrate priorities in competition agency's enforcement. The Chapter 1 Guidelines are not a substitute to the Act but a mere guidance to assist in technical interpretation, which provide for the direction by defining pertinent terms found in any agreement.

2. The Definitions of Object and Effect of Agreement and Concerted Practices

Under section 2 of the Act, "agreement" refers to any form of contract, arrangement, or understanding between enterprises, and it also includes a decision of any business association and concerted practices. According to paragraphs 2.1 through 2.3 of the Chapter 1 Guidelines, the meaning given under these paragraphs is further stunningly broad where it includes both written and oral agreements. Having regard to the definition illustrated above, competitors have to be extremely cautious in communicating with one another in any mode of communication. This includes communication in person, via telephone, letters, email or through any other prescribed mode of communication. A hypothetical scenario which might fall into this ambit usually revolves or starts with a casual oral agreement between competitors over business lunches, in particular the act of acknowledging to a commercial proposal for a price increase without objection.

Moreover, the mere presence with competitors at any business association meetings where any act or conduct suggesting anti-competitive decision is on *prima facie* sufficient to constitute evidence or legal implication on parties. Therefore, business associations should be cautious and constantly notifying respective members to refrain from any discussion in connection to the prohibited agreements under section 4(2) of the Act, such as price fixing and sharing markets as means to avoid any unintentional liability and undesirable consequences. In this essence, trade and other associations generally have legitimate purposes for promoting the competitiveness of their respective industry

sectors. However, some other instances may suggest otherwise, which carries the consequences of violating the Act.

Further, anti-competitive agreement means the one which has the object or effect of significantly preventing competition in the market. In particular, under paragraph 2.11 of the Chapter 1 Guidelines clarifies the concepts of object in agreements. As provided under section 4(2) of the Act, certain horizontal agreements with the object of engaging in cartel practices are to be treated as having the object of significantly preventing, restricting, or distorting competition. In this sense, “object” is, however, not defined in the Act. Therefore, to ensure for a justified competitive process, the MyCC is determined to carefully scrutinise the types of “object” in an agreement. These include hard-core restrictions or *per se* type agreements in the US, such as price-fixing, output restriction, market sharing, and bid-rigging.

In most cases, the MyCC is unlikely to solely examine or ascertain the actual common intentions of the enterprises, but rather takes the initiative to carefully assess the true essence pursued by the apparently alleged anti-competitive agreement. It is to note that, should the object of an agreement is likely to have a significant anti-competitive effect, the MyCC may, at its own discretion, decide on the ground that the agreement contains an anti-competitive object.⁷⁰⁾ Hence, the MyCC is not required to examine the anti-competitive effect of the agreement in question when the object of the anti-competitive agreement is proved. Conversely, although an anti-competitive object is unlikely to be

70) Para. 2.13 of the Chapter 1 Guidelines. See e.g., a recent MyCC’s investigation on the Cameron Highlands Floriculturist Association (CHFA) for price-fixing of flowers sold to distributors and wholesalers in Malaysia. The decision of the MyCC is expected to be delivered before the last quarter of 2012. http://www.mycc.gov.my/239_200_200_137/Web/WebEvent/News/MyCC-INVESTIGATES-ASSOCIATION-FOR-PRICE-FIXING.html (last visited 2 Aug. 2012).

ascertained, the agreement may still violate the Act where it is later found to result in an anti-competitive effect.⁷¹⁾

Lastly, it is also important to define the meaning of concerted practice in the Act. According to section 2 of the Act, it refers to any form of coordination between enterprises which knowingly substitutes practical co-operation in order to avoid the risks of competition. These practices include direct or indirect contact or communication between enterprises, and its object or effect is either (a) to affect the conduct of one or more enterprises; or (b) to disclose the course of conduct which an enterprise has decided to accept where such disclosures would not have been made under the normal conditions of competition.

With reference to paragraph 2.6 of the Chapter 1 Prohibition Guidelines, concerted practices are generally related to some form of informal co-operation, where parties knowingly enter into an informal arrangement for practical co-operation or where their conduct is affected as a result of such contact or communication. Therefore, it is to note that competitors should be cautious in not attempting to blindly imitate prices of competitors unless they can be proved that such conduct was decided independently from other rivals with a proof of reasonable explanation, such as a price increase of an input.

It remains tricky to examine any concerted practice under the existing competition law provision due to the absences of any reported cases and complaints at present. However, reasonable inference can be drawn from cases occurred in the past. With regards to concerted practice, the Pangkor-Lumut Ferry case in 2003⁷²⁾ serves as the most appropriate case

71) Paras. 2.14-15 of the Chapter 1 Guidelines.

72) For further detail about the case, see Cassey Lee, “Competition Regulation in Malaysia” (2006), p. 6, available at http://www.jftc.go.jp/eacpf/06/6_01_05.pdf (last visited 23 July 2012).

study for consideration and further deliberation. A price war, involving two ferry providers operating between Lumut and the island of Pangkor where the price of a ferry ticket went from RM 4 to RM 1 per trip, confused and caused unnecessarily burdens on innocent consumers. The price battle did not last for too long and the ticket price stabilised at the end of fierce competition. Aftermath this incident, there was an immediate public claim following this price change. Some critics argue that this price increase was an outcome of the collusion between the two ferry operators to avert the adverse consequences at the expense of the consumers. After this price change, the government's response has been haphazard, where the state government attempted to negotiate with the companies with the intention to persuade them to reduce their prices but this effort failed to resolve the problem. As a result, the state government sought the intervention of the relevant ministry by issuing more licences to create more competition in the market. Whether or not the post-price war prices were the outcomes of collusion, it was a matter of fact that remains unknown to many. Nevertheless, scholars argue that the mere fact that there was indeed a price increase clearly indicates an outcome of the exercise of market power by the two colluding enterprises. It can be argued that competition law that prohibits collusion would have been able to deal with this problem. However, in the absence of a competition laws then, the only alternative left for the government was opt to regulate the tariffs.

3. Anti-competitive Horizontal and Vertical Agreements

The Act defines the meaning of horizontal and vertical agreements.

The Chapter 1 Guidelines also further illustrate on the interpretation of horizontal and vertical agreement. According to section 2 of the Act, "horizontal agreement" indicates an agreement between enterprises when they operate at the same level in the production or distribution chain. A horizontal agreement includes one at any stage of the production and distribution chain that includes agreements between input producers, in other words a clear indication of an agreement between competitors. On the contrary, "vertical agreement" means the agreement between enterprises at a different level.

Aforementioned, section 4 of the Act sets out the prohibited agreement, either horizontal or vertical, which is considered as contrary to the essence of the Act. Therefore, both horizontal agreement and vertical agreement can be prohibited if they have an anti-competitive object or effect which is significant on the market itself. It is then important to highlight that agreements are prohibited only if they significantly prevent, restrict or distort competition in the Malaysian market. Hence, the way in which the MyCC is likely to interpret "significant" is absolutely vital.⁷³⁾

The word "significant" connotes for agreements entered between parties carries the effect of more than a trivial impact, and this impact is assessed in relation to the defined relevant market. This approach of impact sets as "safe harbour" for otherwise anti-competitive agreements. Accordingly, based on the general presumption, anti-competitive agreements are considered significant if the enterprises are competitors and their combined market share in the relevant market does not exceed twenty per cent; or the parties to the agreement are not competitors, i.e.,

73) Para. 3.3 of the Chapter 1 Guidelines.

vertical agreements, where their individual market share is less than twenty-five per cent in any relevant market.⁷⁴⁾

The MyCC used to consider the market share threshold for exclusive distribution agreements, with regards to territorial restrictions and exclusive customer allocation agreements in its initial draft of the Chapter 1 Guidelines. However, the MyCC has removed the specific safe harbour threshold of thirty per cent which was at first established in the draft of the Chapter 1 Guidelines.⁷⁵⁾ Furthermore, the conditions for claiming exemption were provided under section 5 of the Act. The draft of Chapter 1 Guidelines initially included an appendix which ensures further elaboration of the analytical framework that the MyCC would use to assess such claims for exemption. Nevertheless, this appendix was withdrawn in its entirety from the final version of the Chapter 1 Guidelines. Probably, the existing provision for the general set of twenty-five per cent market share threshold for all types of vertical agreements would be beneficial and convenient for effective enforcement. Overall, the changes from the original draft are provided in order to give the MyCC more flexibility in its assessment of exemption claims.⁷⁶⁾

This market-share based threshold is vital since it can offer some degree of legal certainty to economic entities, practitioners, and courts, though it is not legally binding. For example, in relation to the EU's vertical block exemption regulation, the guidelines that illustrate the set of threshold on vertical agreement are more lenient than that of horizontal agreement. Chapter 1 Guidelines, therefore, categorise horizontal practices that falls within the ambit of section 4 of the Act as

74) Para. 3.4 of the Chapter 2 Guidelines.

75) Lim Chong Kin, *op. cit.*

76) Lim Chong Kin, *op. cit.*

information sharing and restrictions on advertising.⁷⁷⁾ On the contrary, the MyCC considers vertical agreements as less harmful to competition, and it thus considers that anti-competitive vertical agreement usually exists only if one of the parties has significant and sufficient market power that could assert some level of influence over the other party to the agreement.⁷⁸⁾

However, vertical price-fixing is likely to be more anti-competitive comparatively to non-price vertical agreements than other types of vertical restraints, because vertical price restrictions limit the ability of resellers to compete on price. On the contrary, vertical non-price restrictions may be anti-competitive when they initiate to foreclose the market in favour of competitors. When deciding whether a vertical agreement significantly prevents, restricts or distorts competition, due regard will thus be given to the market power of the enterprise imposing such vertical restriction. In addition, the relevance of examining the anti-competitive effect depends much on whether there are market entry barriers and countervailing buyer power.⁷⁹⁾

Likewise, the MyCC is likely to take the approach for a strong stance against minimum resale price maintenance ("RPM") and decides that such conduct amounts to hard-core-type anti-competitive. It is to note that maximum or recommended RPM that serves as a means for collusion is likely to be deemed as constituting an anti-competitive conduct.⁸⁰⁾ In contrast, non-price vertical agreements may generally not be considered to have a significant anti-competitive effect if the individual market share of the seller or buyer does not exceed twenty-five per cent in the

77) Paras. 3.6-3.9 of the Chapter 1 Guidelines.

78) Paras. 3.11-3.12 of the Chapter 1 Guidelines.

79) Para. 3.13 of the Chapter 1 Guidelines.

80) Para. 3.14 of the Chapter 1 Guidelines.

relevant market.⁸¹⁾

Therefore, enterprises of vertical non-price restraints are likely to be granted an exemption benefit where their market shares are below this market share threshold, although enterprises with a minimum RPM, as a hard-core restriction, are prohibited from receiving such benefit. Last of all, the Chapter 1 Guidelines provide for the guidance to economic entities with regards to other issues, such as intellectual property rights (“IPRs”) and franchise agreements. According to the Chapter 1 Guidelines, it is provided that the MyCC will publish the guidelines to cover both IPR and the issues dealing with franchise agreements.⁸²⁾ As to date, these guidelines have yet been published.

Some commentators concluded that the Chapter 1 Guidelines are regarded as an analysis structure for assessing a claim for exemption from the Chapter 1 Prohibition, as the Act provides that enterprises can claim exception from section 4 of the Act under the individual and block exemption provisions.⁸³⁾ In this stage, the Chapter 1 Guidelines are vital for predicting the MyCC’s enforcement of Chapter 1 Prohibition.

4. Exemption Provisions and Leniency Programme

The relief of liability under section 5 of the Act can be granted independently in three separate ways. These include (i) an individual exemption as enshrined under section 6 of the Act; (ii) a block exemption as provided under section 8 of the Act; or (iii) alternatively, a method by invoking section 5 of the Act.⁸⁴⁾ As stated earlier, the Act provides for

81) Para. 3.17 of the Chapter 1 Guidelines.

82) Para. 4 of the Chapter 1 Guidelines.

83) Lim Chong Kin, *op. cit.*

84) Paras. 5.3.1-5.3.3 of the Chapter 1 Guidelines.

the relief of liability under section 5 of the Act, i.e., a statutory exemption of the Act. Accordingly, enterprises may request an individual exemption which can be granted subject to certain conditions, obligations and for a limited duration as enshrined under section 5 through the prescribed form and after payment of a fee.⁸⁵⁾ Then, the onus of proving the benefits from the agreement in concern will now rest on the enterprises. This provision is similar to Article 19 (2) of the Korean Competition Act,⁸⁶⁾ which grants horizontal agreement, through the Korean competition authority’s notification and authorisation method.

Some argue that the criteria of exemption provisions in the Act are also very similar to the Net Economic Benefit test adopted in Singapore, which in turn comes from the structure of the individual exemption provision stated in Article 101(3) of the TFEU. In particular, it is expected that a claim made under this exemption provision will similarly require a robust scrutiny and a balancing of the pro-competitive and anti-competitive effects of the agreement in question. In the absence of any established precedents on the approach which the MyCC might adopt in the examination of claims, parties seeking to apply for such relief may be guided to some extent by the approaches adopted in these jurisdictions.⁸⁷⁾ Parties are given the discretion to demonstrate that the benefits claimed are in accordance with the criteria provided in section 5 of the Act. It is to note that, should there be a material change of circumstances, breach or non-compliance to an imposed condition by the

85) Paras. 5.4-5.6 of the Chapter 1 Guidelines.

86) See <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011494.pdf> (last visited 4 Aug. 2012). Article 19(2) The prohibition of paragraph (1) shall not apply, where unfair collaborative practices are authorised as satisfying the requirements determined by Presidential Decree, where they are conducted for the purposes listed in any of the following: industry rationalisation; research and technology development; overcoming economic depression; industrial restructuring; rationalisation of trade terms and conditions; or enhancement of competitiveness small and medium enterprises.

87) Lim Chong Kin, *op. cit.*

MyCC during the prescribed period, an individual exemption can be canceled to the entirety, or alternatively terms of individual exemptions can be varied.

In addition, the MyCC is empowered to grant a block exemption to a particular category of agreements as illustrated at paragraph 5.7 Chapter 1 Guidelines. These include vertical agreements in a particular industry. Further, section 8(1) of the Act stipulates that, where the agreements, falling within a certain recognised category of agreements, are likely to be treated as agreements to which section 5 applies, the MyCC may then grant an exemption to the particular category of agreements via a published order in the Gazette. Thus, an agreement recognised within a category specified in a block exemption is exempted from the application of section 4 of the Act.⁸⁸⁾ At this instance, the MyCC in granting the block exemption reserves the discretion to impose any condition or obligation as and when it deems fit and proper whilst taking into consideration to which a block exemption can have an effect.⁸⁹⁾ Prior to granting a block exemption, the MyCC is obliged to publish details of relating to the exemption and is required to provide at least thirty days from the date of publication to allow any submission by the public, where such submission will be given due consideration.⁹⁰⁾

The advantage of a block exemption is that similar agreements can be examined simultaneously in which this allows the MyCC to provide an effective overall assessment of anti-competitive impact and assessment of the claimed benefits. Concurrently, this may relieve enterprises from having to submit separate applications. However, similar to the measure

88) Sec. 8(3) of the Act.

89) Sec. 8(4) of the Act.

90) Sec. 9 of the Act.

of individual exemption, a block exemption can be withdrawn or varied where there is any material change, a breach, or non-compliance of an imposed condition.⁹¹⁾ Further to which, the MyCC is required to publish details of such application to call for responds through submissions made by members of the public.

To summarise, enterprises are now able to foresee and understand the way in which section 5 of the Act is applied. Pursuant to an investigation for breach under section 4 of the Act, parties being investigated may rely on the relief of liability under section 5 of the Act. Similarly, these benefits can also be claimed in the event of any on-going litigation processes by private parties for a breach of section 4 of the Act.

It is to note that, for the time being, there is an obvious absence of an EU-type block exemption regulation because Malaysia has adopted a notification and authorisation method of block exemption instead of the former, but the EU group exemption provision is seemingly more beneficial and suitable to the society as a whole since it is likely to reduce the litigation costs and at the same time offers legal certainty based on market share as somehow established in the Chapter 1 Guidelines.

Finally, the Malaysian competition authority also provides for a leniency programme as stated in section 41 of the Act. Section 41(1) of the Act ensures a leniency regime, which allows for a reduction of up to a maximum of 100 per cent of any penalties which would otherwise have been imposed. This is available to any enterprise on conditions where (a) they have admitted its involvement in an infringement of section 4(2) of

91) Para. 5.8 of the Chapter 1 Guidelines.

the Act; and (b) provided information or other form of co-operation to the MyCC which has significantly assisted, or is likely to significantly assist, during the time of the identification or investigation.

Furthermore, a leniency regime can be apportioned in different percentages of reductions available to an enterprise claiming for such benefit. Conditions imposed for such reduction depend on (a) whether the enterprise was the first to inform the MyCC on information of the suspected infringement; (b) different stages of investigation at which (i) an involvement was admitted or (ii) any information or other co-operation was provided; or lastly, (c) any other circumstances which the MyCC considers fit and appropriate. In this instance, there is no clear statement from the Act on whether any subsequent informer (i.e. second informer) enjoys the equal benefit under the leniency regime as the first informer to the MyCC. Therefore, it is foreseeable that this area will be further developed through leniency enforcement in the future.

There is no doubt that the existing competition law provisions on cartel under the Act are very technical and can be effective if the Malaysian competition authority vigorously implements the cartel provisions of the Act. In fact, it is possible that there are conflicting economic policies which may influence pricing in the market. In particular, there are various types of price regulations in the country, such as the Price Control Act 1946, Supply Control Act 1961 and their subsidiary legislations which empowered the Ministry to ration the supply of selected goods and to control and stabilise prices in the country. It is to note that these Acts have been adopted to stabilise prices of essentially controlled items. Retail utility prices are also regulated by their respective ministries. All changes in power as well as telecommunications

tariffs also require the approval of the Minister of Energy, Communications and Multimedia. These decisions are thus referred to the Cabinet for approval.⁹²⁾

This market price control can be harmful for competition policy in general where excessive price control significantly stifle fair market competition in Malaysia. Therefore, it is foreseeable that this poses as one of the toughest hurdles for the competition lawmakers in Malaysia to solve this conflict.

⁹²⁾ See Cassey Lee, "The Institutional and Policy Framework for Regulation and Competition in Malaysia", *op. cit.*, p. 9.

IV. Chapter 2 Prohibition

1. Prohibition on Abuse of Market Dominance

Under section 2 of the Act, “dominant position” means a situation where one or more enterprises attain a significant market power capable of adjusting prices, outputs or trading terms, without effective constraint from competitors or potential competitors, i.e., without any loss incurred on the enterprises engaged in conducts illustrated above. Section 10(1) of the Act prescribes that an enterprise is prohibited from engaging, in any conduct which could amount to an abuse of a dominant position in the relevant market.

Furthermore, section 10(2) prescribes a list of conducts amounting to exercising dominant position in a market. These include practices of (a) directly or indirectly imposing unfair price or unfair trading condition; (b) limiting or controlling production, market outlets or market access, technical or technological development or investment to the prejudice of consumers; (c) refusing to supply to a certain party; (d) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties to an extent that may (i) discourage market entry or expansion or investment by an existing competitor; (ii) force from the market or otherwise seriously damage an existing competitor which is no less efficient than the enterprise in a dominant position; or (iii) harm competition in any market in which the dominant enterprise is participating or in any upstream or downstream market; (e) making the conclusion of contract subject to acceptance by other parties of

supplementary conditions which by their nature or according to commercial usage have no connection with the subject matter of the contract; (f) any predatory behaviour; or (g) buying up a scarce supply of intermediate goods or resources required by a competitor where the enterprise in a dominant position does not have a reasonable commercial justification.

EU’s Article 102 of the TFEU does not provide Article 101(3) TFEU type individual exemption clause in enforcement on abuse of market dominance. However, unlike the EU, section 10(3) of the Act provides an objective justification provision, by stating that it does not prevent an enterprise in market dominant position and having reasonable commercial justification or represents a reasonable commercial response from taking active initiatives in the market entry or market conduct of a competitor. However, section 10(4) of the Act further stipulates that the market share of any enterprise above or below any particular level does not in itself be regarded as conclusive as to whether that enterprise occupies, or does not occupy, a dominant position in that market. This means that the presumption of market dominance is determined on the basis of different cases and scenarios.

2. Assessment of Market Dominance

Whether an enterprise is deemed as dominant depends on the constraints imposed on the enterprise which includes existing competitors, potential competitors. The types of constraints are the practices imposed by buyers with significant power or the economic regulation imposed by government such as price regulations. However, amongst others, market

share is one of the crucial elements used to determine the parameters of market power, though it is to note that this is not the only standard.⁹³⁾ Likewise, an enterprise shall be presumed as dominant if it has a significant market power in the relevant market in Malaysia. When assessing the existence of dominance, the relevant market must be defined in accordance with the Market Definition Guidelines in the initial stage. This involves defining both the product market and geographic market. Once the relevant market has been defined and determined, the MyCC will then decide whether an enterprise has indeed acted in dominant position.

Market share indicates the outcomes from existing competition in the market. An enterprise that has a large market share normally obtains that position by either succeeded in meeting demands of consumer as compared with its competitor or by anti-competitive conduct. The MyCC will then assess the way that enterprises compete in the market under investigation and determine whether the existing market shares are the result of vigorous competition.⁹⁴⁾

Nonetheless, even if an enterprise has achieved its dominance by being efficient in the past, it may still be able to act anti-competitively either for the time being or sometime in the future. As such, whilst understanding the way in which dominance in the market is achieved, the main task of the MyCC is to determine whether an enterprise has significant market power at the time of investigation and whether the enterprise has the ability to adversely affect competition contrary to the Act.⁹⁵⁾ As illustrated above, market share is the starting point in

93) Para. 2.7 of the Chapter 2 Guidelines.

94) Para. 2.8 of the Chapter 2 Guidelines.

95) Para. 2.9 of the Chapter 2 Guidelines.

assessing dominance in the market, and the calculation of market shares depends on the actual relevant market definition. Enterprises should be aware of the way they define their position in the market and calculate their market share for internal reporting because marketing purposes may not be the relevant market as defined by the MyCC. Therefore, enterprises may refer to the Market Definition Guidelines issued by the MyCC for this purpose. In general, the MyCC will consider a market share of sixty per cent is a likely indicative factor that an enterprise is presumed to hold a dominant position in the relevant market. However, other factors will also be taken into account simultaneously in assessing dominance on whether there is easy entry into the market.⁹⁶⁾

Market share can be measured in several ways, and it can be calculated on the basis of value, volume, or production capacity which provides as an indicator of the sales that is likely to increase in response to any abuse of a dominant position in the market.⁹⁷⁾ In addition to market share, the MyCC is also required to consider other possible factors in assessing dominance. These include the degree of product differentiation, the possible response by buyers to price increases, and the degree to innovation that influences competition.⁹⁸⁾

The MyCC may finally consider a potential barrier to entry into the market by a new entrant. Barriers to entry include economies of scale or size and scope of economies. The MyCC is further required to examine the existence of regulated entry, such as licensing requirements which may limit the number of new entrants or is deemed likely to create unnecessary difficulties for new entrants to satisfy entry criteria in the

96) Para. 2.12 of the Chapter 2 Guidelines.

97) Para. 2.15 of the Chapter 2 Guidelines.

98) Para. 2.16 of the Chapter 2 Guidelines.

market. If that is the case, an incumbent may be able to act without any constraint. It is further to note that there are other factors to consider, such as limited access to necessary inputs or distribution outlets, network effects, high sunk costs, conducts by incumbents, buyer power, and price regulations.⁹⁹⁾

3. Abusive Conducts by Market Dominant Firms

The MyCC provides for the Malaysia Competition Commission Guidelines on Chapter 2 Prohibition (hereinafter, “Chapter 2 Guidelines”). Similar to the implementation in other competition regimes, when determining whether there is a breach in Chapter 2 of the Act, the MyCC is procedurally bound to carry out a two-stage process. Firstly, the MyCC is obligated to investigate on whether the enterprise holds a dominant position in the relevant market. Secondly, should it be affirmative, the MyCC assesses on whether the enterprise has abused that dominant position in the market.¹⁰⁰⁾

Instances of abusive conducts include imposing an unfair purchase or selling price or other unfair trading condition; limiting or controlling; refusing to supply; discriminating; forcing conditions; predatory behaviour; and buying up scarce supply. Whilst the Act prohibits a dominant enterprise from engaging in certain conduct that its non-dominant competitors can do, the Act does not itself prohibit a dominant enterprise from engaging in conduct that has a reasonable commercial justification or is a reasonable commercial response to market entry or conduct by a competitor.¹⁰¹⁾ In particular, market share cannot by itself be regarded as

99) Para. 2.18 of the Chapter 2 Guidelines.

100) Para. 1.2 of the Chapter 2 Guidelines.

conclusive of market dominance. Therefore, in the alternative, dominance should be assessed in terms of the enterprises’ ability to act without giving specific concern to competitor’s responses or ability to dictate the terms of competition in a market operation in Malaysia.¹⁰²⁾

In general, competition law purposes, there are two different categories of conducts that indicates on whether an enterprise has attained significant market power. Firstly, “exploitative conduct” suggests on the ability of an enterprise to maintain price above the competitive level for a period of time without having to consider whether consumers are likely to switch to other products or having the concern to consider the likely effect of new competitors enter into the market. Secondly, “exclusionary conduct” states on the ability of an enterprise to dictate the level of competition in a market by preventing efficient new competitors from entering or significantly harming existing equally efficient competitors by either driving them out of the market or preventing them from effectively competing in the market. Therefore, the ability of an enterprise to indicate prices above the competitive level for a sustained period or the ability to actually drive an equally efficient competitor out of business is required to provide evidence suggesting that the dominant enterprise has substantial market power.¹⁰³⁾

In particular, the Act also includes possible application to collective dominance. The Chapter 2 Prohibition makes it clear that dominance does not simply limit to a conduct by a single enterprise but can also include conduct of enterprises exercising significant market power collectively. As modelled in the EU competition law, collective dominance cases are likely

101) Para. 1.4 of the Chapter 2 Guidelines.

102) Para. 1.5 of the Chapter 2 Guidelines.

103) Para. 2.3 of the Chapter 2 Guidelines.

to be rare since collusion between independent enterprises could also come under the ambit of the Chapter 1 Prohibition which covers exclusionary conduct, such as collective boycotts. The MyCC, thus, is strongly advised to carefully consider each complaint on its merits before a decision is made. Nevertheless, there may normally be a breach of the Chapter 2 Prohibition if two or more separate enterprises having significant market power and acted similarly in a market and their conducts effectively excluded an efficient competitor in the market.¹⁰⁴⁾

As stated above, there are two major types of abusive conducts in a particular market, i.e., exploitative and exclusionary abuses. Exploitative conduct such as excessive pricing may result from structural conditions in the market. The resulting excessive profits are not a reward for innovation. Similar to other competition regimes, the MyCC may only be concerned with excessive pricing where there is no likelihood that market forces will reduce dominance because the MyCC is not a price regulator. In determining whether prices are excessive, the MyCC will use several criteria, the details of which may differ in accordance to respective market trends. In principle, the MyCC may consider the actual price set in relation to the costs of supply and other factors, such as the dominant enterprises' profitability.¹⁰⁵⁾

On the other hand, exclusionary conduct is the business practice that prevents efficient competitors from competing in the market, thereby driving out these efficient rivals. Exclusionary conduct should be assessed in terms of its effects on competition. It focuses on the "effects" on the competitive process and not its effects on competitors because effective competition eliminates inefficient enterprises from the market. The MyCC

104) Paras. 2.21-2.22 of the Chapter 2 Guidelines.

105) Paras. 3.2-3.3 of the Chapter 2 Guidelines.

thus adopts an "effects-based approach" in assessing a potential abuse of a dominant position. By adopting this approach, the MyCC ensures that conduct which benefits consumers will not be prohibited and therefore guaranteed that enterprises will have the incentives to compete amongst one another on merits. When assessing the effect of exclusionary conduct, the MyCC uses two main tests for assessing anti-competitive effects. These include the scrutiny of (i) whether the conduct adversely affects consumers and (ii) whether the conduct excludes a competitor that is just as efficient as any other dominant enterprise in the market. As such, whether there was in fact presence of an abuse by virtue of dominance in the market depends on the particular facts of each case.

It should also be noted that, whilst certain kinds of conduct are described as constituting abuse in Chapter 2, there are general catch-all provisions prohibiting conduct that constitutes "any predatory behaviour towards competitors".¹⁰⁶⁾ It seems that the Malaysian competition lawmakers also took into consideration on the issue of predatory behaviour usually exercised by large firms. This distinctive provision is unique since other competition regimes normally do not specify the predation problem in the competition law statute.

Similar to other competition jurisdictions, Malaysia also provides for the objective justification for market dominance cases. Accordingly, dominant enterprises are not prevented from initiating positive steps which are considered to have reasonable commercial justification or represent a reasonable commercial response to the market entry or market conduct of a competitor. However, the onus of proof to justify this conduct rests on the enterprise's claiming it.

106) Paras. 3.5-3.10 of the Chapter 2 Guidelines.

Last of all, it would be worthy discussing a case that is relevant for future enforcement of the Chapter 2 Prohibition. In particular, there have been some cases regarding market entry issues prior to the competition law legislation, and one of the examples is as following.¹⁰⁷⁾ There was a case of predation between Malaysia Airlines (MAS) and Air Asia in the aviation service sector. Before 2002, MAS was a *de facto* monopoly in the domestic airline market. However, its market position was threatened when a new competitor, Air Asia entered into this market. Accordingly, the domestic market became more competitive due to its presence. In particular, Air Asia offered no-frills domestic flights at low prices, and MAS reacted against this price cut by introducing its new pricing strategy which offered a fifty per cent discount for ten seats in every flight in order to compete with its new rival. Air Asia also responded to the MAS's predatory pricing scheme by establishing lower fares in 2002. Despite the MAS's claim for governmental intervention in this price war, the government considered that the vigorous competition between them was beneficial to the public. This case clearly highlights how the authority may react to price war, especially when it is deeply related to market entry.

107) Cassey Lee, "Competition Policy in Malaysia", op. cit., p. 11

V. Enforcement: Procedure and Investigation

1. The Establishment of the Malaysia Competition Commission

The MyCC is deemed as an independent and impartial governmental agency that was established under the CCA. The MyCC plays an important role since it was created to safeguard and maintain an effective legal enforcement regime on Malaysian competition law. The essence in establishing the MyCC is to create a statutory body responsible in guarding against potential infringements to the Act. Simultaneously, the public assumes its role as to protect the proper and impartial execution process of healthy market competition, thereby enhancing the underlying overall benefits and prosperity to businesses, consumers and ultimately the national economy in Malaysia.¹⁰⁸⁾

The crux of the CCA succinctly promulgates that the MyCC is statutorily responsible to nurture and provide a positive drive force for the creation, contributing to the competition culture in the Malaysia business environment. Its role will be deemed credible and reliable as an efficient functional authority as well as competent governmental agency acknowledged for the high standard organisational strength and the necessary capabilities in revamping the old business environment to regulate for the reform on the business environment from a competition aspect in the local market. In order to contribute to competition culture, it further provides for the regulatory enhancement in the Malaysian market which is much in line and consistent with internationally recognised standards, i.e., the global standard in enforcement. Hence, the MyCC is

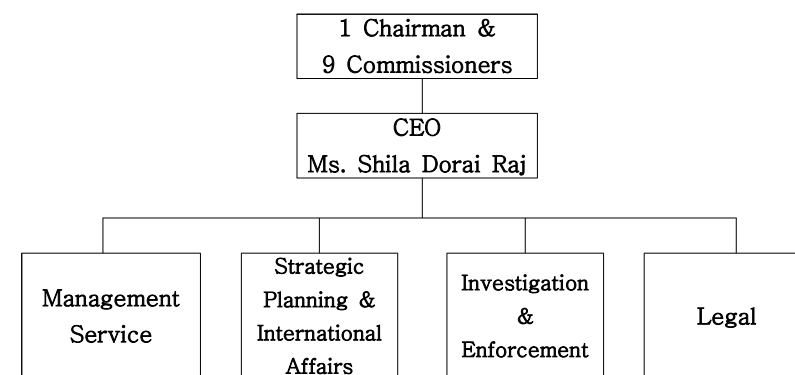
108) http://www.mycc.gov.my/241_188/Web/WebPage/Role-of-MyCC/Role-of-MyCC.html (last visited 23 July 2012).

determined to create a mature competition culture by means of education and creating awareness amongst the public in seeking to implement competition law more effectively.¹⁰⁹⁾

The composition of MyCC is stipulated under section 5 of the CCA. The MyCC is statutorily required to set up a commission that consists of the eligible members who are appointed by the Prime Minister upon the recommendation of the Minister. They include a Chairman and four members representing the government of which one of whom should be a representative of the Ministry for the time being responsible for the matters closely concerning domestic trade and consumer affairs.

Section 5 further provides for the inclusion of not less than three but not more than five other qualified members, who possess the requisite experience and knowledge in matters relating to business, industry, commerce, law, economics, public administration, competition, consumer protection or any other suitable qualification and credentials as the Minister may determine from the pool of distinct professionals before they are appointed formally to sit in a fully function for the competition law enforcement in Malaysia.

Currently, the MyCC has ten members including Chairwoman, Tan Sri Dato' Seri Siti Norma Yaakob, a former chief judge of Malaya who served as a High Court judge, an Appeal Court judge and a Federal Court judge. The organisational chart of the current MyCC is as following.¹¹⁰⁾



Under section 14 of the CCA, the MyCC is given the full discretion statutorily to establish any committee to deal with the deliberation complaints of any alleged anti-competitive conduct in the market as the MyCC deems to fit, proper, and expedient to constructively assist it in the performance of its functions and execution of statutory duty as enshrined under the competition laws.

2. Functions and Powers of the Malaysia Competition Commission

In order to ensure that the principles of competition law is properly upheld, the function of the MyCC is crucial as the governing body monitoring the market to maintain fair competition amongst competitors. As such, the function of the MyCC has been specifically promulgated in section 16 of the CCA to assume the important role in advising the Minister or any other public or regulatory authority relating to all matters concerning competition practices in the market. In addition to that, the MyCC is responsible to ensure that the Minister is aware with the actual or likely anti-competitive effects of the current or likely proposed

109) http://www.mccc.gov.my/257_191/Web/WebPage/Vision-and-Mission/Vision-and-Mission.html (last visited 23 July 2012).

110) See http://www.mccc.gov.my/247_192_192/Web/WebPage/Organisational-Chart/Organisational-Chart.html (last visited 23 Aug. 2012).

legislation on competition law in the local market, which is given the task to make recommendations and suggestions to the Minister. So far as it is appropriate, the MyCC is also responsible to advise the Minister on international agreements, covenants or treaties relating to competition matters. Further, in the event of an infringement, the MyCC is empowered to implement and take active steps to execute and enforce the provisions enshrined under the competition laws.

The MyCC has also the authority to issue guidelines in relation to the implementation and enforcement of competition laws in which it is to act as the advocate for competition matters and guardian to ensure fair competition. In a certain situation where it is appropriate, the MyCC is given authority to carry out general studies and analysis therein relating to the issues connected and relevant to competition in the Malaysian economy or particular sectors of the Malaysian economy. Further, the MyCC is responsible to compile all pertinent and relevant information for its proper performance by publishing or other modes of publication to raise awareness amongst persons or entities engaged or likely to engage in commerce or trade as well as amongst the public where information concerning competition laws and the manner in which the MyCC is likely to execute its functions under competition laws.

The MyCC is also vested with the duty to inform and educate the public in regards to the ways in which competition is beneficial to consumers at large and to the economy of Malaysia. The MyCC has to consider this based on certain factors to evaluate the viability of matters prior to making the necessary recommendations to the Minister on potential reforms and modification to competition laws or the method in which competition law is to be implemented and preferred. Lastly, the

MyCC is responsible to implement such activities and execute these matters as they are deemed necessary, advantageous, and proper for an effective administration of the MyCC.

Section 17 of the CCA further prescribes the scope of powers where the MyCC could duly exercise. It succinctly states that the MyCC has the absolute authority to execute and implement all matters and practices necessary or expedient for or in connection with the performance of its functions under competition laws. Notwithstanding, without jeopardising the generality of that, the powers of the MyCC have been extended to include the authority to utilise all of its movables and immovable property in any manner as it deems fit, proper and expedient. The power includes imposition of penalty for the infringement of the provisions of competition laws as to ensure consistency with fundamentals of competition law in the market. Under the CCA, they have the empowered with the ability to impose any forms of fees or charges for services rendered by the MyCC. They could also appoint agents, experts or consultants as it deems to fit for assisting the MyCC in the performance of its due functions.

Besides, the MyCC has the authority to grant loans, scholarships and advances to its employees based on specific purposes and terms with the approval from the Minister. The MyCC is statutorily obliged to pay remuneration, allowances and other expenses of the members of the MyCC. Further, it is responsible in the formation and implementation of programmes for the proper and effective performance of the MyCC's functions. This includes programmes for human resource development, funding and co-operation and to co-operate and coordinate with any corporate body or government agency for the purpose of performing the MyCC's functions. The MyCC's function also extends to having the

authority to compel parties to provide information by enterprises to assist the MyCC in the performance of its tasks and all other incidental functions in relation to the MyCC's due functions and powers.

It is to note that one of the unique features of the MyCC's enforcement structure reflects on the relationship with the Minister. As provided under section 18 of the CCA, the MyCC is accountable to the Minister, in which the Minister retains the liberty to provide a written direction to the MyCC of a general character that is consistent with the provisions of the competition laws. There are in relation to the performance of the functions and powers of the MyCC which shall give effect to such directions.

3. Investigation and Enforcement by the Malaysia Competition Commission

With regards to investigation by the MyCC, according to section 14 of the Act, it may conduct an investigation as it thinks expedient where it has reason to suspect that any enterprise has infringed or is infringing any provision under the Act or any person has committed or is committing any offence under the Act. The MyCC should, on the direction of the Minister, investigate any suspected infringement or charge of an offence under the Act. In particular, section 15 of the Act covers the issue of complaint to the MyCC. Under this provision, the MyCC may, where there is a complaint by a person, start an investigation on any enterprise, agreement or conduct that has infringed or is infringing competition law provisions or against any person who has committed or is committing any offence under the Act. In order to

proceed this investigation, the complaint needs to specify the person and details of the alleged infringement or offence.

In relation to the closing of an investigation, section 16 prescribes that, if a complaint has been made to the MyCC under section 15, the MyCC may make enquiries on the complainant for the purpose of deciding whether it should continue to investigate the matter concerned. After such enquiries, if the MyCC decides not to investigate such complaint, it must inform the complainant of the decision and the reasons for the conclusion. However, the MyCC may, after deciding to investigate the complaints under section 15, at any time, decide to close an investigation of an infringement under this Act, if it is of the opinion that (a) it would be inappropriate to continue the investigation in view of the provision of an undertaking pursuant to section 43;¹¹¹⁾ or (b) in all the circumstances the continuation of the investigation would not constitute the making of the best use of the MyCC's resources. Last of all, when deciding to close an investigation, the MyCC should publish a statement that the investigation has been closed, and set out a brief summary of the reasons for closing investigation.

Section 17 ensures the power of investigation. According to this, MyCC officers have the powers of investigation and enforcement. It is also declared that, for the purposes of the Act, the MyCC officers investigating any charge of an offence can have all or any of the powers

¹¹¹⁾ Sec. 43 (1) The Commission may, subject to the conditions that the Commission may impose, accept from an enterprise an undertaking to do or refrain from doing anything as the Commission considers appropriate; (2) If the Commission accepts an undertaking under subsection (1), the Commission shall, in relation to an infringement, close the investigation without making any finding of infringement and shall not impose a penalty on the enterprise; (3) Any undertaking accepted by the Commission under this section shall be a document available for inspection by the public in a manner determined by the Commission; (4) The provisions of any undertaking accepted by the Commission under this section shall be enforceable by the Commission as though those provisions had been set out in a decision given to the enterprise providing that undertaking pursuant to section 40.

of a police officer in relation to police investigation in seizable cases as provided for under the Criminal Procedure Code (Act 593). Under section 18, the MyCC also has the power to require provision of information. Therefore, the MyCC may, by notice in writing, require any person whom the MyCC believes to be acquainted with the facts and circumstances of the case (a) to provide or produce to the MyCC, within the period and in the manner specified in the notice, any information or document which is relevant to the performance of the MyCC's powers and functions; or (b) to make a statement to the MyCC providing an explanation on any information or document referred to in paragraph (a) within the period and in the manner specified in the notice.

In relation to the issue of confidentiality¹¹²⁾ in the investigation procedure, section 21 of the Act articulates that any person who discloses or makes use of any confidential information with respect to a particular enterprise or the affairs of an individual obtained by virtue of any provision of this Act commits an offence. However, it is allowed for disclosure of information where (a) the disclosure is made with the consent of the person from whom the information was obtained; (b) the disclosure is necessary for the performance of the functions or powers of the MyCC; (c) the disclosure is reasonably made during any proceedings under the Act provided that such disclosure is not made against any direction by the MyCC or the CAT before which the proceedings are taking place; (d) the disclosure is made in connection with an investigation of an infringement or an offence under this Act; or (e) the disclosure is made with the authorisation of the MyCC to any competition authority of another country in connection with a request by that

112) "Confidential information" means trade, business or industrial information that belongs to any person, which has economic value and is not generally available to or known by others.

country's competition authority for further assistance.

4. Decisions by the Malaysia Competition Commission

Part IV covers the issues of MyCC decisions. In particular, the provision of interim measures, section 35 of the Act, applies if the MyCC has commenced but not completed an investigation. If the MyCC has reasonable grounds to believe that any prohibition under this Act has been infringed or is likely to be infringed and the MyCC considers that it is necessary for it to act under this section as a matter of urgency for the purpose of (a) preventing serious and irreparable damage, economic or otherwise, to a particular person or category of persons; or (b) protecting the public interest, it may give such direction as it considers to be appropriate and proportionate for that purpose. A direction given under this may include requiring or causing any person (a) to suspend the effect of, and desist from acting in accordance with, any agreement which is suspected of infringing any prohibition under Part II of the Act, the substantive provisions; (b) to desist from any conduct which is suspected of infringing any prohibition under Part II; or (c) to do, or refrain from doing, any act, but which should not require the payment of money.

Prior to giving a direction, the MyCC is required to (a) serve a written notice to the person to whom it proposes to give the direction; and (b) give that person an opportunity to make written representations within a period of at least seven days from the date of the written notice. A notice under this provision should indicate the nature of the direction which the MyCC proposes to give and its reasons for giving the

direction. Also, the MyCC may at any time withdraw a direction given. Without prejudice to this, any direction should cease to have effect (a) on the date of the decision by the MyCC upon completion of the investigation; or (b) twelve months from the date the direction was given, whichever is earlier.

Section 36 then deals with the MyCC's proposed decision. If, after the completion of the investigation, the MyCC proposes to make a decision to the effect that one of the prohibitions under Part II has been or is being infringed, the MyCC should give a written notice of its proposed decision to each enterprise that may be directly affected by the decision. The notice should (a) set out the reasons for the MyCC's proposed decision in sufficient detail to enable the enterprise to whom the notice is given to have a genuine and sufficient prospect of being able to comment on the proposed decision on an informed basis; (b) set out any penalties or remedial action that the MyCC proposes to apply; and (c) inform each enterprise to whom the notice is given that the enterprise may, within such reasonable period as may be specified in the notice, (i) submit written representations to the MyCC; and (ii) indicate whether it wishes to make an oral representation before the MyCC.

Under section 39 of the Act, where the MyCC has made a decision that there is no infringement of a prohibition under Part II, the MyCC should, without delay, give notice of the decision to any person who is affected by the decision stating the facts on which the MyCC bases and its reason for making the decision. However, if the MyCC determines that there is an infringement of a prohibition under Part II, it (a) shall require that the infringement to be ceased immediately; (b) may specify steps which are required to be taken by the infringing enterprise, which

appear to the MyCC to be appropriate for bringing the infringement to an end; (c) may impose a financial penalty; or (d) may give any other direction as it deems appropriate. The MyCC should, within fourteen days of its making a decision under Part IV, notify any person affected by the decision. The MyCC should prepare and publish reasons for each decision it makes under this section. A financial penalty shall not exceed ten per cent of the worldwide turnover of an enterprise over the period during which an infringement occurred.

Finally, section 42 stipulates enforcement of direction or decision of the MyCC. The MyCC may bring proceedings before the High Court against any person who fails to comply with a direction given by the MyCC under section 35, the interim measure provision, or a decision under section 40, the finding of infringement provision. If the High Court finds that the person has failed to comply with the direction or decision by the MyCC, the High Court can make an order requiring the person to comply with the direction or decision. Where the High Court finds that the failure to comply with the decision includes a failure to pay a penalty within the specified period, the High Court should, in addition to ordering that person to pay the penalty, order the person to pay interest at the normal judgment rate running from the day following that on which the payment was due. Any breach of an order of the High Court made pursuant to this section should be punishable and treated as a contempt of court.

5. The Competition Appeal Tribunal

Part V of the Act is the provision for the Competition Appeal

Tribunal (“the CAT”). With regards to the establishment of the CAT, section 44 of the Act states that it has exclusive jurisdiction to review any decision made by the MyCC. Under section 45, the CAT consists of a President and between seven and twenty other members appointed by the Prime Minister on their recommendation of the Minister.

Section 51 of the Act illustrates the appeal to the CAT, and it stipulates that a person who is aggrieved or whose interest is affected by a decision of the MyCC may appeal to the CAT by filing a notice of appeal to the CAT. A notice of appeal should be made in writing to the CAT within thirty days from the date of the MyCC decision, and the appellant should give a copy of the notice to the Chairman of the MyCC. The notice of appeal should state in summary form the substance of the decision of the MyCC appealed against, and it should contain an address at which any notices or documents connected with the appeal may be served upon the appellant or upon his advocate and shall be signed by the appellant or his advocate. In particular, according to section 53 of the Act, pending the decision of an appeal by the CAT, a decision of the MyCC should be valid, binding and enforceable except where a stay of the decision of the MyCC has been applied for by the appellant and granted by the CAT. An application for a stay of decision should be in writing and made to the CAT on or after the day on which the notice of appeal has been filed with the CAT.

Under section 54 of the Act, every proceeding of the CAT should be heard and disposed of by three members or such greater uneven number of members of the CAT as the President may in any particular case determine. Regarding the powers of the CAT, section 57 prescribes that the CAT has power (a) to summon parties to the proceedings or any

other person to attend before it to give evidence in respect of an appeal; (b) to procure and receive evidence on oath or affirmation, whether oral or documentary, and examine all such persons as witnesses as it considers necessary; (c) where a person is so summoned, to require the production of any information, document or other thing in his possession or under his control which the CAT considers necessary for the purposes of the appeal; (d) to administer any oath, affirmation or statutory declaration, as the case may require; (e) where a person is so summoned, to allow the payment for any reasonable expenses incurred in connection with his attendance; (f) to admit evidence or reject evidence adduced, whether oral or documentary, and whether admissible or inadmissible under the provisions of any written law for the time being in force relating to the admissibility of evidence; and (g) to generally direct and do all such matters as may be necessary or expedient for the expeditious decision of the appeal.

Section 58 provides that decision of the CAT, on any matter, shall be determined on a majority of the members. The CAT may confirm or set aside the decision which is the subject of the appeal, or any part of it, and may (a) remit the matter to the MyCC; (b) impose or revoke, or vary the amount of, a financial penalty; (c) give such direction, or take such other step as the MyCC could itself have given or taken; or (d) make any other decision which the MyCC could itself have made. A decision of the CAT is final and binding on the parties to the appeal.

For the last, section 59 of the Act includes the enforcement of the CAT’s decision. It states that a decision given by the CAT may, by leave of the High Court, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given, judgment may

be entered in terms of the decision. Overall, this system of appeal to the CAT is very similar to the UK or its influenced competition regime, such as India.¹¹³⁾

VI. Conclusions

Prior to the competition law legislation in Malaysia, many argued that the reasons why Malaysia had to develop a national competition law are the same as those in other countries. In the absence of a comprehensive national competition law, it would be difficult to expect healthy business conduct in the market since large firms can raise product prices, thereby harming consumers and can also lower the qualities of goods and services. Therefore, it was predictable that the Malaysian government acknowledged the importance of promoting competition through competition law legislation.¹¹⁴⁾

Earlier than the Malaysian competition law legislation, quite a number of critics argued that the regulation and competition framework in Malaysia was very fragmented because competition regulation was at a nascent stage at that time. Most regulations on economic activities in Malaysia used to aim to achieve socio-economic goals, such as eliminating poverty problem or re-distribution of wealth. Therefore, traditionally, some trade-offs between competition and the achievements of socio-economic aims seemed inevitable. Accordingly, industrial and trade policies to protect local industries for raising national champions by means of public restraints on trade may come into conflict with the objectives of competition regulation in Malaysia.¹¹⁵⁾ Therefore, it is not an easy task for the Malaysian competition lawmakers to establish a competition-only or competition-focused policy. There should be a long way to go for further development.

113) E.g., Part II of the UK Enterprise Act 2002 on the Competition Appeal Tribunal.

114) Peter J. Lloyd, "A Competition Policy for Malaysia?", *Malaysian Journal of Economic Studies*, Vol. 38, Nos. 1 & 2, 2001, pp. 83-85.

115) Cassey Lee, "The Institutional and Policy Framework for Regulation and Competition in Malaysia", *op. cit.*, p. 12.

In the unfledged stage of competition law enforcement, one should thus expect basic applications for vigorous competition in the market, thereby focusing on the prevention of hard-core restrictions. Therefore, amongst all, one of the most pertinent tasks on the MyCC is to conduct detailed investigation upon receiving a complaint claiming the presence of anti-competitive practices that may violate the Chapters 1 and 2 Prohibition. The investigation encompasses the obligation to define the relevant market and to ascertain on whether there is a *prima facie* case which justify for further investigation in order to ensure the competitive process.

With regards to legal traditions to competition policy, one may enquire on the link between competition policy or law and certain legal traditions. In particular, when looking at adopting competition law and policy in developing countries, one can observe some similarities and also differences between the origins and transplant cases, particularly when in transplant cases involving colonised countries. Another factor is also related to foreign pressure on competition law legislation for free trade. For example, some scholars argue that Civil Law countries, such as Japan and Germany, have adopted the US model of competition law after the Second World War. Accordingly, in this case, legal tradition may not have a one-to-one relationship with a competition law type. Nevertheless, when examining other countries that had adopted competition law without foreign pressure, they usually retain more choices in adopting various legal techniques. Of course, certain legal tradition influences the numerous aspects of implementation of competition law, major contents of law, enforcement structure, process and remedies including sanctions.¹¹⁶⁾

116) See e.g., Cassey Lee, "Legal Traditions and Competition Policy", Quarterly Review of Economics and Finance, Vol. 45, 2005, pp. 248-249.

Malaysia has a Common Law tradition due to the colonial influence. However, the Malaysian competition lawmakers have sufficient time to deliberate and consider models of competition law in other jurisdictions. There is no doubt that the framework of the statutes and guidelines follow the examples of the Common Law legal system at this stage. However, when the number of cases increases, detailed measures are favoured and inclined to adopt examples and cases in the EU and Northeast Asian countries. One of the evidences from Asian countries' influence is that the Malaysian competition law articulates its objective as to promote state economy through ensuring competitive process in the market. Of course, there are a number of competition law issues, such as the absence of merger control provision and sector-specific exemption regulation in Malaysia. However, the Malaysian competition authority and courts have a potential of better competition law choices by means of adopting diverse legal techniques, and the MyCC will further develop its competition policy through vigorous enforcement.

[부록]

말레이시아 경쟁법 실체규정¹¹⁷⁾

(국문번역본은 잠정 번역이며, 공식적으로 인정된 번역이 아님)

제2부

반경쟁적 행위

제1장

반경쟁적 합의

수평적 및 수직적 합의의 금지

4조 (1) 사업자 사이의 수평적 혹은 수직적 합의가 그 목적이나 효과가 상품 및 서비스 시장에서 경쟁을 상당히 방지, 제한, 왜곡하는 경우에 당해 합의는 금지된다.

(2) 전술한 조항의 일반에 대한 편견 없이, 수평적 합의의 목적이 아래의 경우에는 당해 합의의 목적이 관련 상품 및 서비스 시장에서 경쟁을 상당히 방지, 제한, 왜곡하는 것으로 간주한다.

- (a) 구매 혹은 판매가격을 직간접적으로 설정하거나 다른 거래조건을 설정
- (b) 공급원료 혹은 시장을 분할
- (c) 다음과 같은 행위를 제한하거나 통제하는 경우
 - (i) 생산
 - (ii) 상점 혹은 시장접근
 - (iii) 기술적 발전
 - (iv) 투자
- (d) 입찰담합행위

117) 본 부록에서 말레이시아 경쟁법의 주요조문만 번역한 것임. 영어 전문에 대한 내용은 말레이시아 경쟁위원회 사이트 참조: <http://www.mycc.gov.my/Web/Home.aspx>.

위반의 면제

5조 제4조의 금지규정에도 불구하고, 당해 합의에서 당사자인 사업자는 아래의 내용을 충족하는 경우에는 제4조 위반으로부터 면제를 받을 수 있다.

- (a) 당해 합의로부터 상당한 정도로 분명하게 확인할 수 있는 기술적 효율성 혹은 사회에 긍정적 이익을 직접적으로 발생하는 경우
- (b) 합의가 경쟁을 방지, 제한, 왜곡하는 효과를 갖는 경우, 당해 합의가 없이 긍정적 이익이 발생하지 아니할 경우
- (c) 경쟁에 부정적 효과를 발생시키는 합의가 긍정적 이익발생에 부분이 되는 경우
- (d) 당해 합의가 관련 상품 혹은 서비스에 비추어 경쟁을 완전히 제한하지 않는 경우

개별인가면제

6조 (1) 제4조에서 금지하는 특정한 합의와 관련하여 사업자는 위원회에 개별면제를 신청할 수 있다.

(2) 위원회는 관보에 심사를 공표하는 방법으로 제5조가 적용되는 합의에 대하여 직권으로 적용제외를 실시할 수 있다.

(3) 본 규정에 의한 적용제외를 “개별적용제외”라 한다.

(4) 위원회는 개별적용제외를 인정하는 경우 아래와 같은 내용을 적용할 수 있다.

- (a) 위원회가 심사하여 필요한 경우 특정한 조건 혹은 의무를 부과
 - (b) 위원회의 결정을 통해 제한된 기간에 적용제외를 실시
- (5) 개별면제는 위원회가 결정한 당일 이전부터라도 효과가 발생할 수 있다.

개별인가면제의 취소 혹은 수정

7조 (1) 아래와 같은 경우 위원회는 관보에 발표함으로써 개별면제를 수정

혹은 변경할 수 있다.

- (a) 개별면제가 인정된 이후에 상황이 상당한 상당이 변화된 경우
 - (b) 개별면제를 위해 사업자에게 부과된 의무가 이행되지 않은 경우
- 위의 경우, 아래와 같은 내용으로 개별면제를 수정하거나 변경한다.
- (i) 개별면제의 취소
 - (ii) 당해 조건 혹은 의무의 변경 및 취소
 - (iii) 추가적으로 조건 혹은 의무를 부과

(2) 만약 아래와 같은 경우, 위원회는 개별면제를 취소할 수 있다.

- (a) 개별면제심사를 위해 제출된 정보가 잘못되었거나 특정한 자료가 호도하는 내용을 담고 있는 경우
- (b) 부과된 조건이 위반되는 경우

위와 같은 경우에 위원회는 관보에 공표함으로써 당해 개별면제를 취소할 수 있다.

(3) 위 제1항에 따른 위원회의 집행은 당해 심사가 결정된 날로부터 효력이 발생한다.

(4) 개별면제조항은 아래와 같은 경우 취소될 수 있다.

- (a) 제2항(a)호에 근거하여 최초부터 효력이 발생하지 않는 경우
- (b) 제2항(a)호에 근거하여 부과된 조건이 위반되어 무효의 효력이 발생되는 경우

일괄적용제외

8조 (1) 위원회의 의견으로 당해 합의가 제5조가 적용되는 합의의 범주에 속하는 경우, 위원회는 관보에 명령을 발표함으로써 당해 범주에 속하는 합의들을 일괄적으로 적용제외 할 수 있다.

(2) 이와 같은 적용제외를 “일괄적용제외”라고 한다.

(3) 일괄적용에서의 특정한 범주에 속하는 합의는 제4조에서 금지규정으로부터 적용이 제외된다.

(4) 위원회는 일괄적용제외가 적용되는 내용과 관련하여 특정한 조건이나 의무를 부과할 수 있다.

(5) 일괄적용제외규칙은 다음과 같은 내용을 적용할 수 있다.

- (a) 일괄적용제외에서 부과된 조건이 위반되는 경우, 위원회는 서면으로 위반된 일시로부터 일괄적용제외를 철회할 수 있다.
- (b) 위원회가 부과한 의무를 지키지 않는 경우, 위원회는 서면을 통해 일괄적용제외를 철회할 수 있다.
- (c) 제5항이 적용되는 조건에 부합되지 않는 특정한 합의가 있다고 판단되는 경우, 위원회는 서면을 통해 위원회가 지정한 특정한 일시로부터 당해 합의와 관련된 일괄적용제외를 취소할 수 있다.
- (d) 일괄적용제외는 명령에서 명시하고 있는 일시까지 적용된다.
- (e) 일괄적용제외는 명령이 결정된 일시 이전부터라도 효력이 발생한다.

일괄적용제외 절차

9조 위원회는 일괄적용제외를 적용하기 이전에 다음과 같은 내용을 실시해야 한다.

- (a) 위원회가 제안한 일괄적용제외의 세부내용을 발표
- (b) 최소 30일의 기간을 설정하여 일반국민이 관련 일괄적용제외에 대해서 의견을 제출할 수 있도록 허용
- (c) 위와 같은 의견에 대해 신중하게 심사

제2장

시장지배적 지위의 남용

시장지배적 지위의 남용의 금지

10조 (1) 사업자는 개별적으로 혹은 연합하여 관련 상품 혹은 서비스 시장

에서 지배적 지위를 남용하는 행위를 해서는 아니 된다.

(2) 전술한 조항의 일반에 대한 편견 없이, 아래의 내용은 시장지배적 지위의 남용 내용에 포함된다.

(a) 직접적 혹은 간접적으로 부당한 구매 혹은 판매가격을 부과하거나 공급자 혹은 구매자에게 부당한 거래조건을 부과

(b) 아래와 같은 내용을 제한 혹은 통제하여 소비자이익을 침해하는 경우

(i) 생산

(ii) 상점 혹은 시장접근

(iii) 기술적 발전

(iv) 투자

(c) 특정 사업자나 단체, 혹은 특정한 범주에 속하는 사업자에 공급을 거절하는 경우

(d) 특정한 사업자에게 차별적인 조건을 부과하여 다음과 같은 결과를 발생시키는 경우

(i) 새로운 사업자의 시장진입을 어렵게 하거나 기존의 사업자의 투자를 방해

(ii) 효율적인 방법이 아닌, 시장지배적 지위를 통해 시장에서 퇴출시키거나 심각하게 불이익을 발생

(iii) 시장지배적 지위의 사업자가 당해 사업자가 참여한 시장에서 경쟁을 제한하거나 상부시장 혹은 하부시장에서 경쟁을 제한

(e) 당해 계약 혹은 상업 활동과 관련이 없는 추가 조건을 부과하여 계약을 맺도록 하는 경우

(f) 경쟁자에 대하여 약탈적 행위를 하는 경우

(g) 시장지배적 지위의 사업자가 당해 사업자가 필요 없는 재화, 즉 경쟁자가 필요한 중간재 혹은 원료를 구입하면서 시장지배적 지위 사업자가 정당화 사유가 없는 경우

(3) 위의 규정은 시장지배적 지위의 사업자라 할지라도 정당한 상업 활동 혹은 시장진입 및 경쟁자의 사업 활동에 대응하기 위한 사유가 있는 경우에

당해 행위를 금지하지 아니 한다.

(4) 특정한 수준의 시장점유율 자체가 관련시장에서 당해 사업자가 시장지배적 지위가 있다는 결정적 요소가 되는 것은 아니다.

PART II

ANTI-COMPETITIVE PRACTICES

Chapter 1

Anti-competitive agreement

Prohibited horizontal and vertical agreement

4. (1) A horizontal or vertical agreement between enterprises is prohibited insofar as the agreement has the object or effect of significantly preventing, restricting or distorting competition in any market for goods or services.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), a horizontal agreement between enterprises which has the object to—

(a) fix, directly or indirectly, a purchase or selling price or any other trading

conditions;

(b) share market or sources of supply;

(c) limit or control—

(i) production;

(ii) market outlets or market access;

(iii) technical or technological development; or

(iv) investment; or

(d) perform an act of bid rigging,
is deemed to have the object of significantly preventing, restricting, or
distorting competition in any market for goods or services.

(3) Any enterprise which is a party to an agreement which is prohibited
under this section shall be liable for infringement of the prohibition.

Relief of liability

5. Notwithstanding section 4, an enterprise which is a party to an
agreement may relieve its liability for the infringement of the prohibition
under section 4 based on the following reasons:

(a) there are significant identifiable technological, efficiency or social
benefits directly arising from the agreement;

(b) the benefits could not reasonably have been provided by the
parties to the agreement without the agreement having the effect of
preventing, restricting or distorting competition;

(c) the detrimental effect of the agreement on competition is
proportionate to the benefits provided; and

(d) the agreement does not allow the enterprise concerned to eliminate
competition completely in respect of a substantial part of the goods or
services.

Individual exemption

6. (1) An enterprise may apply to the Commission for an exemption with
respect to a particular agreement from the prohibition under section 4.

(2) The Commission may, by order published in the *Gazette*, grant the
exemption if, in the opinion of the Commission, the agreement is one to
which section 5 applies.

(3) An exemption granted under this section is referred to as an
“individual exemption”.

(4) The individual exemption granted by the Commission may be—

(a) subject to any condition or obligation as the Commission considers
it appropriate to impose; and

(b) for a limited duration as specified in the order.

(5) An individual exemption may provide for it to have effect from a date
earlier than that on which the order is made.

Cancellation or variation of individual exemption

7. (1) If the Commission is satisfied that—

(a) there has been a material change of circumstance since it granted
an individual exemption; or

(b) an obligation has been breached, the Commission may, by order
published in the *Gazette*—

(i) cancel the individual exemption;

(ii) vary or remove any condition or obligation; or

(iii) impose additional condition or obligation.

(2) If the Commission is satisfied that—

(a) the information on which the Commission based its decision to
grant an individual exemption is false or misleading in a material
particular; or

(b) any condition has been breached, the Commission may, by order
published in the *Gazette*, cancel the individual exemption.

(3) Any action taken by the Commission under subsection (1) shall have
effect from the date the order is made.

(4) An individual exemption which is cancelled—

(a) by virtue of paragraph (2)(a) shall be void *ab initio* or (b) by virtue of paragraph (2)(b) shall have effect from the date the condition is breached.

Block exemption

8. (1) If agreements which fall within a particular category of agreements are, in the opinion of the Commission, likely to be agreements to which section 5 applies, the Commission may, by order published in the *Gazette*, grant an exemption to the particular category of agreements.

(2) An exemption granted under this section is referred to as a “block exemption”.

(3) An agreement which falls within a category specified in a block exemption is exempt from the prohibition under section 4.

(4) The Commission in granting the block exemption may impose any condition or obligation subject to which a block exemption shall have effect.

(5) A block exemption may provide that—

(a) if there is a breach of a condition imposed by the block exemption, the Commission may, by notice in writing, cancel the block exemption in respect of the agreement from the date of the breach;

(b) if there is a failure to comply with an obligation imposed by the block exemption, the Commission may, by notice in writing, cancel the block exemption in respect of the agreement;

(c) if the Commission considers that a particular agreement is not one to which section 5 applies, the Commission may, by notice in writing, cancel the block exemption in respect of the agreement from such date as the Commission may specify;

(d) the block exemption shall cease to have effect at the end of a period specified in the order; or

(e) the block exemption is to have effect from a date earlier than that on which the order is made.

Procedure for block exemption

9. The Commission shall, before granting a block exemption—

(a) publish details of the Commission’s proposed block exemption;

(b) give at least thirty days from the date of publication to allow any submission to be made by members of the public in relation to the proposed block exemption; and

(c) give due consideration to any submission made.

Chapter 2

Abuse of dominant position

Abuse of dominant position is prohibited

10. (1) An enterprise is prohibited from engaging, whether independently or collectively, in any conduct which amounts to an abuse of a dominant position in any market for goods or services.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), an abuse of a dominant position may include—

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling price or other unfair trading condition on any supplier or customer;

(b) limiting or controlling—

(i) production;

- (ii) market outlets or market access;
 - (iii) technical or technological development; or
 - (iv) investment, to the prejudice of consumers;
- (c) refusing to supply to a particular enterprise or group or category of enterprises;
- (d) applying different conditions to equivalent transactions with other trading parties to an extent that may—
- (i) discourage new market entry or expansion or investment by an existing competitor;
 - (ii) force from the market or otherwise seriously damage an existing competitor which is no less efficient than the enterprise in a dominant position; or
 - (iii) harm competition in any market in which the dominant enterprise is participating or in any upstream or downstream market;
- (e) making the conclusion of contract subject to acceptance by other parties of supplementary conditions which by their nature or according to commercial usage have no connection with the subject matter of the contract;
- (f) any predatory behaviour towards competitors; or
- (g) buying up a scarce supply of intermediate goods or resources required by a competitor, in circumstances where the enterprise in a dominant position does not have a reasonable commercial justification for buying up the intermediate goods or resources to meet its own needs.

(3) This section does not prohibit an enterprise in a dominant position from taking any step which has reasonable commercial justification or represents a reasonable commercial response to the market entry or market conduct of a competitor.

(4) The fact that the market share of any enterprise is above or below any particular level shall not in itself be regarded as conclusive as to whether that enterprise occupies, or does not occupy, a dominant position in that market.