



**การกระทำความผิด และมาตรการทางกฎหมาย ตามมาตรา 27 และ
มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**

ภมร อนันตชัย



**วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต**

พ.ศ. 2549

ISBN 974 - 671 - 520 - 8

**Offences and Legal Measures under Sections 27 and 28
of the Trade Competition Act, B.E. 2542 (1999)**

Bhamorn Anantachai

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2006

ISBN 974 - 671 - 520 - 8

เลขทะเบียน.....	0192817.....
วิชา.....	2.1...ก.พ...2551...
เลขเรียกหนังสือ.....	ก.พ.....
	343.0721
	11627
	[2544]
	22



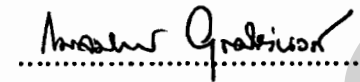
ใบรับรองวิทยานิพนธ์
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ การกระทำความผิด และมาตรการทางกฎหมาย ตามมาตรา 27 และมาตรา 28
แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

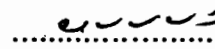
เสนอโดย นายภมร อนันตชัย
สาขาวิชา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

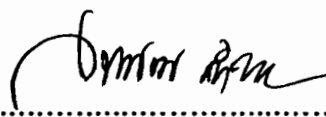

.....ประธานกรรมการ
(รศ.ดร.สุราบดี สัตตบุศย์)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์)


.....กรรมการ
(อาจารย์ศักดิ์ยะพล สังข์เคชะ)


.....กรรมการ
(อาจารย์บรรจง พวงราช)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว


.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ คำธิชอบ)
วันที่ 19 เดือน 11 ค.ศ. 2545

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำและเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาอย่างสูงจากท่าน อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์ ซึ่งผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ที่ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำ แนวทางในการวิจัย ตรวจสอบแก้ไขตลอดจนให้คำปรึกษาต่าง ๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน รศ.ดร.สุทธาปดี สัตตะบุศย์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ยรรยง พวงราช กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และอาจารย์สัตยะพล สังข์เคชะ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา แนะนำ ตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ รวมตลอดถึงชี้แนวทางในการแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อน ๆ ที่ได้คอยช่วยเหลือทางด้านต่าง ๆ หลายประการจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า หรือมีประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบให้แก่บุพการี ครูอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับและขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ภมร อนันตชัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ม
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ข
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. ความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ วิวัฒนาการ โครงสร้างและระบบ	
ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	6
2.1 ความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์.....	6
2.1.1 ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม.....	6
2.1.2 ความหมายของตลาด.....	7
2.1.3 หน้าที่ของตลาด.....	9
2.1.4 โครงสร้างของตลาด.....	10
2.1.5 พฤติกรรมของตลาด.....	12
2.1.6 หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตตลาด.....	16
2.1.7 การผูกขาด.....	17
2.1.8 อำนาจเหนือตลาดและเกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาด.....	19
2.1.9 การร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ.....	22
2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	26
2.3 วิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย.....	27
2.4 โครงสร้างและระบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	29

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ	
ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	32
3.1 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย.....	32
3.1.1 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้า และ ป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522.....	32
3.1.1.1 ที่มาของกฎหมาย.....	33
3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบ ของผู้ประกอบธุรกิจ.....	33
3.1.1.3 บทยกเว้น.....	36
3.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.....	36
3.1.2.1 ที่มาของกฎหมาย.....	37
3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบ ของผู้ประกอบธุรกิจ.....	38
3.1.2.3 บทยกเว้น.....	42
3.1.2.4 กรณีศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้า.....	43
- คดีการรวมบริษัท อินเทอร์เน็ตในชนแดน บรอดคาสต์ติ้ง คอร์เปอร์เรชั่น จำกัด (มหาชน) กับ บริษัท ยูนิเวอร์แซล เทเลวิชั่น จำกัด (มหาชน).....	43
- คดีบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด.....	44
3.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542.....	44
3.1.3.1 ที่มาของกฎหมาย.....	45
3.1.3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบ ของผู้ประกอบธุรกิจ.....	46
3.1.3.3 บทยกเว้น.....	47

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 มาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	48
3.2.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย.....	48
3.2.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย.....	49
3.2.3 สารสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ	51
3.2.4 บทยกเว้น.....	55
3.2.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา.....	60
- American Banana Company v. United Fruit Company case (No. 686) (1909).....	60
- Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc case (No. 49) (1969).....	63
- Timberlane Lumber Co. v. Bank of American case (Nos. 74-2142, 74-2354, 74-2812 and 74-2813) (1976).....	65
- California v. Hartford Fire Insurance Co. case (Nos. 91-1111, 91-1128) (1993).....	71
3.3 มาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป.....	78
3.3.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย.....	80
3.3.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย.....	81
3.3.3 สารสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ.....	83
3.3.4 บทยกเว้น.....	87
3.3.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา.....	90
- Etablissements Consten S.a.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH case (Cases 56+58/64).....	90
- Dye-stuffs case (Cases 48-49/69, 51-57/69).....	96
- Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. case (Case 6/72).....	100
- Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation case (Cases 6+7/73).....	104

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
- United Brands Company and Another case (Case 27/76R).....	108
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	114
- ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27.....	114
- ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 28.....	116
4.1 การร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และมาตรา 28 กับผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร.....	120
- แนวคำตัดสินของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	122
- แนวคำตัดสินของสหภาพยุโรป.....	131
- การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับการกระทำต่างประเทศ.....	135
4.2 ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และ พฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตเป็นการชั่วคราว.....	142
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	148
5.1 บทสรุป.....	148
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	151
บรรณานุกรม.....	153
ประวัติผู้เขียน.....	157

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำความผิด และมาตรการทางกฎหมาย ตามมาตรา 27 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
ชื่อผู้เขียน	ภมร อนันตชัย
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2549

บทคัดย่อ

เป็นที่ยอมรับว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเป็นระบบที่ช่วยส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ และทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างเหมาะสม ลักษณะสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนี้ คือ การแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอย่างเสรีและเป็นธรรม ให้กลไกของตลาดเป็นผู้ชี้นำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และควบคุมไม่ให้มีการผูกขาดหรือใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยได้มีกฎหมายในเรื่องนี้เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และควบคุมผู้ประกอบการไม่ให้เกิดการกระทำใด ๆ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบ

ในปัจจุบันการค้าและพาณิชย์กรรมระหว่างประเทศมีบทบาทและมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมาก เนื่องจากเศรษฐกิจของประเทศไทยพึ่งพาการค้าระหว่างประเทศมาก ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่ได้กล่าวอย่างชัดเจนถึงการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีผู้ประกอบการอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และกระทำการนอกราชอาณาจักรว่าจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 27 หรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบการที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งเข้าลักษณะตามมาตรา 28 ว่าผู้ประกอบการที่อยู่นอกราชอาณาจักรควรจะต้องรับโทษตามมาตราดังกล่าวหรือไม่ โดยที่การกระทำทั้งสองกรณีดังกล่าวก็ส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี และอิสระทางการค้ามิให้เป็นไปตามกลไกของตลาด อันส่งผลให้เกิดการบิดเบือนสภาพตลาดภายในประเทศ จึงเป็นการสมควรวิจัยเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาในเรื่องดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยวิธีการวิจัยได้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป รวมตลอดถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาและศาลของสหภาพยุโรป ทั้งนี้การวิจัยได้ศึกษาถึงขอบเขตและ

แนวทางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และมาตรา 28 ตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

จากที่ได้ศึกษา ค้นคว้า และวิจัยในเรื่องนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าจะไม่ได้ระบุถึงผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรไว้อย่างชัดเจน และแนวทางในการตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็ยังไม่มีการมีประเด็นเรื่องนี้ให้ต้องวินิจฉัยจึงยังมีความคลุมเครืออยู่ แต่เมื่อเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าให้เป็นไปอย่างเสรี และป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจเนื่องจากการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวนี้จึงควรที่จะตีความให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกประเทศ ที่ได้กระทำการในต่างประเทศด้วย หากการกระทำดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งภายในประเทศ อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายในลักษณะนี้จะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง อันอาจถือได้ว่าเป็นการล่วงล้ำอธิปไตยของอีกประเทศหนึ่งได้ ดังนั้นจึงต้องใช้อย่างระมัดระวังมิชอบเขตจำกัดและเฉพาะกรณีที่มีเหตุอันสมควร โดยพิจารณาจากผลกระทบของการกระทำดังกล่าว ส่วนกรณีของมาตรการตามกฎหมายของมาตรา 28 นั้น เห็นว่าแม้จะไม่สามารถใช้บังคับหรือลงโทษผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้ แต่การกำหนดห้ามผู้ประกอบการใดซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรมิให้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง ก็เป็นมาตรการที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 28 ซึ่งต้องการให้ผู้บริโภคสามารถซื้อหาสินค้าจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการส่วนตัวได้อย่างคืออยู่แล้ว

Thesis Title	Offences and Legal Measures under Sections 27 and 28 of the Trade Competition Act, B.E. 2542 (1999)
Author	Bhamorn Anantachai
Thesis Advisor	Mr. Kamonmit Vudhijumnonk
Department	Law
Academic Year	2006

ABSTRACT

It has been widely accepted that liberal economic system will help promote economic progress and development and the optimum allocation of resources. The important characteristics of the liberal economic system are the existences of free and fair competition among business enterprises, allowing the market to direct economic activities. Many countries, including Thailand, have enacted trade competition laws to promote free and fair competition by prohibiting business enterprises from taking any act that could restrict or distort competition or which amounts to abuses of dominant positions.

At present, the importance of international trade and commerce to the Thai economy cannot be underestimated as the Thai economy strongly relies on export for its growth. However, the ambiguity of the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) on its applicability to acts of foreign business enterprises needs to be considered and clarified. The first issue to be addressed is that the Act does not clearly prescribe whether co-operation between a foreign business enterprise and a domestic business enterprise to restrict competition in Thailand is subject to Section 27 of the Act. The second is whether foreign business enterprises whose acts fall within the scope of Section 28 would be subject to the penalties prescribed by such Section. Both cases have the effect of restricting or distorting competition in the Thai market and limiting the consumers' choice in the acquisition of goods and services. These aforementioned ambiguities could give rise to serious problems in the future; therefore, it would be, both academically and in practice, proper to conduct an in-depth research on these issues. The research methodology includes a comparative inquiry into trade competition laws and practices of the United States of America and the European Union, together with relevant judicial decisions. In addition, the author has also

studied the scope and enforcement policies of Section 27 and Section 28 of the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) by taking into account of objectives and spirit of such Act.

After having completed a thorough study, the author is of the opinion that although the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) does not clearly mention foreign business enterprises and there is no clarification from the Trade Competition Commission of Thailand regarding this issue, Section 27 of the Act should be interpreted widely to include such abusive acts of foreign business enterprises that take place outside the Kingdom, nevertheless having impact on competition in the Thai markets, as the spirit of the Act, and also the intention of the drafters are to promote free and fair competition in the market and to prevent unfair treatment from abuses of dominant positions. However, such wider application would inevitably affect foreign business enterprises and could also be considered as a violation of other countries' sovereignty. Therefore, such application of the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) outside the country must be made carefully and only in the case that warrants such application. As for the legal measure under Section 28, the view is that the penalty prescribed is not included to apply to foreign business enterprises as the intention of the Section is to ensure that consumers shall be liberal to acquire, without restriction or prohibition, goods and services from abroad for personal use.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้นเป็นระบบเศรษฐกิจที่ประเทศต่าง ๆ ที่มีการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจแล้วยอมรับว่าเป็นระบบที่จะช่วยส่งเสริมเศรษฐกิจให้คึกคักขึ้น และเป็นระบบที่ทำให้การจัดสรรทางทรัพยากรมีประสิทธิภาพสูงสุด โดยสิ่งที่สำคัญที่สุดในระบบเศรษฐกิจการค้าเสรีคือการแข่งขันทางการค้า ซึ่งในระบบนี้จะถือว่าการผูกขาดทางการค้าเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้นในตลาด แต่ในทางตรงข้ามความต้องการของผู้ประกอบการแต่ละรายต่างก็ต้องการอำนาจผูกขาดเพื่อที่จะทำให้ธุรกิจของตนมีความมั่นคง และสามารถทำกำไรได้สูงสุด ดังนั้นผู้ประกอบการต่าง ๆ จึงพยายามดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด ดังนั้นพฤติกรรมการผูกขาด ลดการแข่งขัน และจำกัดการแข่งขันในตลาด จึงเป็นพฤติกรรมที่รัฐทุกรัฐรวมทั้งประเทศไทยต้องควบคุมไม่ให้มีพฤติกรรมดังกล่าว เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประเทศของตนมีระบบเศรษฐกิจการค้าเสรีที่แท้จริง

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการตรากฎหมาย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมไม่ให้ผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มิชอบ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดสินค้าและบริการ ป้องกันไม่ให้มีการบิดเบือนสภาพของตลาดได้ เพื่อให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันกันมากที่สุด เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการทุกราย ป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดทางการค้า และเพื่อให้ภาคเอกชนรวมกลุ่มกันเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของตน ทั้งนี้โดยนำเอาระบบควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) มาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งระบบดังกล่าวรัฐจะไม่มุ่งเน้นให้ตลาดมีการแข่งขันเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับเป็นสำคัญด้วย

โดยพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่รัฐจะเข้าไปกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 สามารถสรุปได้ดังนี้¹

1. การใช้อำนาจเหนือตลาด โดยการกำหนดระดับราคาสินค้า การลด การเพิ่มการผลิตที่ส่งผลกระทบต่อปริมาณสินค้า ซึ่งมีผลต่อการกำหนดราคา รวมทั้งการแทรกแซงกิจการของผู้อื่นและการสร้างเงื่อนไขแก่ลูกค้า (มาตรา 25)

¹ ัญญา สวัสดิ์ทุน. (2544). มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการแข่งขันทางการค้า : ศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับใช้พฤติกรรมการผูกขาดและลดการแข่งขัน. หน้า 66.

2. การรวมธุรกิจไม่ว่าจะเป็น การรวมเพื่อผูกขาด หรือการเข้าซื้อหุ้นและสินทรัพย์อื่น จะก่อให้เกิดอำนาจเหนือผู้อื่นในตลาด (มาตรา 26)

3. การตกลงร่วมกัน ผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ไม่ว่าด้านการกำหนดราคา การกำหนดปริมาณ การแบ่งท้องที่ การลดคุณภาพ การแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายหรือให้บริการ การกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขใดที่จะส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขัน (มาตรา 27)

4. การร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจนอกประเทศ เพื่อจำกัดโอกาสผู้อื่นในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง (มาตรา 28)

5. การทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น (มาตรา 29)

เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 27 และมาตรา 28 เป็นมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมิให้สมคบกันไม่ว่าวิธีการใดก็ตาม เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดการแข่งขันกัน โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองประชาชนหรือ ผู้บริโภคนั่นเอง เพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกต้องจากราคาของตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ และเพื่อเป็นการกระตุ้นประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมิให้หยุดยั้งที่หรือก้าวหน้าไปช้ากว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งทั้งสองมาตรการมีลักษณะคล้ายกันเนื่องจากมาตรา 27 ได้กำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้า หรือบริการ และในขณะที่ยกเว้นมาตรา 28 ได้กำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อมาใช้เองจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง ซึ่งเห็นได้ว่าการจำกัดโอกาสผู้อื่นในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ก็คือการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น โดยเป็นการบังคับผู้นั้นให้ทำการค้ากับตนเท่านั้น ซึ่งก็เป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร โดยมาตรการทั้งสองนี้ถือได้ว่าได้วางหลักเกณฑ์ได้ครอบคลุม และสามารถบังคับได้จริงในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศนับว่ามีความสำคัญ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ปัญหาของการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อย่างน้อยผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรจึงมีเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย แต่ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 และ 28 ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนหรือชัดแจ้งถึงการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อย่างน้อยผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งกระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน

หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย ว่าจะมีความผิดตามมาตรา 27 ด้วยหรือไม่ และการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 ว่าสมควรกำหนดบทความผิดและกำหนดโทษด้วยหรือไม่

จึงทำให้เกิดคำถามตามมาว่ามาตรการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันตามมาตรา 27 มีความหมายครอบคลุมถึงผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรหรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 มีบทกฎหมายอย่างไร

และเมื่อมาตรการทางกฎหมายของมาตรา 27 และ 28 เป็นมาตรการสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมิให้สมคบกัน แต่เหตุใดการบัญญัติกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงมีความแตกต่างกัน อันได้แก่เรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และการขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

โดยประเด็นปัญหาในการวิจัยมีดังต่อไปนี้

1. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 สามารถใช้อำนาจครอบคลุมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดน หรือสามารถใช้กฎหมายนอกดินแดนได้หรือไม่ และปัจจุบันสมควรให้กฎหมายฉบับนี้มีอำนาจนอกดินแดนหรือไม่ สำหรับในประเด็นความผิดของการร่วมกันหรือร่วมมือกันที่มีผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรร่วมกระทำการ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทยตามมาตรา 27 และการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28

2. เหตุใดตามมาตรา 27 จึงได้มีการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดโดยละเอียด พร้อมทั้งแบ่งเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด และพฤติกรรมที่กฎหมายห้าม แต่หากมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ แต่ตามมาตรา 28 มิได้บรรยายลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดไว้ โดยกำหนดเพียงแต่หลักกว้าง ๆ ว่า ห้ามดำเนินการใด ๆ เพื่อจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อมาใช้เองโดยตรง ทั้งยังไม่ได้กำหนดพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราว

จากกรณีปัญหาข้างต้น จึงสมควรศึกษาวิจัยถึงหลักการและเหตุผลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้ ให้ทราบถึงขอบเขตและแนวทางการบังคับใช้ของกฎหมายดังกล่าวให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการนำมาแก้ไขปรับปรุง ข้อบกพร่องของกฎหมายดังกล่าวในประเทศไทยให้มีความชัดเจน เป็นธรรม ครอบคลุมและเกิด ประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยให้มากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27 และมาตรา 28 ของ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1.2.2 เพื่อเปรียบเทียบขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้ระหว่างมาตรา 27 และ มาตรา 28 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ เรื่องการใช้อำนาจนอกอาณาเขตในประเด็นการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

1.2.3 เพื่อหาแนวทางที่จะนำมาแก้ไขปรับปรุง ข้อบกพร่อง หรือช่องว่างของกฎหมาย ในเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ ให้มีความชัดเจน เป็นธรรม ครอบคลุมและเกิด ประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยให้มากที่สุด

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการควบคุมและเสริมสร้าง การแข่งขันอย่างเสรี ทั้งนี้เพราะการส่งเสริมให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยการให้อิสระ ทางการค้าเป็นไปตามกลไกของตลาดแต่เพียงลำพังนั้น ไม่สามารถอำนวยความสะดวกที่แท้จริง ให้กับผู้ประกอบการและผู้บริโภคทุกฝ่ายได้ ดังนั้นประเทศต่าง ๆ จึงได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการ แข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือการผูกขาดทางการค้า เพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการควบคุมผู้ประกอบการ ธุรกิจมิให้กระทำการใด ๆ ที่เป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน อันเป็นการ ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีที่แท้จริง ทั้งนี้การห้ามการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจก็ เป็นมาตรการหนึ่ง ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายของทุกประเทศ และในปัจจุบันนี้การค้าและ พาณิชยกรรมระหว่างประเทศนับว่ามีความสำคัญ และส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย มากยิ่งขึ้น แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยยังไม่มีมีความชัดเจน ในเรื่องการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีผู้ประกอบการอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบ ธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรกระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการ แข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาด หรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย และในเรื่อง การกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการใน ราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยมุ่งเน้นที่ประเด็นการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อหาขอบเขตรวมถึงแนวทางในการบังคับใช้ตามกฎหมายไทย โดยศึกษาจากพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้า พ.ศ.2542 เปรียบเทียบกับกฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และของสหภาพยุโรป ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายของไทยมีความแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศมากน้อยเพียงใด และสมควรที่จะกำหนดแนวทางแก้ไขกฎหมายไทยในเรื่องนี้อย่างไร ให้เอื้อประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยให้มากที่สุด

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยจะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลักโดยศึกษาถึงกฎหมายของประเทศไทย กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหภาพยุโรป ในเชิงเปรียบเทียบ ในส่วนของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายการป้องกันการผูกขาด และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และคำพิพากษาของศาล รวมถึงเอกสารอื่น ๆ เช่น หนังสือ ตำรา งานวิจัย บันทึกรายงานการประชุมร่างกฎหมาย บทความที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ แล้วนำมาเปรียบเทียบประเมินค่าเอกสาร เพื่อนำมาศึกษา สรุปข้อมูล วิเคราะห์ วิจัย และหาข้อเสนอแนะ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อทราบถึงขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27 และมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

1.6.2 เพื่อทราบถึงความแตกต่างของขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้ระหว่างมาตรา 27 และมาตรา 28 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจนอกอาณาเขตในประเด็นการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

1.6.3 เพื่อเป็นแนวทางที่จะนำมาแก้ไขปรับปรุง ข้อบกพร่อง หรือช่องว่างของกฎหมายในเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ ให้มีความชัดเจน เป็นธรรม ครอบคลุมและเกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยให้มากที่สุด

บทที่ 2

ความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ วิวัฒนาการ โครงสร้างและระบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.1 ความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์

2.1.1 ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีมีความเชื่อว่า กลไกราคาภายใต้สภาพตลาดที่มีการแข่งขันจะเป็นเครื่องมือในการตอบปัญหาว่า จะผลิตสินค้าอะไร จะผลิตสินค้าอย่างไร และจะจัดสรรสินค้านั้นให้กับใครจึงจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด เพราะในสภาพตลาดที่มีการแข่งขันกันนั้น ผู้ผลิตจะผลิตสินค้าอะไรและในจำนวนเท่าใด ขึ้นอยู่กับอุปสงค์ (Demand) ของผู้บริโภคในตลาด หากอุปสงค์ต่อสินค้าชนิดใดมีมาก ผู้บริโภคย่อมมีความต้องการที่จะจ่ายเงินซื้อสินค้าชนิดนั้นมากกว่าจำนวนของสินค้านั้นที่มีอยู่จริงในตลาด ส่วนผู้ผลิตเมื่อเห็นว่าตนสามารถเพิ่มกำไรได้อีกก็จะเพิ่มปริมาณการผลิตจนทำให้ตนได้รับกำไรสูงสุด

ในขณะที่พยายามผลิตเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด ผู้ผลิตก็ต้องพยายามผลิตโดยให้มีต้นทุนการผลิตต่ำที่สุด และโดยที่ต้นทุนของสินค้าขึ้นอยู่กับราคาของปัจจัยการผลิต ผู้ผลิตจึงต้องแข่งขันกับผู้ผลิตอื่นในการแสวงหาปัจจัยการผลิต ดังนั้นราคาของปัจจัยการผลิตจึงเป็นสิ่งที่กำหนดว่า ผู้ผลิตควรผลิตสินค้านั้นอย่างไร

เมื่อผลิตสินค้าได้แล้วราคาของสินค้าจะเป็นเครื่องกำหนดว่า ผู้บริโภครายใดจะเป็นผู้ได้รับสินค้านั้น กล่าวคือ ผู้บริโภคจะต้องแข่งขันกันซื้อสินค้ากับผู้บริโภคคนอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าที่ต้องการ ถ้าอุปสงค์ต่อสินค้ามีมากกว่าอุปทาน (Supply) ของสินค้านั้น ราคาของสินค้าก็จะขยับสูงขึ้น ขณะเดียวกันก็จะลดระดับอุปสงค์ของสินค้านั้นลง ในทางกลับกันหากอุปทานของสินค้ามีมากกว่าอุปสงค์ ราคาสินค้าก็จะลดลง เพื่อเป็นการเพิ่มระดับอุปสงค์ของสินค้านั้น

เงื่อนไขสำคัญในการทำงานของกลไกราคาก็คือ “การแข่งขัน” (Competition) เพราะจะผลักดันให้ทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภคแสดงความพึงพอใจที่แท้จริงของตนออกมา ทำให้ผู้ผลิตทราบว่า จะผลิตสินค้าใด อย่างไร และในปริมาณเท่าใด และในส่วนของผู้บริโภคเองก็จะเป็นการจัดสรรว่า ใครควรเป็นผู้ได้รับสินค้านั้น ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีทางเศรษฐกิจ

หากกระบวนการเช่นนี้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ไม่มีสิ่งใดมาแทรกแซงการทำงานของกลไกราคาและการแข่งขันแล้ว จะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศหลายประการ คือ

การแข่งขันทำให้มีการโยกย้ายทรัพยากร ไปใช้ผลิตสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการเท่านั้น จึงเป็นการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด และในตลาดที่มีการแข่งขันซึ่งประกอบด้วยผู้ผลิตจำนวนมาก ราย ผู้ผลิตจะไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าให้สูงกว่าราคาตลาดได้ ผู้บริโภคจึงได้รับการคุ้มครองจากการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ผลิต เมื่อผู้ผลิตไม่อาจขายสินค้าสูงกว่าราคาตลาดได้ วิธีที่จะทำให้ผู้ผลิตได้กำไรมากกว่าผู้ผลิตรายอื่นก็คือ ต้องพยายามลดต้นทุนการผลิตให้น้อยลงซึ่งทำได้โดยการปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตให้สูงขึ้น ผลที่ตามมาคือประสิทธิภาพการผลิตของอุตสาหกรรมนั้นจะมีการพัฒนาเพิ่มขึ้น นอกจากนี้สินค้าที่แตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นจะทำให้ราคาสินค้าแตกต่างกันได้ โอกาสที่จะได้รับกำไรมากกว่าผู้ผลิตรายอื่นก็จะมีมากขึ้น ดังนั้นผู้ผลิตจึงต้องพยายามประดิษฐ์คิดค้นสินค้าใหม่ ๆ รู้จักพัฒนาคุณภาพ รูปแบบของสินค้า ให้แตกต่างจากผู้ผลิตรายอื่น รวมทั้งต้องนำวัตถุดิบใหม่ ๆ มาผลิตสินค้าเพิ่มยิ่งขึ้น²

เมื่อการแข่งขันทำให้ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรและการผลิตเพิ่มขึ้น มีสินค้าใหม่ ๆ มาตอบสนองความต้องการที่หลากหลายของผู้บริโภค ราคาของสินค้าจะถูกลง ผู้บริโภคก็จะรู้สึกพอใจและเต็มใจที่จะซื้อสินค้า อันส่งผลให้ปริมาณการซื้อขายสินค้ามีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นประโยชน์โดยตรงต่อผู้ผลิต และเป็นสิ่งที่จะผลักดันให้ผู้ผลิตหาทางลดต้นทุนการผลิต และเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตให้มากยิ่งขึ้น ๆ ขึ้นไป

2.1.2 ความหมายของตลาด

ตลาดสินค้าและบริการจะมีอยู่ในทุก ๆ ประเทศ โดยประกอบด้วย 2 กลุ่ม คือ กลุ่มผู้ซื้อและกลุ่มผู้ขาย ทำการตกลงราคาและปริมาณการซื้อขายเพื่อการแลกเปลี่ยนกัน ทำให้เกิดเป็นตลาดขึ้น ตลาดจึงทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยรูปแบบของการแข่งขันในตลาดสามารถแบ่งตลาดได้ 4 ประเภท ดังนี้

2.1.2.1 ตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect Competition Market) มีลักษณะดังนี้

- 1) จำนวนของผู้ขายและผู้ซื้อมีมากในตลาด

² รวบรวม กุศลางกูรวัฒน์. (2537). ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวคิด. หน้า 5 - 6.

2) สินค้าจะมีลักษณะ คุณภาพและคุณสมบัติที่เหมือน ๆ กันหรือใกล้เคียงกัน
มาก

3) ผู้ประกอบการสามารถเลิกสัมกิจการได้โดยง่าย และผู้ประกอบการรายใหม่
มีอิสระในการเข้ามาลงทุนในตลาดเพื่อแข่งขันเมื่อไรก็ได้โดยเสรีปราศจากการกีดกันทางการค้า
ใด ๆ

4) ผู้ซื้อและผู้ขายมีความรู้และข้อมูลเกี่ยวกับสภาพของตลาดหรือสินค้านั้น ๆ
เป็นอย่างดี

5) มีความสามารถในการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิต ทรัพยากรหรือสินค้าได้
อย่างเสรี

2.1.2.2 ตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market) แบ่งออก
เป็น 3 ประเภท คือ

1) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Competitive Market) มีลักษณะ
ใกล้เคียงกับตลาดที่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ โดยสินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายจะแตกต่างกันในด้าน
คุณลักษณะและคุณภาพของสินค้า หรือแตกต่างกันในความรู้สึกของผู้บริโภค แต่สามารถทดแทน
กันได้

2) ตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly Market) หมายถึงตลาดที่ประกอบด้วยผู้ขาย
จำนวนน้อยราย มีทั้งสินค้าเหมือนกัน และสินค้าแตกต่างกัน แต่สามารถทดแทนกันได้ การ
เคลื่อนไหวของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงราคา หรือเปลี่ยนแปลง
ปริมาณการผลิต รวมทั้งกลยุทธ์ทางการตลาดจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด

3) ตลาดผูกขาด (Monopoly Market) มีลักษณะดังนี้

(1) มีผู้ผลิต ผู้ขายรายเดียว

(2) สินค้ามีคุณสมบัติพิเศษไม่เหมือนใคร ไม่สามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทน
กันได้อย่างใกล้เคียง

(3) ผู้ผลิตสามารถกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาผลิตแข่งขันได้

จากลักษณะทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดจึงมีสิทธิใน
การกำหนดราคา หรือกำหนดปริมาณการขายอย่างใดอย่างหนึ่งในสองทางเลือกนี้ นั่นคือสามารถ
เลือกที่จะขึ้นราคาสินค้า หรือเลือกที่จะเพิ่มปริมาณการขายได้ตามต้องการ

กล่าวโดยสรุปคือ ในตลาดที่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ ผู้ซื้อและผู้ขายรายใดรายหนึ่งไม่
มีอิทธิพลต่อการกำหนดราคา ส่วนในตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ ผู้ขายจะสามารถกำหนดราคา
สินค้าชนิดเดียวกันนี้ให้มีความแตกต่างกันได้ เนื่องจากผู้ขายต้องพยายามที่จะแสวงหาลูกค้าโดยการ

สร้างความแตกต่างที่เหนือกว่าคู่แข่ง หรือทำให้ผู้บริโภคมีความภักดีต่อตราสินค้า เพื่อสามารถที่จะกำหนดราคาสินค้าที่สูงกว่าคู่แข่งได้

2.1.3 หน้าที่ของตลาด

หน้าที่ของตลาด สามารถแบ่งออกเป็น 5 ประการใหญ่³ คือ

2.1.3.1 ตลาดเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดมูลค่าในการแลกเปลี่ยนซึ่งก็คือราคา ปัญหาที่ว่าควรผลิตสินค้าและบริการชนิดใดนั้น คำตอบก็คือ เป็นเรื่องความต้องการของผู้บริโภคซึ่งแสดงออกในรูปราคา อย่างไรก็ตาม ไม่เพียงแต่ความต้องการของผู้บริโภคเท่านั้นที่เป็นตัวตั้งราคา แต่ผู้บริโภคจำเป็นต้องมีความสามารถที่จะจ่าย (Ability to pay) และมีความเต็มใจที่จะจ่าย (Willingness to pay) ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคต้องการซื้อบ้าน ผู้บริโภคต้องมีเงินที่จะซื้อและเต็มใจจ่ายเงินซื้อด้วย เป็นต้น

2.1.3.2 ตลาดทำหน้าที่ผลิต จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงต้นทุนและการใช้วิธีการผลิตที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยการใช้ปัจจัยการผลิตให้น้อยที่สุดในการผลิตสินค้าจำนวนหนึ่งที่กำหนดไว้ หรือการผลิตให้ได้จำนวนมากที่สุดโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่กำหนดไว้

2.1.3.3 ตลาดทำหน้าที่จัดสรรผลผลิตที่ผลิตได้ สินค้าที่ผลิตขึ้นนั้นใครจะเป็นผู้ซื้อ และผู้ผลิตจะจ่ายเงินให้แก่เจ้าของปัจจัยการผลิตเท่าใดนั้นเป็นหน้าที่ของตลาดโดยตรง ตามปกติถ้าผู้ผลิตผลิตสินค้ามากก็จะได้รับผลตอบแทนมาก ในทางทฤษฎีนั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่บุคคลและทรัพยากรอื่น ๆ เมื่อต้องใช้สิ่งเหล่านั้นทำการผลิต บุคคลที่ทำการผลิตและบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพยากรควรจะได้รับค่าตอบแทนมากที่สุดด้วย จึงจะถูกจัดตามหลักประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

2.1.3.4 การแบ่งปันปันส่วน (Rationing) การตั้งราคาจะทำให้เกิดการแบ่งปันปันส่วนสินค้าและบริการในตลาด เพราะเป็นการกำหนดอัตราการบริโภคและการผลิตที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

2.1.3.5 การตลาดจัดหาสิ่งต่าง ๆ เพื่ออนาคต เช่น การออมและการลงทุนที่เกิดขึ้นในตลาดเพื่อการรักษาและนำมาซึ่งความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของระบบเศรษฐกิจต่อไป

เมื่อทราบถึงหน้าที่ของตลาดโดยภาพรวมแล้ว จากนั้นจึงจะพิจารณาตลาดสินค้าและบริการในตลาดใดตลาดหนึ่งว่ามีโครงสร้างเป็นอย่างไร เพื่อทำความเข้าใจถึงจำนวนหน่วยผลิตและลักษณะการกระจายของขนาดหน่วยผลิตในตลาดนั้น ทำให้ทราบถึงอำนาจผูกขาด ลักษณะการกีดกันการเข้าสู่ตลาด และความแตกต่างของสินค้าในตลาด ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

³ Samuelson, Paul A. (1970). *Economics*. pp. 39-42. อ้างใน สมพงษ์ อรพินท์. (2539). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค*. หน้า 14-15.

2.1.4 โครงสร้างของตลาด

โครงสร้างของตลาดในความหมายของทางเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม หมายถึง ลักษณะการกระจายขนาดของหน่วยผลิตในตลาด (size distribution of firms within the market)⁴ เช่น ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) ของแต่ละหน่วยผลิต ลักษณะการกระจุกตัวของหน่วยผลิตใหญ่ (Concentration) หรือลักษณะการกีดกันการเข้าสู่อุตสาหกรรมของผู้แข่งขันใหม่ (Barrier to Entry) เป็นต้น

สำหรับปัจจัยที่มีส่วนในการกำหนดโครงสร้างของตลาด⁵ คือ

1. จำนวนของหน่วยผลิตและลักษณะการกระจายขนาดของหน่วยผลิตในตลาด เป็นการวัดจำนวนผู้ขายในตลาดโดยตรงและการกระจุกตัว ถ้าจำนวนผู้ขายในตลาดมีอยู่เป็นจำนวนมาก อำนาจตลาดของหน่วยผลิตแต่ละรายจะมีน้อย ตรงกันข้ามถ้าในตลาดมีผู้ขายน้อยรายหรือมีเพียงรายเดียว ผู้ขายแต่ละรายจะมีอำนาจตลาดค่อนข้างสูง ซึ่งในสภาพความเป็นจริงขนาดของหน่วยผลิตในตลาดนั้นไม่เท่ากัน ดังนั้นการพิจารณาจากจำนวนผู้ขายเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอ จะต้องพิจารณาถึงลักษณะการกระจายขนาดของหน่วยผลิตที่อยู่ในตลาดด้วยจึงจะทำให้ทราบถึงอำนาจตลาด (Market Power) ของผู้ผลิตในตลาดนั้น ๆ เช่น ในกรณีของตลาดผูกขาด อำนาจตลาดจะอยู่ที่ผู้ผลิตที่เป็นหน่วยผลิตรายเดียวในตลาด แต่เมื่อในตลาดมีผู้ผลิตเพิ่มมากขึ้น ๆ อำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดของแต่ละหน่วยก็ย่อมลดน้อยลง ตามจำนวนหน่วยผลิตที่เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม ถ้าจำนวนหน่วยผลิตที่เพิ่มขึ้นเป็นหน่วยผลิตขนาดเล็ก ๆ เมื่อเทียบกับหน่วยผลิตเดิมที่มีอยู่ อำนาจของหน่วยผลิตเดิมก็ยังคงมีอยู่แม้ว่าจะลดลงบ้าง ดังนั้น จำนวนหน่วยผลิตและลักษณะการกระจายขนาดของหน่วยผลิตจะเป็นตัวบ่งชี้ตัวหนึ่งที่ยกถึงอำนาจตลาดของผู้ผลิตในตลาดได้

2. ลักษณะการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ที่จะเข้ามาแข่งขันใหม่ (Barriers to Entry) มีอยู่หลายลักษณะด้วยกัน ซึ่งสามารถแบ่งเป็น 4 ลักษณะคร่าว ๆ ดังนี้

- 2.1 การกีดกันเนื่องจากความชื่นชอบสินค้า นั้น ๆ (Preference Barrier) เกิดขึ้นเนื่องจากตัวหรือรสนิยมของผู้บริโภคซึ่งติดอยู่กับสินค้าหรือโคโยี่ห้อหนึ่ง การกีดกันเนื่องจากความชื่นชอบในสินค้านี้ นักเศรษฐศาสตร์มองว่าเป็นการกีดกันชั่วคราว ผู้ผลิตใหม่สามารถแก้ไขได้โดยการโฆษณา การประชาสัมพันธ์ส่งเสริมการขาย หรือการแจกสินค้าตัวอย่างให้ลองใช้เพื่อดึงดูดลูกค้าเหล่านี้ เป็นต้น

⁴ Shepherd, William G. (1997). *The Economics of Industrial Organization* (4 th ed.). p. 7.

⁵ วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. (2532). โครงสร้างตลาด : เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีดั้งทุน. หน้า 380 - 409.

2.2 การกีดกันเนื่องจากความได้เปรียบทางด้านต้นทุน (Absolute – Cost Barrier) กล่าวคือ ผู้ผลิตเดิมที่อยู่ในตลาดมีต้นทุนในการผลิตต่อหน่วยต่ำกว่าผู้ผลิตใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด ทั้งนี้เนื่องมาจากผู้ผลิตเดิมสามารถซื้อหรือจ่ายค่าวัตถุดิบหรือปัจจัยในการผลิตต่ำกว่า หรือผู้ผลิตเดิมสามารถคุมปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ๆ ได้

2.3 การกีดกันเนื่องมาจากการประหยัดต่อขนาด (Economies of Scale Barrier) สินค้าบางชนิดต้องมีการผลิตขนาดใหญ่เพื่อให้ต้นทุนในการผลิตต่อหน่วยต่ำ ในลักษณะนี้ระบบเศรษฐกิจอาจต้องการผู้ผลิตเพียง 2-3 รายเท่านั้น (เมื่อเทียบกับขนาดของตลาด) ดังนั้นผู้ผลิตใหม่ที่จะเข้าสู่อุตสาหกรรมอาจจะพบอุปสรรคกีดกันจากการประหยัดต่อขนาด ทั้งนี้เพราะอุปสงค์ที่เหลืออาจจะไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ผลิตที่จะเข้าไปใหม่เกิดการประหยัดต่อขนาดในการผลิตขึ้นได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด

2.4 การกีดกันทางด้านกฎหมาย (Legal Barrier) บางครั้งกฎหมายก็มีส่วนกีดกันผู้ผลิตใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด เช่น การห้ามตั้งโรงงานเพิ่มเติม (กฎหมายน้ำตาล กฎหมายธนาคารพาณิชย์) หรือการกำหนดเงินลงทุนรวมทั้งเงินประกันหุ้นที่ค่อนข้างสูงในการตั้งหรือเข้าสู่การผลิต (กฎหมายบริษัทประกันภัย กฎหมายบริษัทเงินทุนหรือหลักทรัพย์) เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นอุปสรรคหรือตัวกีดกันอีกอย่างหนึ่งในการเข้าสู่ตลาดหรืออุตสาหกรรม

3. ลักษณะความแตกต่างของสินค้าในตลาด จะเกิดขึ้นเมื่อ

3.1 มองจากทางด้านผู้ซื้อ คือ สินค้าจากหน่วยผลิตต่าง ๆ (ที่อยู่ในตลาดหรืออุตสาหกรรมเดียวกัน) ไม่สามารถที่จะเป็นสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์

3.2 มองจากด้านผู้ผลิตแต่ละราย คือ ความพยายามที่จะแยกความแตกต่างกันของสินค้าของตนออกจากผู้ผลิตรายอื่น ๆ ซึ่งความพยายามนี้เกิดจากความมุ่งหมายบางอย่างในการลงทุนทำเช่นนั้น เช่น พยายามทำสินค้าของตนให้แตกต่างจากผู้ผลิตรายอื่น ๆ เพื่อจะได้ขายสินค้าของตนให้ได้มากขึ้น หรือเพื่อให้ผู้ซื้อมีความภักดีต่อสินค้าี่ห้อของตน โดยวิธีการโฆษณา การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสินค้า การวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่หรือนำเทคนิคการผลิตชนิดใหม่ที่สามารถลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำลง เป็นต้น

2.1.5 พฤติกรรมของตลาด

จากโครงสร้างของตลาดแต่ละแบบนั้นผู้ประกอบการที่เป็นหน่วยผลิตย่อมเป็นส่วนหนึ่งของตลาดหรืออุตสาหกรรม ดังนั้น ลักษณะโครงสร้างของตลาดหรืออุตสาหกรรมจะมีอิทธิพลและเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดนั้นได้ พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่อยู่ในโครงสร้างของตลาดแต่ละแบบจะมีพฤติกรรมการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ผู้ประกอบการอาจจะมีพฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคาคู่ค้าก็ได้ ดังนี้⁶

1. พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดที่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ เนื่องจากตลาดที่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์มีผู้ผลิตเป็นจำนวนมากและสินค้าที่ผลิตได้ก็เหมือนกันทุกประการ ผู้ผลิตแต่ละรายจึงไม่สามารถมีอิทธิพลในการกำหนดราคาหรือปริมาณการผลิตหรือกระทำพฤติกรรมใด ๆ ในการสร้างอำนาจตลาด และผู้ผลิตทุกรายในตลาดจะยอมรับราคาส่ง ซึ่งราคาส่งที่เกิดขึ้นจะถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทาน กล่าวคือ ราคาที่ผู้ผลิตสามารถขายสินค้าของตนได้ จะมีค่าเท่ากับราคาส่งซึ่งถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานของผลผลิต หากผู้ผลิตรายใดกำหนดราคาสินค้าของตนให้สูงกว่าราคาส่ง สินค้านั้นก็ขายไม่ได้เลย ตรงกันข้ามหากผู้ผลิตรายใดกำหนดราคาสินค้าของตนให้ต่ำกว่าราคาส่ง สินค้านั้นก็จะเป็นที่ต้องการและขายได้หมด อย่างไรก็ตาม การกำหนดราคาให้ต่ำกว่าราคาส่งถึงแม้จะขายสินค้าได้หมดแต่ก็จะทำให้ผู้ขายขาดทุน เนื่องจากราคาในตลาดที่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์เป็นราคาที่ผู้ผลิตจะได้รับกำไรปกติ (Normal Profit) ซึ่งเป็นระดับที่ผู้ผลิตสามารถประกอบธุรกิจของตนได้ต่อไป⁷ ดังนั้นหน่วยผลิตในตลาดนี้จะไม่มีความต้องการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับราคาและไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน เพราะราคาเป็นไปตามกลไกตลาด จึงไม่จำเป็นต้องอาศัยการกำหนดราคาคู่ค้าด้วยวิธีการอื่นใด และไม่ต้องทำการแข่งขันโดยไม่ใช้ราคา (Non-Price Competition)

2. พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด เนื่องจากตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดผู้ผลิตสามารถผูกขาดสินค้าของตนได้ ผู้ผลิตจึงสามารถที่จะกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้าได้ แต่ตลาดประเภทนี้จะประกอบด้วยผู้ผลิตหรือผู้ขายจำนวนมาก ผู้ขายจึงมีอิสระที่จะดำเนินนโยบายการจำหน่ายสินค้าของตนไปตามที่เห็นว่าเหมาะสม การตั้งราคาสินค้าจึงสามารถตั้งราคาตามสภาพต้นทุนและอุปสงค์ในสินค้าของตน ซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกับผู้ขายรายอื่นในตลาด และผู้ขายอาจเพิ่มหรือลดราคาสินค้าของตนโดยไม่ต้องคำนึงถึงผู้ขายรายอื่น ๆ ในตลาด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสินค้าที่ผลิตได้เป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ หรือเป็นสินค้าที่มีความยืดหยุ่นทาง

⁶ จันทร์ทอง เจริญศิริชัยยศ. (2543). สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 22 - 26.

⁷ ศุภชาติ สุชาธรรม. (2532). พฤติกรรมตลาด. หน้า 446.

ด้านความต้องการเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลง ฉะนั้นการที่ผู้ขายรายใดขึ้นราคาสินค้าของตนให้สูงกว่าผู้ผลิตหรือผู้ขายรายอื่น ๆ ย่อมมีโอกาสที่จะเสียลูกค้าของตนได้เช่นกัน จะเห็นได้ว่าการกำหนดราคาดังกล่าวผู้ผลิตจะได้กำไรส่วนเกินจากการตั้งราคาในระยะสั้นเท่านั้น ส่วนในระยะยาวแล้วผู้ผลิตแต่ละรายไม่อาจที่จะแสวงหาผลกำไรส่วนเกินได้ ทั้งนี้เพราะจะมีผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาในอุตสาหกรรมจนกระทั่งกำไรส่วนเกินถูกขจัดให้หมดไป⁸ นอกจากนี้ในตลาดจะมีการใช้พฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคาอยู่บ้าง เช่น ใช้การโฆษณาและการส่งเสริมการขาย ทั้งนี้เพื่อต้องการกระตุ้นให้ผู้บริโภคเพิ่มปริมาณการซื้อสินค้าของผู้ผลิตโดยไม่ต้องลดราคาสินค้าลง

3. พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย การดำเนินนโยบายใด ๆ ของผู้ผลิตในตลาดผู้ขายน้อยรายจะต้องคำนึงถึงปฏิกิริยาของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ที่อยู่ในตลาด ผู้ผลิตมีอำนาจกำหนดราคาแต่ต้องสอดคล้องกับราคาของกลุ่มแข่งขัน การกำหนดราคากระทำได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้ผลิตในตลาดเอง ขนาดของผู้ผลิตและอำนาจตลาดที่ผู้ผลิตมีอยู่พฤติกรรมในการกำหนดราคาลักษณะต่าง ๆ ในตลาดผู้ขายน้อยรายที่สำคัญ มีดังนี้⁹

3.1 การกำหนดราคาเพื่อกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ (Entry-Limit Pricing) เกิดขึ้นจากการที่ผู้ผลิตได้รวมตัวกันกำหนดราคาลดให้ต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ยของผู้ผลิตรายใหม่ หรือรักษาระดับราคาลดในระดับที่ทำให้ผู้ผลิตรายใหม่ไม่อาจเข้ามาในตลาดได้ ทั้งนี้เพื่อให้อุตสาหกรรมนี้ไม่มีแรงจูงใจให้ผู้ผลิตรายใหม่สนใจเข้ามาทำการแข่งขัน ในระยะยาวเมื่อไม่มีผู้ผลิตอื่นเข้ามาในอุตสาหกรรม ผู้ผลิตที่อยู่ในอุตสาหกรรมก็สามารถแสวงหากำไรจากการผูกขาดได้ต่อไป

3.2 การกำหนดราคาเพื่อกำไรสูงสุดในระยะยาว (Open Oligopoly) ผู้ผลิตอาจต้องการแสวงหาข้อมูลปัจจุบันของผลกำไรให้ได้สูงสุด โดยที่ผู้ผลิตไม่มีความจำเป็นต้องจำกัดหน่วยผลิตหรือกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ ราคาผลผลิตที่ผู้ผลิตแต่ละคนขายเป็นระดับที่แตกต่างจากราคาที่สามารถกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ ซึ่งมักจะเป็นราคาที่สูงกว่าราคาที่กีดกันผู้ผลิตรายใหม่ โดยกำหนดราคาที่ทำให้หน่วยผลิตได้รับมูลค่าปัจจุบันของผลกำไรที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาต่าง ๆ มีค่าสูงสุด และจะอยู่ในระดับที่จะก่อให้เกิดผลแก่ตนเองในระยะยาว แม้ว่าจะมีผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาแข่งขันก็ตาม การกำหนดราคาลักษณะนี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีการร่วมกันของผู้ผลิต ผู้ผลิตแต่ละรายมีพฤติกรรมไม่ขึ้นต่อกัน เนื่องจากผู้ผลิตอาจเคยได้รับประสบการณ์จากการตอบโต้ของกลุ่มแข่ง หรือจากการดำเนินกิจการของตน ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของตลาดผู้ขายน้อยราย ผู้ผลิตจึงหาทางเลี้ยงที่จะไม่กระทำการใด ๆ ที่จะเป็ผลเสียต่อตนเอง

⁸ สุภชาติ สุขารมย์. (2532). แหล่งเดิม. หน้า 447.

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 448 – 458.

3.3 การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) การกำหนดราคาในลักษณะนี้ผู้ผลิตได้ยอมแบกรับสภาพการขาดทุนด้วย โดยตั้งราคาของตนให้ต่ำกว่าผู้ผลิตอื่นในตลาดด้วยวิธีการตัดราคา ทั้งนี้ เพื่อขจัดคู่แข่งหรือสร้างความกดดันจนกระทั่งคู่แข่งอื่นไม่สามารถอยู่ในตลาดได้ ผู้ผลิตที่สามารถกำหนดราคาดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้ผลิตขนาดใหญ่ที่มีความได้เปรียบด้านเงินทุนถึงขั้นที่สามารถทนแบกรับการขาดทุนได้จนกว่าผู้ผลิตอื่นจะออกไปจากตลาด หลังจากนั้นก็จะใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่แสวงหากำไรต่อไป

3.4 การกำหนดราคาโดยการบวกกำไรเข้าไปในต้นทุนการผลิต (Cost – Plus – Marking Pricing) การกำหนดราคาในลักษณะนี้ผู้ผลิตจะกำหนดราคาผลผลิตโดยคำนึงถึงต้นทุนเฉลี่ยบวกด้วยกำไรที่ตนต้องการ การบวกกำไรดังกล่าวจะพิจารณาจากเงื่อนไขทางด้านต้นทุนและอุปสงค์ประกอบ ซึ่งทำให้ผู้ผลิตสามารถกำหนดราคาให้สอดคล้องกับกำลังการผลิตและเป้าหมายได้

3.5 การกำหนดราคาโดยผู้นำทางราคา (Price Leadership) เกิดขึ้นจากการรวมกันของผู้ผลิตกำหนดราคาโดยมีผู้ผลิตที่มีอำนาจตลาด (Dominant Firm) เป็นผู้นำในการตั้งราคา หรือให้ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งเป็นผู้นำทางราคา (Collusive Price Leadership) ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผู้ผลิตขนาดใหญ่ที่มีอำนาจตลาด การตกลงกันในการเป็นผู้นำราคาอาจมีการตกลงอย่างชัดเจนและเป็นทางการ หรืออาจจะเป็นการตกลงโดยพฤตินัย หรือโดยจารีตประเพณีก็ได้ เมื่อมีผู้นำหรือเป็นผู้นำในการกำหนดราคาแล้ว ผู้ผลิตอื่น ๆ ที่เหลือในตลาดจะเป็นผู้ปฏิบัติตามราคาที่กำหนด

3.6 การกำหนดราคาโดยให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ของผู้ผลิตร่วมไปด้วย (Tying Contract, Requirement Contract, and Exclusive Dealing) การกำหนดราคาในลักษณะนี้ผู้ผลิตจะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนโดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่า ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่ผู้ขายกำหนดพ่วงไปด้วย การตั้งเงื่อนไขดังกล่าวอาจออกมาในรูปของการทำสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย เป็นการบีบบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการในระดับราคาที่สูงกว่าราคาในตลาดที่มีการแข่งขัน ซึ่งมีผลทำให้ผู้ผลิตในอุตสาหกรรมหนึ่งจะมีอำนาจตลาดอยู่ในอุตสาหกรรมอื่นด้วยในเวลาเดียวกัน

3.7 การรวมหัวและการร่วมกันกำหนดราคา (Cartelization and Format Collusion) เป็นการรวมหัวหรือร่วมกันกำหนดราคาในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบการเพื่อกำหนดปริมาณผลผลิตหรือกำหนดระดับผลกำไรที่ต้องการ เพื่อลดระดับการแข่งขันระหว่างกัน ทำให้ธุรกิจนั้นกลายเป็นธุรกิจที่ผูกขาด โดยมีลักษณะคล้ายกับว่าธุรกิจนี้มีผู้ประกอบการหลายราย แต่ในความเป็นจริงแล้ว ธุรกิจที่มีผู้ประกอบการหลายรายนี้ก็อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการกลุ่มนั้นนั่นเอง

นอกจากนี้ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายยังมีพฤติกรรมที่แตกต่างไปจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดแบบอื่น ๆ อย่างเห็นได้ชัดเจน คือ พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่ใช้ราคา (Non – Price Competition) เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายขาดอิสระในการกำหนดราคา เพราะอาจถูกปฏิกิริยาตอบโต้จากคู่แข่งในตลาดได้ โดยผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าที่เหมือนกันหรือสามารถทดแทนกันได้อย่างใกล้ชิดซึ่งจะมีความยืดหยุ่นของอุปสงค์สูงหากราคาเปลี่ยนแปลงไป ผู้ผลิตจึงมักจะรวมหัวกันกำหนดราคาสินค้าหรือตั้งราคาตามผู้นำราคาในตลาด (Price Leadership) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาของการแข่งขันด้านราคา ผู้ประกอบการจะหันมาใช้ในการแข่งขันโดยไม่ใช้ราคา (Non – Price Competition) ในรูปแบบของการโฆษณา (Advertising) การทำให้ผลิตภัณฑ์มีความแตกต่างกันเล็กน้อยในทัศนะของผู้บริโภค (Product Differentiation) ในด้านความคงทนของสินค้า (Durability) การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสินค้า (Style Change) การวิจัยและการพัฒนา (Research and Development) และการส่งเสริมการขายในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การชิงโชค แจก แคม เป็นต้น

4. พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผูกขาด¹⁰ ในตลาดประเภทนี้จะมีผู้ผลิตหรือผู้ขายเพียงรายเดียวในอุตสาหกรรม ผู้ผลิตจะมีอิสระในการกำหนดราคาและมีพฤติกรรมรูปแบบต่าง ๆ ที่สามารถจะสร้างอำนาจตลาดให้กับตน เช่น การกำหนดราคา การกำหนดระดับการผลิต การแบ่งแยกราคาขายภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสินค้านั้นไม่สามารถนำกลับไปขายใหม่ได้ (Resale) เป็นต้น การกำหนดพฤติกรรมดังกล่าวขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจของผู้ผลิตเป็นสำคัญ เช่น ผู้ผูกขาดที่แสวงหากำไรสูงสุด จะตั้งราคาหรือกำหนดปริมาณผลผลิตเพื่อให้ราคาเปลี่ยนแปลงไปตามทิศทางที่สามารถทำให้ผู้ผลิตได้รับกำไรสูงสุด นอกจากนี้ยังสามารถกำหนดราคาสินค้าให้แตกต่างกันตามกลุ่มของผู้ซื้อ เช่น การกำหนดราคาให้แตกต่างกันเป็นรายบุคคล (Personal Price Discrimination) เป็นการตั้งราคาตามระดับรายได้ ฐานะ หรือปริมาณการใช้ของผู้บริโภค การกำหนดราคาตามความแตกต่างกันตามกลุ่มของผู้ซื้อ (Group Discrimination) การกำหนดราคาให้แตกต่างกันโดยอาศัยผลิตภัณฑ์ (Product Discrimination) การกำหนดราคาตามเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ สินค้าที่เหมือนกันแต่เครื่องหมายการค้าต่างกันจะถูกตั้งราคาให้แตกต่างกัน การกำหนดราคาสินค้าเพื่อลดปริมาณของสินค้าคงเหลือเพื่อเป็นการเพิ่มยอดขาย การตั้งราคาจากการแบ่งช่วงการใช้บริการ (Intertemporal Price Discrimination) และการตั้งราคาตามปริมาณการใช้ (Peak – Load Pricing) เป็นต้น

¹⁰ สุภชาติ สุชาธรรม. แหล่งเดิม. หน้า 459 – 464.

2.1.6 หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตตลาด

การกำหนดขอบเขตตลาดทางเศรษฐศาสตร์นั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ¹¹ คือ

1. การกำหนดตลาดโดยใช้สินค้าเป็นหลัก เป็นการพิจารณาความคล้ายคลึงกันหรือความใกล้เคียงกันของสินค้าในสายตาของผู้ซื้อ โดยสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ก็จะถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน โดยพิจารณา 3 ด้านด้วยกันคือ

- 1) ความคล้ายคลึงกันทางด้านราคาและปฏิกิริยาโต้ตอบของกลุ่มแข่งขันรายอื่นในตลาด
- 2) ความคล้ายคลึงกันทางด้านคุณภาพ
- 3) ความคล้ายคลึงกันทางด้านประโยชน์ใช้สอย

ในทางเศรษฐศาสตร์ ได้สร้างเครื่องมือเพื่อพิจารณาถึงความสามารถในการทดแทนกันได้ของสินค้าคือ ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ โดยเป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของปริมาณสินค้าชนิดหนึ่งที่มีต่อระดับราคาต่าง ๆ กันของสินค้าอีกชนิดหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าสินค้าชนิดหนึ่งขึ้นราคาแล้วผู้บริโภคจะหันไปซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งมากขึ้น หรือถ้าไปซื้อสินค้าชนิดหลังแทนมากขึ้น ก็เท่ากับว่าสินค้าชนิดหลังใช้ทดแทนสินค้าชนิดแรกได้ เพราะฉะนั้นก็ควรถือว่าสินค้าทั้งสองชนิดดังกล่าวรวมอยู่ในตลาดเดียวกัน

2. การกำหนดขอบเขตตลาดโดยใช้เทคโนโลยีในกระบวนการผลิตเป็นหลัก (Technology Criterion) เป็นการพิจารณาความคล้ายคลึงกันหรือความใกล้เคียงกันของกระบวนการผลิต ซึ่งได้แก่การใช้วัตถุดิบที่คล้ายคลึงกัน วิธีการผลิตที่คล้ายคลึงกัน หรือช่องทางในการจำหน่ายที่คล้ายคลึงกันในทางเศรษฐศาสตร์ การพิจารณาความคล้ายคลึงกันในแง่นี้จะพิจารณาจากความยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปทาน (Cross - Elasticity of Supply) ค่าความยืดหยุ่นทางด้านอุปทานเป็นการพิจารณาการตอบสนองของหน่วยผลิตที่ไม่ได้อยู่ในตลาดสินค้าชนิดนี้ ต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าในตลาดดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ตลาดของรองเท้าสตรี ซึ่งประกอบด้วยหน่วยผลิตที่ผลิตรองเท้าสตรี แต่ถ้ามีการเปลี่ยนแปลงของราคารองเท้าสตรี เช่น ราคาสูงขึ้น ผู้ผลิตรองเท้าบุรุษซึ่งถือว่าเป็นหน่วยผลิตภายนอกตลาดรองเท้าสตรีอาจจะหันมาผลิตรองเท้าสตรีด้วย ซึ่งจะมีผลต่อปริมาณเสนอขายของรองเท้าสตรีในตลาด ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยีในการผลิตรองเท้าทั้งสองใกล้เคียงกันมาก

¹¹ ศาสตราจารย์เจริญเกียรติ. (2541, เมษายน). "ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกลไกการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด." วารสารอัยการ, 21, 242. หน้า 62.

ค่าความยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปทาน มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ

- 1) เทคโนโลยี กล่าวคือ ความคล้ายคลึงกันระหว่างหน่วยผลิตภายนอกและภายในตลาด
- 2) ความรวดเร็วของหน่วยผลิตภายนอกตลาดในการที่จะหันมาผลิตสินค้าของตลาดที่กำลังพัฒนา
- 3) การเข้ามาทำการผลิตจริงของหน่วยผลิตภายนอก

3. การกำหนดตลาดโดยใช้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์เป็นหลัก โดยเป็นการกำหนดบริเวณพื้นที่เป็นที่ยอมรับว่า หน่วยผลิตแต่ละหน่วยมีขอบเขตความสามารถในการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคเฉพาะพื้นที่บริเวณหนึ่งเท่านั้น และในด้านของผู้บริโภคก็มีความสามารถในการแสวงหาผลิตภัณฑ์จากผู้ขายในเขตพื้นที่หนึ่งเท่านั้น ดังนั้นในการกำหนดขอบเขตตลาดจึงต้องคำนึงถึงขนาดของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่ผู้ขายและผู้ซื้อจะมีปฏิสัมพันธ์ตอบสนองความต้องการของกันและกันว่าจะเกิดขึ้นตามความเป็นจริงได้หรือไม่ ถ้ากำหนดขนาดของตลาดแล้วปรากฏว่าผู้ขายและผู้ซื้อไม่สามารถติดต่อซื้อขายกันได้ อันเนื่องมาจากอุปสรรคเกี่ยวกับระยะทาง จะหมายความว่าเรากำหนดขอบเขตตลาดกว้างจนเกินไป อย่างไรก็ตามขนาดของตลาดที่เหมาะสมคงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

2.1.7 การผูกขาด

ผูกขาด (Monopoly) ในทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง การที่มีผู้ประกอบการรายเดียวอยู่ในตลาด ทั้งนี้ไม่ได้หมายถึงต้องเป็นผู้ประกอบการรายเดียว (Single Monopoly) แต่เพียงอย่างเดียว ยังรวมถึงการรวมกลุ่ม รวมหัวกันของผู้ประกอบการ (Collective Monopoly) ด้วย

การจะตัดสินว่าผู้ประกอบการใดมีการผูกขาดหรือไม่ ต้องดูว่าผู้ประกอบการนั้นมีความอำนาจในการควบคุมตลาด (Market Power) หรือไม่ ถ้าผู้ประกอบการนั้นสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณสินค้าในตลาดได้อย่างอิสระ ผู้ประกอบการนั้นก็มีการผูกขาด ฉะนั้น การผูกขาดจึงหมายถึงอำนาจในการควบคุมตลาด คือสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณสินค้าในตลาดได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ก็จะเป็น Single Monopoly แต่ถ้าผู้ประกอบการไม่คิดจะแข่งขันกันแต่มักจะรวมหัวหรือร่วมมือกัน ก็จะเป็น Collective Monopoly และการพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมีอำนาจในการควบคุมตลาดหรือไม่ นั้น ก็สามารถพิจารณาได้จากส่วนแบ่งตลาด (Market Share)

โดยปกติแล้ว แต่ละผู้ประกอบการต่างมีทางเลือกในการประกอบธุรกิจด้วยกันสองทาง คือ เลือกที่จะแข่งขันกับคู่แข่งหรือเลือกที่จะร่วมมือกับคู่แข่ง โดยสภาพตามความเป็นจริง

แล้วเราจะสามารถพบเห็นพฤติกรรมทั้งสองได้ในตลาด และไม่ว่าผู้ประกอบการจะเลือกทางเลือกไหน กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปควบคุมดูแลการกระทำดังกล่าวทั้งสองทาง กล่าวคือ หากผู้ประกอบการเลือกที่จะใช้วิธีแข่งขันกัน กฎหมายก็ได้ออกมาตราการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการแข่งขันให้มีความเป็นธรรมให้มากที่สุด หรือหากผู้ประกอบการเลือกที่จะทำการร่วมมือกับคู่แข่งในตลาดประเภทเดียวกัน (หรือกับผู้ประกอบการในสาขาอื่น ๆ) โดยไม่ยอมที่จะเสี่ยงในการแข่งขันซึ่งเป็นวิธีที่ค่อนข้างเหนื่อยและยากลำบากกว่าการร่วมมือกัน กฎหมายฯ ก็จำเป็นที่จะต้องตามมาควบคุมพฤติกรรมทางด้านการร่วมมือกันของกลุ่มผู้ประกอบการด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับทางเลือกแรก ในกรณีที่มีการแข่งขันนั้นไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจของตนในทางที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งส่งผลกระทบทำให้

1. คู่แข่งขันไม่สามารถที่จะแข่งขันต่อไปได้ จำเป็นที่จะต้องออกจากตลาดไปโดยปริยาย เช่น การขายตัดราคาคู่แข่ง โดยการขายต่ำกว่าต้นทุนในระยะหนึ่ง ซึ่งส่งผลทำให้คู่แข่งต้องออกจากตลาดไป และภายหลังจากที่คู่แข่งออกจากตลาดไปแล้ว ทางผู้ประกอบการก็จะทำการขึ้นราคาสินค้าของตนให้สูงขึ้นกว่าระดับราคาสินค้าก่อนที่จะลดลงมาในตอนแรก เพื่อคืนกำไรในส่วนที่หายไป

2. พยายามมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาลงทุนในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดอยู่

เนื่องจากเป้าหมายจากการกระทำทั้งสองทาง ไม่ว่าจะเป็นการทำให้คู่แข่งต้องออกจากตลาดไป หรือการปิดกั้นมิให้นักลงทุนรายใหม่เข้ามาในตลาดก็ตาม วัตถุประสงค์ของการกระทำในลักษณะดังกล่าวก็คือ ความพยายามที่จะทำให้ตนเองมีอำนาจผูกขาดในตลาดให้มากที่สุด และมีระยะเวลานานที่สุด โดยอาศัยวิธีที่ไม่สุจริต หรืออาจกล่าวได้ว่า ความพยายามในการที่จะให้ตนมี “ส่วนแบ่งตลาด” (Market Share) ให้มากที่สุด

กฎหมายฯ จะเข้ามาควบคุมในทางเลือกที่สอง ในกรณีที่มีการร่วมมือกันของกลุ่มผู้ประกอบการนั้นเป็นการร่วมมือกันในลักษณะการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวนอน ซึ่งส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด (Market Mechanism) และยังเป็นการลดหรือทำลายการแข่งขันซึ่งน่าจะเกิดขึ้นแทนการร่วมมือกัน ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการร่วมกันจำกัดราคา ปริมาณ สถานที่ในการผลิตหรือจำหน่าย เทคโนโลยี เป็นต้น¹²

สำหรับการแก้ไขปัญหการผูกขาดนั้น จะขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศแต่ก็มีอยู่ 2 หลักที่สำคัญคือ 1. การออกกฎหมายมาทำลายผู้มีอำนาจผูกขาด ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ

¹² วิโรจน์ วาหินพงศ์พันธ์ ก (2544). เอกสารประกอบการสอนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ชุดที่ 2. หน้า 1 - 3.

2. การออกกฎหมายมาควบคุมผู้มีอำนาจผูกขาด ไม่ให้ใช้อำนาจนั้นไปในทางที่มีขอบ ของสหภาพ ยุโรป ซึ่งรายละเอียดจะอยู่ในบทถัดไป

2.1.8 อำนาจเหนือตลาดและเกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาด

คำว่า อำนาจเหนือตลาด นั้น ภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “Market Power” หรือ “Monopoly Power” ทั้งสองคำนี้มีความหมายที่ใกล้เคียงกันหรืออาจเหมือนกันทุกประการ ซึ่งขึ้นอยู่กับความเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกันไป ส่วนคำจำกัดความของคำว่า “อำนาจเหนือตลาด” นั้นไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนและแน่นอน แต่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำนี้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน¹³ กล่าวคือ

1. นโยบาย (Guideline) ว่าด้วยการควบกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1992 ได้ให้คำจำกัดความของ Market Power ว่าหมายถึง ความสามารถหรือกำลังในการรักษาราคาสินค้าให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าระดับราคาแข่งขันในช่วงระยะเวลาที่สำคัญเวลาหนึ่ง

2. คำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจากคดี United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. ในปี ค.ศ. 1956 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า Monopoly Power ว่าหมายถึง ความสามารถในการควบคุมราคาสินค้า หรือความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน

จากการให้คำจำกัดความตามข้างต้นนี้ ก็ได้มีนักวิชาการบางท่านได้แสดงความคิดเห็นว่า แท้ที่จริงแล้วความหมายของทั้งสองคำนี้ไม่ได้แตกต่างจากกันเท่าใดนัก ดังนั้นจึงควรหลีกเลี่ยงการแยกใช้คำทั้งสองและยังเป็นการก่อให้เกิดความสับสนตามมาอีกด้วย เหตุผลก็เพราะว่า ในการที่จะยกระดับราคาสินค้าในตลาดให้สูงขึ้นหรือการที่จะครอบครองตลาดนั้น นอกจาก 1. จะต้องลดจำนวนการผลิตหรือจำนวนการจำหน่ายของสินค้าในการประกอบการตนแล้ว ยังรวมถึง 2. การทำให้ผู้ประกอบการอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งลดจำนวนการผลิตหรือจำนวนการจำหน่ายลงมาด้วย ซึ่งความหมายที่ 2 นี้ก็ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งด้วย และเนื่องจาก “ความสามารถในการกำจัดการแข่งขัน” ในที่นี้หมายถึง

1. การกำจัดคู่แข่งให้ออกจากตลาดไปได้
2. การทำให้ต้นทุน (Costs) หรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการจำหน่ายของคู่แข่งสูงขึ้น ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่ถึงระดับมากพอที่จะสามารถกำจัดคู่แข่งออกไปจากตลาดได้ก็ตาม

¹³ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ก (2544). แหล่งเดิม. หน้า 6.

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า การที่จะได้มาซึ่ง “ความสามารถในการจัดการแข่งขัน” มีเพียงวิธีเดียวคือ การทำให้คู่แข่งลดจำนวนการจำหน่ายในตลาด โดยการทำให้ต้นทุนของคู่แข่งสูงขึ้นกว่าเดิม

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือไม่ นั้น มีกฎเกณฑ์ที่เข้ามาช่วยในการพิจารณา โดยอาศัยองค์ประกอบต่าง ๆ ซึ่งเรียงตามลำดับความสำคัญในตลาดแต่ละประเภท โดยทั่วไปแล้วเมื่อเราพูดถึงอำนาจเหนือตลาด ส่วนมากก็จะนึกถึง “ส่วนแบ่งตลาด” (Market Share) ขึ้นมาก่อนเป็นอันดับแรก แต่เกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดที่นอกจากจะใช้ส่วนแบ่งตลาดที่ว่ามีแล้ว ยังมีองค์ประกอบอื่น ๆ ที่สำคัญอีกด้วย เช่น ความยืดหยุ่นของราคาสินค้านั้น ๆ, แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เป็นต้น

ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์แล้ว ผู้ประกอบการทุกรายจะสามารถมีอำนาจเหนือตลาดได้ ในกรณีที่ขึ้นราคาสินค้าของตนให้สูงจากระดับราคาแข่งขัน แม้แต่เพียงเล็กน้อยก็ตาม (ราคาแข่งขันดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นในสภาวะตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์) แต่ในทางกฎหมายป้องกันการผูกขาด แล้วอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นได้ง่ายในลักษณะเช่นนี้ จะไม่ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณา แต่จะมองเฉพาะในกรณีที่ เป็น “อำนาจเหนือตลาดในระดับที่ต้องมีการบังคับใช้กฎหมาย” หมายความว่า ต้องเป็นอำนาจเหนือตลาดที่สามารถทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดนั้นเบี่ยงเบนไปได้ และสิ่งสำคัญที่สุดก่อนการคำนวณส่วนแบ่งตลาดให้ออกมาเป็นเปอร์เซ็นต์ คือ การหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้น ๆ ก่อนทุกครั้ง ไม่ว่าจะเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (Relevant product market) หรือตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant geographic market)¹⁴

แม้ว่าหัวใจหลักในการพิจารณาเรื่องอำนาจเหนือตลาดจะอยู่ที่ส่วนแบ่งตลาด แต่ องค์ประกอบอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาดก็ได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาด้วยอัน ได้แก่ การเปิดโอกาสในการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ (Barriers to entry), อัตราการเก็งกำไร, พฤติกรรมทางด้านราคาในทางปฏิบัติ, การกระจุกตัวในตลาด (Market concentration), ความยืดหยุ่นตามอุปสงค์ของผู้บริโภค, ความยืดหยุ่นของราคาสินค้า, การนำกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบของการร่วมมือกันมาคิดเป็นหน่วยเดียวกัน, อาศัยการมีอยู่ของการกระทำที่เป็นการกำจัดคู่แข่ง

¹⁴ รายละเอียดโปรดอ่านใน สรวิศ ลิ้มปริงยี. (2542, กันยายน). “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ “ตลาดที่เกี่ยวข้อง”.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 3. หน้า 372 - 386.

สำหรับในประเทศไทยนั้นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำจำกัดความของ “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ว่าหมายถึง “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

จากตัวบทจะสามารถสังเกตเห็นคำว่า “ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่า...” ซึ่งน่าจะหมายความว่า องค์ประกอบหลักที่ใช้ในการพิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในที่นี้คือ ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย และองค์ประกอบเสริมที่ใช้ในการพิจารณาก็น่าที่จะหมายถึง “โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย” ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตในการพิจารณาที่ค่อนข้างกว้างเกินไป และอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการ หรือคณะรัฐมนตรี เป็นสำคัญ ลักษณะของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ฉบับปัจจุบัน จึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการที่คณะกรรมการเป็นผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาคัดสินคดีแต่เพียงผู้เดียวนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นมาภายหลังได้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น คำตัดสินของคณะกรรมการอาจขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลในช่วงนั้น ๆ ซึ่งในบางครั้งอาจมีความขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือการมีอคติที่ไม่ดีเป็นการส่วนตัวต่อผู้ประกอบการรายนั้น หรือการขาดผู้ที่มีประสบการณ์และความรู้ที่ลึกซึ้งพอในการพิจารณาปัญหาทั้งในด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ เป็นต้น

สภาพการแข่งขันของตลาด ในที่นี้ ก็มีได้ระบุเอาไว้อย่างแน่ชัดว่าเกณฑ์ที่จะนำมาใช้นั้นคืออะไร แต่จากหลักทฤษฎีของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (กฎหมายการแข่งขันทางการค้า) ของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา หรือสหภาพยุโรป เห็นได้ว่าน่าจะรวมไปถึงอิสระในการเข้ามาลงทุนโดยผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดด้วยว่ามีหรือไม่ หรือมีอยู่ในระดับใด และองค์ประกอบเสริมทางด้านเทคโนโลยีว่ามีประสิทธิภาพพอเพียงในการที่จะทำให้ต้นทุนในการผลิตลดลงมาได้หรือไม่ และนอกจากนี้ก็ยังมีส่วนประกอบอื่น ๆ อีกที่สมควรนำมาใช้ในการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการด้วย เช่น การประหยัดต่อขนาด (Economies of scale), การเปรียบเทียบขอบเขตความสามารถในการแข่งขันของกลุ่มแข่งขันรายอื่น ๆ, มุมมองจากผู้บริโภคต่อสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ว่าความต้องการของผู้บริโภคได้มีการเปลี่ยนแปลงหรือมีแนวโน้มไปอย่างไรบ้าง เป็นต้น

2.1.9 การร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

Adam Smith ได้อธิบายไว้ว่า หากมีการปล่อยให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับอิสระอย่างเต็มที่แล้ว เป็นที่แน่นอนว่าผู้ประกอบธุรกิจต่างจะรวมตัวกันหยุดการแข่งขันซึ่งกันและกัน อันเนื่องมาจากความคิดโดยพื้นฐานของมนุษย์ที่ว่ามนุษย์ทุกคนต่างรักสบาย ดังนั้นมนุษย์ทุกคนจึงเลือกที่จะร่วมมือกันมากกว่าการแข่งขันที่ต้องอาศัยความพยายามด้วยตนเอง ดังนั้นหากกฎหมายป้องกันการผูกขาด ไม่มีมาตรการใด ๆ ที่จะเป็นตัวกำหนดหรือควบคุมการหยุดการแข่งขันโดยสมาชิกในกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันที่หันมาร่วมมือกันโดยการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่ในระดับราคาเดียวกัน ก็จะส่งผลให้ไม่สามารถเกิดตลาดแข่งขันที่สมบูรณ์ขึ้นมาได้¹⁵

การร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ หมายถึง การเข้ามาร่วมกันหรือร่วมมือกันของหน่วยธุรกิจตั้งแต่ 2 หน่วยขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งระหว่างกัน ทั้งยังการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาประกอบธุรกิจในตลาด ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถหาวิถีทางที่จะตกลงกันได้หลายวิธี ทั้งนี้การตกลงดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น โดยการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) และการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (vertical agreement) แต่สำหรับนักวิชาการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาด จะเรียกการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจทั้งในแนวนราบและแนวตั้งในลักษณะโดยรวมว่า การร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade)

การร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) หมายถึง การร่วมมือของกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ซึ่งอยู่ในตลาดหรืออุตสาหกรรมประเภทเดียวกันหรืออยู่ในขั้นตอนการผลิตเดียวกัน โดยจะมีระดับในการต่อรองทางการค้าที่เท่าเทียมกันหรือใกล้เคียงกัน และผู้ประกอบธุรกิจในแต่ละรายจะยังคงไว้ซึ่งความอิสระทั้งในทางกฎหมายและเศรษฐกิจในระดับหรือประเภทเดียวกัน

การร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (vertical agreement) หมายถึง การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในระดับที่ต่างกัน หรืออยู่ในขั้นตอนการผลิตต่างกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะพบในรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันทางวิธีการจำหน่าย ระหว่างผู้ผลิตผู้ประกอบธุรกิจขายส่ง และผู้ประกอบธุรกิจขายปลีก โดยส่งผลทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน

¹⁵ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ข (2544). เอกสารประกอบการสอนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ชุดที่ 3. หน้า 1 - 2.

ระหว่างร้านค้าด้วยกันสำหรับการจำกัดการแข่งขันในแนวดังนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ 1. การจำกัดทางด้านราคาโดยตรง ซึ่งหมายถึง การกำหนดราคาขายปลีกหรือราคาขายต่อ (resale price maintenance) และ 2. การจำกัดที่มีใช้ทางด้านราคาในกรณีที่ส่งผลเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวราบระหว่างร้านค้าผู้จัดจำหน่ายด้วยกัน โดยผู้ผลิตจะเป็นผู้แทรกแซงและกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เช่น ระบบการแบ่งอาณาเขตหรือแบ่งกลุ่มลูกค้า และในกรณีที่ส่งผลเป็นการจำกัดคู่แข่งทางการค้า (exclusive conduct) เช่น การขายพ่วง (tying contract)

สำหรับวิธีหรือรูปแบบของการร่วมมือกันที่มักจะปรากฏซึ่งถือเป็นการขัดต่อการแข่งขันทางการค้าได้แก่ พฤติกรรมดังต่อไปนี้

1. การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (price fixing) ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหรือตัวอย่างหลักที่สำคัญที่สุดและมีความผิดที่ร้ายแรงที่สุดประเภทหนึ่งของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวราบ โดยมีลักษณะเป็นสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (agreement) ว่าด้วยการกำหนดราคา ซึ่งคดีส่วนใหญ่มักจะเป็นในรูปแบบนี้ แต่หากเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง จะเป็นกรณีของการกำหนดราคาขายปลีกหรือราคาขายต่อ (resale price maintenance) และเนื่องจากการแข่งขันทางด้านราคา (price competition) ถือเป็นหัวใจหลักของกลไกตลาด ดังนั้นการกระทำที่เป็นการจำกัด ทำลายหรือลดการแข่งขันทางด้านราคาในตลาด จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุผลอันสมควรและส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด กฎหมายฯ จึงจำเป็นต้องควบคุมการกระทำในลักษณะนี้ให้มีความเข้มงวดอย่างมาก

การกำหนดราคานั้นมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ เช่น การกำหนดราคาขายต่ำสุด (minimum price fixing) การกำหนดราคาขายสูงสุด (maximum price fixing) การกำหนดราคามาตรฐาน (standard price fixing) หรือการกำหนดราคาเป้าหมาย (target price fixing) เป็นต้น แต่โดยทั่วไปแล้วผู้คนส่วนมากมักจะคิดว่าการกำหนดราคาต่ำสุดเท่านั้นถึงจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะเป็นการตั้งระดับราคาขั้นต่ำสุดให้อยู่สูงกว่าระดับราคาที่แข่งขันกันจริงในตลาด

ส่วนในกรณีที่เป็นการกำหนดราคาสูงสุด หากมองดูแล้วผู้ที่ได้ผลประโยชน์น่าจะเป็นผู้บริโภค เพราะการตั้งเพดานราคาจำหน่ายสูงสุด (maximum price) คือการห้ามมิให้สมาชิกในกลุ่มขายสินค้าให้สูงกว่าเพดานราคาดังกล่าวจะเท่ากับเป็นการทำให้สินค้าราคาไม่แพงเกินราคาสูงสุด แต่แท้ที่จริงแล้วการกระทำดังกล่าวถือว่ามีผิดตามกฎหมายเพราะว่าการกำหนดราคาสูงสุดก็ถือว่าเป็นการทำลายระบบการแข่งขันซึ่งเน้นกลไกตลาดเป็นสำคัญ ทั้งเป็นการลดแรงกระตุ้นประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ ลดการพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ และอาจเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้ามาในตลาดนี้

2. การร่วมมือกันฮั้วการประมูล (bid rigging) ถือได้ว่าเป็นการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า หรือ price fixing ประเภทหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการร่วมกันตกลงกันกำหนดราคาการประมูลสินค้าหรือบริการ โดยกลุ่มผู้ประกอบการภายในกลุ่มให้มีราคาสูงกว่าราคาแข่งขันการประมูลโดยปกติ ซึ่งวิธีการที่ใช้นั้นจะแตกต่างไปจากการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า กล่าวคือ การฮั้วการประมูลส่วนใหญ่จะมีลักษณะของการกำหนดตกลงกันภายในกลุ่มโดยการกำหนดให้สมาชิกรายใดรายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะการประมูลหรือการประกวดราคาในแต่ละครั้ง ซึ่งจะทำการผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันไปเรื่อย ๆ และนอกจากนี้สมาชิกภายในกลุ่มจะพยายามหาทางป้องกันและกำจัดมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าร่วมแข่งขันในการประมูลด้วย ดังนั้นในปัจจุบันกฎหมายฯ จึงจำเป็นต้องควบคุมจัดการการประมูลหรือการประกวดราคาสินค้าหรือบริการให้เป็นธรรมและเปิดเผย เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศให้มากที่สุด เพราะเท่าที่ผ่านมาราคาที่หน่วยงานของรัฐได้รับจากการประมูลจะค่อนข้างสูงกว่าราคาตลาดในระดับที่แตกต่างกันมาก

3. การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการ (restraint of output หรือ production control) ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อันเนื่องมาจากการกระทำที่แทรกแซงกลไกตลาดอย่างไม่สมควร กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้กำหนดราคาสินค้าหรือบริการเหมือนกับการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้าโดยตรงก็ตาม แต่ผู้ประกอบการต่างร่วมมือกันจำกัดปริมาณการผลิตหรือการจำหน่าย สินค้าให้น้อยกว่าความต้องการในตลาด ทำให้เกิดภาวะสินค้าขาดแคลนและส่งผลกระทบต่อราคาสินค้า อันส่งผลทำให้ราคาสินค้าประเภทนั้นสูงขึ้น ซึ่งถือว่าการร่วมกันกำหนดปริมาณในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการปรับสภาพอุปสงค์อุปทานในตลาดเป็นการล่วงหน้าซึ่งส่งผลกระทบในทางลบต่อราคา จึงสามารถกล่าวได้ว่าผลลัพธ์ของการร่วมกันกำหนดปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายนั้น ไม่แตกต่างไปจากการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า

4. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ต่าง ๆ หมายถึง ข้อตกลงร่วมมือกันที่ (1) เป็นการจำกัดหรือยกเลิกอัตราการใช้งานหรือการทำงาน (rate of operation) ของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงเวลานั้น หรือ (2) เป็นข้อตกลงที่ว่าด้วยการปรับสภาพการลงทุนทางด้านเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ในอนาคต ซึ่งถือว่าการร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรในลักษณะนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตโดยทางอ้อม

5. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี ตัวอย่างเช่น (1) การร่วมมือกันจำกัดการใช้หรือการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ โดยมากแล้วประเทศส่วนใหญ่จะออกข้อกำหนดด้วย R&D (Research and Development) เพื่อเป็นแนวทางในการป้องกันการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน (2) การร่วมกันทำสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้สิทธิทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ เช่น สิทธิบัตร

หมายถึง กรณีที่เป็นการทำสัญญา cross license หรือ patent pool แล้วร่วมกันจำกัดทางด้านราคา จำกัดปริมาณ แบ่งเขตพื้นที่ตลาด ซึ่งถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมาย

6. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า หมายถึง (1) การร่วมมือกันจำกัดการผลิตหรือ การจำหน่ายสินค้าเฉพาะที่ได้กำหนดไว้ (2) การทำสัญญาว่าด้วยสาขาการผลิตเฉพาะทาง หรือ (3) การใช้วิธีกำหนดมาตรฐานสินค้า (standardization) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของการ ร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า หรือการร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิต ซึ่งเกินเลยจากขอบเขต ของการร่วมมือกันเพื่อกำหนดมาตรฐานสินค้าโดยเฉพาะ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือว่าผิดกฎหมาย

7. การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด (market division) การร่วมมือกันในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันว่าด้วยการแบ่งตลาดซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ (1) การแบ่ง กลุ่มลูกค้าเฉพาะ และ (2) การแบ่งเขตพื้นที่ เช่น การกำหนดรายชื่อผู้ที่คาดว่าจะได้รับการประมูล หรือการจัดการการประมูลด้วยตนเองโดยตรง หรือการร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้ากับ ผู้ประกอบการรายอื่น ก็ถือว่าการจำกัดในลักษณะนี้ด้วยเช่นกัน

8. การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (group boycotts) โดยทั่วไปจะหมายถึงการที่ ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป (ซึ่งจะแตกต่างไปจากการปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการ รายเดียว หรือ refusals to deal) ร่วมมือกันไม่ทำการค้าหรือธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นทั้งใน ทางตรงและทางอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์ที่แน่ชัด คือ เพื่อเป็นการกำจัดคู่แข่งขึ้นให้ออกไปจาก ตลาด หรือเพื่อป้องกันยับยั้งมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันใน ตลาดกับตนได้ ซึ่งถือว่าการละเมิดสิทธิในการประกอบธุรกิจของคู่แข่งอย่างไม่ถูกต้อง ซึ่ง โดยทั่วไปแล้วการกระทำในลักษณะนี้จะมีผลในชั้นที่รุนแรงใกล้เคียงกับการร่วมมือกัน กำหนดราคาสินค้า หรือการร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิต

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหากกำหนดไปอย่างอัตโนมัติว่าการร่วมมือกันจำกัดการ แข่งขันทางการค้าในทุกกรณีถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายแล้วก็อาจเกิดปัญหาตามมาได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ร้านค้าขนาดกลางและเล็กได้ร่วมมือกันในการมีอำนาจต่อรองในการจัดซื้อ สินค้า หรือกรณีของ R&D (Research and Development) ในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูง เป็นต้น ซึ่งในกรณีเหล่านี้อาจถือได้ว่าเป็นการร่วมมือกันซึ่งมีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในเชิง เศรษฐกิจ (economic efficiency) ก็ได้ ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์ส่วนมากมีความเห็นว่า กรณีที่เป็นการ ร่วมมือกันในลักษณะนี้ ควรที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ซึ่งจะแตกต่างไปจากการร่วมมือกัน จำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะทั่ว ๆ ไป เช่น การร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) หรือการฮั้วประมูล (bid rigging) อันถือว่าเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายไม่สามารถอนุญาตได้ เพราะเป็นการขัดต่อกลไกตลาด (market mechanism)

2.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ถือว่าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ (Economic Law) มีความสำคัญอย่างมากต่อประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม หรือระบบเศรษฐกิจแบบตลาด เนื่องมาจากเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและสร้างไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการ ซึ่งหากตลาดสินค้าและบริการมีการแข่งขันกัน จะทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ มีการจัดทรัพยากรที่เหมาะสมกับความต้องการของตลาด และการใช้วิทยาการการผลิตที่ดีสามารถลดต้นทุนการผลิตได้ อีกทั้งจะมีนวัตกรรมใหม่ ๆ เกิดขึ้นในตลาด โดยภาพรวมแล้วจะทำให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้¹⁶ ซึ่งหากมองทางด้านผู้บริโภคก็ย่อมจะได้รับประโยชน์จากตลาดที่มีการแข่งขันไปด้วย นั่นคือทำให้ผู้บริโภคมีสิทธิในการเลือกซื้อสินค้าและบริการมากขึ้น ส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการย่อมถูกลงและมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น ฉะนั้นมาตรการทางกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงมุ่งตรงต่อการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการไม่ให้กระทำการใดอันเป็นการกระแทกกระทั้นต่อการแข่งขันในตลาด โดยประเด็นสำคัญของมาตรการทางกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. การควบคุมการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการ หรือการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ที่มีอำนาจผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจการผูกขาดไปในทางขจัดคู่แข่งในตลาดเดียวกัน กีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาดเพื่อแข่งขันกับตน หรือแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง เช่นการพ่วงขายโดยบังคับ (Tie-In) การบังคับให้ติดต่อทางธุรกิจกับตนเท่านั้นไม่ให้ติดต่อกับคู่แข่ง (Exclusive Dealing) เป็นต้น

2. การควบคุมการควบกิจการของบรรดาผู้ประกอบการในตลาดก็เป็นประเด็นสำคัญเนื่องจากผู้ประกอบการอาจแสวงหาอำนาจการผูกขาด และทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงได้โดยการควบกิจการเข้าด้วยกันเพื่อลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน และลดทางเลือกของผู้บริโภค

3. การควบคุมพฤติกรรมของบรรดาผู้ประกอบการในตลาดไม่ให้ตกลงร่วมกันยุติการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ซึ่งการตกลงยุติการแข่งขันระหว่างกันได้แก่ การตกลงราคาร่วมกัน (Price Fixing Agreement) การตกลงแบ่งตลาด เป็นต้น

¹⁶ สุธีร์ ศุภนิธย์ ก (2545, ธันวาคม). “การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า.” วารสารนิติศาสตร์, 32, 4. หน้า 725.

โดยในแต่ละประเทศนั้นก็จะมีมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้มาประยุกต์เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของประเทศตน ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมผู้ประกอบการเพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนต่อการแข่งขันในตลาดของแต่ละประเทศจึงอาจมีความแตกต่างกันได้ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่ต้องอาศัยข้อพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมาก และเพื่อให้การบริหารและการบังคับกฎหมายสามารถใช้ให้เกิดประโยชน์ได้สูงสุด อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศที่วางมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าต่างก็ทราบดีว่าการบริหารและการบังคับกฎหมายนี้ก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ามาตรการทางกฎหมายที่แต่ละประเทศทั้งหลายได้วางไว้

2.3 วิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

จากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้มีการกักตุนสินค้าเพื่อเก็งกำไร เกิดภาวะสินค้าขาดแคลน เกิดตลาดมืด มีการฉวยโอกาสตั้งราคาสินค้าอุปโภคบริโภคที่จำเป็นให้มีราคาสูงกว่าราคาปกติ เกิดการรวมกลุ่มในรูปสมาคมการค้าเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของพวกเขา และมีการทำข้อตกลงกันกำหนดราคาดินค้า ส่งผลให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน รัฐจึงได้ตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและสาธารณชนทั่วไปเป็นครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 เพื่อควบคุมราคาดินค้า และป้องกันการรวมตัวกันกำหนดราคาดินค้าในภาคเอกชน โดยการควบคุมราคาดินค้าที่จำหน่ายให้แก่ประชาชนที่จำเป็นต้องซื้อใช้เฉพาะแต่ในเวลาฉุกเฉิน เช่น เกิดสงครามหรือประกาศใช้กฎอัยการศึกเท่านั้น เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าฉวยโอกาสขึ้นราคาดินค้าในเวลาดังกล่าว อันเป็นเหตุให้ขัดต่อความปกติสุขของประชาชน โดยมีการแก้ไข 2 ครั้ง คือในปี พ.ศ. 2483 และในปี พ.ศ. 2484 และต่อมาก็ได้ถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2490 ซึ่งรัฐได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ขึ้นเพื่อใช้แทนและได้เปลี่ยนวิธีป้องกันการค้ากำไรเกินควรใหม่ คือไม่จำกัดสถานะการณ์ เมื่อปรากฏว่ามีการค้ากำไรเกินควรเกิดขึ้น ให้คณะกรรมการพิจารณาว่าราคาดินค้าควรจะเป็นเท่าไร แล้วจึงกำหนดราคาขายสูงสุดของสินค้านั้น รวมถึงการปันส่วนหรือห้ามซื้อห้ามขายได้ ตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ วิธีการควบคุมหรือป้องกันมิให้ค้ากำไรเกินควรแบบนี้เป็นการควบคุมพ่อค้ามิให้เอารัดเอาเปรียบประชาชน และควบคุมการค้ากำไรเกินควร ซึ่งเหมาะสมกับช่วงเวลาที่มิเหตุการณ์ฉุกเฉิน เช่น เกิดสงคราม เศรษฐกิจตกต่ำ เป็นต้น เมื่อภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงไปจึงมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2517 โดยได้จัดทำพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2517 ซึ่งมีมาตรการควบคุมการผลิตหรือการจำหน่ายและมาตรการสั่งห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร แต่ไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากไม่ได้คุ้มครองผู้บริโภคในแง่ที่เกิดจากการผูกขาดโดยตรง แต่มุ่งควบคุมราคาดินค้าที่

จำเป็นแก่การครองชีพเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในภาวะเวลาที่มีวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองทางอ้อมหากสินค้าที่ถูกควบคุมมีการผูกขาดโดยผู้ผลิตหรือผู้บริโภค ต่อมาในปี พ.ศ. 2522 กฎหมายดังกล่าวก็ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรม ป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ เป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) โดยจะพิจารณาถึงการใช้อำนาจผูกขาดอย่างเคร่งครัด ไม่ยอมให้มีการใช้อำนาจผูกขาดกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น เป็นมาตรการควบคุมที่เข้มงวดอย่างมาก โดยบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดแทบจะไม่สามารถใช้ประโยชน์กับโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เลย เพราะระบบเศรษฐกิจของไทยแท้จริงแล้วสภาพตลาดจะไม่มีการแข่งขันอย่างแท้จริง บางอุตสาหกรรมมีผู้ประกอบการจำนวนน้อยราย มีข้อจำกัดทางตลาดที่มีขนาดเล็กและการผลิตยังต้องคำนึงถึงการประหยัดต่อขนาด ทำให้หลีกเลี่ยงปัญหาการผูกขาดได้ยาก การบังคับใช้ย่อมเป็นการฝืนกับสภาพความเป็นจริงที่จะต้องประกาศให้ธุรกิจเกือบทุกประเภทเป็นธุรกิจควบคุม จึงทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายควบคุมราคาสินค้าเท่านั้น ดังนั้นในปี พ.ศ. 2542 จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับนี้ และได้ตรากฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ขึ้น ทั้งนี้การที่ได้ตราพระราชบัญญัติออกมาเป็นสองพระราชบัญญัติมีเหตุผลมาจาก บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการใช้บังคับใช้ที่แตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของการแข่งขันทางการค้าจะเป็นการดูแล และจัดระบบทางการค้าให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม แต่สำหรับในส่วนของการกำหนดราคา สินค้าเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและค่าบริการ และให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภค

กรณีการแข่งขันทางการค้านั้น ได้เปลี่ยนหลักการจากแนวทางการควบคุมโครงสร้างมาเป็นแนวทางการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) แทน เพื่อควบคุมไม่ให้ผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจตลาด ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบ อันก่อให้เกิดความเสียหายในตลาด สินค้าและบริการ และป้องกันไม่ให้การบิดเบือนสภาพของตลาด เพื่อรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการพร้อมที่จะให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขันได้โดยสะดวก และส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและค่าบริการมากยิ่งขึ้น และเพื่อป้องกันมิให้ราคาสินค้าและค่าบริการต่าง ๆ สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินสมควร อีกทั้งเพื่อให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภคของผู้บริโภคภายในประเทศเป็นหลักสำคัญ

2.4 โครงสร้างและระบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

การบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ แต่ละประเทศต้องเลือกระบบของกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศของตน โดยจะขึ้นอยู่กับภูมิหลังทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง รวมทั้งระดับความเชื่อในนโยบายการแข่งขัน (Degree of Competition) ของแต่ละประเทศเป็นปัจจัยสำคัญ ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหามหาการผูกขาดหรือการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการนั้น ซึ่งระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่คือ

1. ระบบควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) เป็นระบบที่ห้ามการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดและพยายามป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดหรือสร้างอำนาจตลาดขึ้นมาได้โดยการสกัดกั้นหรือควบคุมผู้ประกอบการอย่างเข้มงวด หากพบว่ามีความโน้มเอียงจะกลายเป็นผู้ผูกขาดจะลดอำนาจผูกขาดและขนาดของผู้ประกอบการลง จนกระทั่งไม่อาจกระทำการผูกขาดต่อไปได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศใหญ่ ตลาดสินค้าและบริการใหญ่โตมาก มีทรัพยากรเป็นจำนวนมาก การแข่งขันกันในระบบเศรษฐกิจย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร และสามารถสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี ทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจโดยส่วนรวมและเป็นการลดปัญหาระหว่างธุรกิจขนาดใหญ่และขนาดเล็กลง การผูกขาดทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา มีนโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันที่เข้มงวดไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการแสวงหาอำนาจการผูกขาดได้ และหากปรากฏว่ามีการผูกขาดเกิดขึ้นก็จะต้องมีการทำลายเพื่อลดอำนาจการผูกขาดลง เพราะเชื่อว่าผลเสียอย่างร้ายแรงอันเกิดจากการผูกขาดย่อมไม่อาจจะมีการควบคุมได้ ตลาดที่สภาพการผูกขาดยังคงมีอยู่ในตลาดสินค้าและบริการนั้น ซึ่งในแง่หนึ่งเท่ากับเป็นการต้องการที่จะควบคุมโครงสร้างตลาดสินค้าหรือบริการให้มีลักษณะเปิดกว้าง เพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาโดยสะดวก และไม่ต้องการให้มีการผูกขาดเพื่อทำให้การแข่งขันหายไป¹⁷ มาตรการทางกฎหมายที่ออกมาเพื่อการควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจจึงเรียกระบบนี้ว่า “ระบบควบคุมโครงสร้าง” (Structural Control หรือ Prohibition Approach)

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้จะมุ่งเน้นให้ตลาดจะต้องเต็มไปด้วยภาวะการแข่งขันและเป็นนโยบายการแข่งขัน (Competition Policy) หรือ (Antitrust Policy)¹⁸ ของรัฐที่ต้องการสนับสนุนการแข่งขัน ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในตลาดได้ดำเนินธุรกิจการค้าโดยเสรีปราศจากอุปสรรคใด ๆ จากแนวความคิดและนโยบายดังกล่าวจึงเป็นที่มาของแนวทางการกำหนด

¹⁷ สุธีร์ สุนิตย์ ข (2534, ธันวาคม). “การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด.” วารสารนิติศาสตร์, 21, 4. หน้า 509.

¹⁸ ในเรื่อง Antitrust Policy โปรดอ่าน Kaysen Carl and Turner Donald F. (1959). *Antitrust Policy*.

มาตรการทางกฎหมายในลักษณะเคร่งครัด โดยถือว่าพฤติกรรมทางการค้าทุกรูปแบบที่มีผลให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือสิ้นสุดลงเป็นข้อห้ามทั่วไป เพื่อคุ้มครองโครงสร้างตลาดให้คงไว้ซึ่งสถานะการแข่งขัน ห้ามการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาด จึงถือได้ว่ามาตรการทางกฎหมายในระบบควบคุมโครงสร้างนั้น จะคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการแข่งขันในตลาดเป็นเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมาย

เมื่อพิจารณาระบบควบคุมโครงสร้างในแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ จะเห็นว่าเป็นระบบที่เหมาะสมกับประเทศที่มุ่งให้มีการแข่งขันเป็นหลัก ตลาดในประเทศมีขนาดใหญ่มีลักษณะเปิดกว้างให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ง่าย สภาพตลาดสินค้าและบริการจะเป็นตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง ผู้ประกอบการอาจจะมีอำนาจตลาดอยู่บ้างแต่ไม่ถึงขั้นที่มีอำนาจผูกขาด เนื่องจากมีผู้ประกอบการจำนวนมากและสัดส่วนการครอบครองส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่มาก่อนข้างต่ำ

2. ระบบควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) เป็นระบบที่ไม่มุ่งเน้นการแข่งขันเป็นหลัก แต่มุ่งส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาเศรษฐกิจ ในระบบนี้ยอมรับการที่ผู้ประกอบการอาจมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่จะควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีขอบ ในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม ส่วนใหญ่มักเป็นประเทศที่มีขนาดเล็ก ตัวอย่างเช่น ประเทศต่าง ๆ ในยุโรป สแกนดิเนเวีย กลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community-EEC) รวมทั้งแคนาดา และออสเตรเลีย การเลือกแนวทางนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเพราะความจำเป็นทางเศรษฐกิจ เนื่องด้วยว่าประเทศเหล่านี้มีสภาพของตลาดสินค้าและบริการขนาดเล็ก การผลิตสินค้าหรือการให้บริการโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามีการประหยัดต่อขนาด (Economies of Scale) ผลิตโดยผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย หรือผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ย่อมเป็นการเพียงพอสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้ในระดับหนึ่ง ปรากฏว่าการผลิตสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงรายเดียวย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้ เพราะสามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการที่มีคุณภาพ และราคาของสินค้าหรือค่าบริการอยู่ในระดับที่ต่ำ หากเป็นการประกอบการโดยผู้ประกอบการรายย่อย ๆ หลาย ๆ ราย ย่อมเป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากรและราคาของสินค้าหรือบริการจะสูงขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวประเทศเหล่านี้จึงยอมรับสภาพการที่อาจมีการผูกขาดทางเศรษฐกิจและไม่มีจุดประสงค์จะทำลายผู้มีอำนาจการผูกขาดนั้น แต่เพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจไม่ให้ก่อความเสียหาย จึงต้องควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายตามระบบนี้จะไม่ได้อำนาจแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างใด แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้นไม่ให้ใช้อำนาจที่มีโดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาใน

ตลาดและผู้ประกอบการรายย่อย ๆ ที่อยู่ในตลาดเดียวกัน มาตรการดังกล่าวนี้จึงไม่เป็นการควบคุมทางโครงสร้าง หากแต่เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในการประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการแทน”¹⁹ จึงเรียกระบบนี้ว่า “ระบบควบคุมพฤติกรรม”

ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้จึงมีแนวความคิดว่าการแข่งขันในตลาดไม่ได้นำมาซึ่งประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและประโยชน์ของสังคมโดยรวมเสมอไป ทั้งนี้เพราะปัจจัยด้านสภาพตลาด ขนาดของตลาด ปริมาณทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ทำให้การส่งเสริมให้มีแต่การแข่งขันไม่อาจนำมาซึ่งผลดีต่อเศรษฐกิจและสังคมแต่อาจสร้างความสูญเสียก็ได้ จากแนวความคิดเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันของรัฐที่ไม่มุ่งเน้นให้ตลาดมีการแข่งขันเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับเป็นสำคัญอีกด้วย กล่าวคือ หากพฤติกรรมใดนำมาซึ่งผลประโยชน์ต่อส่วนรวมแล้ว พฤติกรรมนั้นก็อาจได้รับอนุญาตให้กระทำได้ แม้ว่าจะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงก็ตาม แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับควบคุมดูแลของรัฐอย่างใกล้ชิด จึงถือได้ว่ามาตรการทางกฎหมายในระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการให้อยู่ในขอบเขตไม่ให้ทำลายผลประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งจะคำนึงถึงผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเป็นเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมาย

เมื่อพิจารณาระบบควบคุมพฤติกรรมจะเห็นได้ว่าเป็นระบบที่เหมาะสมกับประเทศที่ไม่มุ่งเน้นการแข่งขันเป็นหลัก ยอมรับการมีอำนาจผูกขาด สภาพตลาดในประเทศมีขนาดไม่ใหญ่โตพอที่จะมีผู้ประกอบการหลายราย จึงใช้วิธีการควบคุมพฤติกรรมไม่ให้สร้างความเสียหายต่อสังคมโดยรวมแทนการควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ดังนั้นสภาพตลาดสินค้าและบริการอาจมีการผูกขาด มีผู้ประกอบการจำนวนน้อยรายและมีผู้ประกอบการรายใหญ่ครอบครองส่วนแบ่งตลาดในสัดส่วนที่ค่อนข้างสูง เป็นต้น

จากโครงสร้างและระบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาดทั้งสองระบบดังกล่าวนี้เป็นเพียงแนวทางกว้าง ๆ ที่ทำให้เข้าใจถึงแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น และแม้ลักษณะของการบัญญัติรวมถึงรูปแบบของกฎหมายจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่รายละเอียดในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะเห็นได้ว่ามีมาตรการไปในแนวทางเดียวกัน

¹⁹ สุธีร์ ศุภนิคย์ ข. ถ่มเคิม. หน้าเคิม.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศต่าง ๆ ในยุโรป เช่น ประเทศเยอรมัน และสหภาพยุโรป ได้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันมานานแล้ว ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น เพิ่งมีกฎหมายดังกล่าวเมื่อไม่นานมานี้ จึงควรศึกษากรณีกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ดังนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

จากวิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของไทยมีพระราชบัญญัติที่สำคัญอยู่สามฉบับด้วยกัน คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ดังจะได้อธิบายเป็นลำดับดังต่อไปนี้

3.1.1 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522

กฎหมายฉบับนี้เป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในขณะนั้น โดยมีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบธุรกิจในการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ครอบคลุมธุรกิจทุกประเภททั้งด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันที่คณะกรรมการกลางประกาศกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม หรือสินค้าที่คณะกรรมการกลางด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นสินค้าควบคุม โดยพิจารณาจากเป็นสินค้าที่จำเป็นต่อการครองชีพ สินค้าที่มีผู้ผลิตน้อยราย สินค้าที่มีปริมาณขาดแคลนในบางครั้ง สินค้าที่มีปัจจัยการผลิตต่อเนื่อง สินค้าที่มีผู้ผลิตรายใหญ่ครองตลาดเกินร้อยละ 30 สินค้าที่ผู้ผลิตรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ค่อนข้างยากมีเหตุหรือข้อมูลอันสมควรเชื่อได้ว่ามีการค้ากำไรเกินควร หรือคณะกรรมการกลางเห็นว่าอยู่ในภาวะฉุกเฉินควรมี

การควบคุมราคาสินค้า²⁰ โดยมีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและ ราชการส่วนท้องถิ่น

3.1.1.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้เกิดจากแนวความคิดว่าการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่ดี แต่ถ้ารัฐปล่อยให้เอกชนประกอบธุรกิจโดยเสรี โดยปราศจากการกำกับหรือควบคุมดูแลรัฐแล้วการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดมักจะเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้ตลาดไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง เนื่องจากผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจผูกขาดและสามารถใช้อำนาจผูกขาดในการกำหนดราคาสินค้า เพื่อแสวงหากำไรส่วนเกินและผลตอบแทนที่ได้รับสูงกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ากำไรเกินควรที่เคยใช้บังคับอยู่ก็มีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุมเหมาะสมและเพียงพอที่จะรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค ประกอบกับไม่มีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบการในการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และไม่มีบทบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ²¹ รัฐบาลจึงได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้ตราพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ฉบับนี้เพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้น ควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมและป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาด หากพบว่ามี การผูกขาดเกิดขึ้นก็ต้องทำลายระบบการผูกขาดทำให้ตลาดปราศจากการผูกขาดโดยสิ้นเชิง ถือว่าการผูกขาดเป็นความผิดในตัวเอง²² ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้การบัญญัติได้นำแนวความคิดมาจากระบบควบคุมโครงสร้าง ตามที่บรรยายมาในหัวข้อโครงสร้างและระบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการ

ตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 หมวด 2 เรื่องการกำหนดราคาสินค้า มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใด โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะกีดราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า”

มาตรานี้ได้ห้ามทั้งผู้ประกอบการเพียงรายเดียวและห้ามการลำพัง สมคบ หรือการร่วมกับบุคคลอื่นที่เจตนาทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความ

²⁰ เทียมพิศ หลงบางพลี. (2539). แนวทางใหม่ในการติดตามสถานการณ์สินค้าอุปโภคบริโภค. หน้า 2.

²¹ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522. หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

²² จันทร์ทอง เจริญหรือยังยศ. เล่มเดิม. หน้า 49.

ปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำความผิดกีดกันไม่ให้ราคาสินค้าลดต่ำลงหรือสูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินสมควรและไม่ให้เกิดความปั่นป่วนทางด้านราคา ช่วยทำให้ปริมาณสินค้าในตลาดมีเพียงพอต่อการบริโภค มาตรา 29 นี้จึงเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าทางหนึ่ง

ส่วนในกรณีของมาตรการสำหรับการป้องกันการผูกขาดนั้น ตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 หมวด 3 เรื่องการป้องกันการผูกขาด มาตรา 31 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ คณะกรรมการกลางมีอำนาจประกาศกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุมประกาศของคณะกรรมการกลางตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

ในการที่จะเข้าควบคุมธุรกิจใดนั้น ตามกฎหมายได้ให้อำนาจของคณะกรรมการกลางที่จะต้องประกาศให้ธุรกิจซึ่งมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุม และเมื่อคณะกรรมการกลางได้ประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้วจะมีผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในธุรกิจควบคุมจะต้องไม่กระทำการตามที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 35 ถึง 38 โดยสำหรับกรณีการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 35 โดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น โดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในการประกอบธุรกิจในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าควบคุมอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกันทั่วราชอาณาจักร
- (2) กำหนดราคาขายสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน
- (3) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า ควบคุมได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า ควบคุมให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้านั้นแข่งขัน
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะซื้อสินค้าควบคุมได้ หรือกำหนดผู้ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจะซื้อสินค้าควบคุมได้
- (5) กำหนดราคาซื้อสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกัน หรือกวดราคาซื้อสินค้าควบคุมให้ต่ำลง หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าควบคุม

(6) กำหนดปริมาณของสินค้าควบคุมที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่าย เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(7) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าควบคุม เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

(8) ลดคุณภาพของสินค้าควบคุมให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตหรือจำหน่าย โดยจำหน่าย ในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) รวมธุรกิจควบคุมเข้าด้วยกัน หรือรวมการอำนาจการหรือการควบคุมนโยบาย และการบริหารธุรกิจควบคุม

(10) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครองตลาดหรือควบคุมตลาด”

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจสามารถแบ่งได้ เป็น 2 มาตรการใหญ่ คือ

1. มาตรการควบคุมพฤติกรรมการณ์ร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจในการกำหนด ราคาสินค้าควบคุมตามมาตรา 35 (2) , (5) และ (8) เช่น การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายสินค้า ควบคุมเป็นราคาเดียวกัน กคราคาซื้อสินค้าควบคุมให้ต่ำลง หรือจำกัดปริมาณการซื้อสินค้าควบคุม ลดคุณภาพของสินค้าควบคุมโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือราคาที่สูงขึ้น

2. มาตรการควบคุมพฤติกรรมการณ์ร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจในการจำกัดการ แข่งขันตามมาตรา 35 (1) , (3) , (4) , (6) , (7) , (9) และ (10) เป็นการร่วมกันแต่งตั้งผู้จำหน่ายสินค้า ควบคุมแต่เพียงผู้เดียวให้จำหน่ายสินค้าควบคุมทั่วราชอาณาจักร หรือกำหนดพื้นที่หรือกำหนด ลูกค้าที่จำหน่ายสินค้าควบคุม โดยผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าควบคุมทำให้ไม่ มีการแข่งขัน หรือกำหนดแบ่งพื้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะซื้อสินค้าควบคุม หรือ กำหนดผู้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมจะซื้อสินค้าควบคุมได้ หรือกำหนดปริมาณของสินค้าควบคุมที่ ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่ายเพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าอุปสงค์ของตลาด หรือกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าควบคุมให้เป็นแบบ เดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมร่วมกันควบคุมกิจการ หรือทำความตกลง กำหนดส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น

3.1.1.3 บทยกเว้น

ผู้ประกอบการที่จะอยู่ภายใต้การป้องกันการผูกขาดของพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจอันมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งถูกคณะกรรมการกลางกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม และประกาศในราชกิจจานุเบกษามาตรา 31 เท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจของคณะกรรมการกลางที่จะดูแลการป้องกันการผูกขาด โดยที่ต้องประกาศให้ธุรกิจซึ่งมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุม และเมื่อได้ประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ผู้ที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวจึงจะอยู่ภายใต้การควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้

ในทางตรงกันข้ามหากผู้ประกอบการใด ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้ถูกกำหนดเป็นธุรกิจควบคุมก็สามารถกระทำการอย่างใดก็ได้ แม้ว่าจะเป็นการผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในทางธุรกิจก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 31 จึงส่งผลให้การป้องกันการผูกขาดตามพระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงให้เหมาะสมเพียงพอตามวัตถุประสงค์ที่จะรักษาผลประโยชน์ของประชาชน ซึ่งต่อมาจึงได้มีการพัฒนากฎหมายในเรื่องการป้องกันการผูกขาดนี้มาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

3.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ยาก ก่อให้เกิดสภาพตลาดที่มีการผูกขาดโดยธุรกิจขนาดใหญ่ และทำให้ผู้ประกอบการขนาดใหญ่มีอำนาจขึ้นในตลาด มีการร่วมกันกำหนดกติกาทางการค้าอันไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาด ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันและมีผลทำให้การแข่งขันลดลง และธุรกิจมีการขยายกิจการในลักษณะที่ธุรกิจมากกว่าหนึ่งเข้ามารวมเป็นธุรกิจเดียวกันหรือรวมการควบคุมการใช้นโยบายการบริหาร เพื่อสร้างรายได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งทำให้การแข่งขันลดลง นอกจากนี้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันอันก่อให้เกิดผลเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจส่วนรวม จึงได้เปลี่ยนมาใช้แนวทางควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) ต่อผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดแทน โดยมีหลักการที่ว่ากรณีที่ผู้ใดมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดสินค้าใดสินค้านั้นๆ จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายแต่จะมีความผิดเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการใช้อำนาจตลาดดังกล่าวไปในทางที่

มิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น วิธีการนี้จะรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการนั้น ๆ เปิดกว้างอยู่ตลอดเวลาพร้อมที่จะให้ผู้ประกอบการอื่น ๆ เข้ามาแข่งขันได้โดยสะดวก เป็นแนวทางการควบคุมการผูกขาดที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลายในหลาย ๆ ประเทศ เช่น เยอรมัน อังกฤษ ออสเตรเลีย สเปน แคนาดา ไต้หวัน และเกาหลีใต้ เป็นต้น²³ สำหรับประเทศไทยใช้บังคับกับธุรกิจหลายแขนง ไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัยและการบริการ และกิจการอื่นที่อาจกำหนดโดยกฎกระทรวง โดยมีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมชนสหกรณ์ ซึ่งมีกฎหมายรองรับและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร และธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

3.1.2.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้เกิดจากแนวความคิดว่าการแข่งขันในตลาดไม่ได้นำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Efficiency) และประโยชน์ของสังคมโดยรวมเสมอไป จึงไม่เน้นการแข่งขันเป็นหลัก แต่คำนึงถึงประสิทธิภาพและการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศเป็นหลัก และสอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาพาณิชยกรรมในช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เรื่องการรักษาความเป็นธรรมทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันกันมากที่สุดและเป็นธรรมต่อผู้ประกอบการค้ากันเอง และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดตัดตอนทางการค้า และเพื่อให้ภาคเอกชนมีการรวมกลุ่มเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของตน นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับระบบการค้าในปัจจุบันที่เข้าสู่ยุคการค้าไร้พรมแดนนำไปสู่การจู่โจมทางเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศที่เป็นสากล ไม่ว่าพันธกรณีตามองค์การการค้าโลก (WTO) กลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชียและแปซิฟิก (APEC) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) โดยมีจุดมุ่งหมายในการลดอุปสรรคทางการค้า สร้างบรรยากาศเสรีในการค้าและการลงทุน²⁴ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 87 บัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับ

²³ สุธีร์ ศุภนิคย์. (2542, พฤษภาคม). “กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ : มุมมองด้านผู้บริโภค.” วารสารกฎหมาย, 19. หน้า 73 - 74.

²⁴ จันทร์ทอง เจริญศิริชัยยศ. เล่มเดิม. หน้า 62 - 63.

เอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้สาธารณูปโภค”

สำหรับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายออกเป็นพระราชบัญญัติฉบับนี้ ตาม หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ กล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงสามารถกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้มีดังนี้²⁵ คือ

1. เพื่อแยกบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและบริการ และกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ
3. ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี
4. ป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

²⁵ ภูจิต โมกขมรรคกุล. (2543). กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. หน้า 84.

(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือ จำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการ ประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่าย สินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า หรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้ บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้ บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการ บริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ใน ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายได้กำหนดพฤติกรรมที่ ห้ามผู้ประกอบการกระทำในลักษณะร่วมมือกันไว้ 10 ประการด้วยกัน เมื่อพิจารณาแล้วสามารถ แบ่งพฤติกรรมที่ต้องห้ามออกเป็น 2 ประการ²⁶ คือ

²⁶ ภูจิต โมกขมรรคกุล. เล่มเดิม. หน้า 91 - 93.

1) พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (4) ดังนี้

(1) การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายได้ห้ามมิให้มีการตกลงด้านราคา โดยกำหนดราคาเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการขายของแต่ละราย

(2) การกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ หมายถึงการตกลงที่จะรับซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการรับซื้อของแต่ละราย

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด โดยกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมการที่ผู้ประกอบการทำความตกลงกันที่จะเข้ากำกับดูแลหรือยึดอำนาจในการกำหนดราคาหรือปริมาณในตลาด

(4) การร่วมมือกันในการประมูล โดยสมรู้กันเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับการประมูลหรือประกวดราคา หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคา

2) พฤติกรรมที่กฎหมายบัญญัติห้ามกระทำ แต่ถ้ามีความจำเป็นสามารถยื่นคำขออนุญาตได้ โดยพฤติกรรมดังกล่าวคณะกรรมการจะต้องพิจารณาอนุญาตก่อนแล้วจึงจะกระทำได้ แต่ก็มีกำหนดระยะเวลา โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้กำหนดไว้ใน (5) – (10) ของมาตรา 27 คือ

(1) การแบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจำหน่าย โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายแข่งขัน

(2) การแบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้า โดยกฎหมายจะห้ามการแบ่งเขตการซื้อหรือกำหนดตัวผู้ที่แต่ละฝ่ายจะซื้อ

(3) กำหนดปริมาณของสินค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่ายหรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งการตกลงกันดังกล่าวนี้เป็นการทำให้ปริมาณสินค้าลดลงเพื่อให้เกิดความต้องการสูงขึ้น

(4) ลดคุณภาพของสินค้าให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(5) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน การกระทำดังกล่าวหมายถึง การตกลงกันตั้งบุคคลขึ้นคนหนึ่งเพื่อขายสินค้าของบุคคลหลายคนที่ตกลงกันนั้น

(6) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายเพื่อให้ปฏิบัติแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกระทำได้กล่าวหมายถึง การกำหนดวิธีปฏิบัติในการซื้อขายเป็นแบบเดียวกัน

จากเงื่อนไขต่าง ๆ ข้างต้นพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 27 คือ

1. ผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น
2. กระทำการใด ๆ ตามลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1) – (4) หรือกระทำการใด ๆ ตามลักษณะที่กำหนดไว้ใน (5) – (10) โดยไม่ได้รับอนุญาต
3. การกระทำนั้นก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”

โดยการกระทำผิดตามมาตรานี้ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้²⁷

1. ผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจในนอกราชอาณาจักร
2. ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจในนอกราชอาณาจักรโดยตรง

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของมาตรานี้มุ่งเน้นที่จะรักษาสิทธิของผู้บริโภคให้มีเสรีภาพที่จะรับบริการ หรือมีอำนาจที่จะสั่งซื้อสินค้าใด ๆ ทั่วภูมิภาคได้โดยตรง โดยตัวแทนหรือเอเจนต์ของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น ไม่มีอำนาจหรือสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้ผลิตในต่างประเทศจำหน่ายสินค้าให้กับผู้บริโภคโดยตรง เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีเป็นอย่างยิ่ง

²⁷ ภูจิต โมกขมรรคกุล. เล่มเดิม. หน้า 94.

3.1.2.3 บทยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

- 1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- 2) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- 3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร
- 4) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้นการใช้บังคับทั้งฉบับ หรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

เพราะฉะนั้นการประกอบธุรกิจตามที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 4 จึงได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้ของพระราชบัญญัตินี้

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

การขออนุญาตกระทำการตามที่ มาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) กำหนดห้ามไว้ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกระทำได้โดยการยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยกฎหมายกำหนดให้คำขออนุญาตนั้นอย่างน้อยจะต้องมี

- 1) เหตุผลและความจำเป็นในการกระทำตามข้อห้าม
- 2) ระบุวิธีดำเนินการ
- 3) กำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ

เพื่อเป็นเกณฑ์สำหรับเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 35

การที่กรรมการจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่จะขึ้นอยู่กับหลัก “ด้วยความจำเป็นทางธุรกิจ” โดยเป็นเรื่องที่ผู้ขออนุญาตต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นทางธุรกิจเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นให้กระทำการอันเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ เพื่อไม่ให้กฎหมายมีความแข็งกระด้างและเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากสภาพการดำเนินธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

แม้จะมีการอนุญาตให้กระทำได้แต่ก็อยู่ในขอบเขตของเงื่อนไข คือให้กระทำได้ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไข และเป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดยเป็นระยะเวลาที่จำกัดไว้ให้ ซึ่งจะมีการตรวจสอบจากคณะกรรมการอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นการให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้กระทำจึงเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความจำเป็นอย่างแท้จริง หากไม่ดำเนินการอย่างเคร่งครัดและรอบคอบแล้ว จะทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้นเสียไปได้ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะกรรมการไม่อนุญาตให้กระทำ การผู้ประกอบการยังสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก

3.1.2.4 กรณีศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

กติการวมบริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับ บริษัท ยูนิเวอร์แซล เทเลวิชั่น จำกัด (มหาชน)

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้รับการร้องเรียนว่าการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (IBC หรือ UBC ในปัจจุบัน) กับบริษัท ยูนิเวอร์แซล เทเลวิชั่น จำกัด (มหาชน) (UTV) ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากการกระทำความผิดกล่าวเป็นการผูกขาดธุรกิจโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก และได้มีการปรับอัตราค่าบริการสมาชิกรายเดือนให้สูงขึ้น

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาข้อเรียกร้องและได้มีมติว่า

1. การดำเนินธุรกิจของกลุ่มบริษัท IBC มีพฤติกรรมถือเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน (Unity) โดยบริษัท IBC ได้เข้าไปถือหุ้นใหญ่ในบริษัท UTV ร้อยละ 98 และมีกรรมการบริหารและกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทเป็นชุดเดียวกัน จึงไม่ถือเป็นการตกลงร่วมกันอันจะเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 27 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2. กลุ่มบริษัท UBC (ในปัจจุบัน) เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวในตลาดโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก โดยมีส่วนแบ่งการตลาดอยู่ทั้งหมด หรือ 100 เปอร์เซ็นต์ จึงเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่การปรับค่าบริการสมาชิกรายเดือนให้สูงขึ้นไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 25 (1) เนื่องจากการกระทำความผิดกล่าวมีเหตุผลเพื่อเป็นการแก้ปัญหาผลกระทบของค่าเงินบาทและภาระขาดทุน ซึ่งเมื่อกลุ่มบริษัท UBC (ในปัจจุบัน) ได้รวมกิจการและขึ้นราคาแล้ว ก็ยังคงประสบปัญหาขาดทุนอยู่

คดีบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้รับการร้องเรียนว่าบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด ซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายของบริษัท ไทย ฮอนด้า แมนูแฟคเจอริ่ง จำกัด ได้กระทำการอันเข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาข้อเรียกร้อง ข้อเท็จจริง พฤติกรรมต่าง ๆ และได้มีมติว่าบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด ได้กระทำการอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และทำให้ตัวแทนจำหน่ายอื่นถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ ส่งผลทำให้ช่องทางการจำหน่ายของคู่แข่งลดลง จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

3.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและค่าบริการมากยิ่งขึ้น และเพื่อป้องกันมิให้ราคาสินค้าและค่าบริการต่าง ๆ สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินสมควร อีกทั้งเพื่อให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภคของผู้บริโภคภายในประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากมาตรการดูแลราคาสินค้าและค่าบริการตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ไม่เพียงพอต่อการรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยยังคงคงหลักการเดิมของพระราชบัญญัติฉบับเก่าไว้ โดยตัดเฉพาะส่วนป้องกันการผูกขาดออกไป และแก้ไขเพิ่มเติมในบทการกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการในเรื่องมาตรการดูแลราคาสินค้าและค่าบริการ ให้รักษาประโยชน์ผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและค่าบริการ และให้เอื้อประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจด้วย

สำหรับแนวความคิดในการนำพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาบังคับใช้นั้น กระทรวงพาณิชย์ได้วางแนวทางไว้ว่าในภาวะปกติกระทรวงพาณิชย์จะมุ่งเน้นใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าเป็นหลัก เพื่อให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และจะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการเพียงเท่าที่จำเป็นหรือในภาวะไม่ปกติเท่านั้น ซึ่งเชื่อว่าจะก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมไม่ว่าในด้านการประกอบธุรกิจและการลงทุน

3.1.3.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการบัญญัติขึ้นเนื่องมาจากพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้า และในส่วนการป้องกันการผูกขาดอยู่ในฉบับเดียวกัน แต่บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการใช้บังคับใช้ที่แตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของการกำหนดราคาสินค้าเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและค่าบริการ และให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภค แต่สำหรับในส่วนของการป้องกันการผูกขาดจะเป็นการดูแลและจัดระบบทางการค้าให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และให้องค์กรบริหารกฎหมายทำหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ ให้เอื้อประโยชน์ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แยกออกเป็นสองฉบับดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

สำหรับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้ ได้มีปรากฏไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสม เพราะมีสาระเป็นสองส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาด ซึ่งทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน แต่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้เพียงองค์กรเดียวดังนั้นสมควรแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดออกจากกัน เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบกับบทบัญญัติเดิมในส่วนของการกำหนดราคาสินค้ายังไม่ชัดเจนและเหมาะสมสมควรปรับปรุงแก้ไขใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงสามารถกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้มีดังนี้ คือ

1. เพื่อแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและบริการ และกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ
3. เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดราคาสินค้า ให้มีความชัดเจนและเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

3.1.3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ฉบับปัจจุบันนี้มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจโดยห้ามกระทำการใด หรือให้กระทำการใดที่สำคัญ ดังนี้

1. ให้คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดให้ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อจำหน่าย หรือผู้นำเข้า เพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการแสดงราคาสินค้าหรือบริการ

2. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใด

3. ห้ามกักตุนสินค้าควบคุม โดยมีสินค้าควบคุมไว้ในครอบครองเกินปริมาณที่กำหนด หรือเก็บสินค้าควบคุมไว้ ณ สถานที่อื่นนอกจากสถานที่เก็บ หรือไม่นำสินค้าควบคุมที่มีไว้เพื่อจำหน่ายออกจำหน่าย หรือเสนอขายตามปกติ หรือปฏิเสธการจำหน่าย หรือประวิงการจำหน่าย หรือการส่งมอบสินค้าควบคุม โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

4. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจบริการควบคุมหยุดการให้บริการตามปกติ หรือปฏิเสธการให้บริการ หรือประวิงการให้บริการ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

สำหรับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจนั้น แต่เดิมพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใด โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะกีดกันราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า”

ซึ่งในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ได้มีการแก้ไขโดยได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใด

คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ดีกว่าเป็นการทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใดก็ได้ หลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

เห็นได้ว่าตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้ ได้มีการตัดคำว่า “โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่น” ทั้งนี้เนื่องจากการสมคบหรือร่วมกันกระทำความผิดตามปกติจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดอยู่แล้ว อีกทั้งวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ก็เพื่อมิให้มีกระทำการใด ๆ ที่จะทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือก่อให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์จะเอาความผิดในการกระทำความผิด หรือร่วมกันกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

ในกรณีดังกล่าวนี้ ได้มีนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า คำว่า “โดยลำพัง สมคบ หรือ ร่วมกับบุคคลอื่น” ถ้ากฎหมายในเรื่องนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้คำดังกล่าวมีความหมายแตกต่างไปจากความหมายเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายอาญา เรื่องตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนแล้ว ก็น่าจะตัดออกไปได้

อย่างไรก็ตาม การตัดคำว่า “สมคบหรือร่วมกับบุคคลอื่น” ออกจากมาตรานี้ไม่ได้หมายความว่าหากกระทำการสมคบหรือร่วมกับบุคคลอื่นทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือก่อให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการจะไม่มีผลแต่อย่างใด แต่การตัดคำดังกล่าวออกเป็นเพียงการทำให้บทบัญญัติดังกล่าวกระชับขึ้น และทำให้ไม่หลงเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของมาตรการทางกฎหมายมาตรานี้เท่านั้น

3.1.3.3 บทยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 5 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกิจการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง”

เพราะฉะนั้นการดำเนินการใด ๆ ที่อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกิจการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง จึงได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายตามมาตรา 5

อาจสังเกตได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ฉบับนี้จะไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการรายใดขออนุญาตกระทำการใดที่ขัดกับกฎหมาย หรือขอยกเว้นมาตราใดมาตราหนึ่งในกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจะแตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าที่ตราเป็นกฎหมายพร้อมกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกเอาเปรียบเป็นหลักสำคัญ ซึ่งจะแตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าซึ่งมุ่งดูแลและจัดระบบทางการค้าให้การประกอบการธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เพื่อก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมไม่ว่าในด้านการประกอบการธุรกิจและการลงทุน ดังนั้นจึงอาจมีการขออนุญาตหรือขอยกเว้นได้ในบางกรณีที่จะเห็นว่าจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

3.2 มาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (Large Business Enterprises) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาด (Market Power) ตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ กฎหมายต้องการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) ของตลาดสินค้าไม่ให้มีการกระจุกตัว (Concentration) พยายามลด ขัดขวาง หรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้แสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ได้โดยสะดวก²⁸

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยเป็นส่วนผสมของหลักกฎหมายกับหลักเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์และสังคมวิทยาการเมืองของรัฐบาล เป้าหมายเบื้องต้นที่รัฐต้องแทรกแซงธุรกิจ โดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ก็เพื่อขัดขวางการรวมตัวทางธุรกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน มิให้เป็นผลเสียต่อตลาดเสรีในประเทศไทย

3.2.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย

กฎหมาย Sherman Act (เรื่อง “An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.”) ซึ่งเริ่มใช้ในปี 1890 เป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่สำคัญฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาและมีขอบเขตการใช้กว้างขวางมาก กฎหมายนี้ห้ามการกระทำใด ๆ ที่เป็น “การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือสมคบกันเพื่อจำกัดทางการค้า หรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ” จุดประสงค์ของกฎหมายนี้เพื่อระงับยับยั้งการรวมบริษัทธุรกิจในรูปของ Trusts ขนาดใหญ่

ในปี 1914 สภาองเกรสได้ตรากฎหมาย Clayton Act (เรื่อง “An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes.”) ซึ่งได้ระบุถึงรูปแบบของการปฏิบัติบางชนิดที่ถือว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมาย Sherman Act รูปแบบการปฏิบัติดังกล่าวรวมถึงการเลือกปฏิบัติในด้านราคา (Price Discrimination) การกำหนดซื้อผูกมัดและสัญญาผูกมัดพิเศษในการซื้อหรือขายสินค้า (Tying Arrangement and Exclusive Dealing Contracts) การควบบริษัทและรวมการอำนวยการ (Mergers and Interlocking Directorates) มาตรการที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในด้านราคาในกฎหมาย Clayton Act ถูกปรับปรุงแก้ไขใหม่โดยกฎหมาย Robinson-Patman Act ในปี 1936

²⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย. หน้า 1 - 2.

ในปี 1914 สภาองเกรสยังได้ตรากฎหมาย Federal Trade Commission Act หรือ FTC Act (เรื่อง “An Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and other purposes.”) ซึ่งให้มีคณะกรรมการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (Federal Trade Commission - FTC) ขึ้น มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act (แก้ไขใหม่โดย Wheeler-Lea Act ในปี 1938) กำหนดไว้ว่า “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อันกระทบถึงพาณิชย์กรรมและการกระทำหรือการปฏิบัติที่เป็นการฉ้อฉล หรือไม่เป็นธรรมอันกระทบถึงพาณิชย์กรรมถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้”²⁹

3.2.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย

กฎหมาย Sherman Act เป็นกฎหมายที่บัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางโครงสร้าง ยกตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจ (Business Trusts) และการรวมตัวกันผูกขาด (Monopolistic Combinations) และการควบบริษัทบางชนิด (Mergers) ส่วนกฎหมาย Clayton Act มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันบางชนิด สมมุติฐานอันเป็นเหตุผลพื้นฐานของกฎหมายทั้งสองฉบับก็คือ ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการแข่งขันเสรีจะถูกกระทบหากปล่อยให้มีการจำกัดการแข่งขัน ในสหรัฐศาลสูง (Supreme Court) จะมีหน้าที่รับผิดชอบในการตีความกฎหมายเหล่านี้เป็นส่วนใหญ่ ในช่วงเริ่มแรกของการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ ศาลได้ใช้กฎหมายตามหลักข้อห้าม (Prohibition Approach) โดยประกาศว่าการมีพฤติกรรมร่วมกันที่ “ส่งผลกระทบโดยตรง และทันที.....ต่อพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐ” (Inter-State Commerce) เป็นความผิดเด็ดขาด (Per Se) ตามหลักความผิดเด็ดขาดนี้ (Per Se Approach) ถือว่าการตกลงร่วมกันทางโครงสร้างเพื่อจำกัดการแข่งขัน หรือการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานว่าการปฏิบัตินั้นไม่มีเหตุผล หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดการค้า ยกตัวอย่างเช่น การตกลงใด ๆ ในการกำหนดราคาสินค้าถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด ข้อต่อสู้ที่ว่า การตกลงกำหนดราคานั้นในที่สุดจะเกิดประโยชน์ต่อสังคม และหรือผู้บริโภคนั้นไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษจากการตกลงร่วมกันกระทำผิด หลักความผิดเด็ดขาด (Per Se Rule) ได้นำไปใช้กับการควบบริษัท การตกลงร่วมกันในแนวราบ และการตกลงร่วมกันในแนวค้ำค้ำย ดังนั้น จึงมีกรณีมากมายที่เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตสินค้าและผู้ค้าปลีกในการกำหนดราคาขายปลีก และจำกัดพื้นที่การขาย

²⁹ Timothy J. Grendell. (1980, January). “The Antitrust Legislation of The United States, The European Economic Community, Germany and Japan.” *The International and Comparative Law Quarterly*, 29, 1. pp. 64 - 86.

สินค้า ซึ่งถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดเช่นกัน หลักความผิดเด็ดขาดยังได้นำมาใช้กับพฤติกรรมอื่น ๆ อีกมากมาย นอกเหนือจากเรื่องการกำหนดราคาสินค้า

หลักความผิดเด็ดขาดมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ หลักการนี้ได้กำหนดมาตรฐานข้อห้ามที่ชัดเจน ซึ่งได้แนะนำผู้ประกอบการไว้แล้วว่าพฤติกรรมใดเป็นข้อห้ามบ้าง และยังได้ลดจำนวนคดีที่นำขึ้นฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้ตัดสินว่าการตกลงร่วมกันเช่นนั้นเป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายจึงมีประสิทธิภาพกว่า

ข้อเสียประการสำคัญของหลักความผิดเด็ดขาดก็คือ (1) การระบุการกระทำที่เป็นประโยชน์บางชนิดว่าเป็นความผิดห้ามมิให้กระทำ (เช่น การใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด) และ (2) ความไม่แน่นอนในการดำเนินการกับการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบเขตของหลักความผิดเด็ดขาด แต่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยชัดแจ้ง มีแนวปฏิบัติอยู่ 3 ประการในการขจัดข้อเสียเหล่านี้ คือ หลักความผิดเด็ดขาดควรกำหนดให้แคบ (Narrowly Defined) ให้มีข้อยกเว้นในการใช้หลักความผิดเด็ดขาด (Exemptions) หรืออาจใช้หลักความผิดเด็ดขาดเป็นเครื่องทดสอบเบื้องต้น (Initial Test) ในการวิเคราะห์อย่างกว้าง ๆ ต่อกรณีที่เกี่ยวกับการผูกขาดภายใต้ “หลักแห่งเหตุผล” (Rule of Reason) ศาลของเกรตไอร์แลนด์ได้ใช้หลักข้อยกเว้นนี้โดยการระบุถึงกรณีบางเรื่องที่ควรยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนแนวทางของศาลสูง (Supreme Court) ซึ่งบางครั้งก็ใช้หลักแห่งเหตุผลนี้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด ก็ได้ใช้หลักการทดสอบเบื้องต้นในการพิจารณาคดีเช่นนี้

ในการดำเนินการตามหลักการทดสอบเบื้องต้นนี้ ศาลสูงได้ใช้การวิเคราะห์ 2 ระดับ ในการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด ในขั้นแรกศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินว่าวัตถุประสงค์ของพฤติกรรมโดยตัวมันเองเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ โดยวิเคราะห์ถึงผลกระทบต่อตลาดการแข่งขัน พยานหลักฐานการตกลงร่วมกันในแนวราบที่เห็นได้ชัด เช่น การกำหนดราคาสินค้าเพื่อจำกัดผลผลิต และขึ้นราคาสินค้าจะเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าเป็นความผิด (Conclusive Presumption) ตามแนวทางนี้การผูกขาด การกำหนดราคาสินค้า การแบ่งพื้นที่การจำหน่ายและการกำหนดข้อผูกมัดถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด แต่ถ้าวัตถุประสงค์ของการตกลงร่วมกันยังไม่ชัดเจนนัก ศาลก็จะชั่งน้ำหนักว่าการตกลงร่วมกันนั้นสนับสนุนการแข่งขัน หรือก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขัน ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่า การตกลงร่วมกันก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันก็เป็นความผิดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีเหล่านี้มีข้อสันนิษฐานว่า พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิดแต่สามารถหักล้างได้ โดยการให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมของตนมีความชอบธรรม ข้อสันนิษฐานความผิดและการกำหนดให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ตามหลักแห่งเหตุผลของสหรัฐต่างกับหลักแห่งเหตุผลในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ซึ่ง

สันนิษฐานว่าการตกลงร่วมกันทางธุรกิจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และรัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย

การวิเคราะห์คดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผูกขาดของศาลสูงที่แบ่งเป็น 2 ระดับนั้น ทำให้เกิดระเบียบควบคุมกิจกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ที่อยู่ภายใต้มาตรฐานของหลักความผิดเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์เช่นนี้ช่วยให้เกิดข้อยกเว้นในทางศาล สำหรับการตกลงร่วมกันที่แม้ว่าเป็นการจำกัดทางการค้า แต่อาจเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ

ดังนั้น จากการวิเคราะห์ 2 ระดับศาลจะไม่ใช้หลักแห่งเหตุผลในคดีความ ถ้าภายใต้การวิเคราะห์ในชั้นแรกเห็นว่าการตกลงเช่นนั้นเป็นความผิดโดยเด็ดขาดแล้ว เมื่อพิจารณาโดยรวมการตกลงร่วมกันในแนวราบส่วนใหญ่ การตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง และการควบบริษัทจำนวนมากเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ผลของการจำกัดการแข่งขันในกระบวนการพิจารณา 2 ระดับของศาลสูง มักไม่ค่อยคงเส้นคงวา เนื่องจากการตีความบทบัญญัติการป้องกันการผูกขาด และการใช้หลักความผิดเด็ดขาด หรือการวิเคราะห์ตามหลักแห่งเหตุผล ส่วนมากขึ้นอยู่กับการมองของผู้พิพากษาศาลสูงแต่ละท่านเป็นการเฉพาะ³⁰

3.2.3 สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

จากวิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือป้องกันการผูกขาดของประเทศอเมริกาตามที่ได้กล่าวมามีกฎหมายที่กล่าวถึงเกี่ยวกับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจอยู่ 2 ฉบับคือ Sherman Act และ Clayton Act ในหัวข้อนี้จึงขอบรรยายสาระสำคัญของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับเป็นลำดับดังนี้

ตามกฎหมาย Sherman Act of 1890 ซึ่งได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ใน United States Code หมวดที่ 15 และต่อมาถูกแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อ 22 มิถุนายน 2547(2004) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมกันสมคบดังนี้

“Section 1 : Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other

³⁰ Timothy J. Grendell. Ibid. Loc.cit.

person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 1 บรรดาสัญญา การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือการสมคบกัน เพื่อจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือกับประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด บุคคลใดซึ่งเข้าทำสัญญาหรือเข้าร่วมในการรวมกันหรือการสมคบกันซึ่งตามมาตรา นี้ถือว่ามีความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“Section 2 : Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 2 บุคคลใดผูกขาด หรือพยายามผูกขาด หรือรวมกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่น หรือกลุ่มบุคคลอื่น เพื่อให้มีอำนาจผูกขาดส่วนใดส่วนหนึ่งของการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือกับประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิดร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“Section 3 : Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person,

\$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 3 บรรดาสัญญา การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือการสมคบกัน เพื่อจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมในอาณาเขตใด ๆ ของสหรัฐอเมริกา หรือในเขตโคลัมเบีย หรือในการจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างอาณาเขตนั้น ๆ กับอีกอาณาเขตหนึ่ง หรือระหว่างอาณาเขตเดียวหรือหลายอาณาเขตนั้น ๆ กับรัฐเดียว หรือหลายรัฐ หรือเขตโคลัมเบียหรือประเทศอื่น ๆ หรือระหว่างเขตโคลัมเบียกับรัฐเดียวหรือหลายรัฐหรือประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด บุคคลใดซึ่งเข้าทำสัญญานั้น ๆ หรือเข้าร่วมในการรวมกันหรือการสมคบกันนั้น ๆ ถือว่ามีความผิดร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“Section 7 : The word "person", or "persons", wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.”

มาตรา 7 คำว่า “บุคคลใด” หรือ “กลุ่มบุคคล” ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้ ให้หมายความรวมถึงนิติบุคคล และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้ หรือได้รับอนุญาต ให้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐฯ กฎหมายของแต่ละดินแดนใดดินแดนหนึ่ง กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง

จะเห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act จะบัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้าง ๆ ในมาตรา 1 และ มาตรา 2 เรื่องสัญญา การรวมกัน หรือการสมคบกันเพื่อการผูกขาด กีดกันหรือจำกัดทางการค้า หรือผู้ซึ่งมีหรือพยายามมีอำนาจผูกขาด รวมกันหรือร่วมกันเพื่อให้มีอำนาจผูกขาดส่วนใดส่วนหนึ่งของการค้าหรือพาณิชย์กรรม โดยกฎหมาย Sherman Act มีวัตถุประสงค์ห้ามไม่ให้เกิดพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น ซึ่งจะไม่มีการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น หากบุคคลใดที่กระทำการใดที่มีลักษณะเข้าข่ายทำสัญญา รวมกัน หรือสมคบกันเพื่อการผูกขาด กีดกันหรือจำกัดทางการค้า หรือมีหรือพยายามมีอำนาจผูกขาด รวมกันหรือร่วมกันเพื่อให้มีอำนาจผูกขาดจะมีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act และข้อสังเกตที่สำคัญคือในมาตรา 7 จะกำหนดให้ คำว่า “บุคคล” หรือ “กลุ่มบุคคล” ที่ปรากฏในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 มีความหมายรวมถึงนิติบุคคล

และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้หรือมีอำนาจตามกฎหมายของสหรัฐฯ กฎหมายของแต่ละดินแดน กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือกฎหมายของประเทศอื่นนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการจำกัดการแข่งขันให้มีผลครอบคลุมไปถึงนิติบุคคล และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้หรือได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นด้วย

ตามกฎหมาย Clayton Act of 1914 ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ใน United States Code หมวดที่ 15 และต่อมาถูกแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อ 22 มิถุนายน 2547(2004) มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการควบคุมการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ และห้ามการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจทำให้การแข่งขันน้อยลง โดยไม่ได้กำหนดชี้เฉพาะในเรื่องการร่วมกันสมคบแต่ได้ระบุถึงรูปแบบของพฤติกรรม หรือการปฏิบัติบางประเภทต่อผู้บริโภคที่ถือว่ามีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act รูปแบบดังกล่าวได้แก่ มาตรา 13 การเลือกปฏิบัติในเรื่องราคา, บริการ หรือความสะดวกสบายในเรื่องอื่น ๆ (Discrimination in Price, Services or Facilities), มาตรา 14 การกำหนดเงื่อนไข ข้อตกลง หรือความเข้าใจ ในการซื้อขายหรือการเช่า โดยห้ามไม่ให้ผู้ซื้อหรือผู้เช่าติดต่อกับคู่แข่งทางการค้าของผู้ขายหรือผู้ให้เช่า ซึ่งอาจทำให้เกิดการแข่งขันน้อยลง หรือมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในตลาดนั้น ๆ (Tying Arrangement and Exclusive Dealing Contracts), มาตรา 18 การได้มาหรือการเข้าถือสิทธิไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในหุ้น ส่วนแบ่งอื่น หรือทรัพย์สิน ของบุคคลอื่นที่เข้าร่วมในการค้า หรือในการกระทำอื่นที่ส่งผลถึงการค้าในตลาดนั้น ซึ่งอาจทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดนั้นน้อยลง หรือมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในตลาดนั้น ๆ (Mergers), มาตรา 19 การเป็นกรรมการหรือพนักงานในบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป ซึ่งบริษัทนั้นได้เข้าร่วมไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในตลาดการค้าเดียวกัน และอาศัยเหตุของธุรกิจ และฐานที่ตั้งของบริษัทตนเองหรือของกลุ่มคู่แข่งทางการค้า เพื่อเป็นการกำจัดการแข่งขันโดยข้อตกลงระหว่างกัน อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Interlocking Directorates and Officers)

เห็นได้ว่ากฎหมาย Clayton Act มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของพฤติกรรม หรือการปฏิบัติที่เป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่าง ๆ โดยได้กำหนดพฤติกรรมที่สำคัญเป็นหลัก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13, มาตรา 14, มาตรา 18 และมาตรา 19 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วซึ่งจะมีรายละเอียด เงื่อนไข และข้อยกเว้นของแต่ละพฤติกรรมอย่างชัดเจน ถือได้ว่ากฎหมาย Clayton Act นี้มีส่วนช่วยในการทำให้กฎหมาย Sherman Act มีความชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

3.2.4 บทยกเว้น

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เน้นทางการแข่งขันที่อิสระและเสรี (fair and free trade) แต่ในขณะเดียวกันนโยบายบางอย่างของสหรัฐฯ เองก็เกิดการขัดแย้งต่อเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้เช่นกัน ซึ่งนโยบายต่างๆ เหล่านี้ต่างก็มีเป้าหมายที่เหมือนกันแต่จะแตกต่างกันตรงที่วิธีการ คือ เป้าหมายทางเศรษฐกิจและสังคม ยกตัวอย่างเช่น 1. ความจำเป็นในการร่วมมือกันของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ 2. การใช้นโยบายจำกัดการแข่งขันในแต่ละรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและสนับสนุนการส่งเสริมอุตสาหกรรมที่เด่นในรัฐนั้น ๆ 3. การที่หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐบาลกลางซึ่งมีอำนาจและสามารถออกมาตรการหรือนโยบายการจำกัดการแข่งขันขึ้นมาเองได้ ในบางครั้งปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ผู้ประกอบการได้รับการยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดก็เกิดขึ้นตามมา อันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในตัวบทข้อยกเว้นต่างๆ เหล่านี้

กฎหมาย Sherman Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์ห้ามไม่ให้เกิดพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น โดยแม้จะไม่มีข้อกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ แต่ก็ยังกำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับการจัดการบางประเภท ตามมาตรา 6a ดังจะบรรยายต่อไปนี้

“Section 6a : Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.”

มาตรา 6 ก มาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ในกฎหมายหมวดนี้ ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมเกี่ยวกับการค้าหรือพาณิชย์กรรม (ไม่รวมถึงการนำเข้าทางการค้าหรือการนำเข้าทางพาณิชย์กรรม) กับประเทศอื่น ๆ เว้นแต่

(1) พฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบโดยตรง เป็นสาระสำคัญ และอาจสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า ต่อ

(ก) การค้า หรือพาณิชย์กรรม ซึ่งไม่ใช่การค้า หรือพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ หรือการนำเข้าทางการค้า หรือการนำเข้าทางพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ หรือ

(ข) การส่งออกทางการค้าหรือการส่งออกทางพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ ของบุคคลซึ่งเข้าร่วมในการค้าหรือพาณิชย์กรรมนั้น ๆ ในสหรัฐฯ และ

(2) ผลกระทบนั้นก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้ แต่ไม่รวมถึงมาตรานี้

หากนำมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้มาใช้เพียงเพื่อการจัดการตามวรรค (1)(ข)ให้นำมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้มาใช้ในการจัดการนั้นได้เฉพาะกรณีเกิดความเสียหายต่อธุรกิจการส่งออกในสหรัฐฯ เท่านั้น

ตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 6a กำหนดไม่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 มาใช้ในการจัดการเกี่ยวกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดที่เกี่ยวข้องกับประเทศอื่น ๆ แต่ไม่รวมถึงในกรณีที่หากการจัดการนั้นจะก่อให้เกิดผลที่เป็นสาระสำคัญ และวิญญูชนพึงคาดเห็นได้ล่วงหน้า ซึ่งกระทบโดยตรงต่อการนำเข้าทางการค้าหรือการนำเข้าทางพาณิชย์กับประเทศอื่น หรือต่อการส่งออกทางการค้าหรือการส่งออกทางพาณิชย์กับประเทศอื่นของบุคคลซึ่งเข้าร่วมในการค้าหรือพาณิชย์กรรมนั้นในสหรัฐฯ และไม่รวมถึงกรณีที่การจัดการนั้นก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องภายใต้มาตรา 1 ถึงมาตรา 7 แต่ยกเว้นมาตรานี้

เห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act แม้จะบัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่มีการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีแล้ว ยังให้ความสำคัญแก่เศรษฐกิจและการพัฒนาทางด้านการส่งออกทางการค้าและพาณิชย์กรรมของสหรัฐฯ กับประเทศอื่น ๆ และต้องไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่ให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจการส่งออกในสหรัฐฯ เป็นอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญในกฎหมายนี้ด้วย

กฎหมาย Clayton Act บัญญัติว่าการควบคุมการแข่งขันทางการค้าโดยกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) นั้น ไม่สามารถนำมาใช้ได้ทุกกรณี ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ดังนี้

“Section 17 : The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.”

มาตรา 17 แรงงานของคนไม่ใช่สินค้าหรือสิ่งของในเชิงพาณิชย์ ไม่มีข้อความใดที่ระบุไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) ที่เป็นเหตุห้ามการคงอยู่และการดำเนินการขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับแรงงาน, เกษตรกรรม หรือพืชสวน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันและไม่มีการถือหุ้นกัน หรือซึ่งดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ซึ่งกัน หรือเพื่อห้ามหรือจำกัดจำนวนสมาชิกขององค์กรนั้น ๆ จากการดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ชอบขององค์กรนั้น ๆ ทั้งนี้องค์กรนั้น ๆ หรือสมาชิกขององค์กรนั้น ๆ จะไม่ถือว่าเป็นการรวมตัวกันหรือการสมคบกันที่ผิดกฎหมายในการกีดกันทางการค้าภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

เห็นได้ว่ากฎหมาย Clayton Act จะให้ความสำคัญสำหรับเรื่องแรงงาน โดยถือว่าแรงงานไม่ใช่สิ่งของในเชิงการค้าและพาณิชย์กรรม ซึ่งองค์กรที่เกี่ยวกับแรงงาน, เกษตรกรรม หรือพืชสวน ที่มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ และหากเป็นการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ชอบขององค์กรนั้น แม้จะเป็นการรวมตัวกันหรือการสมคบกันที่ผิดกฎหมายในการกีดกันทางการค้า จะไม่มีความผิดตามกฎหมายนี้ กล่าวอย่างสรุปคือ กฎหมาย Clayton Act ไม่นำมาใช้กับเรื่องแรงงานโดยกำหนดให้อยู่นอกเหนือคำว่า “พาณิชย์กรรม” (Commerce)

อย่างไรก็ตามโดยทางปฏิบัติแล้วการใช้บทยกเว้นของสภาคองเกรสในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบในการพิจารณาเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งจะตัดสินโดยดูจากความจำเป็นในเรื่องนั้น ๆ จะต้องมียมากกว่าผลเสียจากการจำกัดการแข่งขัน บทยกเว้นนี้จะกำหนดให้แก่งานใดกิจการหนึ่งหรือธุรกิจต่าง ๆ ที่มีการตกลงร่วมกันทั้งธุรกิจ โดยเหตุผลทางเศรษฐกิจและเหตุผลจากภายในประเทศมากมาย จึงให้มีบทยกเว้นแก่สหภาพแรงงาน สหกรณ์การเกษตร การประกันภัย และกิจการสาธารณูปโภค รวมถึงบริษัทที่เข้าตกลงร่วมกันในรูปสหกรณ์เพื่อการส่งออกด้วย แต่ก็เฉพาะบริษัทส่งออกที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

นอกเหนือจากบทกเว้นดังกล่าวแล้วประเทศสหรัฐอเมริกายังมีทฤษฎีที่ใช้เป็นบทกเว้นต่าง ๆ ที่สำคัญอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูง (Supreme court) ดังนี้³¹

ทฤษฎี State Action Doctrine

จากคำพิพากษาในคดี Parker v. Brown (ปี ค.ศ. 1943) ศาลสูงได้พิพากษาว่า ในกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันนั้นมีลักษณะที่เป็นการกระทำโดยรัฐ หรือเป็นการกระทำที่รัฐเป็นผู้ออกคำสั่ง (state action or official action directed by a state) ให้ถือว่าไม่ผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งแนวความคิดนี้สามารถเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “ทฤษฎีบทกเว้นโดยรัฐ” (State Action Doctrine) โดยจะเคารพสิทธิและให้อำนาจให้แต่ละรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดเป็นข้อกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะถือว่าการจำกัดการแข่งขันระหว่างรัฐด้วยกันเองก็ตาม แต่เป็นที่น่าสังเกตได้ว่า ทฤษฎีนี้มีข้อจำกัดในการนำมาใช้ กล่าวคือการนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองประการดังต่อไปนี้ ถึงจะสามารถใช้เป็นเหตุผลในการอ้างให้เป็นข้อกเว้นได้

1. การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและกำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนั้น จะต้องเป็นนโยบายที่กำหนดไว้โดยชัดเจนในรัฐนั้น ๆ
2. การที่จะทำให้นโยบายดังกล่าวสามารถบรรลุถึงเป้าหมายตามที่แต่ละรัฐได้กำหนดไว้ทางรัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการควบคุมและตรวจสอบการกระทำดังกล่าวอย่างสม่ำเสมอและไม่ขาดช่วง

ทฤษฎี Noerr – Pennington Doctrine

ทฤษฎีนี้ได้เริ่มนำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1961 จากคดี Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc. ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการร่วมมือกันของกลุ่มบริษัททางเดินรถไฟ 24 บริษัท โดยพยายามที่จะป้องกันมิให้กิจการหรือบริษัทขนส่งประเภทรถบรรทุกเข้ามามีส่วนแบ่งในตลาดของตน บริษัททางเดินรถไฟได้ร่วมกันยื่นเรื่องเสนอทางสภาให้มีการร่างกฎหมายใหม่ขึ้นมา ซึ่งประเด็นของคดีนี้จะอยู่ที่ว่าการร่วมมือกันในลักษณะดังกล่าวของกลุ่มบริษัททางเดินรถไฟผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 หรือไม่ และในที่สุดทางศาลก็ได้พิพากษาออกมาว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 หมายถึง ในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นแค่เพียง “สัญญาหรือข้อ

³¹ วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์ ค (2544). เอกสารประกอบการสอนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า
ชุดที่ 1. หน้า 24 - 27.

ตกลง หรือการรวมกลุ่มกันเพื่อเรียกร้องและเสนอให้มีการร่างกฎหมายที่จำกัดทางการค้า” เท่านั้น ซึ่งมีใจเป็น “สัญญาหรือการรวมกลุ่มเพื่อการจำกัดทางการค้าโดยตรง”

ทฤษฎีบทยกเว้นที่มีได้กำหนดไว้โดยชัดเจน (Implied Exemption)

ทฤษฎี Implied Exemption นี้ ได้ถูกนำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1975 จากคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Gordon v. New York Stock Exchange โดยกลุ่มตัวแทนการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก และได้ร่วมกันฟ้องร้องว่า การกระทำที่เป็นการปฏิบัติตามกฎระเบียบข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์และการร่วมมือกันกำหนดค่าธรรมเนียมในการซื้อขายหุ้นโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งกฎระเบียบข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้อนุญาตให้มีการกำหนดค่าธรรมเนียมในการซื้อขายหุ้น โดยจะผ่านการตรวจสอบและแก้ไขจากคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว ในท้ายที่สุดแล้วทางศาลก็ได้ตัดสินว่า หากถือว่าการทำสัญญากำหนดค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ แล้ว ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคำสั่งของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยกฎระเบียบข้อบังคับและข้อจำกัดของศาลที่นำมาบังคับใช้ในกฎระเบียบข้อบังคับซึ่งอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ก็อาจจะเกิดขึ้นมาภายหลังได้ ดังนั้นในกรณีนี้อาจมีแนวโน้มในการสูญเสียกลไกหรือโครงสร้างของข้อกำหนดที่แผ่ขยายออกไป (pervasive) ให้ถือว่า การกระทำความผิดอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ และทางศาลก็ได้กล่าวถึงขอบเขตในการนำทฤษฎีนี้มาใช้ด้วยว่า การใช้ทฤษฎีนี้ไม่ควรอนุญาตให้มีการใช้โดยไม่มีขอบจำกัดและควรนำมาใช้ให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ในการที่จะบรรลุดังวัตถุประสงค์ของนโยบายนั้น ๆ

ทฤษฎี File Rate Doctrine

ทฤษฎีนี้ได้กำหนดไว้ว่า ในกิจการที่มีการใช้ระบบใบอนุญาต (license) ในการกำหนดค่าโดยสารหรือค่าใช้บริการต่าง ๆ แม้ว่าองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้ซึ่งมีอำนาจในการอนุญาต จะกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ โดยการกำหนดค่าโดยสารหรือค่าใช้บริการดังกล่าวที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปไม่สามารถที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามเท่าตัวได้ (คือ ระบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่พิเศษเฉพาะตัวของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมาย Clayton Act มาตรา 4) โดยการอ้างเหตุผลจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ

ทฤษฎี Primary Jurisdiction

ทฤษฎีขอบเขตอำนาจเบื้องต้น หรือทฤษฎี Primary Jurisdiction นี้ ได้กล่าวไว้ว่า หากคดีใดคดีหนึ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐบาลผู้ซึ่งมีอำนาจโดยตรงในการพิจารณาคดี และในขณะเดียวกันคดีดังกล่าวก็อยู่ในของเขตการพิจารณาคดีโดยศาลด้วยเช่นกัน ในกรณีเช่นนี้ ทางศาลจะไม่สามารถมีอำนาจในการตัดสินคดีความดังกล่าวได้จนกว่าองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐบาลนั้นๆ จะเสร็จสิ้นการพิจารณาคดีเป็นการเรียบร้อยแล้ว ยกตัวอย่างเช่น คดี Ricci v. Chicago Merchantile Exchange ในปี ค.ศ. 1973 โดยโจทก์ถูกเพิกถอนสิทธิในการเป็นสมาชิกของ Commodity Exchange โดยทาง Commodity Exchange และสมาชิกรายอื่น ๆ ได้ร่วมมือกันเพิกถอนสิทธิดังกล่าว และโจทก์ก็ได้ฟ้องในข้อหากระทำผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 และกฎหมาย Commodity Exchange Act (กฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนสินค้า) ซึ่งทางศาลสูงได้ตัดสินโดยใช้หลักทฤษฎีดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ในขั้นตอนสุดท้ายศาลจะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมาย Commodity Exchange Act นั้นขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ หรือไม่ และในกรณีนี้ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจโดยตรงของคณะกรรมการ Commodity Exchange ทางศาลเห็นว่า อำนาจในการตัดสินควรอยู่ที่คณะกรรมการฯ ก่อน แล้วจึงควรให้ศาลพิจารณาภายหลัง

3.2.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา

American Banana Company v. United Fruit Company case (No. 686) (1909)³²

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

American Banana Company (โจทก์ในคดีนี้) เป็นบริษัทที่จัดตั้งในรัฐอลาบามา ส่วน United Fruit Company (จำเลยในคดีนี้) เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในรัฐนิวเจอร์ซีย์ ก่อนที่บริษัทโจทก์จะจัดตั้งขึ้น บริษัทจำเลยได้ซื้อทรัพย์สินและกิจการของบริษัทคู่แข่งหลายบริษัท โดยมีข้อตกลงห้ามบรรดาบริษัทคู่แข่งดังกล่าวกลับมาทำธุรกิจอีก ทั้งบริษัทจำเลยยังได้เข้าทำสัญญากับบริษัทอื่น ๆ โดยตัวอย่างของข้อสัญญาที่สำคัญ ได้แก่ ข้อตกลงควบคุมปริมาณและราคาในการจัดจำหน่าย นอกจากนี้ จำเลยยังได้ทำการซื้อหุ้น เพื่อจะได้เป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากในบริษัทอื่น ๆ อีกด้วย การกระทำของจำเลยตามที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรี และต้องการมีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้ากล้วย

นอกจากการกระทำดังกล่าวมาข้างต้น จำเลยยังได้จัดตั้งบริษัทซึ่งจำเลยถือหุ้น ทั้งหมด เพื่อทำการขายกล้วยในราคาที่จำเลยกำหนดไว้ จากการกระทำของจำเลยทั้งหมดนี้ จำเลยได้กลาย

³² Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

เป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้ากล้วย และได้กำหนดราคาขายตามอำเภอใจของตน ต่อมา McConnell ได้เริ่มทำการปลูกกล้วยในปานามา (ในขณะนั้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐรวมโคลัมเบีย หรือ United States of Columbia) และได้ทำการสร้างทางรถไฟเพื่อใช้เป็นเส้นทางในการส่งออก โดยบริษัทจำเลยได้ทำการแทรกแซงธุรกิจของ McConnell ด้วยการสั่งให้ McConnell หยุดกิจการ หรือไม่ก็รวมกิจการกับจำเลย หลังจากนั้นไม่นาน ปานามาก็ได้ปฏิวัติแยกตนเป็นอิสระ โดยที่ดินแดนส่วนที่เป็นทางรถไฟอยู่ภายใต้การบริหารของรัฐบาลคอสตาริกา ในช่วงเดียวกันนี้เอง โจทก์ได้ซื้อกิจการของ McConnell และได้เริ่มดำเนินธุรกิจในปานามาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อประมาณเดือนกรกฎาคม 1904 ทหารและเจ้าหน้าที่ของคอสตาริกาได้ดำเนินการยึดสวนกล้วยบางส่วน รวมทั้งสินค้าของโจทก์ ทั้งยังหยุดการดำเนินการก่อสร้างทางรถไฟ และการดำเนินธุรกิจการค้ากล้วยของโจทก์ โดยการแทรกแซงของรัฐครั้งนี้เกิดจากการยุ้งของจำเลย นอกจากนี้ ในเดือนสิงหาคม ศาลคอสตาริกาได้มีคำพิพากษาโดยการดำเนินคดีฝ่ายเดียว ให้สวนกล้วยบางส่วนที่ยึดมาตกเป็นของ Astua ซึ่งต่อมาจำเลยก็ได้ซื้อสวนกล้วยดังกล่าวมาจาก Astua ทั้งนี้ โจทก์เองได้พยายามที่จะให้รัฐบาลของคอสตาริกาถอนทหาร และได้พยายามให้สหรัฐอเมริกาเข้ามาช่วยเหลือ แต่ความพยายามนั้นก็ไร้ผล รัฐบาลคอสตาริกายังคงครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวอยู่จนกระทั่งถึงวันที่โจทก์ฟ้องเป็นคดีนี้

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและคำพิพากษาศาลฎีกา

คดีนี้ ถือได้ว่าเป็นคดีแรกที่พูดถึงเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน หรือ Extraterritoriality กล่าวคือ จากการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์เสียหายเป็นอย่างมาก โจทก์จึงฟ้องว่าจำเลยกระทำผิดตาม Sherman Act โดยประเด็นที่ศาลจำต้องวินิจฉัยจึงได้แก่ประเด็นเรื่องการใช้ Sherman Act กับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เพราะตามข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าการกระทำทั้งหมดไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เกิดในปานามา และจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศสหรัฐอเมริกามีเพียงอย่างเดียวคือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อตลาดในประเทศ (resale market) โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินว่าตามหลักทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดกันของกฎหมาย การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น (“must be determined wholly by the law of the country where the act is done”) และในเมื่อกรณีนี้ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เกิดขึ้นที่ต่างประเทศ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายของสภาองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะมีฉะนั้นอาจเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ (comity of nations)

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้หยิบยกหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการกระทำของรัฐ หรือ Act of State มาใช้ กล่าวคือ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เป็นการกระทำของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ และตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การยึดทรัพย์สินมาเป็นของรัฐอื่นไม่ใช่การกระทำที่โจทก์สามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ศาลฎีกายังได้กล่าวต่อไปด้วยว่า แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า การที่รัฐบาลคอस्टาริกาดำเนินการยึดทรัพย์สินโจทก์มาเป็นของรัฐในครั้งนี้ เกิดจากการโน้มน้าวหรือยุยงของจำเลย แต่เหตุผลที่การโน้มน้าวของจำเลยไม่เป็นละเมิดนั้น ไม่ใช่เพราะว่ารัฐไม่สามารถเป็นจำเลยได้ แต่เป็นเพราะว่า เมื่อพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น เราไม่อาจกล่าวได้ว่าการโน้มน้าวของจำเลยจะเป็นละเมิด ในเมื่อรัฐนั่นเองก็เห็นว่าการดำเนินการดังที่จำเลยแนะนำเป็นการกระทำที่เหมาะสมและรัฐบาลเองก็ต้องการที่จะทำเช่นนั้นอยู่แล้ว ศาลต่างประเทศ (ในคดีนี้ได้แก่ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกา) จึงไม่มีอำนาจในการที่จะตัดสินว่าการกระทำได้กล่าวเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลย อันได้แก่ การชักจูงให้รัฐบาลคอस्टาริกายึดทรัพย์สินของโจทก์ จึงเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายในตัวของมันเอง เมื่อพิจารณาตามกฎหมายแห่งรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น

ศาลฎีกาได้สรุปไว้ในตอนท้ายว่า การกระทำของจำเลยที่โจทก์กล่าวหาว่าเป็นความผิด ไม่ใช่การกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ออกโดยสภากองเกรส และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดว่าการกระทำนั้นเป็นละเมิดตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ทั้งการที่โจทก์เสียหายเกิดจากการกระทำของรัฐ หากการกระทำของจำเลยไม่ จำเลยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์

อย่างไรก็ดี ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้เดินตามคำพิพากษาของศาลสูงในคดีนี้ที่หยิบยกหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องถิ่นท้องที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น มาเพื่อพิจารณาว่าการกระทำพิพาทเป็นละเมิดหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงในปีต่อ ๆ มาที่ไม่ได้พิจารณาเพียงว่าการกระทำพิพาทเกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่ หากเกิดขึ้นในต่างประเทศแล้ว ก็จะมีไต่อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ศาลได้เริ่มพูดถึงหลัก purpose and effects test ดังที่จะได้กล่าวในคดีต่อ ๆ ไป

Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc case (No. 49) (1969)³³

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Zenith Radio Corporation หรือ Zenith จำเลยซึ่งได้ฟ้องแย้งในคดีนี้ เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยประกอบธุรกิจผลิตวิทยุและเครื่องรับโทรทัศน์เพื่อจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา และในต่างประเทศ ซึ่งในการประกอบธุรกิจของ Zenith นั้น Zenith จำเป็นต้องอาศัยอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่มีการจดสิทธิบัตรไว้แล้ว Zenith จึงได้เข้าทำสัญญาเพื่อขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับบริษัทต่าง ๆ หนึ่งในนั้น ได้แก่ การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับ Hazeltine Research, Inc หรือ HRI บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐอินเดียนา ซึ่งเป็นบริษัทที่เป็นเจ้าของและอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรสำหรับอุปกรณ์ไฟฟ้าต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา (domestic patents) โดยส่วนใหญ่จะเป็นอุปกรณ์ไฟฟ้าที่ใช้สำหรับการผลิตวิทยุและโทรทัศน์

Zenith ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของ HRI สำหรับการประกอบธุรกิจในประเทศตามสัญญาที่เรียกว่า standard package license จนกระทั่งถึงปี 1959 และในปีเดียวกันนั้นเอง สัญญาดังกล่าวได้หมดอายุลง แต่ Zenith ปฏิเสธที่จะต่อสัญญา กับ HRI โดยอ้างว่าตนไม่จำเป็นต้องขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรจาก HRI อีกต่อไป ซึ่งต่อมา HRI ก็ได้ฟ้อง Zenith ในข้อหาละเมิดสิทธิบัตร และ Zenith ได้ฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายตาม Sherman Act (treble damages) โดยกล่าวอ้างว่า HRI กระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act กล่าวคือ Zenith ได้อ้างว่า HRI กระทำการอันถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิบัตรในทางที่มิชอบ (misuse of patent) โดยสมรู้ร่วมคิดกับ Hazeltine Corporation ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของ HRI และกับบริษัทที่ทำธุรกิจอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรของบุคคลอื่น (patent pool) ในประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ Zenith ได้กล่าวว่าบริษัทที่ทำธุรกิจดังกล่าวทั้งสามบริษัท ได้ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรซึ่งรวมถึงสิทธิบัตรของ Hazeltine แก่ Zenith และแก่บริษัทอื่น ๆ ที่ต้องการส่งออกผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศทั้งสาม³⁴ โดยมีเจตนาที่จะคุ้มครองผู้ผลิตภายในประเทศนั้น และกีดกันการส่งออกผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศดังกล่าว เพราะจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท หรือ patent pool ดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้นมาในแต่ละประเทศเพื่อมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในประเทศนั้น ๆ ที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรของบรรดาบริษัทที่เป็นสมาชิก (had the exclusive right to sublicense the patents of its member companies) โดย

³³ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

³⁴ Zenith พยายามที่จะขออนุญาตใช้สิทธิในสิทธิบัตรสำหรับสินค้าของตนที่ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา (American-made goods) จากบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย เพื่อที่จะได้ส่งออกไปยังประเทศดังกล่าวได้

บริษัทใดบริษัทหนึ่งจะมีสิทธิบัตรอยู่ในอำนาจของคนที่จะอนุญาตให้ใช้ได้ถึงกว่า 5,000 สิทธิบัตร ซึ่งบริษัท หรือ patent pool ดังกล่าวจะยอมทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเฉพาะกับผู้ผลิตในประเทศนั้น ๆ เท่านั้น โดยจะไม่มี การอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้นำเข้า หรือแก่ผู้ผลิตในต่างประเทศแต่อย่างใด จากการกระทำดังกล่าว ทำให้การนำเข้าสินค้าจากประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าไปยังประเทศนั้น ๆ ลดลงอย่างมาก

คำพิพากษาของศาลฎีกา

ประเด็นหลักที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ได้แก่ ประเด็นเรื่องการเรียกค่าเสียหาย และอาชญากรรมในการเรียกค่าเสียหายตาม Sherman Act แต่อย่างไรก็ดี คดีนี้ เป็นตัวอย่างของการปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำใด ๆ ของบริษัทในประเทศที่กระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา (domestic conduct by U.S. firms affecting U.S. exports) โดยในประเด็นดังกล่าว ได้มีการกล่าวในคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า เมื่อศาลอุทธรณ์เห็นด้วยกับข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นฟังมาว่า HRI และ Hazeltine สมรู้ร่วมคิดกับบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา เพื่อที่จะปฏิเสธการให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรแก่บริษัทที่ต้องการจะส่งสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศแคนาดา และศาลฎีกาก็เห็นพ้องด้วยนั้น อาศัยข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นที่ยุติมานี้ จึงสรุปได้ว่าการกระทำของ HRI เป็นการกระทำที่ละเมิด Sherman Act และเมื่อ Zenith แสดงให้ศาลเห็นว่าธุรกิจการส่งออกจากประเทศสหรัฐอเมริกาของตน ถูกกีดกันโดยการกระทำของ HRI และของบริษัทที่เป็น patent pool ในต่างประเทศ จนทำให้ตัวเลขการส่งออกสินค้าของ Zenith ไปยังประเทศแคนาดาลดน้อยลง บริษัทในประเทศที่สมรู้ร่วมคิดกับบริษัทในต่างประเทศนั้น (กรณีนี้ ได้แก่ HRI) จึงต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ Zenith³⁵

การกีดกันการส่งออกโดยบริษัทในประเทศที่กระทบต่อโอกาสในการส่งออกของบริษัทในประเทศที่เป็นบริษัทคู่แข่งรายอื่น ๆ ย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนในกรณีเช่นนี้ (กรณีที่มีการกระทำภายในประเทศกระทบต่อการค้ากับต่างประเทศ) อาจไม่ค่อยมีปัญหา เมื่อเทียบกับในกรณีของการ

³⁵ ในคำพิพากษาศาลฎีกามีการกล่าวถึงประเด็นนี้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา เพราะในประเด็นที่เกี่ยวกับการส่งออกไปยังประเทศแคนาดานี้ ศาลฎีกาได้พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินไม่ให้ค่าเสียหายแก่ Zenith สำหรับความเสียหายที่อ้างว่าเกิดขึ้นจากการกระทำของ HRI และบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา โดยศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า Zenith ได้รับความเสียหายจากการสมรู้ร่วมคิดระหว่างบริษัทในประเทศและในต่างประเทศที่พยายามกีดกันการส่งออกวิทูและเครื่องรับโทรทัศน์ไปยังประเทศแคนาดา Zenith จึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย

กระทำของต่างประเทศที่กระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการให้ Sherman Act นอกดินแดนเอาผิดกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศนั้นก็มิใช่อำนาจอยู่ บ้างตาม Section 7 1(b) แห่ง Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982 ที่วางหลักไว้ว่า Sherman Act จะนำมาใช้กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญและที่คาดหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออก ระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับ การค้าหรือพาณิชย์กรรมใด ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁶

Timberlane Lumber Co. v. Bank of American case (Nos. 74-2142, 74-2354, 74-2812 and 74-2813) (1976)³⁷

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

คดีนี้ เป็นการรวมพิจารณาของคดีที่เกี่ยวข้องกันทั้งหมด 4 คดี โดยคดีหลักได้แก่คดี ระหว่าง Timberlane Lumber Co. v. Bank of America ("Timberlane Action") ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์ กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดตาม มาตรา 1 และ 2 แห่ง Sherman Act โดยคดีหลักนี้ได้หยิบยก เอาปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ การกระทำที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง รวมทั้งกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ โดย ในคดีส่วนที่เป็น Timberlane Action มีคู่ความเกี่ยวข้องหลายราย ดังต่อไปนี้

ฝ่ายโจทก์ ได้แก่ 1) Timberlane Lumber Company ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตาม กฎหมายของรัฐ โอเรกอน โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจซื้อและจัดจำหน่ายไม้ท่อน (lumber) ในประเทศ สหรัฐอเมริกา และนำเข้าไม้ท่อนมาในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อการใช้และจัดจำหน่าย 2) Danli Industrial, S.A. บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศฮอนดูรัส โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจซื้อ ไม้ท่อนในฮอนดูรัส และ 3) Maya Lumber Company, S. de R.L. บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ของประเทศฮอนดูรัสเช่นกัน โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจโรงเลื่อยเพื่อผลิตไม้ท่อนสำหรับการส่งออก (ต่อไปนี้จะเรียกทั้งสามบริษัทรวมกันว่า "Timberlane")

³⁶ ...the Sherman Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless (1) such conduct has a direct, substantial and reasonably foreseeable effect:...(b) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States...

³⁷ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ฝ่ายจำเลยได้แก่ Bank of America บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ธนาคาร”) และ Bank of America National Trust and Savings Association ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Bank of America และที่มีสาขาอยู่ใน Tegucigalpa ประเทศฮอนดูรัส และยังมีลูกจ้างของธนาคารอีกหลายรายที่มีชื่อเป็นจำเลยในคดีนี้ โดยทั้งหมดเป็นคนสัญชาติอเมริกัน นอกจากนี้ยังมีชื่อบุคคลอื่นเป็นจำเลย แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการส่งหมายไปถึงบุคคลดังกล่าวโดยชอบ ได้แก่ Pedro Casanova e Hijos, S.A., Importadore Mayorista, S. de R.L., และ Michael Casanova คนสัญชาติฮอนดูรัส (ต่อไปนี้จะเรียกรวมกันเรียกว่า “Casanova”) ซึ่งเป็นฝ่ายคู่แข่งของ Timberlane และของ Lima (บริษัทที่เคยประกอบธุรกิจไม้ท่อนในฮอนดูรัสก่อนที่ Timberlane จะเข้ามา) ในการประกอบธุรกิจไม้ท่อนในฮอนดูรัส

นอกจากนี้ ยังมี Jose Lamas, S. de R.L. หรือ Lamas บริษัทของประเทศฮอนดูรัสซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งอันดับสองรองจาก Casanova และ Jose Caminals ลูกจ้างของธนาคารที่ทำงานอยู่ในประเทศฮอนดูรัส โดยโจทก์ได้เรียกบุคคลดังกล่าวว่าเป็น “ผู้ที่ร่วมกับผู้สมรู้ร่วมคิด” หรือ co-conspirators แต่ไม่ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีนี้

Lima เคยเป็นผู้ประกอบธุรกิจไม้ท่อนในประเทศฮอนดูรัส ซึ่งมีบริษัทคู่แข่ง ได้แก่ Lamas และ Casanova โดยทั้งสามบริษัทเป็นลูกหนี้ของธนาคาร ต่อมากิจการของ Lima ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่ง Timberlane เองก็ได้อ้างว่าเกิดจากการกระทำระหว่างธนาคาร กับ Lamas และ Casanova ที่ทำให้ธุรกิจ Lima ตกต่ำลง ซึ่งถือได้ว่าเป็นขั้นแรกของการสมคบกัน (conspiracy) ของผู้สมรู้ร่วมคิดทั้งสาม Timberlane ได้กล่าวต่อไปด้วยว่า จากการประสบปัญหาในครั้งนี้ ประโยชน์ในทรัพย์สินสำคัญต่าง ๆ ของ Lima เช่น โรงเลื่อย ได้โอนไปยังบรรดาเจ้าหนี้ของ Lima ซึ่งได้แก่ ธนาคาร, Casanova และกลุ่มลูกจ้างของ Lima ที่ยังไม่ได้รับค่าจ้างจาก Lima

Timberlane เป็นบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับไม้ท่อนมาเป็นเวลานาน ได้ตัดสินใจเข้าไปในฮอนดูรัสเพื่อหาแหล่งวัตถุดิบเพิ่มเติม ต่อมาในปี 1971 Danli ได้จัดตั้งขึ้น ทั้ง Timberlane เริ่มมีป่าไม้เป็นของตัวเอง และได้มีการจัดเตรียมอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการขนส่งไม้ท่อน โดย Timberlane เริ่มสนใจในโรงเลื่อยของ Lima และได้เริ่มทำการเจรจาเพื่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินของ Lima หลังจากนั้น Maya ก็ได้จัดตั้งขึ้นและเริ่มทำการซื้อเครื่องจักรและอุปกรณ์จาก Lima โดยไม่สนใจเสียงคัดค้านของผู้สมรู้ร่วมคิด ซึ่งต้องการที่จะดำเนินธุรกิจของ Lima เสียเอง

จำเลยเองเมื่อรู้ว่าฝ่ายตนจะต้องแข่งขันกับ Timberlane ซึ่งมีฐานะทางการเงินดีกว่า จำเลยจึงได้พยายามทำลายธุรกิจของ Timberlane หนึ่งในนั้น ได้แก่ การที่ธนาคารผู้เป็นเจ้าของนี้ จำนองของ Lima ไม่ยอมจดทะเบียนไถ่ถอนจำนอง ทั้ง ๆ ที่ Maya ก็ได้เสนอชำระหนี้เป็นเงินสดให้แก่ธนาคารเพื่อให้ธนาคารปลดจำนองเหนือทรัพย์สินดังกล่าว กล่าวคือ ธนาคารกลับกระทำการโดย

ซอเรนโดได้โอนสิทธิในการเป็นผู้รับจ้างไปให้แก่ Casanova อย่างไม่มีค่าตอบแทน โดย Casanova เพียงแต่ตกลงที่จะชำระเงินให้แก่ธนาคารในหนี้ส่วนที่สามารถเรียกเก็บได้เท่านั้น จากนั้น Casanova ผู้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของ Lima ก็ได้โอนสิทธิที่ได้รับโอนมาจากธนาคารและสิทธิเรียกร้องที่ตนเองมีอยู่ไปให้แก่ Caminals หลังจาก Caminals ได้รับโอนสิทธิมาจากธนาคารและ Casanova แล้ว Caminals ได้ไปขอให้ศาลบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่ตนมีเหนือทรัพย์สินของ Lima โดยไม่สนใจข้อเสนองานของ Timberlane ที่พยายามจะชำระหนี้และซื้อทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนมา นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ การห้ามบุคคลใด ๆ ส่งสินค้าออกนอกประเทศต้องกระทำโดยคำสั่งศาล และต้องจดทะเบียนไว้โดยชอบ ดังนั้น เพื่อเป็นการหยุดยั้งการดำเนินธุรกิจของ Timberlane Caminals จึงได้ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ Maya และ Danli ส่งสินค้าใด ๆ ออกนอกประเทศ ทั้งได้มีการใช้กำลังทหารเพื่อหยุดกิจการโรงเลื่อยของ Timberlane อีกด้วย

การสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวกทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงได้เรียกร้องค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง และโจทก์ยังได้กล่าวอ้างว่าการสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวกก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและอย่างมีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งจำเลยและพวกก็มีเจตนาที่จะให้การกระทำความผิดดังกล่าวเกิดผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์และคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยอ้างหลักเรื่องการกระทำของรัฐ หรือ act of state และอ้างว่าศาลไม่มีเขตอำนาจ ซึ่งโจทก์ได้มีการอุทธรณ์ต่อมา และคดีก็ได้ถึงที่สุดชั้นศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ได้กล่าวว่าในปัจจุบัน (ขณะนั้น) ก่อนข้างเป็นที่ยอมรับแล้วว่าสำหรับประเด็นการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่งได้มีปรากฏในคดี American Banana Company v. United Fruit Company (1909) เป็นคดีแรก ซึ่งศาลสูงได้พิพากษายกฟ้อง โดยอ้างเหตุผลว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่ศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดี American Banana ดังกล่าว โดยคดีหลัง ๆ ที่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ก็ได้แก่คดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corporation (1962) กับคดี United States v. Aluminum Co. of America (1945) (หรือ Alcoa) ซึ่งศาลได้พิพากษาว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นด้วย

สำหรับที่ศาลกล่าวว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือสามารถใช้กฎหมายนอกดินแดนได้นั้น ไม่ได้

มีหมายความว่าศาลจะสามารถใช้กฎหมายได้อย่างไม่มีขอบเขต เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย ดังนั้นจึงไม่สามารถใช้อย่างไม่มีขอบเขตได้ เพราะบางกรณีการใช้กฎหมายกับการกระทำใด ๆ นอกดินแดน อาจทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้อง ไม่พอใจและคัดค้านการใช้อำนาจดังกล่าว โดยประเทศนั้นอาจเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศ ซึ่งบางครั้งศาลก็เห็นว่าในบางกรณีก็เป็นที่ยึดเจนว่าส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกา มีน้อยเกินกว่าที่จะทำให้การใช้เขตอำนาจของศาลเหนือการกระทำนอกดินแดนดังกล่าวมีความสมเหตุสมผล

ประเด็นต่อไปที่ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวถึงในคำพิพากษาคือ ขอบเขตที่ได้กล่าวถึงนั้นมีอะไรเป็นตัวกำหนด และเราจะทราบถึงขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนได้อย่างไร โดยในประเด็นนี้ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวว่าขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนไม่ได้มีกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในตัว Sherman Act เอง เพราะฉะนั้นวิธีการที่ศาลได้ใช้เพื่อกำหนดขอบเขต คือ การพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในคดี Alcoa ศาลสูงได้กล่าวไว้ว่า ในปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับแล้วว่าประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจเอาผิดกับบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของตน สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ หากการกระทำของบุคคลดังกล่าวมีผลกระทบในประเทศนั้น แต่อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการต่างประเทศยังคงเห็นว่า การใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องหลักความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กับหลักการพิจารณาที่ดี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังยืนยันว่า Sherman Act ไม่ได้นำมาใช้เฉพาะกับการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

คำว่า “ผลกระทบ” ที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่าศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ศาลในคดีนี้ ได้สรุปไว้ว่าผลกระทบดังกล่าวต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญ (direct and substantial effect) ซึ่งหลักดังกล่าวได้มีการนำไปอ้างในคดีต่าง ๆ ได้แก่ คดี United States v. R. P. Oldham Co. และคดี United States v. General Electric Co. โดยหลักเรื่องผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญนี้ก็ได้มีบัญญัติไว้ใน Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States³⁸ แต่สำหรับเรื่องผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญนี้ก็มีนักวิชาการหลายท่านกล่าวว่า เป็นเรื่องที่กว้างมาก ซึ่งต้องพิจารณากรณี ๆ ไป

³⁸ A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory, if either

(a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or

ทั้งนี้ นอกจากหลักเรื่อง direct and substantial effect ที่จะนำมาใช้กำหนดขอบเขตการใช้ Sherman Act นอกดินแดนแล้ว ยังมีปัจจัยอื่นที่จะต้องนำมาพิจารณาอีก กล่าวคือผลกระทบต่อการค้าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ใช่เพียงปัจจัยเดียวที่จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียในการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบในประเทศ เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำนั้นก็ส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศอื่นด้วย ซึ่งชาตินั้น ๆ ก็อาจได้รับผลเสียยิ่งกว่าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเสียอีก ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเรื่อง direct and substantial effect มีความไม่สมบูรณ์ในตัวเอง เพราะหลักดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการกล่าวถึงปัจจัยอื่น ๆ อีกที่จะนำมาพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล ในกรณีที่มีประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้ Sherman Act นอกดินแดน ได้แก่ หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตร (Comity) และหลักสิทธิพิเศษ (Prerogative) ของชาติอื่น ๆ แต่นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ด้วย

ศาลสูงในคดี Alcoa ยังได้ขยายความหมายของหลัก direct and substantial effect ว่าต้องพิจารณาให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยจะรวมเรียกว่าหลักในเรื่องนี้ว่า purpose and effect test ซึ่งเห็นว่าการมุ่งเน้นเพียงแค่หลักเรื่อง direct and substantial effect อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ เพราะหลักดังกล่าวเหมาะที่จะนำมาพิจารณาในกรณีที่ไม่มีประเทศอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น (It may be unwise blindly to apply the "substantiality" test to the international setting.)

กล่าวโดยสรุปก็คือกรณีที่มีการกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกประเทศ กระทำนอกประเทศ ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 3 องค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. ต้องมีผลกระทบเกิดขึ้น หรือตั้งใจให้เกิดผลกระทบ ต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา
2. การกระทำความผิดทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(b)(i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies; (ii) the effect within the territory is substantial; (iii) it occurs as direct and foreseeable result of the conduct outside the territory; and (iv) the rule is not inconsistent with the principle of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems.

3. เมื่อพิจารณาตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศอื่น ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลดังกล่าว

โดยในข้อ 3 นี้เองหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศเป็นหลักที่จะต้องนำมาพิจารณาเพราะหากพิจารณาแต่เพียงหลักเรื่อง purpose and effect test อาจจะทำให้มีการใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากระทบต่ออำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และในการหาคำตอบสำหรับคำถามข้อ 3 ศาลในคดีนี้กล่าวว่าควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States ข้อ 40 ว่า ในกรณีที่รัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปมีเขตอำนาจที่จะตราและบังคับใช้กฎหมายใด ๆ และกฎหมายของรัฐทั้งสองกำหนดให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่แตกต่างกัน รัฐนั้น ๆ ต้องพิจารณาลดระดับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในดินแดนของตน (to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction) ซึ่งวิธีเดียวกันนี้ (การชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่น) ก็ได้มีการนำไปใช้ในคดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp. (1962)

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เพื่อกำหนดขอบเขตของการใช้ Sherman Act นอกดินแดน โดยได้กล่าวถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ศาลนี้นำมาใช้เพื่อพิจารณาในเรื่องส่วนได้เสียตามองค์ประกอบข้อ 3 จากข้อเท็จจริงของคดีนี้ ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาชอบที่จะใช้อำนาจเหนือการกระทำที่ Timberlane อ้างว่าทำให้ตนเสียหายได้หรือไม่ โดยปัจจัยดังกล่าวได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง
3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยังได้ชี้ว่าเมื่อพิจารณาทั้ง 7 ปัจจัยแล้ว ต้องได้ความว่าส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีมากพอที่จะสนับสนุนการใช้อำนาจนอกดินแดน

ดังนั้นศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่าคำตัดสินของศาลชั้นต้นยังไม่ครอบคลุมถึงประเด็นทั้ง 3 ดังกล่าว เนื่องจากว่าคำพิพากษาศาลชั้นต้นวินิจฉัยแต่เพียงว่าการกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าเป็นการกระทำความผิดมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ศาลอุทธรณ์มุ่งเน้นไปที่การพิจารณาปัจจัยที่ 3 ว่าในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียมากกว่าของประเทศฮอนดูรัส และทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ ถึงแม้ว่าจำเลยบางคนจะเป็นคนสัญชาติฮอนดูรัส และการดำเนินธุรกิจส่วนใหญ่กระทำในฮอนดูรัส แต่ในเมื่อไม่ปรากฏว่ามีความขัดกันระหว่างกฎหมายหรือนโยบายของฮอนดูรัสกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและก็ไม่มีความขัดกันของส่วนได้เสียของทั้งสองประเทศ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาหลักทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ศาลชั้นต้นจึงมีเขตอำนาจในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์จึงได้พิพากษาให้ย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการสอบสวนพิจารณาพิพากษารูปคดีต่อไป

California v. Hartford Fire Insurance Co. case (Nos. 91-1111, 91-1128) (1993)³⁹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

โจทก์ในคดีนี้ ได้แก่ รัฐทั้ง 19 รัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา และบริษัทเอกชนอีกจำนวนหนึ่ง โดยโจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลย ซึ่งได้แก่ บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ 4 บริษัท (ได้แก่ Hartford Fire Insurance Company, Allstate Insurance Company, CIGNA Corporation และ Aetna Casualty and Surety Company), บริษัทผู้ขายประกันภัยต่อให้แก่บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ, สมาคมด้านการประกันภัย 2 สมาคม (ได้แก่ Insurance Service Office หรือ ISO และ Reinsurance Association of America), นายหน้าผู้จัดจำหน่ายการประกันภัยต่อในประเทศจำนวน 1 บริษัท และผู้รับประกันภัยต่ออีกจำนวนหนึ่งที่ดำเนินธุรกิจในประเทศอังกฤษ

จำเลยทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act โดยการสมคบกัน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบีบบังคับบริษัทผู้รับประกันภัยบริษัทอื่นภายในประเทศให้เปลี่ยนข้อกำหนดมาตรฐานในกรมธรรม์ประเภทความรับผิดทั่วไปทางการค้า (commercial general liability insurance policy⁴⁰) ให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในกรมธรรม์ที่บริษัทผู้รับประกันภัยใน

³⁹ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

⁴⁰ CGL insurance เป็นประกันภัยที่คุ้มครองความเสียหายที่บุคคลที่สามเรียกร้องเอาจากผู้เอาประกันภัย

ประเทศทั้ง 4 บริษัทต้องการจำหน่าย กล่าวคือ Hartford และ บริษัทผู้รับประกันภัยอีก 3 บริษัท ซึ่งเป็นจำนวนในคดีนี้ รวมทั้ง บริษัทผู้รับประกันภัยอื่น ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกรมธรรม์ประเภทที่ความรับผิดชอบของบริษัทผู้รับประกันภัยขึ้นอยู่กับ การเกิดขึ้นของภัย (“occurrence based” liabilities policies) ซึ่งเป็นกรมธรรม์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในขณะนั้น และ ISO ได้รวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลความเสียหายสำหรับกรมธรรม์ประเภทนี้ด้วย โดยภายใต้กรมธรรม์ประเภทนี้ บริษัทผู้รับประกันภัยจะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาของกรมธรรม์ โดยไม่คำนึงถึงว่าอันตรายจากความเสียหายดังกล่าวจะปรากฏขึ้นเมื่อใดและผู้เอาประกันภัยได้ยื่นข้อเรียกร้องเมื่อใด โดยข้อกล่าวหาของโจทก์คือ จำนวนที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศได้พยายามที่จะยกเลิกการใช้กรมธรรม์ประเภทดังกล่าว และใช้กรมธรรม์ประเภทที่ความรับผิดชอบของบริษัทผู้รับประกันภัยขึ้นอยู่กับ การยื่นข้อเรียกร้อง (“claims made based” liabilities policies) โดยจะให้ความคุ้มครองเฉพาะภัยที่ได้มีการยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาของกรมธรรม์และสำหรับภัยที่เกิดขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น (retroactive date provision) โดยข้อดีของกรมธรรม์ประเภทนี้ คือ ผู้รับประกันภัยจะสามารถจัดความเสียหายของตนไปได้ เมื่อกรมธรรม์สิ้นสุดโดยที่ผู้เอาประกันภัยไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้องเพื่อให้ผู้รับประกันภัยจ่ายค่าเสียหายสำหรับภัยใด ๆ กล่าวคือ ผู้รับประกันภัยจะรู้ถึงความเสียหายของตนได้อย่างแน่ชัดว่าตนจะต้องจ่ายค่าเสียหายตามกรมธรรม์ให้กับผู้เอาประกันภัยรายใดหรือไม่ อีกทั้งกรมธรรม์ประเภท claims made basis ยังมีข้อกำหนดเรื่อง retroactive date จะช่วยจัดความเสียหายสำหรับผู้รับประกันภัยในการที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนระยะเวลาที่กรมธรรม์มีผลบังคับใช้ แต่เป็นภัยที่ยังไม่ปรากฏความเสียหายหรือก่อให้เกิดอันตรายในทันที

ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า ผู้เอาประกันภัยชอบกรมธรรม์ประเภท occurrence basis มากกว่า ดังนั้น การที่จะเปลี่ยนประเภทของกรมธรรม์จึงจะกระทำไม่ได้เลย เว้นเสียแต่ว่า ผู้รับประกันภัยรายอื่น ๆ ได้ยกเลิกการออกกรมธรรม์ประเภท occurrence basis เช่นกัน โดยในการที่จะบรรลุลวัตถุประสงค์นี้ บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศทั้งสี่ได้ชักจูงให้ ISO หยุดการให้ข้อมูลเกี่ยวกับความเสียหายที่ใช้สำหรับกรมธรรม์ประเภทดังกล่าวแก่บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ รวมทั้งยังชักจูงให้ผู้รับประกันภัยต่อ ทั้งในประเทศและที่อยู่ในกรุงลอนดอนให้ยกเลิกการรับประกันภัยต่อ สำหรับภัยที่มาจากกรมธรรม์ประเภท occurrence basis โดยในธุรกิจประกันภัยนี้ การรับประกันภัยต่อเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นต่อบริษัทผู้รับประกันภัยมาก เพราะการรับประกันภัยต่อจะช่วยลดความเสี่ยงของบริษัทผู้รับประกันภัยในชั้นแรก ตามข้ออ้างของโจทก์กล่าวว่าการได้เข้าทำประกันภัยต่อเป็นปัจจัยที่สำคัญในการที่ผู้รับประกันภัยชั้นแรกจะตัดสินใจตกลงเข้ารับประกันภัยกับผู้เอาประกันภัยหรือไม่ การกระทำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา

บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศทั้งสี่ได้อ้างว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act เพราะตนได้ความคุ้มกันทางกฎหมาย (immunity) ตาม McCarran-Ferguson Act ซึ่งเป็นประเด็นตามกฎหมายการประกันภัยของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะไม่ขอล่าว ณ ที่นี้ ส่วนผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนก็ได้กล่าวอ้างประเด็นเรื่อง ขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act หรือ Extraterritoriality กล่าวคือ ถึงแม้จะยอมรับว่าการกระทำของตนก่อให้เกิดผลอย่างมีนัยสำคัญในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ Sherman Act ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ เพราะว่าตนเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษและทำธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายของอังกฤษโดยชอบแล้ว ซึ่งกฎหมายอังกฤษไม่ได้ห้ามการที่จะเข้าทำความตกลงลักษณะดังที่พิพาทกันในคดีนี้ แต่กลับยอมให้มีการดำเนินการตัดสินใจร่วมกัน ซึ่งถือเป็นระบบที่เน้นการควบคุมกันเองตามลักษณะของธุรกิจประกันภัย

คำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์

ศาลชั้นต้น (District Court of California) ได้พิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ โดยได้ตัดสินยกฟ้องโจทก์โดยอ้างเหตุที่ว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือจำเลยที่อยู่ในประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ ศาลชั้นต้นได้อ้างหลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศ หรือ international comity ซึ่งเป็นหลักที่ศาลในคดี Timberlane Lumber Co. V. Bank of America, N.T. (1976) หรือคดี Timberlane ได้ใช้เพื่อพิจารณาประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนเช่นกัน โดยในคดีดังกล่าว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาครอบคลุมถึงการกระทำที่กระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศก็ตาม (foreign conduct) เว้นเสียแต่ว่า ในกรณีดังกล่าว ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกามีน้อยเกินกว่าที่จะก่อให้เกิดความชอบธรรมแก่ศาลในการที่จะใช้เขตอำนาจศาลนอกดินแดน (too weak to justify an extraterritorial assertion of jurisdiction by the U.S.)” และเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ก็ได้หยิบยกหลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวอ้างไว้ในคดี Timberlane เช่นกัน และได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลโดยอาศัยหลักดังกล่าว แต่ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศไม่ได้ห้ามศาลในคดีนี้ที่จะใช้เขตอำนาจเหนือจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ เนื่องจากในกรณีนี้ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกาในการป้องกันผลกระทบต่อการค้าในประเทศ มีมากกว่าส่วนได้เสียของประเทศอังกฤษในการควบคุมธุรกิจประกันภัยในประเทศของตน กล่าวคือ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า การใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกากับตลาดการประกันภัยต่อของประเทศ

อังกฤษอาจนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างมีนัยสำคัญกับกฎหมายและนโยบายของอังกฤษ โดยความขัดแย้งนี้เองเป็นเหตุผลที่จะทำให้ศาลปฏิเสธที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ เว้นเสียแต่ว่า จะมีปัจจัยอื่นใดที่มีน้ำหนักมากกว่าความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าผลกระทบต่ตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีน้ำหนักมากกว่าความขัดแย้งที่เกรงว่าจะเกิดขึ้น จึงทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและคำพิพากษาศาลฎีกา

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการบังคับใช้ของ Sherman Act ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา โดยศาลฎีกาได้กำหนดประเด็นไว้ว่าการที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าศาลชั้นต้นมีอำนาจที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของบริษัทประกันภัยที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นการวินิจฉัยประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนไว้อย่างถูกต้องหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลฎีกาได้กล่าวในประเด็นนี้ว่า Sherman Act ได้วางหลักไว้ห้ามการทำสัญญา การรวมตัว หรือการสมคบกันใด ๆ ที่เป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างรัฐ หรือการค้าในต่างประเทศโดยไม่มีเหตุอันสมควร คดีนี้นำมาซึ่งคำถามเกี่ยวกับการใช้ Sherman Act กับธุรกิจการ ประกันภัย ทั้งในและต่างประเทศ โดยโจทก์ (จำเลยอุทธรณ์) ในคดีนี้ได้กล่าวอ้างว่าจำเลยทั้งในและต่างประเทศกระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act โดยการร่วมกันกระทำการอันส่งผลกระทบต่อตลาดประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจำเลยที่เป็นบริษัทรับประกันภัยต่อของประเทศอังกฤษได้กล่าวอ้างว่าตามหลักความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีบางประเภท แต่ศาลฎีกาโดยเสียงข้างมากได้วินิจฉัยว่าศาลในคดีนี้มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดในต่างประเทศดังที่พิพาทกัน และหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศก็ไม่ได้ห้ามศาลชั้นต้นในการที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบริษัทอังกฤษ และที่ประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยศาลฎีกาไม่ได้ตัดสินโดยพิเคราะห์ถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Timberlane* แต่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้เดินตามแนวคำพิพากษาคดี *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* (1986) และ *United States v. Aluminum Co. of America* (1945) ซึ่งใช้หลัก “purpose and effects test” ในการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาล โดยศาลฎีกาได้กล่าวว่า การกระทำของคนต่างชาตินี้เกิดขึ้นในต่างประเทศอาจเป็นการละเมิด Sherman Act ได้ หากการกระทำดังกล่าวมีขึ้นเพื่อทำให้สภาพการแข่งขันของตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาสึกไปและในความเป็นจริงก็เกิดผลกระทบ

อย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา (It is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States)

ในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาตัดสินว่าบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมคบกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อบิดเบือนตลาดธุรกิจประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา และการกระทำดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อตลาดจริง การกระทำพิพาทจึงครบองค์ประกอบตามหลัก “purpose and effects test” ด้วยเหตุนี้ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีเขตอำนาจเหนือจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในลอนดอน และชอบที่จะใช้ Sherman Act เพื่อเอาผิดกับจำเลยดังกล่าว ณ จุดนี้ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาไม่เห็นด้วยกับการวิเคราะห์ของศาลอุทธรณ์ แม้ผลของคดีจะออกมาเหมือนกันก็ตาม นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้วางหลักด้วยว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศจะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” กล่าวคือ เมื่อศาลวินิจฉัยแล้วว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ (การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศ และไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา) ตาม Sherman Act ศาลจึงค่อยมาพิจารณาปัญหาที่ว่าความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศห้ามมิให้ศาลใช้เขตโดยอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศหรือไม่⁴¹

ศาลฎีกาได้กล่าวต่อไปด้วยว่าหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ ดังนั้น คำถามที่สำคัญของคดีนี้ก็คือ เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายอังกฤษหรือไม่ โดยในคดีนี้ จำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนได้อ้างว่า หากศาลปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำของตนย่อมก่อให้เกิดการขัดกันของกฎหมาย เพราะตนเองก็ได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้ว โดยในประเด็นนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่จำเลยกล่าวอ้างไม่อาจถือได้ว่าเป็นการขัดกัน หรือ conflict ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ แต่อย่างใด โดยศาลได้กล่าวไว้ชัดว่า ข้อเท็จจริงเพียงว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ไม่อาจขัดขวางการใช้กฎหมายป้องกันการ

⁴¹ ศาลในคดีนี้ได้อ้างถึงคดี *Mannington Mills, Inc. V. Congoleum Corp.* (1979). โดยศาลฎีกาในคดีดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า “Once court determines that jurisdiction exists under the Sherman Act, question remains whether comity precludes its exercise.”

ผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่ากฎหมายของรัฐดังกล่าวจะมีนโยบายสนับสนุนการกระทำความผิดก็ตาม ความขัดกันย่อมไม่เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ และเนื่องจากว่าจำเลยไม่ได้กล่าวอ้างว่ากฎหมายอังกฤษกำหนดให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรืออ้างว่าการปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันของกฎหมายของทั้งสองประเทศ

ศาลฎีกาพิพากษาให้ศาลชั้นต้นรับคดีนี้ไว้พิจารณาตามกฎหมาย โดยได้วินิจฉัยว่าศาลชั้นต้นไม่อาจอ้างหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาเพื่อยกฟ้องโจทก์ได้

ความเห็นแย้งของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ

สำหรับประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน ผู้พิพากษา Scalia ได้ทำความเห็นแย้ง (dissenting opinion) ไว้ในเรื่องดังกล่าว ในคดีนี้เสียงข้างมากของศาลฎีกาเห็นว่าประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนเป็นประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล (jurisdictional issue) ในขณะที่ Scalia เห็นว่าเรื่องดังกล่าวไม่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด คำถามว่า Sherman Act ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นคนอังกฤษหรือไม่นั้น ไม่ใช่ประเด็นในทางวิธีสบัญญัติ แต่เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ โดยการที่จะวินิจฉัยว่า Sherman Act ใช้กับการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศด้วยหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวเป็นเรื่องของเขตอำนาจเช่นกัน โดยเขตอำนาจเช่นนั้นไม่ใช่ “เขตอำนาจศาล” แต่เป็น “เขตอำนาจในการตรากฎหมาย” (legislative jurisdiction หรือ jurisdiction to prescribe) ซึ่งเขตอำนาจในการตราภาษานี้มีข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศ

ในชั้นแรก Scalia อธิบายข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่ง Scalia เห็นด้วยกับเสียงข้างมากของศาลนี้ที่วินิจฉัยว่า ปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับแล้วว่า Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย เมื่อได้คำตอบในชั้นแรกแล้ว Scalia ก็ได้อ้างความเห็นของผู้พิพากษา Marshall ที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Murray v. The Charming Betsy* (1804) ว่า “แม้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดนด้วย แต่เราต้องไม่ตีความการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติให้กว้างจนขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ” จากนั้น Scalia ได้สรุปจากคดีดังกล่าวว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้จำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายเอาไว้ และให้ความเห็นว่าการตรากฎหมายที่ใช้ นอกดินแดนจะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่าง

ประเทศ หากการใช้กฎหมายภายในกับการกระทำนอกดินแดนดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่ง Scalia ได้ยอมรับหลักใน Restatement of International Law⁴² ว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการตรา กฎหมายที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ ตาม Restatement of International Law รัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีอำนาจ ในการตรากฎหมายเพื่อใช้ในดินแดนของตน แต่รัฐควรที่จะเว้นจากการตรากฎหมายที่มีผลไปถึง การกระทำที่เกี่ยวกับบุคคล หรือกิจกรรมใด ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐอื่น ๆ หากการใช้อำนาจใน การตรากฎหมายที่ให้มีผลนอกดินแดนนั้นเป็นไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร

การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาปัจจัย หรือ จุดเกาะเกี่ยวต่าง ๆ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ใน Restatement of International Law ได้แก่

- ระดับของกิจกรรมนั้น ๆ ว่าส่งผลในรัฐที่ออกกฎหมายมากเพียงใด
- ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น สัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐที่ ออกกฎหมายกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมที่จะถูกควบคุม
- กิจกรรมที่จะถูกควบคุมมีลักษณะ (character) อย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมมีต่อรัฐที่จะออกกฎหมายมากน้อยเพียงใด
- การกระทำนั้น ๆ มีรัฐอื่นควบคุมแล้วหรือไม่
- การควบคุมโดยรัฐที่จะออกกฎหมายเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของรัฐอื่นในการกระทำที่จะถูกควบคุมมีมากน้อยเพียงใด
- แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสูงเพียงใด

⁴² Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United State เป็นการรวบรวม กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายภายในที่มีผลในทางต่างประเทศ หรือที่ มีผลสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการ รวบรวมหรือนำมากล่าวซ้ำ (restated) นั้น ส่วนใหญ่แล้วมักมีที่มาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) และบรรดาความตกลงระหว่างประเทศ (International agreements) ที่ประเทศ สหรัฐอเมริกาเป็นสมาชิก ส่วนกฎหมายภายในที่นำมารวบรวมมักเป็นกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ Federal law ซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญบ้าง กฎหมายของสภาองเกรสบ้าง หรืออาจมีที่มาจากคำตัดสินของ ศาลสูง

Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United State ประกอบไปด้วยหลัก กฎหมายที่ศาลพึงปรับใช้กับกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Restatement นี้ แบ่งออกเป็น 9 ส่วน ได้แก่ 1. กฎหมายระหว่างประเทศกับความสัมพันธ์กับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 2. บุคคลใน ทางกฎหมายระหว่างประเทศ 3. ความตกลงระหว่างประเทศ 4. เขตอำนาจศาลและคำพิพากษา 5. กฎหมายทะเล 6. กฎหมายสิ่งแวดล้อม 7. ความคุ้มครองบุคคล (บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) 8. กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ 9. การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

Scalia มีความเห็นว่า การกระทำส่วนใหญ่ของจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อของ ประเทศอังกฤษ และที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งทำให้อังกฤษมีส่วนได้เสียในการที่จะควบคุม การกระทำของจำเลยดังกล่าว (clearly has a heavy interest in regulating the activity) เมื่อพิจารณา จากปัจจัยที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว Scalia เห็นว่า การใช้กฎหมายภายในกับการกระทำนอก ดินแดน ของจำเลยทั้งสี่ไม่มีเหตุอันสมควร และเป็นการไม่เหมาะสมที่จะกล่าวว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยทั้งสี่ดังเช่นที่ปรากฏในคดีนี้ แต่อย่างไรก็ดี Scalia ก็ไม่ได้กล่าวโดยละเอียดว่าเหตุใดเมื่อพิจารณาเลือกกฎหมายตามปัจจัยที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว กรณี ควรจะใช้กฎหมายอังกฤษบังคับกับการกระทำของจำเลยทั้งสี่มากกว่าที่จะใช้กฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกา

การที่ศาลนี้วินิจฉัยว่า “เนื่องจากกรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายประเทศ สหรัฐอเมริกากับกฎหมายอังกฤษ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีอำนาจที่จะปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำของจำเลยทั้งสี่” นั้น Scalia เห็นว่าการปรับใช้ Sherman Act ตามแนววินิจฉัย ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อส่วนได้เสียโดยชอบของประเทศอื่น เพราะอันที่จริงแล้ว คำว่า “ความขัดกัน” ต้องแปลความตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflicts of laws) ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย คำว่า “ความขัดกัน” หมายถึง สภาวะที่มีกฎหมาย มากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเมื่อแปลความคำว่า “ความขัดกัน” ตามกฎหมายดังกล่าว กรณีตามคดีนี้จึงถือได้ว่ามีความขัดกันของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว การพิจารณาเลือกกฎหมายที่จะปรับ ใช้ตามหลักของกฎหมายขัดกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ Scalia ก็ได้ย้ำถึงปัจจัยที่บัญญัติไว้ใน Restatement of International Law ว่าเป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาเมื่อถึงขั้นตอนของการเลือก กฎหมาย แต่ศาลนี้ไม่ได้ใช้แนวทางการวิเคราะห์อย่างที่ว่า Scalia เห็นว่าควรจะเป็น

3.3 มมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศในทวีปยุโรปส่วนใหญ่ประสบความเสียหายอย่าง ร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจึงตระหนักว่าอนาคตของยุโรปจะดำรงต่อไปได้ก็ด้วย ความสมัครสมานสามัคคีกัน และรวมยุโรปเข้าด้วยกันให้มีเอกภาพ โดยการหันหน้าเข้าหากันและ ลงมือดำเนินการจัดอุปสรรคต่าง ๆ อย่างจริงจัง โดยมีเจตจำนงที่จะสร้างสันติภาพถาวรเพื่อให้มี อำนาจทางเศรษฐกิจที่ยุโรปเคยมีมาแต่เก่าก่อนกลับคืนมาสู่ยุโรปอีกครั้งหนึ่ง

ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปเห็นพ้องต้องกันว่า การรวมตัวเป็นกลุ่มก้อนจะเป็นรูปแบบที่ดีที่ สุดที่จะปรับปรุงการใช้ความสามารถทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศในยุโรป ทั้งเป็นการ เพิ่มพูนประสิทธิภาพของยุโรป เพื่อให้ทันกับความจำเป็นและความต้องการของโลกสมัยใหม่ เช่น

การมีวิสาหกิจต่าง ๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งถ้าพึ่งประเทศใดประเทศหนึ่งในยุโรปไม่สามารถดำเนินการได้แต่เพียงลำพัง เนื่องจากการขาดแคลนทรัพยากรที่จะทำให้สามารถดำเนินการวิสาหกิจนั้นได้อย่างดี ดังนั้นเอกภาพของยุโรปจึงเป็นเงื่อนไขที่จำเป็น เพื่อให้วิสาหกิจของยุโรปได้มีตลาดภายในทวีปอย่างกว้างขวางทันกับศักยภาพ และเพื่อพัฒนาให้วิสาหกิจดังกล่าวสามารถแข่งขันกับวิสาหกิจต่าง ๆ นอกทวีปได้ด้วย

จากนั้นจึงได้มี ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (European Coal and Steel Community – E.C.S.C.) ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาปารีส (Treaty of Paris) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community – E.E.C.) หรือตลาดร่วมยุโรป (European Common Market) และประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (European Atomic Energy Community – E.A.E.C.) ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งต่อมาเมื่อปี 1965 ได้มีการรวมประชาคมทั้งสามเข้าด้วยกัน (The Merger Treaty) โดยสนธิสัญญามาสทริคต์ และถูกเรียกรวมกันว่าประชาคมยุโรป (The European Community)

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 จึงได้มีการลงนามในสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป (The Treaty on European Union) ที่เมืองมาสทริคต์ (Maastricht) แม้ว่าสนธิสัญญามาสทริคต์นี้จะเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อประมาณเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1993 แต่ก็ถือว่าเป็นการปฏิรูปสนธิสัญญากรุงโรมอย่างสมบูรณ์รอบด้านที่สุดครั้งหนึ่ง⁴³

โดยในปัจจุบันนี้สหภาพยุโรปมีประเทศสมาชิกอยู่รวมเป็นจำนวน 25 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนี, ฝรั่งเศส, อิตาลี, สหราชอาณาจักร, สเปน, เบลเยียม, เนเธอร์แลนด์, กรีซ, โปรตุเกส, ออสเตรีย, สวีเดน, เดนมาร์ก, ไอร์แลนด์, ฟินแลนด์, ลักเซมเบิร์ก, ไซปรัส, เอสโตเนีย, ฮังการี, สาธารณรัฐเชก, ลัตเวีย, ลิทัวเนีย, มอลต้า, โปแลนด์, สโลวาเกียและสโลวาเนีย

นโยบายแห่งความร่วมมือของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาดที่สำคัญก็คือ นโยบายตลาดร่วม หมายถึงการจัดตั้งตลาดร่วมระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นผลสำเร็จให้สามารถพึ่งตนเองได้โดยไม่ต้องพึ่งประเทศนอกกลุ่ม การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าภายในกลุ่มให้เป็นไปโดยเสรี ปราศจากอุปสรรคทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษีศุลกากร หรือการจำกัดโควตาสินค้า การกำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขันร่วมกัน นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้แรงงาน บริการ และเงินทุนเคลื่อนย้ายได้โดยเสรีระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าเป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม⁴⁴

⁴³ อภิญา เลื่อนฉวี. (2546). กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. หน้า 373 - 436.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปนั้นจะเป็นระบบควบคุมพฤติกรรม ทั้งนี้ก็เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรปนั้นแท้จริงแล้วก็เพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงให้กลับมามีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างที่เคยมี เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจของยุโรปมีศักยภาพพอแข่งขันกับชาติต่าง ๆ ได้ อีกทั้งธุรกิจบางอย่างอยู่ภายใต้ข้อจำกัดการประหยัลดต่อขนาด ดังนั้นกฎหมายของสหภาพยุโรปจึงไม่สามารถนำระบบควบคุมโครงสร้างมาใช้ได้ เพราะจะทำให้ไม่สมกับประโยชน์ของประเทศสมาชิกอย่างยิ่ง

3.3.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ที่บัญญัติใน EC Treaty นั้น มีลักษณะเป็นกฎหมายหลักของประเทศสมาชิกกลุ่มสหภาพยุโรป ทั้งนี้หากพิจารณาแนวทางในการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นว่ามีความหมายประเภทนี้อยู่หลายแบบ และมีอยู่หลายฉบับด้วยกัน ซึ่งจะแตกต่างจากแนวทางการควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของสหภาพยุโรปที่มีหลักสำคัญอยู่ที่มาตรา 81 (การจำกัดการแข่งขันทางการค้า) และมาตรา 82 (การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ) ของ EC Treaty ดังกล่าว และหากมองในแง่ปฏิบัติการมีหลักกฎหมายที่สำคัญเพียงแห่งเดียวนี้ก็ทำให้การปฏิบัติงานแก้ไขปัญหการผูกขาดเป็นไปได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปนั้น เริ่มแรกเดิมทีจะมีปรากฏอยู่ในสนธิสัญญากรุงโรม ซึ่งต่อมากลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) โดยคณะกรรมการยุโรป (The European Commission) ได้มีการออก EC Treaty ขึ้นมาใช้บังคับแทน แต่ในเนื้อหาที่สำคัญของการควบคุมการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด โดยมีการนำมาตรา 85 และมาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม มาบัญญัติอยู่ในมาตรา 81 และมาตรา 82 ของ EC Treaty ด้วย

วัตถุประสงค์ทางตรงของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือเพื่อส่งเสริมการรวมตัวเป็นหนึ่งเดียวกันของตลาดร่วมยุโรป ส่วนวัตถุประสงค์ทางอ้อมของกฎหมายดังกล่าว จะเน้นความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมภายในโดยรวมของกลุ่มประเทศสมาชิกเป็นหลัก และหากเปรียบเทียบกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว อาจสรุปได้ว่า ทางประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญและเน้นถึงแนวความคิดที่ว่า การแข่งขันที่เสรีในตัวเองนั้นจะก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยกลไกตลาด (Market Mechanism) เป็นสำคัญ และในขณะที่เดียวกันบทบาทของรัฐบาลที่มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นก็ควรจะให้เข้ามามีบทบาทให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น แต่สำหรับทางสหภาพยุโรปจะเน้นถึงประสิทธิภาพในเชิง

เศรษฐกิจเป็นสำคัญ โดยให้ได้มาซึ่งความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ และจะมีวัตถุประสงค์ที่มีหน้าที่คอยสนับสนุนและส่งเสริมซึ่งกันและกันได้แก่ วัตถุประสงค์ทางตรง และวัตถุประสงค์ทางอ้อม ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น⁴⁵

ในทางทฤษฎีแล้ว นักวิชาการทั่วไปต่างมีความเห็นเหมือนกันว่า นโยบายการแข่งขันทางการค้า (Competition policy) ควรจะทำหน้าที่ในลักษณะที่ขนานไปด้วยกันกับนโยบายอุตสาหกรรม (Industrial policy) ด้วย เพราะประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ในปัจจุบันจะให้ความสำคัญกับทั้งสองนโยบายนี้ไปพร้อม ๆ กัน ในระดับที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งนโยบายทั้งสองนี้ หากมองดูภายนอกแล้วอาจมีความขัดแย้งกันเอง กล่าวคือ นโยบายการแข่งขันทางการค้าถือได้ว่าเป็นนโยบายที่ส่งเสริมและสนับสนุนการแข่งขันทางธุรกิจ โดยคอยควบคุมพฤติกรรมและกำหนดกฎระเบียบในการแข่งขันให้มีความเป็นธรรมมากที่สุดภายใต้สภาพโครงสร้างตลาดของแต่ละอุตสาหกรรมหรือแต่ละประเทศ ในขณะที่นโยบายอุตสาหกรรมเป้าหมายจะเน้นถึงการส่งเสริมความก้าวหน้าของอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งที่รัฐได้ให้ความสนใจและควบคุมดำเนินการเป็นพิเศษ โดยมีเป้าหมายคือเพื่อให้อุตสาหกรรมดังกล่าวนั้นสามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ ดังนั้นในบางครั้งรัฐอาจใช้วิธีในการให้บรรลุดังเป้าหมาย โดยการอนุญาตให้มีการรวมกลุ่มกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Cartel) ของผู้ประกอบการธุรกิจในอุตสาหกรรมนั้น ๆ หรือการนำระบบการขออนุญาต (License) โดยรัฐเป็นผู้ควบคุมทั้งหมด ซึ่งการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้โดยรัฐถือได้ว่าเป็นการขัดกับนโยบายหรือกฎหมายส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า เพราะฉะนั้น การให้ความสมดุลระหว่างสองนโยบายจึงเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและสำคัญมาก เพราะที่ผ่านมามีความขัดแย้งระหว่างสองนโยบายนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหา และมุมมอง หรือทัศนคติที่แตกต่างกันตลอดมา อีกทั้งปัญหาเรื่องความสำคัญของผู้บริโภคก็เป็นปัญหาที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่ง เพราะฉะนั้นนอกเหนือจากการเน้นถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแล้ว ผลประโยชน์ของผู้บริโภคที่ควรจะได้รับซึ่งรวมถึงการคุ้มครองผู้บริโภคก็เป็นปัญหาที่ไม่สามารถมองข้ามไปได้เช่นเดียวกัน

3.3.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย

การดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ส่วนมากจะตั้งอยู่บนหลักของมาตรา 81 ซึ่งคล้ายกับมาตรา 1 ใน Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันไว้อย่างกว้างขวาง มาตรานี้ยังอาจเปรียบเทียบกับกฎหมาย Clayton Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากทั้งยังได้อธิบายตัวอย่างของพฤติกรรมที่เป็นการ

⁴⁵ อภิญา เกื้ออนันต์, แห่งเดิม.

จำกัดการแข่งขันไว้หลายกรณีที่เป็นข้อห้ามตามมาตรา 81 เช่น การกำหนดราคาจะถูกห้าม หากได้กระทำลงไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ดังกล่าวจะต้องมีผลกระทบต่ออย่างสำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก เนื่องจากในมาตรา 81 (3) นี้ได้ยกเว้นการตกลงร่วมกันที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค และไม่ได้เป็นผลเสียต่อการแข่งขันมากเกินไป

สำหรับมาตรา 82 เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีลักษณะแตกต่างกันเนื่องจากมาตรา 82 ไม่ได้บัญญัติห้ามการผูกขาด หรือการมีฐานะทางการตลาดเหนือผู้อื่นไว้อย่างชัดเจน หากแต่ได้อนุญาตเป็นนัย ๆ ว่าผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งรายใด หรือหลายรายภายในประเทศสมาชิกสามารถรักษามิฐานะทางการตลาดเหนือผู้อื่นได้ เพียงแต่ห้ามมิให้นำอำนาจทางการตลาดนั้นไปใช้ในทางที่มีขอบเท่านั้น ทั้งการรวมตัวของผู้ประกอบการธุรกิจรายใหญ่ในกิจการประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นประกอบการธุรกิจรายเดียวโดยการควบรวมเข้าด้วยกันหรือวิธีการตกลงร่วมกันประการอื่น ๆ ก็ไม่เป็นข้อห้าม เว้นแต่การมีฐานะทางการตลาดนั้นก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมและเศรษฐกิจ

จากข้อยกเว้นตามมาตรา 81 (3) และแนวความคิดของการใช้อำนาจในทางที่มีขอบตามมาตรา 82 นั้น ทำให้เห็นข้อแตกต่างของแนวทางในการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในบทบัญญัติกฎหมายของสหภาพยุโรป การตกลงร่วมกันจำกัดทางการค้าจะไม่เป็นความผิดเด็ดขาด โดยการพิจารณาตัดสินแต่ละคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดทางการค้าของสหภาพยุโรปจะต้องพิจารณาหลักแห่งเหตุผลเป็นกรณี ๆ ไป (Rule of Reason)⁴⁶

การไม่มีบทบัญญัติความผิดเด็ดขาดในกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีความเข้มงวดต่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงเป้าหมายที่อยู่เบื้องหลังการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่แตกต่างกัน โดยขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีเป้าหมายอยู่ที่การแข่งขันเสรี แต่เป้าหมายการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปอยู่ที่ความมีเหตุผล กล่าวคือ ส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาการทางเศรษฐกิจโดยการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นหลักแห่งเหตุผลนี้คือการมองไปถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการตกลงร่วมกัน เพื่อดูว่าจะมีผลดีอย่างไรที่จะสามารถอธิบายได้ เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าน้ำมันต่าง ๆ เพื่อขายน้ำมันในราคาที่ตกลงกันไว้ สามารถกระทำได้ตามหลักการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ตามแนวความคิดนี้จะนำผลดีและผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้ามาชั่งน้ำหนัก เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าน้ำมันต่าง ๆ เพื่อขายน้ำมันในราคาที่ตกลงกันไว้ดังตัวอย่าง

⁴⁶ Timothy J. Grendell. Op.cit.

ข้างต้น มีแนวโน้มว่าจะถูกห้ามเนื่องจากเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวราบอย่างชัดเจน

47

การกำหนดในเรื่องข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย และการกระทำการพิสูจน์ตามแนวทางกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น พฤติกรรมร่วมกันตกลงทางธุรกิจจะถูกสันนิษฐานว่าถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้งคณะกรรมการยุโรป (The European Commission) ยังต้องมีภาระพิสูจน์ว่า พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันมีผลกระทบอย่างมากต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก หรือมีการใช้อำนาจอันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในตลาดไปในทางที่มีขอบ ซึ่งก็จะต่างกับแนวทางของกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเช่นกัน

3.3.3 สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

จากวิวัฒนาการของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปที่กล่าวมา หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ซึ่งมีปรากฏอยู่ในมาตรา 81 และมาตรา 82 ของ EC Treaty ด้วย ในหัวข้อนี้จึงขอบรรยายสาระสำคัญของมาตรา 81 และมาตรา 82 เป็นลำดับดังนี้

“Article 81 : 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market; all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention[,] restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

⁴⁷ Timothy J. Grendell. Op.cit.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings;
- any decision or category of decisions by associations of undertakings;
- any concerted practice or category of concerted practices;

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

มาตรา 81 : 1. การกระทำความดังต่อไปนี้จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม การตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการค้า Ứตติข้อตกลงของสมาคมผู้ประกอบการค้า และการปฏิบัติร่วมกัน ซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และเป็นการมุ่งหรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วม หรือก่อให้เกิดผลดังกล่าว และโดยเฉพาะในกรณี

(ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่น ๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อม

(ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค หรือการลงทุน

(ค) ร่วมแบ่งตลาด หรือแหล่งจัดเสนอสินค้าและบริการ

(ง) ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น ๆ ซึ่งทำให้คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(จ) กำหนดให้การเข้าทำสัญญาใด ๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่น ๆ เพื่อให้มีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งตามลักษณะและการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเงื่อนไขนั้นไว้ในสัญญา

2. ข้อตกลง หรือข้อตกลงใด ๆ ที่ถูกห้ามตามมาตรานี้ จะถือเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ

3. บทบัญญัติตามข้อ 1 อาจจะถูกแจ้งมิให้นำมาใช้ได้ในกรณีของ

- ข้อตกลง หรือประเภทของข้อตกลงใดระหว่างผู้ประกอบการค้า
- วัตถุประสงค์ข้อตกลง หรือประเภทของวัตถุประสงค์ข้อตกลงใดของสมาคมผู้ประกอบการค้า
- การปฏิบัติร่วมกัน หรือประเภทของการปฏิบัติร่วมกันใด ๆ

ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการ หรือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ต้องให้ผู้บริโภคมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้น และจะต้องไม่

(ก) กำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ ที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้ให้ผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม

(ข) ทำให้ผู้ประกอบการค้านั้น มีความสามารถในการกำจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เป็นปัญหา

“Article 82 : Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

มาตรา 82 : การใช้อำนาจใด ๆ โดยผู้ประกอบการค้าหนึ่งฝ่ายหรือมากกว่านั้น อันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในทางที่มีขอบภายในตลาดร่วม หรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม เท่าที่การใช้อำนาจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก

การกระทำที่เป็นความผิดนั้น ๆ อาจจะประกอบด้วย

(ก) การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นที่ไม่เป็นธรรม ทั้งทางตรง และทางอ้อม

(ข) การจำกัดการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค ในอันที่จะสร้างความไม่เป็นธรรม ต่อผู้บริโภค

(ค) การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น ๆ ซึ่งทำให้ คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(ง) การกำหนดให้การทำสัญญาใด ๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่น ๆ เพื่อให้ มีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งตามลักษณะและการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเนื้อหานี้ไว้ในสัญญา

เห็นได้ว่า EC Treaty ก็ได้บัญญัติในแนวทางที่จะป้องกันเรื่องของบรรดาข้อตกลง, การ ตัดสินใจโดยการร่วมกัน และปฏิบัติร่วมกันด้วยเช่นกัน โดยกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ ที่ไม่ สอดคล้องกับตลาดร่วมของตลาดสินค้าหรือบริการ ซึ่งแม้เพียงอาจจะส่งผลต่อการค้าระหว่างรัฐ สมาชิก และส่งผลต่อการป้องกัน, การกีดกัน หรือการบิดเบือนทางการแข่งขัน ภายในตลาดทั่ว ๆ ไปก็จะมีผลตามสนธิสัญญานี้ แม้สนธิสัญญานี้จะได้วางหลักกว้าง ๆ ไว้แล้วก็ยังได้กำหนด การกระทำที่เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะอีกตามมาตรา 81 ข้อ 1 (ก) (ข) (ค) (ง) และ (จ) ได้แก่ การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่น ๆ การจำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การ พัฒนาทางเทคนิค หรือการลงทุน การร่วมแบ่งตลาด หรือแหล่งจัดเสนอสินค้าและบริการ การใช้ เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น และการทำสัญญาเพื่อให้คู่สัญญา อื่นมีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น

ส่วนมาตรา 82 จะคอยควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด คล้าย กับมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อ ป้องกันสภาพตลาดทั่ว ๆ ไปของแต่ละตลาดสินค้าและบริการ ที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่าง ประเทศสมาชิก ในรูปแบบกว้าง ๆ แต่มีการกำหนดบางพฤติกรรมไว้โดยเฉพาะด้วย และมาตรา 82 นี้มักจะมิได้นำมาใช้ในกรณีที่มีการร่วมมือกันกับผู้ประกอบการค้ารายอื่น แม้ว่าตัวบทจะได้ หมายความว่ารวมถึงการร่วมมือกันของผู้ประกอบการค้าด้วย โดยสามารถสังเกตได้จากคำว่า “one or more undertakings” แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ในกรณีที่เกิดการร่วมมือกันลักษณะเช่นนี้จะนำมาตรา 81 มาบังคับใช้แทนมากกว่า

อย่างไรก็ตามสำหรับในเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้แข่งขันทางการค้า, การรวมกันของ ผู้แข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 81 ยังได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในบางพฤติกรรมที่จะไม่นำข้อห้าม ดังกล่าวมาบังคับใช้ ดังจะได้บรรยายในหัวข้อถัดไป

3.3.4 บทยกเว้น

ตาม EC Treaty มาตรา 81 ข้อ 3 กำหนดให้บทบัญญัติในมาตรา 81 ข้อ 1 ไม่ให้นำมาใช้ในกรณีของข้อตกลง การตัดสินใจร่วมกัน หรือข้อปฏิบัติร่วมกันใด ๆ ที่เป็นการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิชาการหรือทางเศรษฐกิจ โดยมีเงื่อนไขและข้อจำกัดว่าผู้บริโภคต้องมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรม และจะต้องเป็นการกระทำที่จำเป็น ทั้งยังต้องไม่เป็นการกำจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ

หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาบทยกเว้นตามมาตรา 81 ข้อ 3 สามารถแบ่งเงื่อนไขออกได้เป็น 2 ส่วนด้วยกัน⁴⁸ คือ

1. เงื่อนไขในเชิงบวก (Positive Conditions)

ก. การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มุ่งเน้นสู่การปรับปรุงการผลิตหรือกระบวนการจำหน่าย หรือเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิชาการ และทางเศรษฐกิจ

ยกตัวอย่างเช่น 1. การใช้วิธีการลดต้นทุนในการผลิตหรือการจัดจำหน่าย รวมทั้งการรักษาระดับราคาขายโดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาคุณภาพสินค้า 2. การพัฒนาระบบการจัดจำหน่ายสินค้า โดยสนับสนุนให้มีการเพิ่มจำนวนผู้แทนจำหน่ายและจำนวนของสินค้าให้มากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภค และยังเป็นการเพิ่มทางเลือกให้กับผู้บริโภคอีกด้วย 3. การพัฒนาสินค้าประเภทที่ใหม่ ๆ ซึ่งมีการอนุญาตให้มีการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในระดับหนึ่ง

ข. ผลประโยชน์ที่ได้รับในเชิงเศรษฐกิจนั้น จะต้องถูกนำมาแบ่งสรรให้กับผู้บริโภคอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

คำว่า “ผู้บริโภค (Consumers)” ในที่นี้มีได้มีความหมายเพียงแค่ว่าผู้บริโภคขั้นสุดท้ายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ที่มีความต้องการสินค้าดังกล่าวทั้งในทางตรงและทางอ้อม ส่วนคำว่า “ผลประโยชน์ (Benefit)” หมายถึง ผลประโยชน์อันเกิดมาจากการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์จากการทำสัญญากับผู้ขายหรือผู้ผลิต ยกตัวอย่างเช่น การลดราคาจำหน่าย การพัฒนาคุณภาพสินค้า การเพิ่มปริมาณการจำหน่าย ระบบการจำหน่ายที่มีคุณภาพ การเพิ่มให้มีบริการหลังการขาย ตลอดจนการรับประกันหรือซ่อมแซมให้กับผู้บริโภค หากมองจากฝ่ายผู้บริโภคแล้ว การที่ผู้บริโภคได้เข้ามามีส่วนร่วมในการได้รับผลประโยชน์อันเกิดมาจากการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะตัวอย่าง

⁴⁸ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ค เล่มเดิม. หน้า 31 - 33.

ข้างต้นนั้นสามารถพิจารณาได้ว่า หากผลประโยชน์ดังกล่าวที่ผู้บริโภครับจากการทำสัญญาซื้อขายอยู่ในระดับที่มากกว่าความเสียหาย หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ ในกรณีนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2. เงื่อนไขในเชิงลบ (Negative Conditions)

ก. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายนั้น ๆ

ในกรณีนี้จะหมายถึง การร่วมมือกันที่ได้รับอนุญาตโดยการนำมาใช้ให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น 1. สัญญาผูกขาดระหว่างผู้ผลิตและผู้ขายโดยการบังคับมิให้แข่งขัน หรือการกำหนดหน้าที่ในการขายและซื้อสินค้าให้กับผู้บริโภคนอกเขตที่ได้ตกลงกันไว้ 2. สัญญาที่เกี่ยวข้องกับวิทยาการเฉพาะทาง ในบางครั้งอนุญาตให้มีการกีดกันสิทธิของผู้อื่นซึ่งกันและกันในส่วนของการร่วมกันวิจัยและพัฒนา (R&D) หรือในส่วนของสัญญาให้ความร่วมมือทางด้านเทคโนโลยี 3. สัญญาการอนุญาตการใช้สิทธิบัตร โดยให้ความสำคัญและเน้นทางด้านการพัฒนาทางเทคโนโลยีเป็นหลักและอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่ได้กำหนดไว้ เช่น การกำหนดการคุ้มครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตและเขตแดนในการกีดกันสิทธิ การห้ามการจำหน่ายสินค้าให้กับสมาชิกอื่นที่อยู่ภายในบริเวณตามที่ได้กำหนดไว้ เป็นต้น

ในขณะที่ขบวนการกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นซึ่งเกินเลยจากขอบเขตในการคุ้มครองทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของขอบเขตของเนื้อหา ช่วงเวลา หรือเขตแดน ก็ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรได้รับการยกเว้นแต่อย่างใด

การจำกัดการแข่งขันในกรณีการก่อตั้งบริษัทร่วมค้า (Joint venture) ในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรได้รับการยกเว้นก็ต่อเมื่อ ในกรณีที่ผลประโยชน์ที่คาดไว้นั้นไม่สามารถบรรลุตามเป้าหมายได้ โดยการทดลองใช้วิธีการอื่น และในท้ายที่สุดจำเป็นที่จะต้องใช่วิธีการจำกัดการแข่งขันจึงจะสามารถได้ผลประโยชน์หรือกำไร การร่วมกันผลิตสินค้าจึงเป็นทางเลือกทางเดียวที่สามารถช่วยให้ต้นทุนในการผลิตลดลง และส่งผลให้เกิดผลิตภัณฑ์หรือวิธีการผลิตประเภทใหม่ ๆ ขึ้นมา นอกจากนี้การรวมตัวกันของผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน โดยการจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายร่วม ก็ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นสมควรได้รับการยกเว้น หากเป็นเพียงวิธีเดียวที่สามารถทำให้คนเข้าไปแข่งขันในตลาดใหม่ได้ และบริษัทร่วมค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเน้นการผลิตและการจัดจำหน่ายส่วนมากแล้วจะได้รับการยกเว้น

ข. ห้ามทำให้ผู้ประกอบการค้า สามารถจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง

เจอนใจนี้ หมายถึง จะต้องมิใช่การกระทำที่เป็นการทำลายหรือส่งผลกระทบต่อระบบการแข่งขันทางด้านสินค้าและบริการที่ถูกกำหนดภายใต้สัญญาในตลาดร่วมยุโรป และที่คณะกรรมการได้มีเกณฑ์และเล็งเห็นถึงความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นความร่วมมือกันในแนวนอน

สำหรับในเรื่องของการร่วมมือกันในแนวนอน (Horizontal Agreement) จะพิจารณาจาก

1. การรักษาระดับการแข่งขันโดยสมาชิกในกลุ่มนั้นอยู่ในระดับใด
2. ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่เข้ามามีส่วนร่วมในตลาดของสินค้าที่เกี่ยวข้อง
3. ระดับของการเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากสัญญาแล้วส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด หรือในกรณีที่สัญญาดังกล่าวเป็นการสนับสนุนมิให้มีการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ในกรณีเช่นนี้ก็จะพิจารณาว่าการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีได้เป็นสมาชิกในกลุ่มนั้นเป็นการรักษาระบบการแข่งขันในตลาดของสินค้านั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ส่วนแบ่งตลาด สถานะหรือตำแหน่งของผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกจะเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาที่สำคัญ และโดยทั่วไปแล้วได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาไว้เบื้องต้นว่า หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีส่วนร่วมในสัญญาหรือที่เป็นสมาชิกรวมกันมีไม่มากกว่า 30 % ถือว่าสมควรได้รับการยกเว้น (อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี) หากมีมากกว่า 50 % ให้พิจารณาอย่างถี่ถ้วน และหากมากกว่า 80 % ถือว่าไม่มีเหตุผลในการได้รับอนุญาตให้ยกเว้นแต่อย่างใด^๙

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญานี้แม้มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีแล้ว ยังให้ความสำคัญของการพัฒนาทางการค้า และส่งเสริมความก้าวหน้าทางด้านวิชาการและเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่สำคัญอีกด้วย และแม้จะมีเจอนใจบางประการก็เป็นเพียงการทำให้ข้อยกเว้นมีความรัดกุมขึ้นเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปยึดหลักแห่งเหตุผลเป็นสำคัญ โดยไม่มุ่งจะทำให้เกิดแต่การแข่งขันเสรีเพียงอย่างเดียว ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

^๙ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ค เล่มเดิม. หน้า 33.

3.3.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา

Etablissements Consten S.a.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH case (Cases 56+58/64)⁵⁰

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

เมื่อวันที่ 1 เมษายน 1957 Grundig-Verkaufs-GmbH หรือ Grundig บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน และ Etablissements Consten S.a.R.L. หรือ Consten บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ได้ตกลงเข้าทำสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Sole Representative หรือ Sole Concessionaire) โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ Consten ตกลงที่จะเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศส ซาร์ และ คอร์ซิกา (The Saar and Corsica) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดย Grundig อันได้แก่ เครื่องรับสัญญาณแบบไร้สาย เครื่องบันทึกเทป และชุดโทรทัศน์ รวมทั้งชิ้นส่วนต่างๆ ที่จำเป็นในการซ่อมแซมและอุปกรณ์เสริม

ในข้อสัญญาดังกล่าว Consten ตกลงที่จะซื้อสินค้าจาก Grundig ในจำนวนที่เท่ากับสัดส่วนการส่งออกขั้นต่ำ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับจำนวนสินค้าที่ต้องสำรองไว้ล่วงหน้า เพื่อใช้ในการโฆษณา เพื่อใช้ในการเตรียมการซ่อมแซมซึ่งจะต้องมีชิ้นส่วนต่างๆ ที่จำเป็นในการซ่อมแซมอย่างเพียงพอ และเพื่อปฏิบัติตามข้อสัญญาประกันและบริการหลังการขาย (guarantee and after-sales service)

นอกจากนี้ คู่สัญญาทั้งสองยังมีหน้าที่ดังต่อไปนี้ 1. Consten ต้องไม่ขายผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับสินค้าที่ระบุไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะในนามของตนเองหรือในนามของผู้อื่น และจะต้องไม่ส่งสินค้า ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมไปยังประเทศอื่น นอกเหนือจากประเทศฝรั่งเศส โดยหน้าที่ดังกล่าวนี้ เป็นหน้าที่ที่ Grundig กำหนดให้ตัวแทนจำหน่ายของตนในประเทศอื่น ๆ ต้องถือปฏิบัติเช่นเดียวกัน ซึ่งรวมถึงตัวแทนผู้ค้าส่ง (Wholesalers) ในประเทศเยอรมันด้วย 2. Grundig มีหน้าที่ที่จะให้สิทธิแก่ Consten ในการนำสินค้าไปขายต่อ (the retail sale rights) และจะต้องไม่ส่งสินค้าไปยังประเทศฝรั่งเศสผ่านทางบุคคลอื่น นอกจาก Consten ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของ Grundig ตามสัญญาดังกล่าว Consten มีสิทธิที่จะใช้ชื่อและตราของ Grundig ที่ได้จดทะเบียนไว้ในประเทศเยอรมันและในประเทศสมาชิกอื่นๆ นอกจากนี้ ในปี 1957 Consten ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า "GINT" (Grundig International) ตาม

⁵⁰ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในนามของตนเอง โดยเครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดย Grundig ที่จำหน่ายในประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้ผลิตภัณฑ์ของ Grundig ที่จำหน่ายในตลาดอื่น เช่น ในประเทศเยอรมัน ก็ใช้เครื่องหมายการค้านี้เช่นเดียวกัน

Consten ยังตกลงด้วยว่าทันทีที่สัญญาในการเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวสิ้นสุดลง Consten จะโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า รวมทั้งสิทธิอื่นใดที่ติดอยู่กับเครื่องหมายการค้าดังกล่าวให้แก่ Grundig หรือตกลงที่จะยกเลิกการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศฝรั่งเศส

ตั้งแต่ปี 1961 เป็นต้นมา UNEF ได้เริ่มซื้อผลิตภัณฑ์ของ Grundig ผ่านทางผู้จำหน่ายชาวเยอรมัน ทั้งๆ ที่มีข้อตกลงห้ามการส่งออกที่ตกลงไว้กับ Grundig โดย UNEF ได้นำสินค้ามาจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีก (Retailers) ชาวฝรั่งเศสในราคาที่ถูกลงกว่าที่ Consten จำหน่าย ด้วยเหตุนี้ Consten จึงได้ฟ้อง UNEF ต่อศาลชั้นต้นในประเทศฝรั่งเศสเป็นสองคดี ได้แก่ คดีแรกว่าด้วยการแข่งขันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) และคดีที่สองว่าด้วยการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า GINT โดยในคดีแรก Consten ชนะคดีในศาลชั้นต้น ซึ่ง UNEF ก็ได้อุทธรณ์ในเวลาต่อมา แต่ศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งให้งดการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว เพื่อรอผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ได้รับคำร้องเรียนจาก UNEF โดย UNEF ได้ขอให้คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยว่า Grundig และ Consten ได้ละเมิด Article 85 แห่งอนุสัญญา

นอกจากนี้ Consten ยังได้ฟ้อง Leissner ต่อศาลในประเทศฝรั่งเศสในข้อหาเดียวกันกับที่ได้ฟ้อง UNEF โดยกล่าวหาว่าบริษัทดังกล่าวได้ละเมิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของ Grundig ในประเทศฝรั่งเศส

ในปี 1964 คณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่าสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว และสัญญาอุปกรณ์ว่าด้วยการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้า GINT ขัดกับบทบัญญัติใน Article 85 นอกจากนี้ในคำวินิจฉัยเองยังได้ปฏิเสธที่จะใช้ข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ใน Article 85 (3) แก่กรณีนี้ด้วย โดยให้เหตุผลว่าโดยสมมติฐานเบื้องต้น สัญญาดังกล่าวอาจมีส่วนช่วยให้เกิดการพัฒนาด้านการจัดจำหน่ายและการผลิต (แม้จะมีการกีดกันการแข่งขันบ้างก็ตาม) แต่ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้บริโภคจะมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้น (ในการนี้คณะกรรมการได้เปรียบเทียบราคาของสินค้าในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศเยอรมัน) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่มีการพิสูจน์ให้เห็นว่าการกีดกันด้านการจัดจำหน่ายที่เกิดขึ้นเป็นปัจจัยที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาตามที่บัญญัติไว้ใน Article 85 อาศัยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะกรรมการจึงวินิจฉัยให้ Grundig และ Consten หยุดการกระทำใด ๆ ที่อาจจะเป็นการอุปสรรคต่อ หรือขัดขวางการได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ของ Grundig โดยบุคคลที่สาม จากผู้ค้าส่งหรือผู้ค้าปลีกใด ๆ ในประชาคมยุโรปเพื่อนำมาขายต่อในประเทศฝรั่งเศส

ทั้ง Grundig และ Consten ไม่พอใจกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจึงได้ฟ้องคณะกรรมการต่อศาล เพื่อขอให้ศาลยกเลิกคำวินิจฉัยดังกล่าว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 85

Grundig และ Consten ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม Article 85 โดยการตกลงเข้าทำสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว ลงวันที่ 1 เมษายน 1957 และสัญญาอุปกรณ์ว่าด้วยการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้า GINT ในประเทศฝรั่งเศส โดยสัญญาดังกล่าวส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดการจัดจำหน่าย (Distribution Level) และมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองด้านดินแดนอย่างเด็ดขาด (absolute territorial protection) แก่ Consten ในการเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศสโดยอาศัยกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส (สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส)

คำพิพากษาของศาล

ศาลได้พิพากษาให้โจทก์ทั้งสองเป็นฝ่ายแพ้คดี โดยคำวินิจฉัยที่ว่าสัญญาดังกล่าวละเมิดต่อ Article 85 ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ แต่ทั้งนี้ เนื่องจากว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้กล่าวว่าสัญญาทั้งสัญญาตกเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติตาม Article 85 แต่ศาลเห็นว่า บทบัญญัติที่ได้กำหนดให้ข้อตกลงใด ๆ ที่ขัดต่อ Article นี้เป็นโมฆะโดยอัตโนมัติใช้กับข้อตกลงเฉพาะในส่วนที่ต้องห้ามตาม Article หรือใช้กับข้อตกลงทั้งฉบับหากเป็นกรณีที่ไมอาจแยกส่วนของข้อตกลงนั้น ๆ ได้ โดยในกรณีเห็นได้ชัดว่าการกระทำที่อ้างว่าเป็นความผิดตาม Article 85 ไม่ใช่การกระทำที่เกิดจากข้อตกลงทุก ๆ ข้อในสัญญารวมกัน หากแต่เกิดจากข้อตกลงบางข้อในสัญญาเท่านั้น ซึ่งได้แก่ 1. ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองด้านดินแดนอย่างเด็ดขาด และ 2. ข้อตกลงเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ดังนั้น คำวินิจฉัยจึงถูกเพิกถอนเฉพาะในส่วนที่กล่าวว่าข้อตกลงทุก ๆ ข้อในสัญญาเป็นโมฆะ โดยให้มีผลเป็นว่าเฉพาะข้อตกลงสองข้อดังกล่าวเท่านั้นที่เป็นโมฆะตาม Article 85

นอกจากนี้ ในคำพิพากษายังได้วินิจฉัยประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติห้ามตาม Article 85 แห่งอนุสัญญาไว้ดังนี้

ก. การกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 85 กับการแบ่งประเภทสัญญาเป็น 1. สัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Horizontal Agreement) และ 2. สัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน (Vertical Agreement)

โจทก์ทั้งสองอ้างว่า Article 85 นำไปใช้กับสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Horizontal Agreement) เท่านั้น และสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวไม่ใช่ “ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการค้า” ตามความหมายของ Article 85 เพราะในการเข้าทำสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาไม่ได้มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเท่ากัน ดังนั้นหากเป็นกรณีของสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน (Vertical Agreement) อย่างเช่นในกรณีนี้ จะอยู่ภายใต้บทบังคับตาม Article 86 เท่านั้น

ศาลได้พิพากษาว่าในบทบัญญัติดังกล่าวเอง ไม่ได้มีการแยกแยะให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาแต่ละประเภทตามฐานะของคู่สัญญาแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากันก็อาจต้องห้ามตาม Article 85 ได้เช่นกัน นอกจากนี้การนำ Article 85 ไปใช้ไม่ควรถูกจำกัดเพียงเพราะว่าคู่สัญญาให้สัญญากับตัวแทนจัดจำหน่ายไม่ใช่ผู้แข่งขันกันเองและมีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน ศาลยังกล่าวต่อไปด้วยว่า นอกจากการแข่งขันอาจถูกทำให้บิดเบือนตามนัยแห่ง Article 85 โดยข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือคู่สัญญาด้วยกันเองแล้ว การบิดเบือนดังกล่าวยังอาจเกิดจากข้อตกลงที่ขัดขวางหรือกีดกันการแข่งขันที่มีอยู่ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับบุคคลที่สามด้วย เช่นอย่างในกรณีนี้ คือระหว่างตัวแทนจัดจำหน่าย (Consten) กับบุคคลที่สาม (UNEF หรือ Leissner) ดังนั้น จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวมีอำนาจในการเจรจาหรืออำนาจในทางธุรกิจเท่ากันหรือไม่ และสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากันก็อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกอันต้องห้ามตาม Article 85 ได้เช่นกัน

ข. ความหมายของ “ข้อตกลงซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก” (Capable of Affecting Trade Between Member-States)

ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้กล่าวไว้ว่า กรณีจะต้องด้วย Article 85 ทันทีที่การค้าระหว่างประเทศสมาชิกดำเนินไปในทิศทางอื่นต่างจากที่ควรจะเป็นหากไม่มีสัญญาดังกล่าว โดยในกรณีนี้การนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ของ Grundig ไปยังและจากประเทศฝรั่งเศสก็ได้รับผลกระทบแล้ว (ข้อสัญญาห้ามผู้ประกอบการค้าอื่นในประเทศฝรั่งเศสนอกจาก Consten นำเข้าผลิตภัณฑ์ของ Grundig และยังห้าม Consten ส่งออกผลิตภัณฑ์ของ Grundig ไปยังประเทศอื่นด้วย) ดังนั้น กรณีจึงถือได้ว่าสัญญา หรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกตาม Article 85 ซึ่งศาลก็ได้เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยในส่วนนี้และได้กล่าวว่าการที่จะพิจารณาว่าข้อตกลงอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่เสรีภาพในการทำการค้าระหว่างประเทศสมาชิกมากพอที่จะเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุดุวัตถุประสงค์ในการเป็นตลาดเดียว ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และไม่ว่าตาม

ความเป็นจริงหรือตามแนวโน้มที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่าข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่งทำให้ปริมาณการค้าระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นไม่เพียงพอที่จะทำให้ข้อตกลงนั้นไม่ต้องห้ามตาม Article 85 เพราะข้อตกลงนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก โดยทำให้การค้าเป็นไปในทิศทางที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ซึ่งได้แก่ การทำให้ตลาดระหว่างประเทศสมาชิกเป็นตลาดเดียวกันเอง

ค. ความหมายของ “ข้อตกลงที่เป็นการมุ่ง หรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วม” (designed to prevent, restrict or distort competition within the Common Market)

โจทก์ทั้งสองอ้างว่ากรณีจะเป็นการต้องห้ามตาม Article 85 ก็ต่อเมื่อข้อตกลงนั้นเป็นข้อตกลงที่มุ่ง หรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันแต่ยี่ห้อต่างกัน (similar products with different brands) เท่านั้น อย่างไรก็ตามศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าวโดยกล่าวว่าข้อตกลงที่มุ่งจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (distributors of the same brands) ก็อยู่ภายใต้บังคับ Article 85 แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวอาจทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน (producers of similar products) เพิ่มขึ้นก็ตาม นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า โจทก์ทั้งสองต้องการที่จะทำให้การแข่งขันในระดับการค้าส่งสำหรับผลิตภัณฑ์ของ Grundig หดหายไปโดยการกระทำดังกล่าวก็คือ 1. Grundig จะไม่ส่งสินค้าไปยังประเทศฝรั่งเศสผ่านทางบุคคลอื่น นอกจาก Consten ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งการจำกัดตัวเองดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการห้ามการส่งออก (Export Prohibition) ที่ Grundig ตกลงกับตัวแทนของตนในประเทศอื่น ๆ ด้วย และ 2. การที่ Consten จัดทะเบียนเครื่องหมายการค้า “GINT” ในประเทศฝรั่งเศส ก็ถือเป็นการป้องกันการนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์ของ Grundig เข้ามาในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งส่งผลให้ไม่มีผู้ใดสามารถนำเข้าผลิตภัณฑ์ของ Grundig จากประเทศสมาชิกอื่น ๆ เข้ามาในประเทศฝรั่งเศสได้อย่างไม่มีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องว่าละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า และข้อตกลงที่มุ่งจะสร้างตลาดของประเทศใดประเทศหนึ่งแยกต่างหากจากตลาดของอีกประเทศหนึ่งสำหรับผลิตภัณฑ์ใด ๆ ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่บิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วมซึ่งเป็นการละเมิดต่อ Article 85 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้ปรับใช้ข้อห้ามตาม Article 85 แก่สัญญาดังกล่าวได้ถูกต้องแล้ว จึงไม่มีเหตุให้เพิกถอนคำวินิจฉัยในส่วนนี้

ง. การกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 85 กับข้อตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า

โจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์ได้สิทธิในเครื่องหมายการค้ามาโดยชอบ ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ให้ระงับการใช้สิทธิดังกล่าวจึงไม่ชอบ เพราะคณะ

กรรมการกระทำนอกขอบอำนาจตามอนุสัญญา แต่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ว่า Consten เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้า GINT สำหรับผลิตภัณฑ์ของ Grundig ในประเทศฝรั่งเศสเป็นการกระทำที่มุ่งควบคุมและก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการนำเข้าซ้อน (Parallel Import) ผลิตภัณฑ์เดียวกันนี้ ดังนั้นข้อตกลงที่ผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศให้สิทธิแก่ตัวแทนจัดจำหน่ายในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง และให้สิทธิแก่ตัวแทนผู้นั้นในการผูกขาดการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวในประเทศที่ตัวแทนได้จดทะเบียนไว้ เป็นข้อตกลงอาจนำไปสู่การกีดกันการแข่งขันซึ่งต้องห้ามตาม Article 85 และคณะกรรมการมีสิทธิที่จะออกคำสั่งห้ามชั่วคราวไปยังตัวแทนจัดจำหน่ายไม่ให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้มาตามกฎหมายภายในให้เป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าซ้อน โดยคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อการได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ แต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวมีขึ้นเพื่อห้ามการใช้สิทธิที่ได้มาตามกฎหมายภายในทางมิชอบเท่านั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการในส่วนนี้จึงชอบแล้ว

จ. หลักเกณฑ์ที่จะต้องด้วยข้อยกเว้นตาม Article 85 (3)

ศาลได้ยึดหลักเกณฑ์ที่จะนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใช้ว่า ต้องเป็นกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันจำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาทางด้านการปรับปรุงการผลิตหรือกระบวนการจำหน่าย หรือเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิชาการและทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาดังกล่าวต้องมีความสำคัญในทางที่เป็นรูปธรรมมากพอหรือเห็นได้ชัดบนพื้นฐานของความเป็นจริง ทั้งยังต้องมีการให้ผู้บริโภคจะได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้นสำหรับการจำกัดการแข่งขันที่ได้กระทำ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่าแม้การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะเป็นการพัฒนาอย่างดียิ่งก็ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายการพัฒนาหรือไม่มีการแบ่งส่วนแบ่งในผลกำไรให้แก่ผู้บริโภคอย่างเป็นธรรม ก็จะไม่ถือว่าเข้าตามหลักเกณฑ์ข้อยกเว้น ดังนั้นกรณีดังกล่าวนี้ไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นตาม Article 85 (3)

Dye-stuffs case (Cases 48-49/69, 51-57/69)⁵¹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

คณะกรรมการได้ดำเนินการสอบสวนเหตุการณ์การขึ้นราคาสินค้าในช่วงปี ค.ศ. 1964 ที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกหลายประเทศ โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้รับจากองค์การการค้าในอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ผลิตภัณฑ์ย้อมสี (Dye-stuffs) คณะกรรมการได้สอบสวนเพื่อให้ได้ความจริงว่าการดำเนินการขึ้นราคาสินค้าดังกล่าวเป็นผลมาจากการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องหรือไม่

จากการสอบสวนของคณะกรรมการ คณะกรรมการพบว่ามี การขึ้นราคาสินค้าที่มีลักษณะเดียวกันทั้งหมด 3 ครั้ง ดังต่อไปนี้

(1) การขึ้นราคาสินค้าอีกร้อยละ 15 ระหว่างวันที่ 7 และ 20 มกราคม 1964 สำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีส่วนมากที่มีสารอนิไลน์ (Aniline) เป็นส่วนผสมพื้นฐานในประเทศอิตาลี สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม และลักเซมเบิร์ก รวมถึงบางประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิก

(2) การขึ้นราคาสินค้าในปี 1965 โดยวันที่ 1 มกราคม 1965 การขึ้นราคาสินค้าตาม (1) ได้ขยายไปในประเทศเยอรมนี ส่วนในประเทศที่ได้มีการขึ้นสินค้าครั้งแรกไปแล้ว รวมถึงประเทศเยอรมนี ได้มีการขึ้นสินค้าอีกร้อยละ 10 สำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีและสี (Pigments) ที่มิได้รวมอยู่ในรายการสินค้าที่มีการขึ้นราคาไปในครั้งแรก อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก ACNA ซึ่งเป็นบริษัทในประเทศอิตาลีได้ปฏิเสธที่จะขึ้นราคาสินค้าสำหรับตลาดในประเทศ ผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ในประเทศอิตาลีจึงได้ยกเลิกการขึ้นราคาสินค้าเช่นกัน

(3) การขึ้นราคาสินค้าอีกร้อยละ 8 ในช่วงกลางเดือนตุลาคม ปี 1967 สำหรับผลิตภัณฑ์ ย้อมสีทุกประเภทโดยผู้ประกอบการเกือบทุกรายในประเทศเยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม และลักเซมเบิร์ก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากว่าการขึ้นราคาสินค้าในครั้งแรกและครั้งที่สองมิได้เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส การขึ้นราคาสินค้าในปี 1967 ในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นการขึ้นราคาในอัตราร้อยละ 12 มิใช่ร้อยละ 8 และการขึ้นราคาครั้งที่สามนี้มิได้เกิดขึ้นในประเทศอิตาลี เนื่องจากการปฏิเสธที่จะขึ้นราคาของ ACNA

วันที่ 31 พฤษภาคม 1967 คณะกรรมการได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการสอบสวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้อง โดยอาศัยอำนาจของตนเองตาม Article 3 แห่ง Regulation 17 สำหรับการกระทำอันเป็นที่สงสัยว่าเป็นการกระทำที่ผิดห้ามตาม Article 85 ของอนุสัญญา และเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 1969 คณะกรรมการได้มีมติลงโทษปรับบริษัทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขึ้นราคาใน

⁵¹ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ครั้งนี้ ต่อมาบรรดาบริษัทที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจึงได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษายกเลิกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ยกเว้น Ciba S.A. ซึ่งเป็นบริษัทของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และศาลได้รวมพิจารณาคดีที่บริษัทเหล่านั้นเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการต่อศาล

บริษัทที่ถูกลงโทษปรับและเป็นโจทก์ในคดีที่ได้มีการรวมพิจารณา ได้แก่

1. **Imperial Chemical Industries Ltd.** (บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรป)
2. **Badische Anilin – und Soda-Fabrik AG**
3. **Farbenfabriken Bayer AG**
4. **J.R. Geigy AG** (หรือ Ciba-Geigy AG บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรป)
5. **Sandoz AG** (บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรปเช่นกัน)
6. **S.A. Francaise des Matieres Colorantes (Francolor)** (หรือ S.A. Produits Chimiques Ugine Kuhlmann)
7. **Cassella Farbwerke Mainkur AG**
8. **Farbwerke Hoechst AG** และ
9. **Azienda Colori Nazionali Affini S.P.A. (ACNA)**

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 85

คณะกรรมการกล่าวหาว่าบรรดาบริษัทที่เกี่ยวข้องกระทำการอันเป็นการต้องห้ามตาม Article 85 (1) โดยคณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบการค้าแต่ละรายได้กระทำการร่วมกับผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ซึ่งถือเป็นการปฏิบัติร่วมกัน (Concerted Practice) ในการกำหนดอัตราการแข่งขันราคา และเงื่อนไขในการขึ้นราคาสินค้าสำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีในปี ค.ศ. 1964 1965 และ 1967

คำพิพากษาของศาล

คดีนี้ศาลได้รวมพิจารณาคดีที่บริษัทโจทก์แต่ละบริษัทได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการโดยมีคำขออย่างเดียวกัน คือให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ โดยในคำฟ้องแต่ละเรื่อง โจทก์ได้โต้แย้งเป็นประเด็น ๆ ไว้ มีทั้งข้ออ้างตามกฎหมายสบัญญัติ (Pleas based on procedure and form) และข้ออ้างตามกฎหมายสารบัญญัติ (Pleas based on the merits) ซึ่งในประเด็นสารบัญญัตินี้ถือได้

ว่าเป็นประเด็นที่สำคัญและเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระของ Article 85 แห่งอนุสัญญา ทั้งนี้คำฟ้องของโจทก์แต่ละรายจะตั้งประเด็นตามกฎหมายสารบัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน ดังต่อไปนี้

ก. ลักษณะของการกระทำอันจะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติร่วมกัน (Concerted Practice)

คณะกรรมการได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า การขึ้นราคาสินค้าทั้งสามครั้งเข้าลักษณะเป็นการปฏิบัติร่วมกัน โดยสังเกตได้จากความเหมือนกันของอัตราการขึ้นราคาโดยผู้ผลิตหลายรายในแต่ละประเทศสำหรับการขึ้นราคาแต่ละครั้ง ความเหมือนกันในประเภทของผลิตภัณฑ์ย้อมสีที่มีการขึ้นราคา และท้ายสุดสังเกตได้จากวันที่มีการขึ้นราคาสินค้าที่เกิดขึ้นใกล้เคียงกันมาก หรือบางกรณีเป็นวันเดียวกัน จากข้อเท็จจริงดังกล่าว คณะกรรมการเห็นว่าการขึ้นราคาสินค้าไม่ได้เป็นไปตามกลไกของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสีที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดโดยผู้ผลิตมากกว่าหนึ่งราย (Oligopoly) แต่เพียงอย่างเดียว เพราะเป็นไปได้ที่ผู้ผลิตรายสำคัญ ๆ ในหลาย ๆ ประเทศที่มีลักษณะของตลาดต่างกันจะขึ้นราคาของผลิตภัณฑ์เดียวกันและในอัตราที่เท่ากัน โดยที่ไม่มีการปรึกษาร่วมกันมาก่อน จากคำวินิจฉัยดังกล่าวโจทก์ทุกรายได้โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการโดยอ้างว่า คณะกรรมการไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการขึ้นราคาทั้งสามครั้งเข้าลักษณะของ “การปฏิบัติร่วมกัน” ตามนัยแห่ง Article 85 (1) โดยการขึ้นราคาของผู้ประกอบการแต่ละรายเกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระ เนื่องจากสภาวะความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และความจำเป็นที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการลดลงของกำไร ในการนี้ศาลได้กล่าวว่า การที่จะพิจารณาว่ามีการปฏิบัติร่วมกันอันต้องห้ามตาม Article 85 หรือไม่ ต้องพิจารณา 3 สิ่งต่อไปนี้

1. แนวคิดของการปฏิบัติร่วมกัน

ศาลได้วางหลักว่า “การปฏิบัติร่วมกัน” ตามความหมายของ Article 85 หมายถึงรูปแบบอย่างหนึ่งของการร่วมมือกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้า ที่ควรรู้ได้ว่าการร่วมมือดังกล่าวอาจทำให้การแข่งขันหมดไป แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่าเป็นการตกลงกันโดยชัดแจ้ง ดังเช่นสัญญา และถึงแม้ว่าการกระทำที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Parallel Conduct) ไม่อาจถือได้ว่าเป็น “การปฏิบัติร่วมกัน” โดยตัวของตัวเอง แต่การกระทำดังกล่าวก็เป็นเครื่องบ่งชี้ได้อย่างชัดแจ้งถึง “การปฏิบัติร่วมกัน” โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการกระทำดังกล่าวนำไปสู่สภาวะของการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับสภาวะปกติของตลาดสำหรับสินค้านั้น ๆ

2. ลักษณะของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสี

ตลาดของผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรปแบ่งออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศอย่างเด็ดขาด โดยในแต่ละประเทศราคาสินค้าจะไม่เท่ากัน แม้ในภายหลังจะมีการก่อตั้งประชาคมยุโรป ความแตกต่างในราคาของตลาดในแต่ละประเทศก็ยังไม่ลดลง และในแต่ละประเทศเองตลาดก็ยังมีลักษณะผูกขาดโดยผู้ประกอบการมากกว่าหนึ่งราย การที่ตลาดมีลักษณะแบ่งแยกเช่นนี้ถือได้

ว่าเป็นการแบ่งแยกผู้บริโภคในแต่ละประเทศอย่างชัดเจน และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการเผชิญหน้ากันเองระหว่างผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรป ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าโดยพื้นฐานแล้วตลาดของผู้ผลิตย้อมสีนี้ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่ต้องการให้ตลาดในประชาคมเป็นตลาดเดียว และให้ผู้ประกอบการค้าของประเทศหนึ่งสามารถเข้าถึงผู้บริโภคของในอีกประเทศหนึ่งได้โดยตรง (Interpenetration of national markets)

3. ลักษณะของการขึ้นราคาในปี ค.ศ. 1964 1965 และ 1967

แม้การขึ้นราคาสินค้าร่วมกันเกิดขึ้นแต่ละครั้งไม่พร้อมกัน แต่หากข้อเท็จจริงได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่าการขึ้นราคาในแต่ละครั้งนั้นมีความสัมพันธ์กัน การขึ้นราคาทั้งสามครั้งดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำครั้งเดียวและไม่อาจแยกจากกันได้ และการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าในเรื่องนโยบายราคาสินค้าของคนเพื่อให้ราคาสินค้าของผู้ประกอบการค้าแต่ละรายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ก็จะทำให้การขึ้นราคาสินค้าที่สอดคล้องกับกลไกตลาดหมดไป นอกจากนี้ ศาลยังได้กล่าวต่อไปว่า ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการค้าแต่ละรายจะมีสิทธิขึ้นราคาสินค้าของตนและเพื่อการนี้ได้นำเอาพฤติกรรมทั้งในปัจจุบันและในอนาคตของผู้ประกอบการค้ารายอื่นมาประกอบการพิจารณา แต่ก็มีได้หมายความว่า ผู้ประกอบการดังกล่าวจะสามารถรวมกับผู้แข่งขันรายอื่น โดยการตกลงอัตราการขึ้นราคา ประเภทของสินค้า วันเวลาและสถานที่ของการขึ้นราคาสินค้าไว้ล่วงหน้า เพื่อที่จะกำหนดการขึ้นราคาสินค้าร่วมกัน และเพื่อที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จะเดินตามการขึ้นราคาสินค้านั้นอย่างแน่นอน อันเป็นการขัดต่อหลักเรื่องการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสี ศาลเห็นว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องทั้งหมดทำให้การแข่งขันหมดไปและแทนที่การแข่งขันด้วยการร่วมมือกันอันถือได้ว่าเป็น “การปฏิบัติร่วมกัน” ซึ่งต้องห้ามตาม Article 85

ข. การปฏิบัติร่วมกันส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า ตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรปแบ่งออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศอย่างชัดเจน ดังนั้น หากการปฏิบัติร่วมกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้าที่ส่งผลให้ตลาดยังคงลักษณะแบ่งแยกเช่นว่านั้นอยู่ การปฏิบัติร่วมกันนั้นก็เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกแล้ว

ค. เขตอำนาจของคณะกรรมการ (Jurisdiction of the Commission)

ในกรณีของ Imperial Chemical Industries Ltd., J.R. Geigy AG และ Sandoz AG ศาลได้ตัดสินว่าเมื่อบริษัทถูกมิได้ดำเนินการตัดสินใจด้วยตัวเองอย่างแท้จริง แต่การกระทำของบริษัท

ถูกในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ แม้บริษัทแม่กับบริษัทลูกจะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกันก็ตาม เพราะถือว่าบริษัทแม่กับบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน

นอกจากนี้ในคดีที่ J.R. Geigy AG และ Sandoz AG เป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการซึ่งทั้งสองเป็นบริษัทที่อยู่นอกประเทศ ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นกฎหมายวิธีสบัญญัติไว้ด้วยการส่งหมายไม่ว่าในชั้นคณะกรรมการหรือในชั้นศาลไปยังโจทก์ที่อยู่ในประเทศอื่นนอกประเทศยุโรป และที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งหมาย และเอกสารต่าง ๆ ระหว่างกัน การส่งหมายและเอกสารที่สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศก็เป็นการเพียงพอและถือได้ว่าเป็นการส่งโดยชอบแล้ว และศาลยังได้วางหลักที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิก (Jurisdiction of the Commission) ไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คณะกรรมการในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามอนุสัญญา ประเทศเองก็มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม ทั้งนี้ คณะกรรมการจะมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่อยู่นอกประเทศ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกยุโรป ไม่ใช่เพียงแค่เหตุว่าการกระทำที่เป็นความผิดเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าที่กระทำลงนอกประเทศเท่านั้น (Extra-territorial conduct) แต่ต้องปรากฏด้วยว่าการกระทำที่เป็นความผิดนั้นเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าดังกล่าวที่ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วม อาศัยเหตุดังกล่าว ศาลพิพากษาว่าในทั้งสามคดีที่บริษัทโจทก์ตั้งอยู่นอกประเทศยุโรป คณะกรรมการมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทโจทก์ดังกล่าวได้

Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. case (Case 6/72)⁵²

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Continental Can Company Inc. หรือ Continental Can เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา Continental Can เป็นผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำมาจากเหล็ก และวัสดุที่ใช้ในการทำหีบห่อผลิตภัณฑ์ รวมถึงเครื่องจักรที่ใช้สำหรับการผลิตและการใช้บรรจุภัณฑ์ต่าง ๆ

⁵² Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ปี 1969 Continental Can ได้เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ใน Schmalbach-Lubeca-Werke AG หรือ Schmalbach บริษัทเยอรมันผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากเหล็ก และบรรจุภัณฑ์อื่น ๆ รวมถึงเครื่องจักรที่ใช้ในการปิดผนึกหีบห่อ โดยในปีเดียวกันนั้นเอง Continental Can ได้เพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นใน Schmalbach รวมเป็นสัดส่วนร้อยละ 85.8 ของหุ้นทั้งหมด

หลังจากได้ดำเนินการดังกล่าว Continental Can ได้มีโครงการที่จะขยายการประกอบธุรกิจในทวีปยุโรป โดยในปี 1970 Continental Can ได้ทำความตกลงร่วมกับ Thomassen & Drijver-Verblijfa N.V. หรือ Thomassen ซึ่งเป็นบริษัทเนเธอร์แลนด์ที่ประกอบธุรกิจผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากเหล็ก และวัสดุที่ใช้ในการบรรจุหีบห่ออื่น ๆ โดยสาระของความตกลงดังกล่าวคือ Continental Can จะดำเนินการจัดตั้งบริษัทขึ้นใน Wilmington รัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก็คือ Europemballage Corporation หรือ Europemballage นอกจากนี้ Continental Can จะต้องจัดให้ Europemballage ทำข้อเสนอซื้อหุ้นใน Thomassen ต่อผู้ถือหุ้นของ Thomassen และ ผู้บริหารของ Thomassen ก็จะต้องช่วยให้การซื้อหุ้นดังกล่าวดำเนินไปได้ด้วยดี

ต่อมา ในเดือน กุมภาพันธ์ ปี 1970 ได้มีการจดทะเบียนจัดตั้ง Europemballage ขึ้นตามข้อตกลงดังกล่าว โดย Continental Can เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดใน Europemballage โดย Europemballage ได้เปิดสำนักงานทั้งที่นิวยอร์ก และบรัสเซลส์ และในเดือนเมษายน ปีเดียวกันนี้เอง Europemballage ได้เป็นผู้ถือหุ้นใน Thomassen ในสัดส่วนร้อยละ 91.07 ของหุ้นทั้งหมด ตามที่ได้ตกลงกันไว้

คณะกรรมการได้ให้ความสนใจธุรกรรมดังกล่าว โดยมีความเห็นว่าเป็นการดำเนินการที่ต้องห้ามตาม Article 86 ของอนุสัญญา และหลังจากได้พยายามที่จะติดต่อพูดคุยกับบริษัทที่เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่ความพยายามดังกล่าวไม่เป็นผลสำเร็จ คณะกรรมการจึงได้เริ่มดำเนินการสอบสวนการเอาผิดกับ Continental Can และ Europemballage โดยอาศัยอำนาจตาม Article 3 แห่ง Regulation 17 สำหรับการที่ Europemballage ได้มาซึ่งหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพใน Thomassen

ในปลายปี 1971 คณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่า Continental Can ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดผ่านทาง Schmalbach ในตลาดบรรจุภัณฑ์ที่ใช้สำหรับเก็บรักษาเนื้อวัวและปลา และตลาดฝาเหล็กที่ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์เพื่อการเก็บรักษาอาหารในประเทศเยอรมนี ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของตลาดรวม และอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวได้มีความแข็งแกร่งขึ้นจากการที่ Continental Can ได้มาซึ่งหุ้นในบริษัทคู่แข่งของ Schmalbach ในเนเธอร์แลนด์ ซึ่งก็คือ Thomassen ผ่านทาง Europemballage ในระดับที่มากพอที่อาจทำให้การแข่งขันหมดไป จากการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ ตามความหมายของ Article 86 ของอนุสัญญา

คณะกรรมการให้เหตุผลว่าทั้ง Thomassen และ Schmalbach เป็นผู้ส่งออกผลิตภัณฑ์ไปยังประเทศข้างเคียง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันตะวันตก และประเทศในกลุ่มเบเนลักซ์ จากการกระทำดังกล่าวของ Continental Can และ Europemballage อาจทำให้โอกาสในการแข่งขันด้านการส่งออกของทั้งสองบริษัทหมดไป และสรุปได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวระหว่างบริษัทที่เกี่ยวข้องอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของประชาคมที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน คณะกรรมการจึงตัดสินใจให้ Continental Can หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิด Article 86 แห่งอนุสัญญา และให้ยื่นข้อเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อดำเนินการตามที่กำหนดภายใน 1 กรกฎาคม 1972

ทั้งสองบริษัทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจึงได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการต่อศาลในเดือนกุมภาพันธ์ ปี 1972 เพื่อขอให้ศาลยกเลิกคำวินิจฉัยดังกล่าว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 86

Continental Can ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม Article 86 ของอนุสัญญา โดยการได้มาซึ่งหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพใน Thomassen กว่าร้อยละ 80 ผ่านทาง Europemballage

คำพิพากษาของศาล

ในคดีนี้ ถึงแม้ว่า Continental Can และ Europemballage จะชนะคดี โดยศาลได้พิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ โดยเหตุที่ว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการขัดต่อกฎหมาย เพราะไม่ได้อธิบายข้อเท็จจริงและเหตุผลที่คำวินิจฉัยอาศัยเป็นหลักในการชี้ขาดไว้อย่างเพียงพอ และยังปรากฏในคำวินิจฉัยดังกล่าวว่ามีความไม่สอดคล้องในตัวเอง เช่น ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าการแข่งขันจะถูกทำให้เสียไปในสาระสำคัญ จนทำให้ผู้ประกอบการอื่นไม่สามารถแข่งขันได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม ศาลได้อธิบายหลักกฎหมายที่สำคัญไว้หลายประการในคำพิพากษา ดังจะได้นำกล่าวต่อไปนี้

ก. เขตอำนาจของคณะกรรมการ (The Jurisdiction of the Commission)

โจทก์ทั้งสอง (Continental Can และ Europemballage) อ้างว่าตามหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง Continental Can ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของคณะกรรมการ รวมถึงเขตอำนาจของศาล (European Court of Justice) เพราะ Continental Can ไม่ใช่ประเทศที่อยู่ในประชาคมยุโรป ทั้งการกระทำที่ถูกกล่าวหาไม่ใช่การกระทำของ Continental Can โดยตรง แต่เป็นการกระทำของ Europemballage จากข้ออ้างทั้งสองประการ ศาลได้วินิจฉัยว่า

- ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทลูกถือเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ บางคราวอาจถือได้ว่าการกระทำบางอย่างของบริษัทลูกถือเป็นการกระทำของบริษัทแม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่า บริษัทลูกไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หากแต่เดินตามคำสั่งของบริษัทแม่ เพราะข้อตกลงที่จะต้องจัดให้ Europemballage เป็นผู้ถือหุ้นของ Thomassen เกิดขึ้นก่อนที่จะจัดตั้ง Europemballage เสียอีก การที่ Europemballage เข้าเป็นผู้ถือหุ้นใน Thomassen จึงถือได้ว่าเป็นการวางแผนและเป็นการกระทำของ Continental Can ซึ่งเป็นบริษัทแม่

- กฎหมายของประชาคม หรือ Community Law สามารถนำมาใช้กับการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบภายในประชาคมอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ด้วย ข้อเท็จจริงที่ว่า Continental Can ไม่ได้เป็นประเทศที่อยู่ในประชาคมไม่เพียงพอที่จะทำให้ Continental Can ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประชาคม

ข. Article 86 และ แนวคิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (An Abusive Exploitation of a Dominant Position)

โจทก์ทั้งสองกล่าวอ้างว่า Article 86 ของอนุสัญญาไม่ใช้บังคับแก่กรณีของการควบรวมกิจการ (Merger) ดังเช่นในกรณีนี้ โดยจะเห็นได้จากตัวอย่างที่บัญญัติอยู่ใน Article 86 ที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ กล่าวคือโจทก์ทั้งสองอ้างว่า Article 86 มีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเฉพาะการกระทำ (Practices) หรือ พฤติกรรม (Behavior) ของผู้ประกอบการค้าที่มีผลกระทบต่อตลาด หากได้รวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้าง (Alteration in the Structure) ของผู้ประกอบการค้าที่อาจส่งผลต่อการแข่งขันในสาระสำคัญในตลาดร่วมด้วยไม่ เพื่อที่จะวินิจฉัยปัญหาในข้อนี้ ศาลได้ตีความ Article 86 ตามเจตนารมณ์และระบบของอนุสัญญา โดยการตีความ Article 86 ศาลได้ตีความตามความมุ่งหมายดังที่กล่าวไว้ใน Article 3 ของอนุสัญญานี้ กล่าวคือ การที่จะตีความ Article 86 นั้น ต้องพิจารณาและแปลความให้สอดคล้องกับสิ่งที่ Article 3 ต้องการให้เกิดขึ้น ซึ่งก็คือ การป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันถูกบิดเบือนไปนั่นเอง

ศาลยังได้อธิบายต่อไปด้วยว่า Article 85 เป็นมาตราที่เกี่ยวกับการตกลงระหว่างผู้ประกอบการค้า ข้อดีข้อตกลงของสมาคมผู้ประกอบการค้า และการปฏิบัติร่วมกัน ในขณะที่ Article 86 เน้นที่การกระทำฝ่ายเดียวใด ๆ (Unilateral Activity) ที่เกี่ยวกับผู้ประกอบการค้าแต่ละราย โดยทั้งสองมาตราดังกล่าวก็ต้องการบรรลุลักษณะเดียวกัน ซึ่งก็คือการดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดร่วม เพียงแต่ควบคุมอยู่ในระดับที่ต่างกันเท่านั้น เราจึงไม่อาจตีความได้ว่า “หากการกระทำใด ๆ ไม่ต้องด้วย Article 85 เพราะไม่ใช่กรณีที่มีผู้ประกอบการค้ามากกว่าหนึ่งรายตกลงร่วมกัน แต่เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดรายหนึ่งควบรวมกับอีกราย การกระทำนั้นก็จะไม่ต้องห้ามตามอนุสัญญา” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลเห็นว่าในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติ

ที่กล่าวถึงการควบคุมไว้อย่างชัดเจน กรณีที่ไม่อาจถือได้ว่า อนุสัญญาห้ามการกระทำเพียงบางอย่างตาม Article 85 และปล่อยให้เกิดช่องว่างให้มีการควบคุมกิจการเป็นหนึ่งเดียวได้ อันจะทำให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดจนอาจทำให้การแข่งขันหมดไป การตีความเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบของตลาดรวมเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวด้วยว่า หากปล่อยให้การกระทำบางอย่างที่ไม่เป็นความผิดตาม Article 85 ไม่ตกอยู่ภายใต้ Article 86 ด้วย อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักพื้นฐานของอนุสัญญาดังนั้น ศาลจึงยังต้องตีความด้วยการกระทำที่ถูกกล่าวหา เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ อันต้องห้ามตาม Article 86 หรือไม่ โดยในประเด็นนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า Article 86 ได้ห้ามการกระทำหลายอย่าง โดยการกระทำที่ได้กล่าวไว้ใน Article 86 เป็นเพียงตัวอย่างของการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และ Article 86 ไม่ได้มุ่งควบคุมเฉพาะการกระทำที่อาจส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังควบคุมถึงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคผ่านการแทรกแซงโครงสร้างของการแข่งขัน ดังที่กล่าวไว้ใน Article 3(f) ของอนุสัญญา ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กรณีอาจถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ หากผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดทำให้ฐานะเหนือตลาดของตนแข็งแกร่งขึ้นจนสามารถมีอำนาจควบคุมตลาดได้อันเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง แข็งแกร่งขึ้นจนทำให้ผู้ประกอบการค้าที่ยังเหลืออยู่เป็นผู้ประกอบการค้าที่จะต้องพึ่งพาผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น ดังนั้นการทำให้ฐานะของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแข็งแกร่งขึ้น (โดยการไปถือหุ้นผู้ประกอบการค้าอื่นดังเช่นกรณีนี้) ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันต้องห้ามตาม Article 86

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation case (Cases 6+7/73)⁵³

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Commercial Solvents Corporation หรือ CSC เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐแมรีแลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ผลิตและจำหน่าย (1) สาร 1-nitropropane และ (2) aminobutanol ซึ่งสารดังกล่าวเป็นวัตถุดิบสำคัญในการผลิต ethambutol โดย ethambutol เป็นยาที่ใช้ในการรักษาโรคปอดบวมและการติดเชื้อทางปอด (Anti-Tuberculosis)

⁵³ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

Istituto Chemioterapico Italiano หรือ **ICI** เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอิตาลี และเป็นบริษัทที่ทำหน้าที่เป็นผู้ขายต่อ (Reseller) สาร aminobutanol ที่ผลิตโดย **CSC**

Laboratorio Chemico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A. หรือ **Zoja** เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอิตาลี Zoja เป็นผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมหลักเป็น ethambutol โดย Zoja เป็นผู้ซื้อ aminobutanol ซึ่งเป็นวัตถุดิบที่สำคัญมาจาก ICI

ปี 1962 CSC ได้เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ (ร้อยละ 51 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดใน ICI) และมีอำนาจในการควบคุมบริหาร ICI ผ่านทางคณะกรรมการบริษัท และคณะกรรมการบริหาร ทั้งยังปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าประธานกรรมการของ CSC เป็นประธานคณะกรรมการของ ICI ซึ่งได้รับสิทธิในการลงคะแนนเสียงเพิ่มเติมด้วย

ปี 1968 ICI ได้เริ่มทำการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่ใช้ ethambutol เป็นวัตถุดิบเป็นของตนเอง

ปี 1970 CSC ได้มีนโยบายที่จะเลิกผลิต nitropropane และ aminobutanol เพื่อจำหน่ายในตลาดสหภาพยุโรป โดยผู้ขายต่อ หรือ ICI จะทำการจำหน่าย aminobutanol ให้แก่ Zoja ในปริมาณเพียงเท่าที่ได้ผูกพันไว้ก่อนแล้วว่าจะจำหน่าย

Zoja ได้พยายามที่จะหาแหล่งวัตถุดิบอื่น แต่ก็ไม่สำเร็จ เพราะสุดท้ายแล้ววัตถุดิบดังกล่าว (aminobutanol) มาจากแหล่งผลิตเดียว ซึ่งก็คือ CSC นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ในปี 1972 Zoja ได้ยื่นหนังสือต่อคณะกรรมการเพื่อให้ดำเนินคดีกับ CSC และ ICI โดยอาศัยมาตรา 3 ของ Regulation 17 โดยกล่าวหาว่าทั้งสองบริษัทได้กระทำการละเมิด Article 86 ของอนุสัญญา

ต่อมาในปีเดียวกันคณะกรรมการได้ลงโทษ CSC และ ICI โดยได้กำหนดโทษปรับและให้จำหน่าย aminobutanol ให้แก่ Zoja ภายได้ราคาและเงื่อนไขที่กำหนด

ปี 1973 CSC และ ICI จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำตัดสินของคณะกรรมการ และขอให้พักการบังคับคดีไว้ชั่วคราว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 86

CSC และ ICI ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดยอาศัยข้อเท็จจริงว่า ICI เป็นผู้จำหน่าย aminobutanol ในส่วนที่เกี่ยวกับตลาดในสหภาพยุโรปอยู่เพียงรายเดียวนั้น และดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ICI ได้เริ่มพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของ ethambutol เป็นของตนเองและได้เริ่มผลิตจริงในปี 1970 เมื่อ Zoja แสดงความต้องการที่จะซื้อ aminobutanol จาก ICI ดังที่เคยปฏิบัติ ICI ก็ได้ปฏิเสธที่จะจำหน่ายวัตถุดิบดังกล่าวให้แก่ Zoja ทั้งนี้ สืบเนื่องจากว่า CSC ซึ่งถือหุ้นอยู่ใน ICI กว่าร้อยละ 50 ได้ตัดสินใจที่จะจำกัดปริมาณการจำหน่าย nitropropane

และ aminobutanol ให้แก่คู่สัญญาบางราย เพื่อให้การจำหน่ายสินค้าที่มาจากวัตถุดิบดังกล่าวในตลาดยุโรปดำเนินไปได้โดยง่ายขึ้น

คำพิพากษาของศาล

ศาลได้วินิจฉัยเป็นประเด็น ๆ ดังต่อไปนี้

ก. ในกรณีนี้ถือว่ามี Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 หรือไม่

ศาลได้วางหลักว่าความมีอำนาจเหนือตลาดย่อมไม่หายไป ด้วยเพียงปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีกระบวนการผลิตอื่น ๆ ที่อาจนำไปสู่การผลิตวัตถุดิบนั้น ๆ ทั้ง ๆ ที่กระบวนการดังกล่าวยังอยู่เพียงขั้นทดลอง หรือได้มีการนำกระบวนการดังกล่าวไปใช้ในระดับที่ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้ในระดับอุตสาหกรรม ดังนั้นในกรณีนี้ถือว่าโจทก์ทั้งสองมี Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 แล้ว เพราะโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า ในระดับอุตสาหกรรม ยังมีผู้จำหน่ายวัตถุดิบรายใดที่จำหน่ายวัตถุดิบอื่นที่สามารถใช้ผลิต ethambutol ได้ดังเช่น aminobutanol

ข. ตลาดใดที่ใช้เพื่อพิจารณาว่ามี Dominant Position หรือไม่

ศาลได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง (1) ตลาดวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้า และ (2) ตลาดที่สินค้านั้นได้ถูกจำหน่าย เท่ากับว่าตลาดสำหรับสินค้าใดสินค้านึงไม่ได้หมายถึงแค่ตลาดที่สินค้านั้นได้ถูกจำหน่ายตลาดเดียวเท่านั้น เพราะการที่โจทก์ใช้อำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบในทางที่มีขอบเขตส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่สินค้านั้นถูกจำหน่ายด้วย และการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นนี้ก็เป็นผลพวงของการละเมิด Article 86 นั่นเอง ดังนั้น การที่โจทก์มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าถือได้ว่าโจทก์มีอำนาจเหนือตลาดตามความหมายของ Article 86 แล้ว

ค. ในกรณีนี้ถือว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 หรือไม่

ศาลได้ให้ความหมายของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 ว่าหมายถึง การที่ผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบ และปฏิเสธที่จะจำหน่ายวัตถุดิบให้แก่ผู้ผลิตรายอื่นเพราะประสงค์ที่จะสงวนวัตถุดิบดังกล่าวไว้เพื่อผลิตสินค้า หรือผลิตภัณฑ์ของตนเอง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันเมื่อพิจารณาทางด้านของผู้บริโภค ดังนั้นการกระทำของโจทก์ทั้งสองถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 แล้ว

ง. การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่

ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบของโจทก์ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกแล้ว โดยศาลได้กล่าวว่าบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ของประเทศสมาชิก อาจตกอยู่ภายใต้บังคับกฎของประชาคมหากบริษัทดังกล่าวกระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อประเทศสมาชิก ดังนั้นจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของประชาคมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มิชอบนั้นส่งผลต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิก

บทบัญญัติตาม Article 85 และ 86 จะต้องได้รับการตีความให้สอดคล้องกับ Article 3 (ก) ของอนุสัญญาที่ต้องการให้การแข่งขันในตลาดไม่ถูกบิดเบือน และ Article 2 ที่ต้องการให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในสหภาพยุโรป นอกจากนี้ ศาลยังได้พูดด้วยว่าการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ เท่าที่การใช้อำนาจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ตาม Article 86 ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจในทางมิชอบที่อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคไม่ว่าทางตรง หรือที่อาจส่งผลกระทบทางอ้อมโดยการทำลายโครงสร้างที่ส่งเสริมการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ (Effective Competitive Structure) ดังที่ Article 3 (ก) ได้กล่าวไว้ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำทั้งหมดที่อาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างการแข่งขันของตลาดสหภาพยุโรป ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวนี้จะทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อขายในตลาดร่วม หรือเพื่อการส่งออก

จ. โจทก์ทั้งสองในคดีนี้ถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Economic Unit) ตามความเป็นจริงหรือไม่

ศาลได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเรื่องอำนาจในการบริหารจัดการที่ CSC มีใน ICI แล้วเห็นว่าทั้งสองเป็นผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วม และมีพฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเดียวกัน อันจะถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันอันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน

ความรับผิดชอบของบริษัทแม่ (Parent Company) ที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจในประชาคมยุโรป และบริษัทลูก (Subsidiary)

ในกรณีที่บริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่นอกประเทศในทางกฎหมาย กล่าวคือ การถือหุ้นอยู่ในสัดส่วนร้อยละ 51 และ มีจำนวนกรรมการกึ่งหนึ่ง พร้อมทั้งมีประธานกรรมการซึ่งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่มาจากบริษัทแม่ และปรากฏตามความเป็นจริงด้วยว่า

บริษัทแม่ได้เอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทลูกโดยการจำหน่ายวัตถุดิบที่จำเป็นให้แก่บริษัทลูกเพียงรายเดียว และบริษัทแม่นั้นก็เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบดังกล่าวด้วย จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นถือได้ว่า เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน อันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันสำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการผิดตาม Article 86

นอกจากนี้ บริษัทแม่ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ จะต้องถือว่าประกอบธุรกิจในประชาคมยุโรปซึ่งเป็นพื้นที่ที่บริษัทลูกจัดตั้งขึ้นและดำรงอยู่ด้วย

United Brands Company and Another case (Case 27/76R)⁵⁴

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

United Brands Company หรือ United Brands เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐนิวยอร์กในปี ค.ศ. 1970 โดยบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ครองส่วนแบ่งการตลาดสูงสุดในการส่งออกกล้วยทั่วโลก United Brands มีบริษัทลูกในประเทศเนเธอร์แลนด์ คือ United Brands Continentaal BV หรือ UBC ซึ่งมีหน้าที่ในการประสานงานในการจำหน่ายกล้วยในประเทศสมาชิก ยกเว้น สหราชอาณาจักรและอิตาลี

ในปี ค.ศ. 1975 คณะกรรมการได้ดำเนินการเอาผิดกับ UBC โดยอาศัยข้อกล่าวหาของ Th. Olesen บริษัทของประเทศเดนมาร์ก Tropical Fruit Co. และ Jack Dolan Ltd. บริษัทของเมืองดับลิน สหราชอาณาจักร และ Banana Importers บริษัทของประเทศไอร์แลนด์

ต่อมาคณะกรรมการได้ตัดสินว่า บริษัทดังกล่าวได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดยใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ United Brands และ UBC ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการในปีต่อมา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำวินิจฉัย ขอให้คณะกรรมการจ่ายค่าเสียหาย และขอให้ยกเลิก หรือ ลดค่าปรับที่คณะกรรมการกำหนด

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิด

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ UBC ได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดย

ก. สั่งห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายในเขตเศรษฐกิจเบลโก - ลักเซมเบิร์ก (Belgo-Luxembourg Economic Union) เดนมาร์ก เยอรมนี ไอร์แลนด์ และเนเธอร์แลนด์จำหน่ายกล้วยในขณะที่ยังไม่สุกหรือในขณะที่ยังเป็นสีเขียว

⁵⁴ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ข. คิรราคากล้วยยี่ห้อ Chiquita กับบรรดาผู้จัดจำหน่ายในประเทศที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นที่ไม่ใช่ผู้จัดจำหน่ายในกลุ่ม Scipio ในอัตราที่ต่างกันมากสำหรับธุรกรรมที่มีลักษณะเหมือนกัน

ค. กำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรมสำหรับการขายกล้วยยี่ห้อ Chiquita แก่ลูกค้าที่อยู่ในเขตเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์ก เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ และเยอรมนี (ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่ม Scipio)

ง. ปฏิเสธที่จะขายกล้วยยี่ห้อ Chiquita ให้แก่ Th. Olesen ตั้งแต่ปี 1973 ถึง 1975 โดยเหตุผลที่ว่าบริษัทดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องกับการโฆษณากล้วยยี่ห้อที่จำหน่ายโดยบริษัทคู่แข่ง

คำพิพากษาของศาล

โจทก์ได้โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในหลายประเด็นทั้งในประเด็น สับัญญัติ และสารบัญญัติ และศาลได้มีคำพิพากษาไว้ในประเด็นที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. ความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด (The existence of a dominant position)

โจทก์ได้กล่าวอ้างว่า ในการพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดตามความแห่ง Article 86 คณะกรรมการได้วิเคราะห์โครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องไม่ถูกต้อง โดยในการนี้ศาลได้กล่าวว่าการที่จะพิจารณาว่า UBC มีอำนาจเหนือตลาดสินค้ากล้วยตามนัยแห่ง Article 86 หรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาลักษณะเฉพาะของสินค้านั้น ๆ และพิจารณาถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการโฆษณาสินค้าดังกล่าวและที่สภาพของการแข่งขันมีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งจะทำให้สามารถประเมินอำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องได้ ในการที่จะวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า UBC มีอำนาจเหนือตลาดสินค้ากล้วยหรือไม่ ศาลได้แบ่งประเด็นในการวินิจฉัยไว้ดังนี้

1. ตลาดที่นำมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด หรือตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ได้แก่

1.1 ตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ (Product Market)

โจทก์ได้กล่าวอ้างว่ากล้วยมิได้มีตลาดแยกเป็นของตนเอง แต่เป็นส่วนหนึ่งของตลาดผลไม้สดอื่นๆ ได้แก่ แอปเปิล ส้ม องุ่น พีช และสตรอเบอร์รี่ เป็นต้น ดังนั้นในการนำเอา Article 86 มาปรับใช้กับกรณีนี้ จึงต้องพิจารณาสภาพของตลาดให้สอดคล้องกับความเป็นจริงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของโจทก์ในประเด็นนี้ โดยศาลได้กล่าวว่า การที่จะตัดสินว่ากล้วยเป็นสินค้าที่มีตลาดแยกเป็นของตนเอง และมีความแตกต่างจากตลาดของผลไม้สดอื่น ๆ จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่ากล้วยมีลักษณะเฉพาะที่สามารถแยกออกจากผลไม้สดอื่น ๆ ได้ และผู้บริโภคสามารถบริโภคผลไม้สดอื่นแทนกล้วยได้เฉพาะในบางกรณีซึ่งถือเป็นส่วนน้อยเท่านั้น รวมทั้งต้องปรากฏว่าสินค้ากล้วยมิได้แข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ จากข้อเท็จจริงที่ว่ากล้วยเป็นผลไม้ที่รับประทานได้ทั้งปี การที่จะพิจารณาว่ากล้วยสามารถถูกแทนที่ได้โดยผลไม้สดอื่นหรือไม่

จึงต้องพิจารณาความสามารถในการแทนที่ตลอดทั้งปี เพื่อที่จะนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่ากล้วยแข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ และมีตลาดเป็นของตนเองหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากสถิติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิกแล้ว ศาลเห็นว่ากล้วยเป็นผลไม้ที่มีลักษณะเฉพาะ (จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ คณะกรรมการได้เห็นว่า กล้วยเป็นผลไม้ที่มีคุณสมบัติเฉพาะที่มีอิทธิพลต่อผู้บริโภค และทำให้ผู้บริโภคไม่เลือกที่จะบริโภคผลไม้อื่นแทนกล้วย) ได้แก่ รสชาติ รูปลักษณะ ความนุ่ม ลักษณะที่ไม่มีเมล็ด ความง่ายต่อการบริโภค และคุณสมบัติที่สามารถเป็นอาหารได้สำหรับเด็ก คนป่วย และคนชรา เป็นต้น และศาลยังเห็นด้วยว่ากล้วยมิได้แข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ เพราะผู้บริโภคมิได้เห็นว่าผลไม้อื่นสามารถใช้บริโภคแทนกล้วยได้ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าสินค้ากล้วยได้รับผลกระทบในช่วงฤดูกาลที่มีผลไม้อื่น ๆ เข้ามาสู่ตลาดผลไม้สด แต่ผลกระทบดังกล่าวก็มีไม่มาก ซึ่งผู้จำหน่ายสามารถแก้ไขได้โดยการลดจำนวนนำเข้าและเพิ่มการโฆษณา และผลกระทบดังกล่าวก็มีเพียงช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาศาลจึงพิพากษาว่าสินค้ากล้วยมีตลาดเป็นของตนเองแยกต่างหากจากผลไม้สดอื่น ๆ ซึ่งตลาดดังกล่าวรวมทั้งกล้วยที่มีขี้ห่อ และไม่มีขี้ห่อด้วย

1.2 ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographic Market)

ในประเด็นนี้ ศาลได้กล่าวถึงความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการนำสินค้าไปจำหน่าย หรือ “ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์” ซึ่งถือเป็น “ตลาด” ประเภทหนึ่งว่าการนำเอา Article 86 ไปใช้เอาผิดกับผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดจำเป็นต้องกำหนดส่วนหรือพื้นที่ที่เป็นสาระสำคัญของตลาดร่วม หรือตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบอย่างชัดเจน โดยพื้นที่ดังกล่าวนี้จะต้องมีสภาพการแข่งขันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้าที่เหมือนกัน ซึ่งในกรณีนี้ โจทก์ได้กล่าวอ้างว่าคณะกรรมการไม่ควรนำเอาตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ได้แก่ เยอรมนี เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และเขตเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์กมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาดในกรณีนี้ เพราะสภาพการแข่งขันในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันมาก กล่าวคือ ในแต่ละประเทศมีระบบภาษีศุลกากรที่ต่างกัน จนไม่สามารถนำมาเป็นตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์เดียวกันได้ แต่ศาลได้ตัดสินใจว่าประเทศทั้งหมดเป็นตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรี แม้จะมีอัตราภาษีศุลกากรและต้นทุนในการขนส่งที่แตกต่างกัน แต่อัตราภาษีศุลกากรและต้นทุนในการขนส่งดังกล่าวก็ใช้กับผู้ประกอบการค้าทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าสภาพการแข่งขันในตลาดดังกล่าวมีความเท่าเทียมกันและเหมือนกันสำหรับผู้ประกอบการค้าทั้งหมด ประเทศทั้งหมดจึงมีลักษณะเป็นตลาดเดียวและเป็น “ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์” หรือส่วนหรือพื้นที่ที่เป็น

สาระสำคัญของตลาดร่วม อันเป็นตลาดที่นำมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด หรือ ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ตามนัยแห่ง Article 86

2. UBC มีอำนาจเหนือตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่

คณะกรรมการได้วินิจฉัยว่า UBC มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวแล้ว (หมายถึง ตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ (Product Market) และตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographic Market) ซึ่งรวมเรียกว่า ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market)) เนื่องจากโจทก์มีโครงสร้างทางธุรกิจ ตั้งแต่การผลิตจนถึงการจัดจำหน่ายในตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นอิสระไม่ต้องพึ่งพาใคร ซึ่งเอื้ออำนวยให้โจทก์สามารถกระทำการอันเป็นการบิดเบือนการแข่งขันได้ แต่โจทก์ได้ปฏิเสธข้อวินิจฉัยดังกล่าวในประเด็นนี้ ศาลได้ตัดสินไว้ว่า “อำนาจเหนือตลาด” ตามนัยแห่ง Article 86 หมายถึงสถานะที่มีความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการค้ารายใดรายหนึ่ง ซึ่งสถานะนี้เอื้อประโยชน์ให้ผู้ประกอบการค้าดังกล่าวกระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะโดยการที่สถานะนั้นให้อำนาจแก่ผู้ประกอบการค้าที่จะดำเนินธุรกิจอย่างเป็นอิสระจากคู่แข่งคนอื่น ๆ ในตลาด โดยทั่วไปแล้ว อำนาจเหนือตลาดเกิดได้จากองค์ประกอบหลายอย่าง ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ในการที่จะตัดสินได้ว่าผู้ประกอบการค้ารายใดรายหนึ่ง มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

2.1 โครงสร้างของผู้ประกอบการค้า (UBC)

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ UBC เป็นองค์กรที่มีความสมบูรณ์ในตัวเองตั้งแต่ขั้นตอนในการปลูก จนกระทั่งถึงขั้นตอนในการขนส่งและขายสินค้าให้แก่ลูกค้า ถือได้ว่า UBC เป็นบริษัทที่มีโครงสร้างองค์กรเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทุกขั้นตอนการผลิต

2.2 สภาพการแข่งขันของผลิตภัณฑ์กล้วยในตลาดที่เกี่ยวข้อง

UBC ครองส่วนแบ่งการตลาดในสินค้ากล้วยถึงร้อยละ 35 ของจำนวนกล้วยที่มีการผลิตเพื่อส่งออกทั่วโลกในปี 1954 แต่อย่างไรก็ดี สำหรับในกรณีดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาถึงสภาพของตลาดที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่ใช่ตลาดทั่วโลก โดยศาลได้กล่าวว่า ผู้ประกอบการค้าจะถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์ใดผลิตภัณฑ์หนึ่ง หากผู้ประกอบการค้านั้นได้ประสบความสำเร็จในการครองส่วนแบ่งจำนวนมากในตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่า UBC ครองส่วนแบ่งการตลาดถึงร้อยละ 40-45 แต่ก็มิได้หมายความว่า UBC จะมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว ในการนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงความแข็งแกร่ง และจำนวนของคู่แข่งในตลาดด้วย และการที่จะถือว่าผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาดใดตลาดหนึ่ง ไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าผู้ประกอบการค้านั้น ๆ ต้องกำจัดโอกาสในการแข่งขันของผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ อย่างสิ้นเชิง

จากคำพิพากษานี้ อาจสรุปได้ว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาด หากปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- ผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ประสบกับอุปสรรคต่าง ๆ จนเกือบจะเรียกได้ว่าไม่สามารถเอาชนะได้ในการที่จะเข้าสู่ตลาดและแข่งขันกับผู้ประกอบการค้านั้น ๆ (Barriers to entry) ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคทางด้านเทคนิค หรือทางด้านการเงิน เช่น การลงทุนที่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในการผลิตและในการขนส่งเนื่องจากผลไม้เป็นสินค้าที่เสียง่าย และความจำเป็นที่ต้องหาแหล่งผลิตอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อป้องกันการแพร่หลายของโรคระบาดและภัยธรรมชาติ เป็นต้น

- แม้ผู้ประกอบการค้านั้น ๆ อาจขาดทุนบ้างในบางโอกาส แต่คำว่า อำนาจเหนือตลาด โดยเนื้อแท้แล้ว หมายถึงอำนาจในการกำหนดราคา ดังนั้น การมีกำไรหรือขาดทุนจึงไม่เกี่ยวกับการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการค้านั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ นอกจากนี้ จากข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้บริโภคยังคงซื้อสินค้าของผู้ประกอบการค้านั้น ๆ เพราะเป็นผู้ประกอบการค้าที่ผู้บริโภคให้ความนิยม โดยไม่คำนึงว่าผู้ประกอบการค้าจะได้กำไรหรือขาดทุน หรือไม่คำนึงว่าราคาจะสูงกว่าราคาของผู้ประกอบการค้ารายอื่น ๆ หรือไม่ ก็ทำให้ถือได้ว่าผู้ประกอบการค้านั้นมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว เพราะถือว่าผู้ประกอบการค้ายังคงมีความแข็งแกร่งเหนือตลาด (Market Strength) อยู่

จากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ทำให้ศาลเห็นว่า UBC ได้รับผลดีจากการที่อยู่ในสถานะดังกล่าว และ UBC มีอำนาจเหนือตลาดที่เกี่ยวข้อง ตามความแห่ง Article 86 แล้ว

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of this dominant position)

1. กรณีที่ UBC ห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายขายกล้วยในขณะที่ยังเป็นสีเขียว โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าหากผู้จัดจำหน่ายไม่ปฏิบัติตาม UBC จะดำเนินการใด ๆ ตามที่จำเป็นเพื่อมิให้ผู้จัดจำหน่ายนั้น ๆ จำหน่ายกล้วยแก่ผู้จัดจำหน่ายที่อยู่ในประเทศอื่น

คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เพราะถือเป็นการจำกัดผู้จัดจำหน่ายไม่ให้ส่งออกสินค้ากล้วย และเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้จัดจำหน่ายในระดับระหว่างประเทศ โดยให้ผู้จัดจำหน่ายมีหน้าที่เพียงทำให้กล้วยสุกและจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีกในประเทศเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้จัดจำหน่ายอาจทำได้ในฐานะที่เป็นผู้ส่งออกจากการส่งออกกล้วยไปยังประเทศอื่น ๆ ในกรณีที่ต้นทุนของต่ำกว่ากล้วยที่ขายอยู่ในประเทศนั้น ๆ ในประเด็นนี้ ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของโจทก์ที่ว่าข้อห้ามดังกล่าวมีเพื่อควบคุมคุณภาพของกล้วยที่ UBC ผลิตเท่านั้น โดยศาลได้กล่าวว่าถึงแม้ว่านโยบายควบคุมคุณภาพดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายและเป็นสิ่งที่ควรกระทำ แต่ผลของนโยบายดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา คือ ต้องไม่เป็นการจำกัดตลาดจนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค และต้องไม่ส่งผลเป็นการแบ่งแยกตลาดออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศ อันถือได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน

2. กรณีที่ UBC ปฏิเสธที่จะจำหน่ายกล้วยแก่ Th. Olesen

ในประเด็นนี้ ศาลได้พิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่เห็นว่าการปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้แก่ Th. Olesen ถือเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 86 แล้ว แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า Th. Olesen ได้โฆษณากล้วยของบริษัทคู่แข่ง โดยศาลได้กล่าวว่า ผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่อาจที่จะหยุดการจำหน่ายสินค้าแก่ลูกค้าที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมานาน และปฏิบัติตามเงื่อนไขทางธุรกิจที่ตกลงกันมาโดยตลอด โดยอ้างเหตุผลทางการตลาด และการโฆษณา เพราะการปฏิเสธดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคและนำไปสู่การเลือกปฏิบัติที่อาจเป็นการกีดกันผู้จำหน่ายรายนั้นออกจากตลาดที่เกี่ยวข้อง หากผู้จำหน่ายดังกล่าวกระทำการใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาด จนจำเป็นที่จะต้องงดการจำหน่าย การงดการจำหน่ายนั้นก็จะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และไม่ทำให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหายเกินสมควร

3. กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าสำหรับผู้จำหน่ายที่อยู่ในแต่ละประเทศแตกต่างกัน (Discriminatory prices)

กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าแตกต่างกันสำหรับธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ทำให้ผู้จำหน่ายในแต่ละประเทศเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกัน ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามความแห่ง Article 86 แล้ว

4. กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรมกับผู้จำหน่ายที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่ม Scipio (Unfair prices)

ในประเด็นนี้ แม้ศาลจะพิพากษายกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเนื่องจากว่าข้อสรุปของคณะกรรมการไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักฐานแห่งข้อเท็จจริงต่าง ๆ และการประเมินที่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม แต่ศาลก็ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่า การที่ผู้ประกอบการค้าอาศัยอำนาจเหนือตลาดที่ตนมีอยู่เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งผู้ประกอบการค้านั้นไม่มีทางได้มาในกรณีที่มีการแข่งขันตามปกติ เช่น การคิรราคาสินค้าสูงเกินควร ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันต้องห้ามตาม Article 86 โดยการดูว่าราคาสินค้าสูงเกินควรหรือไม่ สามารถพิจารณาได้โดยการเปรียบเทียบต้นทุนของสินค้ากับราคาขาย และดูว่าส่วนต่างที่ผู้ประกอบการค้าจะได้รับมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล กับคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจของสินค้านั้น ๆ หรือไม่

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบ

ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้.....” โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์ต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบธุรกิจมิให้มีการเข้ามาร่วมกันหรือร่วมมือกัน เพื่อการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน ทำให้ตลาดถูกรับครอบครองโดยกลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) หรือการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (vertical agreement) ก็ตาม โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ใช้วิธีควบคุม โดยการกำหนดพฤติกรรมบางประเภทที่ห้ามผู้ประกอบธุรกิจกระทำในลักษณะร่วมกันหรือร่วมมือกันอันเป็นการหยุดการแข่งขันของสมาชิกในกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อเป็นการรักษาการแข่งขันในตลาด มาตรการดังกล่าวนี้จึงใช้เพื่อการต่อต้านผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti - Competitive) และการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อต่อต้านการแข่งขันนี้ อาจเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดร่วมกันด้วย อีกทั้งการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้นนอกจากจะเป็นผลเสียต่อสภาพตลาดอันส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคแล้ว ยังเป็นผลเสียอย่างมากต่อภาคอุตสาหกรรมของสินค้าหรือบริการนั้นเองด้วย เพราะเมื่อมีการร่วมกันแล้วการแข่งขันทางการค้าน้อยลง การพัฒนาต่าง ๆ ก็จะลดน้อยลงตามไปด้วย

ทั้งนี้เนื่องมาจากการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้น ส่งผลกระทบต่อระบบตลาดของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ทำให้ไม่สามารถเกิดตลาดแข่งขันที่สมบูรณ์ขึ้นมาได้ และอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีไม่สามารถเกิดขึ้นด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น ตามปรกติการ่วมกันหรือร่วมมือกัน ที่มีผลเป็นการยุติการแข่งขันจึงไม่ใช่สิ่งดี แต่ในเวลาที่เหมาะสมปัญหาทางเศรษฐกิจ บางครั้งการร่วมกันหรือร่วมมือกันก็มีความจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหน่วยการผลิต ซึ่งหลักการในเรื่องการร่วมกันหรือร่วมมือกันของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน

กฎหมายของประเทศไทยนั้น ไม่ได้ห้ามการร่วมกันหรือร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในทุกกรณีเสมอไป เพราะระบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นได้ใช้

เป็นหลัก โดยระบบควบคุมพฤติกรรมนี้ เป็นระบบที่มีความยืดหยุ่นอย่างมากคือ ให้สิทธิผู้ประกอบการธุรกิจสามารถขออนุญาตได้ในบางกรณี เนื่องจากปัจจัยด้านทางด้านการตลาด ขนาดของตลาด ปริมาณทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (economies of scale) ทำให้การห้ามการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้มีการร่วมกันหรือร่วมมือกันภายใต้การควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ ระบบควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวนี้จะยอมรับให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาจมีอำนาจผูกขาด, มีอำนาจเหนือตลาด หรือกระทำการร่วมกันได้ แต่จะควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาด หรือการกระทำร่วมกันที่มีขอบ ในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้นกล่าวได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้ได้คำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับเป็นสำคัญ

ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 27 นั้น ขออธิบายเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. กฎหมายได้กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น โดยคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ในพระราชบัญญัตินี้ตามมาตรา 3 ได้ให้ความหมายว่าหมายถึง ผู้จำหน่าย ผู้ผลิต เพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เป็นต้น จึงหมายความว่ากฎหมายมุ่งเอาผิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายหากได้มีการกระทำผิดตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 27 นี้

2. คำว่า “ร่วมกับ” ในกฎหมายมีลักษณะเท่ากับร่วมกันหรือร่วมมือกัน อันได้แก่ การตกลงกันที่อาจมีข้อตกลงกัน (agreement) หรือไม่มีการตกลงกันแต่เป็นความเข้าใจระหว่างกัน (understanding) หรืออาจไม่มีการตกลงกันแต่มีความเข้าใจและมีการจัดการร่วมกัน (arrangement) ซึ่งในการร่วมกันหรือร่วมมือกัน อาจารย์สุธีร์ ศุภนิคย์ มีเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้ร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้น จะต้องมีความเจตนาในการร่วมกันหรือร่วมมือกันอย่างชัดเจนหรือชัดแจ้ง⁵⁵

3. คำว่า “ในตลาดสินค้าใดสินค้านี้ หรือบริการใดบริการหนึ่ง” มิได้หมายถึงตลาดสินค้าหรือบริการที่เป็นปัญหานี้เท่านั้น แต่รวมถึงตลาดสินค้าหรือบริการอื่นที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ด้วย คือต้องพิจารณาทั้งตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (Relevant product market) และตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant geographical market)

4. คำว่า “กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน.....ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้” นั้น กฎหมายได้กำหนดเฉพาะถึงพฤติกรรมที่ห้ามกระทำการอันเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ หมายความว่ากระทำการร่วมกันที่กฎหมาย

⁵⁵ สุธีร์ ศุภนิคย์ (ผู้บรรยาย). 2543.

ห้ามนั้นต้องเป็นพฤติกรรมที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1) - (10) นี้ด้วยจึงจะเป็นความผิด หากกระทำการอื่นนอกเหนือจากที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (10) แต่เป็นการกระทำที่ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 27 นี้ ทั้งนี้เนื่องมาจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับนี้ได้มีบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้เป็นโทษจำคุก และโทษปรับ ฉะนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีบทกำหนดโทษความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา หรืออาจเรียกว่ากฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นโดยมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา (criminal by nature) และเมื่อกฎหมายใดมีบทกำหนดโทษความผิดทางอาญาหรือมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายนั้นก็ต้องยึดหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา คือ บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นการอธิบายการกระทำที่เป็นความผิดต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้นการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามกระทำการเป็นการร่วมกันตามมาตรา 27 จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนเช่นเดียวกัน

พฤติกรรมที่ได้ระบุในมาตรา 27 (1) - (10) เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 27 (1) - (10) ถือว่าทำให้เกิดการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน เพราะฉะนั้นหากผู้ประกอบธุรกิจได้กระทำการตามมาตรา 27 (1) - (10) จะไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์อีกว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการทำให้เกิดการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันหรือไม่ เพราะถือเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายอยู่แล้ว

5. คำว่า “ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้” หมายความว่าตามมาตรา 27 (1) - (10) เป็นเพียงการขยายว่าการกระทำใด ๆ นั้นมีอะไรบ้างเท่านั้น

ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 28

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง” หากมองดูแล้วอาจเห็นว่าการจำกัดโอกาสผู้อื่นในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ก็คือการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น โดยเป็นการบังคับผู้นั้นให้มาทำการค้ากับตนเท่านั้น ซึ่งก็เป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร กระทำการอันเป็นการผูกขาด อันเข้าตามองค์ประกอบของมาตรา 27 เช่นเดียวกัน โดยที่การกระทำความผิดตามมาตรา 28 จะมีความรุนแรงมากกว่า กล่าวคือแม้ผู้บริโภคจะไม่ได้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นมาใช้เองก็ยังคงถูกกีดกันทางการค้า

แต่สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรา 28 ที่แท้จริงแล้ว มาตรา 28 จะนำมาใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งนำเข้าสินค้าเข้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายนั้นมีสัญญาฉบับกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ พยายามจะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เอง จึงติดต่อกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการเพื่อให้บริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการจำกัดการขายแก่บุคคลดังกล่าวนั้น และให้บุคคลดังกล่าวต้องมาซื้อสินค้าหรือบริการกับตนเองเท่านั้น ดังนั้น มาตรา 28 นี้จึงสามารถนำมาใช้ได้กับการร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวดิ่ง (vertical agreement) ซึ่งหมายถึง การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในระดับที่ต่างกัน เช่น บริษัทแม่กับบริษัทลูก เป็นต้น และกับการร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) ซึ่งหมายถึงการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในระดับเท่ากันหรือพอกัน ทั้งสองกรณี

แต่เดิมในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มิได้มีบทบัญญัติหรือมาตรการใดมีลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้แต่อย่างใด ซึ่งคณะกรรมการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เห็นความสำคัญ ofเรื่องนี้ จึงได้วางหลักเกณฑ์สำหรับมาตรการนี้ให้เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดเป็นการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในประเทศไทย โดยร่างของมาตรการนี้ก่อนได้บัญญัติเป็นกฎหมายเดิมกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างกันกับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นในทำนองเดียวกัน กระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขาย หรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนดขึ้น

(2) ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”

เพื่อเป็นการยืนยันหลักการที่ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกัน หรือร่วมมือกัน แม้ฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรก็ตาม โดยการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือรักษาระดับราคาให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนด ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้ผู้บริโภคไม่มีทางเลือก และการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคติดต่อโดยตรงกับผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรได้ โดยการทำข้อตกลงมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตนเอง

แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขร่างมาตรา 28 (1) โดยได้ตัดเรื่องกำหนดราคาซื้อ หรือราคาขาย หรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนดออก เนื่องจากเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของบริษัทสาขาที่อยู่ในประเทศไทยได้ เพราะโดยปกติแล้วบริษัทสาขาต้องปฏิบัติตามนโยบายทางธุรกิจของบริษัทแม่ที่อยู่นอกราชอาณาจักรอยู่เป็นธรรมดา ซึ่งการห้ามดังกล่าวจะเป็นการกระทบต่อนโยบายการค้าเสรีด้วย และได้แก้ไขเพิ่มเติมด้วยคำในร่างมาตรา 28 (2) ในส่วนของกรณีการดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักร โดยกำหนดห้ามเฉพาะกรณีที่บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทแม่ที่อยู่นอกราชอาณาจักรสามารถประกอบธุรกิจได้ ซึ่งเพื่อเป็นการสอดคล้องกับที่ตราร่างมาตรา 28 (1) ออกดังกล่าวข้างต้นด้วย กล่าวคือการห้ามตามร่างมาตรา 28 (1), (2) ขัดต่อหลักสากลทางการค้าที่ปกติผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรจะเป็นผู้กำหนดราคา และไม่ขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตัวแทนจำหน่ายของตนเอง เพื่อมิให้มีการขายแข่งกัน จึงได้มีการแก้ไขและได้บัญญัติมาตรา 28 อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 28 นั้น ขออธิบายเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. คำว่า “มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ” มาตรา 28 ก็ได้กำหนดความสัมพันธ์ไว้แล้ว ได้แก่ ความสัมพันธ์ทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ทำงานองเดียวกับที่กล่าวมาข้างต้น ที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เนื่องจากต้องการวางมาตรการนี้ให้กว้าง ๆ ไม่เฉพาะเจาะจงว่าต้องร่วมกัน เพราะการร่วมกันหรือร่วมมือกันต้องมีเจตนาอย่างชัดเจนหรือชัดแจ้งในการร่วมกัน ดังนั้นเพื่อเป็นการสะดวกต่อการพิสูจน์และการบังคับใช้กฎหมาย มาตรการนี้จึงใช้คำว่า “มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ”

2. ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายต้องการให้มาตรการตามมาตรา 28 นี้ เป็นการยืนยันหลักการที่ห้ามผู้ประกอบการร่วมกันหรือร่วมมือกัน แม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักร โดยห้ามผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือรักษาระดับราคาให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนด และห้ามผู้ประกอบการภายในราชอาณาจักรคิดกันไม่ให้ผู้บริโภคดีดต่อโดยตรงกับผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรได้ โดยการทำข้อตกลงมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตนเอง แต่อย่างไรก็ตามเพื่อมิให้เป็นการขัดต่อหลักสากลทางการค้าที่ปกติผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรจะเป็นผู้กำหนดราคาให้กับบริษัทลูกหรือบริษัทตัวแทนจำหน่าย และสามารถจะไม่ขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตัวแทนจำหน่ายของตนเอง เพื่อมิให้มีการขาย

แข่งขันกันได้ จึงได้ห้ามเฉพาะกรณีผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรที่มีการตกลงมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้แก่บุคคลที่ซื้อมาใช้เองเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าแม้การกระทำความผิดจะไม่กระทบต่อตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ในวงกว้างก็ตาม เพราะไม่ได้ต้องการซื้อมาขายแข่งกัน แต่การกระทำความผิดก็เป็นการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น โดยเป็นการบังคับผู้นั้นให้มาทำการค้ากับตนเท่านั้น

จากที่ได้ศึกษาขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้ของมาตรา 27 และ 28 พบว่า ทั้งสองมาตราเป็นมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจมิให้สมคบกันไม่ว่าจะวิธีการใดก็ตาม เพื่อมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจหยุดการแข่งขันกัน โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองประชาชนหรือผู้บริโภคนั่นเอง เพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกต้องจากราคาของตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ และเพื่อเป็นการกระตุ้นประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมิให้หยุดยั้งหรือก้าวหน้าไปช้ากว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งมาตรการนี้ถือได้ว่าได้วางหลักเกณฑ์ได้ครอบคลุม และสามารถบังคับใช้ได้จริงในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และ 28 ก็มีข้อน่าสังเกตบางประการที่อาจเกิดปัญหาคือ อันเนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้ การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศนับว่ามีความสำคัญ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ปัญหาการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อย่างน้อยผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร จึงมีเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย แต่ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 และ 28 ไม่ได้กล่าวอย่างชัดแจ้งถึงกรณีการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย ว่าการกระทำความผิดถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ และการกระทำผิดของผู้ประกอบการที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 จะมีความผิดด้วยหรือไม่

จึงทำให้เกิดคำถามตามมาว่ามาตรการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 มีบทกฎหมายว่าอย่างไร

และหากสังเกตมาตรการทางกฎหมายของมาตรา 27 และ 28 จะพบว่าทั้งสองมาตรามีมาตรการสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจมิให้สมคบกัน เพื่อมิให้ผู้ประกอบการ

หยุดการแข่งขันกัน ซึ่งก็คือเพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกต้องจากราคาของตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์นั่นเอง แต่เหตุใดการบัญญัติกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงมีความแตกต่างกัน อันได้แก่เรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และการขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

4.1 การร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และมาตรา 28 กับผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 กฎหมายบัญญัติบทเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจใดที่ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองฝ่ายที่ร่วมกันหรือร่วมมือกัน โดยสังเกตได้จากการที่มาตรานี้ได้กำหนดฐานะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งร่วมกันในฐานะเดียวกัน กล่าวคือในฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจธรรมดาโดยไม่ได้อำหนดแยกประเภทว่าจะเอาผิดเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร อีกทั้งการกระทำอันเป็นการร่วมกันนั้นย่อมหมายถึงการตกลงกัน เห็นพ้องต้องกัน ยินยอม เพื่อกระทำการหรือละเว้นกระทำการตามที่ได้ตกลงกันได้ กรณีจึงสามารถเอาผิดได้ทั้งสองฝ่าย หรือทุกฝ่ายที่ร่วมกันเพราะต่างก็เข้าตามองค์ประกอบในความผิดเช่นเดียวกัน

ยกตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจ ก. ร่วมกันสมคบ กับผู้ประกอบธุรกิจ ข. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจ ก. และ ข. จะประกอบธุรกิจต่างประเภทกันก็ตาม หรือ ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจ ก. จะดำเนินด้วยวิธีการใด ๆ ให้ ผู้ประกอบธุรกิจ ข. สมยอมด้วยก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ประกอบธุรกิจ ก. จึงมีความผิดฐานร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ข. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ และผู้ประกอบธุรกิจ ข. ก็มีความผิดฐานร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ก. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ ตามมาตรา 27 นี้ด้วยเช่นเดียวกัน

ดังนั้นมาตรา 27 นี้จึงสามารถบังคับใช้ได้กับผู้ประกอบธุรกิจทุก ๆ ฝ่ายที่ได้ร่วมกันสมคบในการกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่มาตรา 27 กำหนดไว้แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 27 ก็มีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากการร่วมกันที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 27 นี้มีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรร่วมกันกระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศไทยโดยลักษณะอย่างที่มีกำหนดตามมาตรา 27 จะมีความผิดตามมาตรา 27 นี้หรือไม่

และตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 แม้ว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดบทเอาผิดไว้เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร โดยไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติแล้วสำหรับการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจจะดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรจะต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนั้น จำเป็นที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นต้องประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ทั้งนี้เพราะจากวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเกิดจาก กรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการพยายามจะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรง จึงติดต่อกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ เพื่อให้บริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการจำกัดการขายแก่บุคคลดังกล่าวนั้น และให้บุคคลดังกล่าวต้องมาซื้อสินค้าหรือบริการกับตนเองเท่านั้น เท่ากับเป็นการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น

อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่ามาตรา 28 นี้ เป็นเพียงการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรเท่านั้น มิได้กำหนดเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรในการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง จากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง

และเนื่องจากตามที่กล่าวมาแล้วว่าสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศมีความสำคัญมาก และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ดังนั้นหากกฎหมายของประเทศไทยไม่สามารถครอบคลุมถึงการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร เช่น การร่วมกันหรือร่วมมือกันโดยมีผู้ประกอบการอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร หรือการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรซึ่งได้กระทำความผิดตามมาตรา 28 เป็นต้น อนาคตก็อาจเกิดปัญหาต่อระบบตลาดและระบบเศรษฐกิจในประเทศไทยได้

และแม้ว่าในปัจจุบันนี้ การบังคับใช้และแนวทางในการตัดสินใจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลของประเทศไทย ในประเด็นของการกระทำความผิดของบุคคลซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรและได้กระทำการนอกราชอาณาจักร กล่าวคือ เรื่องการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้มีอำนาจนอกดินแดนนั้น ยังไม่มีความชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อเห็นว่าการกระทำดังกล่าวหรือการใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้น มีความสำคัญต่อระบบตลาดและระบบเศรษฐกิจในอนาคตของ

ประเทศไทยอย่างมาก และในประเทศอื่นก็ได้มีการใช้กฎหมายนอกดินแดนในประเด็นดังกล่าวนี้มานานแล้ว ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศอื่นนั้น เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้สามารถบังคับใช้นอกดินแดนได้ และแนวทางในการกำหนดขอบเขตในการใช้กฎหมายนอกดินแดน ดังที่จะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

แนวคำตัดสินของประเทศสหรัฐอเมริกา

เรื่องการใช้อำนาจกฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act หรือ Extraterritoriality กับ การกระทำของบุคคลที่อยู่นอกประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีปรากฏในคดี American Banana Company v. United Fruit Company (1909) เป็นคดีแรก โดยในคดีนี้โจทก์กล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยมีเจตนาที่จะขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรี และต้องการมีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้า ซึ่งผิดตาม กฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 โดยการซื้อกิจการของกลุ่มหลายราย และเมื่อจำเลยเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้านี้แล้ว จำเลยได้ขยายประเทศอื่นให้ทำการซื้อกิจการบางส่วน รวมทั้งสินค้า และการดำเนินธุรกิจการค้าของโจทก์ ซึ่งต่อมาศาลของประเทศนั้นได้มีคำพิพากษาให้กิจการบางส่วนที่ยึดมาตกเป็นของบุคคลภายนอก และจำเลยก็ได้ซื้อกิจการ (สวนกล้วย) ดังกล่าวมาจากบุคคลภายนอกนี้อีกหนึ่ง โดยในคดีนี้มีประเด็นที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องวินิจฉัย ได้แก่ ประเด็นเรื่องการใช้ Sherman Act กับ การกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงอย่างเดียวคือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อตลาดในประเทศ โดยศาลสูงในคดีนี้ได้ตัดสินว่าตามหลักทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น และในเมื่อกรณีนี้ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เกิดขึ้นที่ต่างประเทศ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะมีฉะนั้นอาจเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ (comity of nations)

นอกจากนี้ ศาลสูงยังได้อ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State) ด้วย กล่าวคือ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เป็นการกระทำของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำใด ๆ ของรัฐอื่นไม่ใช่เป็นการกระทำที่โจทก์สามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ส่วนกรณีการโน้มน้าวหรือยุยงรัฐของจำเลยก็ไม่เป็นละเมิด เพราะรัฐนั้น

เองก็เห็นว่าการดำเนินการดังที่จำเลยแนะนำก็เป็นการกระทำที่เหมาะสม และรัฐนั้นก็ต้องการที่จะกระทำเช่นนั้นอยู่แล้ว ศาลจึงได้พิพากษายกฟ้องของโจทก์ ด้วยเหตุว่าการกระทำที่พิพาทนี้ไม่เป็นละเมิด ตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องถิ่นท้องที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น

แต่ศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดี American Banana ดังกล่าว โดยในคดี *Timberlane Lumber Co. v. Bank of American* (1976) โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยและพวกได้สมรู้ร่วมคิดกันทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โดยการสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวก ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและอย่างมีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งจำเลยและพวกก็มีเจตนาที่จะให้การกระทำความผิดดังกล่าวเกิดผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act ตามมาตรา 1 ซึ่งศาลในคดีนี้ได้กล่าวว่าในปัจจุบัน ก่อนข้างเป็นที่ยอมรับแล้วว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายดังกล่าวก็ต้องใช้อย่างมีขอบเขต เพราะเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย และอาจเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่นได้ โดยขอบเขตดังกล่าวนี้ศาลได้ใช้วิธีการพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคำว่า “ผลกระทบ” ที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่าศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ศาลในคดีนี้ได้สรุปไว้ว่าผลกระทบดังกล่าวต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญ (direct and substantial effect) ซึ่งหลักดังกล่าวได้มีการนำไปอ้างในคดีต่าง ๆ ได้แก่ คดี *United States v. R. P. Oldham Co.* และคดี *United States v. General Electric Co.*

อย่างไรก็ตามผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ใช่เพียงปัจจัยเดียวที่จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียในการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบในประเทศ เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำนั้นก็ส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศอื่นด้วย ซึ่งประเทศนั้น ๆ ก็อาจได้รับผลเสียยิ่งกว่าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเสียอีก ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเรื่อง direct and substantial effect มีความไม่สมบูรณ์ในตัวเอง เพราะหลักดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้กำหนดปัจจัยอื่น ๆ เพื่อนำมาพิจารณาอันได้แก่ หลักเรื่องความสัมพันธ์อันมีมิตร (Comity) และหลักสิทธิพิเศษ (Prerogative) และส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ศาลสูงในคดี *Alcoa* ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าผู้กระทำความผิดต้องมีความเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยเรียกหลักนี้ว่า purpose and effect test

ดังนั้นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีความผิดตาม Sherman Act ของผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกประเทศ และกระทำนอกประเทศ ต้องพิจารณาองค์ประกอบดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาให้เกิดผลกระทบ และต้องมีผลกระทบเกิดขึ้น ต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา
2. การกระทำความผิดกล่าวทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้
3. เมื่อพิจารณาตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศอื่น ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลดังกล่าว

สำหรับข้อ 3 นี้ได้มีการให้ความสำคัญในเรื่องหลักสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ โดยในการหาส่วนได้เสียนั้นศาลในคดีนี้กล่าวว่า ควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เพื่อเป็นการชี้แจงน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่น ซึ่งวิธีการดังกล่าวก็ได้มีการนำไปใช้ในคดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp. (1962) ด้วย

โดยปัจจัยต่าง ๆ ที่ศาลได้นำมาพิจารณาบางข้อมาจากกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย ส่วนบางข้อก็เป็นปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
 2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง
 3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
 4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
 5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
 6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
 7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา
- ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าคดีนี้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียมากกว่าของฮอนดูรัส และไม่ปรากฏว่ามีความขัดกันระหว่างกฎหมายหรือนโยบายของฮอนดูรัสกับของประเทศสหรัฐ

อเมริกา ทั้งไม่มีความขัดกันของส่วนได้เสียและความสัมพันธ์ฉันมิตรของทั้งสองประเทศ ศาลอุทธรณ์จึงได้พิพากษาให้ศาลชั้นต้นมีเขตอำนาจในคดีนี้

อย่างไรก็ตามแนวทางในการตัดสินเรื่องการใช้อกฎหมายนอกดินแดนก็ยังคงเปลี่ยนแปลงไปบ้าง โดยในคดี *California v. Hartford Fire Insurance Co.* (1993) จำเลยทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act ตามมาตรา 1 โดยการร่วมกันสมคบเพื่อชักจูงผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ๆ ทั้งในประเทศและนอกประเทศให้ยกเลิกการกระทำบางอย่าง เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของกลุ่มตน และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้เกิดประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้อกฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act โดยผู้ร่วมกระทำการดังกล่าวที่อยู่ในประเทศอังกฤษ ได้อ้างว่า Sherman Act ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำของตน เนื่องจากตนเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษ และทำธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายของอังกฤษโดยชอบแล้ว ซึ่งกฎหมายอังกฤษก็ไม่ได้ห้ามการที่จะเข้าทำความตกลงลักษณะดังที่พิพาทกันในคดีนี้ แต่กลับยอมให้มีการดำเนินการตัดสินใจร่วมกันได้ และยังอ้างเรื่องหลักความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว

ศาลสูงโดยเสียงข้างมากได้วินิจฉัยว่า ศาลในคดีนี้มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นต่างประเทศ และหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศก็ไม่ได้ห้ามศาลชั้นต้นในการที่จะใช้อกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบริษัทอังกฤษ และประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยศาลสูงไม่ได้ตัดสินโดยพิเคราะห์ถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Timberlane* แต่ศาลสูงในคดีนี้ได้เดินตามแนวคำพิพากษาคดี *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* (1986) และ *United States v. Aluminum Co. of America* (1945) ซึ่งใช้หลัก “purpose and effects test” เป็นสำคัญแต่เพียงประเด็นเดียวสำหรับการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาล กล่าวคือการกระทำดังกล่าวต้องมีขึ้นเพื่อทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันของตลาด และในความเป็นจริงก็เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้ตัดสินว่าจำเลยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมคบกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อตลาดจริง จึงครบองค์ประกอบตามหลัก “purpose and effects test” ด้วยเหตุนี้ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีเขตอำนาจเหนือจำเลย โดยศาลสูงยังได้วางหลักด้วยว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศจะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” กล่าวคือ เมื่อศาลวินิจฉัยโดยใช้เฉพาะหลัก “purpose and effects test” แล้วเห็นว่าศาลมีเขตอำนาจ

เหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ ศาลจึงค่อยมาพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์
ฉันท์มิตรระหว่างประเทศต่อไป

ศาลในคดีนี้ได้กล่าวว่าหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่มีการ
ปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของ
ต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการ
ขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลสูงเห็นว่าเมื่อการ
กระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายของรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ก็ไม่อาจ
ขัดขวางการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่ากฎหมายของรัฐ
ดังกล่าวจะมีนโยบายสนับสนุนการกระทำนั้นก็ตาม ความขัดกันย่อมไม่เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลใด
บุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ ศาลจึงได้วินิจฉัย
ว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันของกฎหมาย และพิพากษาให้ศาลชั้นต้นรับคดีนี้ไว้พิจารณาตาม
กฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ได้มีการให้ความเห็นแย้งโดยผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ โดย
ผู้พิพากษาท่านนี้เห็นว่า ประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน น่าจะเป็นเรื่องเขต
อำนาจในการตรากฎหมายมากกว่าเรื่องเขตอำนาจศาล โดยจะมีข้อจำกัดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ
และกฎหมายระหว่างประเทศ ในเบื้องต้นผู้พิพากษาท่านนี้อธิบายว่าการตีความเจตนารมณ์ของ
ผู้ร่างกฎหมายนั้น มีข้อสันนิษฐานว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่
เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่น
โดยชัดแจ้ง ซึ่งในประเด็นนี้ก็เป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งว่า Sherman Act สามารถใช้กับการกระทำที่
เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกาคด้วยได้ แต่ยังคงอ้างถึงคดี Murray v. The Charming Betsy (1804)
ที่วางหลักว่า “แม้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดน
ด้วยก็ตาม แต่เราก็จะต้องไม่ตีความการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติให้กว้างจนขัดกับหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศ” ซึ่งผู้พิพากษาท่านนี้เห็นว่าขอบเขตอำนาจในการใช้กฎหมายภายในกับการกระทำ
นอกดินแดน คือ ต้องไม่ใช่โดยไม่มีเหตุอันสมควร และการพิจารณาว่ากรณีใดมีเหตุผลอันสมควร
หรือไม่ ให้พิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

- ระดับของกิจกรรมนั้น ๆ ว่าส่งผลในรัฐที่ออกกฎหมายมากเพียงใด
- ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น สัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่าง
รัฐที่ออกกฎหมายกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมที่จะถูกควบคุม
- กิจกรรมที่จะถูกควบคุมมีลักษณะ (character) อย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมมีต่อรัฐที่จะออกกฎหมายมากน้อยเพียงใด

- การกระทำนั้น ๆ มีรัฐอื่นควบคุมแล้วหรือไม่
- การควบคุมโดยรัฐที่จะออกกฎหมายเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของรัฐอื่นในการกระทำที่จะถูกควบคุมมีมากน้อยเพียงใด
- แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสูงเพียงใด

สำหรับในประเด็นที่ว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น ผู้พิพากษาท่านนี้ได้กล่าวว่า คำว่า “ความขัดกัน” ต้องแปลความตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflicts of laws) ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย คำว่า “ความขัดกัน” หมายถึง สถานะที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเมื่อแปลความคำว่า “ความขัดกัน” ตามกฎหมายดังกล่าว กรณีตามคดีนี้จึงถือได้ว่ามีความขัดกันของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นการพิจารณาเลือกกฎหมายที่จะปรับใช้ตามหลักของกฎหมายขัดกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

และในคดี Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc (1969) ได้มีการวางหลักในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act กับกรกระทำโดยการสมรู้ร่วมคิดกันอันส่งผลกระทบต่อส่งออกผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไปต่างประเทศ โดยในคดีนี้จำเลยได้ฟ้องแย้งว่าโจทก์กับพวก ซึ่งรวมถึงบริษัทแม่ของโจทก์ ได้ร่วมกันปฏิเสธที่จะอนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิในสิทธิบัตรเพื่อการส่งออกผลิตภัณฑ์ โดยโจทก์และพวกมีเจตนาที่จะคุ้มครองผู้ผลิตภายในต่างประเทศ และกีดกันการส่งออกผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปต่างประเทศ อีกทั้งโจทก์และพวกก็มีนโยบายที่จะไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้นำเข้า หรือแก่ผู้ผลิตในต่างประเทศ จึงส่งผลทำให้กิจการด้านการส่งออกของจำเลยลดลงอย่างมาก ซึ่งศาลในคดีนี้ก็ได้ตัดสินให้ใช้กฎหมาย Sherman Act ต่อการกระทำภายในประเทศที่กระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยในประเด็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้น ศาลได้กล่าวถึง Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982 มาตรา 7 1(b) ที่วางหลักไว้ว่า Sherman Act จะนำมาใช้กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่คาดหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นกรณีของการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดในประเทศสหรัฐอเมริกา

จากที่ได้ศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และแนวทางในการตัดสินของศาลสูงแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของบุคคลที่อยู่นอกประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ ได้มี

ปรากฏมานานแล้วตั้งแต่ปี 1909 เป็นคดีแรก ซึ่งในคดีนั้นศาลก็ได้ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น เพื่อมิให้เป็น การแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่าง ประเทศ และในประเด็นเรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State) ศาลกล่าวว่าตามหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ไม่ใช่เป็นการ กระทำที่ใครจะสามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้นการกระทำ ของบุคคลที่อยู่นอกประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ ที่เป็นส่งผลกระทบต่อ การค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมาย Sherman Act ของประเทศ สหรัฐอเมริกา

ซึ่งศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดีดังกล่าวแต่อย่างใด โดย ศาลในคดีหลังได้กล่าวว่าเป็นที่ยอมรับแล้วว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐ อเมริกาสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้น ในต่างประเทศ ซึ่งการใช้กฎหมายดังกล่าวต้องใช้อย่างมีขอบเขต เพราะเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่อง ที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย และอาจเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่นได้ โดย ขอบเขตดังกล่าวนี้ ศาลได้ใช้วิธีการพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าการ กระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผลกระทบที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่า ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ต้องเป็นผลกระทบโดยตรง และที่มีนัยสำคัญ หรือ direct and substantial effect ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิด ผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาคด้วย จึงได้รวมเรียกหลักนี้ว่า purpose and effect test อย่างไรก็ตาม หลักนี้ก็ไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะ ของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้กำหนด ปัจจัยอื่น ๆ เพื่อเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจเหนือ คือ การพิจารณาตามหลัก เรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) เพื่อหาส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้า ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาคว่า มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศ อื่นหรือไม่ โดยในการหาส่วนได้เสียนั้นศาลในคดีนี้กล่าวว่าควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วย การขัดกันของกฎหมายเป็นสำคัญ รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วยอันได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเข้าตามหลักเกณฑ์ purpose and effect test ทั้งส่วนได้เสียและระดับของผลกระทบของประเทศไทยอเมริกาก็มีมากกว่าของต่างประเทศ จึงถือได้ว่าศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลต่างประเทศได้

แต่ต่อมาแนวคำตัดสินก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยโดยในปี 1993 ศาลได้กล่าวว่าหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมิใช่เป็นเหตุห้ามศาลใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบุคคลต่างประเทศได้ กล่าวคือศาลไม่ได้เอาหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าจะใช้กฎหมายนอกดินแดนหรือไม่ แต่ศาลยังคงได้นำหลัก purpose and effects test มาใช้เป็นเกณฑ์อยู่แต่เพียงประเด็นเดียว โดยศาลได้อธิบายถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศว่าจะนำหลักดังกล่าวมาใช้พิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” นี้แล้ว

โดยหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการขัดกันของกฎหมาย ซึ่งศาลในคดีนี้กล่าวว่า การกระทำใดแม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอื่น แต่หากบุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ ศาลถือว่ากรณีนี้ไม่ได้มีการขัดกันของกฎหมาย โดยในคดีนี้มีผู้พิพากษาท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นแย้งไว้ว่าการใช้ Sherman Act กับ การกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดนต้องใช้ให้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคือ การใช้ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรเท่านั้น โดยให้พิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ระดับของกิจกรรมที่ส่งผลในประเทศ, ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ ระหว่างประเทศที่ออกกฎหมายกับบุคคลผู้กระทำความผิด, มีลักษณะของการกระทำ, ความสำคัญของการควบคุม, ประเทศอื่นมีการควบคุมแล้วหรือไม่, การควบคุมเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่, ส่วนได้เสียของประเทศที่เกี่ยวข้อง และ

แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างประเทศ เป็นต้น และผู้พิพากษาท่านนี้ยังได้ให้ความเห็นแย้งในประเด็นของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่า ความขัดกัน หมายถึง สภาวะที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง หาใช่เป็นอย่างที่ศาลสูงโดยมติข้างมากวินิจฉัยไม่

และยังประเด็นใช้กฎหมาย Sherman Act ต่อการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยศาลได้กำหนดให้นำมาใช้ในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดในประเทศสหรัฐอเมริกา

ซึ่งจากหลักดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำที่เป็นการป้องกันการผูกขาด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือโดยบริษัทต่างชาติ และไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือที่ใดก็ตามในโลก จะเป็นความผิดตาม Sherman Act หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่างเช่น ในยุโรป มีบริษัทผู้ผลิตสินค้าชนิดหนึ่งหลายราย และมีบริษัทสองรายในนั้น ได้รวมตัวกันเพื่อทำการจัดจำหน่ายสินค้าชนิดนั้นในยุโรป จนสามารถควบคุมสายการจัดจำหน่ายในตลาดยุโรปได้ เมื่อผู้ผลิตสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการส่งออกสินค้าไปในยุโรป ผู้ผลิตดังกล่าวก็จำเป็นต้องพึ่งพาสายการจัดจำหน่ายของบริษัทดังกล่าวในยุโรป ต่อมา เมื่อสินค้าที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริการองส่วนแบ่งการตลาดมากกว่าสินค้าของผู้ผลิตในยุโรป จนทำให้ผู้ผลิตในยุโรปได้กำไรน้อยลง บริษัททั้งสองบริษัทที่เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าจึงได้ตัดสินใจไม่ทำการจัดจำหน่ายสินค้าที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกาในยุโรปอีกต่อไป การกระทำดังกล่าวเห็นได้ว่าส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาและมีความผิดตาม Sherman Act แม้จะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศทั้งหมด และเป็นการกระทำของบริษัทต่างชาติก็ตาม และแม้ข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนไปว่ามีบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริการ่วมกับบริษัทในยุโรปตลอดทางการจัดจำหน่ายในตลาดยุโรปด้วย ผลตามกฎหมายก็จะไม่ต่างกัน

จึงพอสรุปได้ว่ากฎหมาย Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สามารถนำมาใช้กับการกระทำของบุคคลที่อยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นต่างประเทศได้เป็นที่แน่นอนชัดเจนแล้ว ส่วนขอบเขตของการใช้กฎหมายนี้ที่เป็นหลักสำคัญคือ หลัก purpose and effect test ที่ต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องประสงค์ให้เกิดผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา และข้อเท็จจริงก็ต้องปรากฏว่าเกิดผลกระทบดังกล่าวด้วย โดยผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นก็ต้องเป็นผลกระทบโดยตรง และที่มีนัยสำคัญด้วยตามหลัก direct and

substantial effect ซึ่งการส่งผลกระทบนี้รวมทั้งการส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดภายในประเทศและที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจส่งออกด้วย ทั้งยังการนำหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดกันของกฎหมายมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักหาส่วนได้เสีย และผลกระทบของในประเทศสหรัฐอเมริกา กับของต่างประเทศ หรือเพื่อพิจารณาหาเหตุอันสมควรในการนำกฎหมายภายในมาใช้ให้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ส่วนปัจจัยอื่น ๆ ที่จะนำมาพิจารณา เช่น หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศนั้น ก็เคยถูกหยิบยกมาพิจารณาถึงขอบเขตของกฎหมายเช่นกัน แต่ปัจจุบันก็มิได้มีการนำหลักนี้มาพิจารณาแล้ว แต่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้เมื่อการกระทำอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแล้วเท่านั้น

แนวคำตัดสินของสหภาพยุโรป

เรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการ (Jurisdiction of the Commission) และ การใช้กฎหมายนอกดินแดนของศาลสหภาพยุโรป ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลสูงซึ่งได้ตัดสินไว้ในคดี Dye-stuffs case (Cases 48-49/69, 51-57/69) สำหรับกรณีการร่วมกันระหว่างบริษัทผู้ขายผลิตภัณฑ์สินค้าชนิดเดียวกันขึ้นราคาสินค้าไปในแนวทางเดียวกันหรือมีลักษณะเดียวกัน โดยมีบางฝ่ายของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป แต่มีบริษัทอยู่ในเขตประเทศสหภาพยุโรป โดยศาลได้ตัดสินว่าเมื่อบริษัททุกมิได้ดำเนินการตัดสินใจด้วยตัวเองอย่างแท้จริง และการกระทำของบริษัททุกในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ แม้บริษัทแม่กับบริษัททุกจะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกันก็ตาม เพราะถือว่าบริษัทแม่กับบริษัททุกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าบริษัททุกมีความผิดฐานการปฏิบัติร่วมกันอันเป็นการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วมยุโรป ศาลจึงเห็นว่าคณะกรรมการมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทแม่ได้ด้วย

นอกจากนี้ในคดีที่ J.R. Geigy AG และ Sandoz AG เป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการ ซึ่งทั้งสองเป็นบริษัทที่อยู่นอกสหภาพยุโรป ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือวิธีพิจารณาไว้ด้วยว่า การส่งหมายไม่ว่าในชั้นคณะกรรมการหรือในชั้นศาลไปยังโจทก์ที่อยู่ในประเทศอื่นนอกสหภาพยุโรป ซึ่งไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งหมาย และเอกสารต่าง ๆ ระหว่างกัน การส่งหมายและเอกสารที่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปก็เป็นการเพียงพอและถือได้ว่าเป็นการส่งโดยชอบแล้ว และศาลยังได้วางหลักที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Jurisdiction of the Commission) ไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คณะกรรมการ

ในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามอนุสัญญา สหภาพยุโรปเองก็มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม ทั้งนี้ คณะกรรมการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่อยู่นอกสหภาพยุโรปตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ไม่ใช่เพราะเพียงว่าการกระทำที่เป็นความผิดเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าที่กระทำลงนอกสหภาพยุโรปเท่านั้น (Extra-territorial conduct) แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยการกระทำที่เป็นความผิดนั้นเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าดังกล่าวที่ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วมยุโรป

คำพิพากษาของศาลสูงในคดี Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. case (Case 6/72) ผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปได้เข้าเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทประเทศเยอรมัน และต่อมาต้องการที่จะขยายกิจการประกอบธุรกิจในทวีปยุโรปจึงได้ทำข้อตกลงร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งในประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเยอรมันข้างต้นว่าตนจะจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อมาทำค้าเสนอซื้อหุ้นแก่ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเนเธอร์แลนด์เพื่อเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ได้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ในระดับที่มากพอจะทำให้การแข่งขันหมดไป ซึ่งมีความผิดตามมาตรา 82 ของกฎหมายสหภาพยุโรป และอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยในคดีนี้ศาลได้วางหลักในเรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการไว้ว่า 1. ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทถูกถือเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ บางคราวอาจถือได้ว่าการกระทำบางอย่างของบริษัทถูกถือเป็นการกระทำของบริษัทแม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่า บริษัทถูกไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หากแต่เดินตามคำสั่งของบริษัทแม่ เพราะข้อตกลงที่จะให้บริษัทที่จะตั้งขึ้นใหม่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเนเธอร์แลนด์เกิดขึ้นก่อนที่จะจัดตั้งบริษัทเสียอีก ดังนั้นการที่บริษัทที่ได้ตั้งขึ้นใหม่เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์จึงถือได้ว่าเป็นการวางแผนและเป็นการกระทำของบริษัทแม่

2. กฎหมายของประชาคม หรือ Community Law สามารถนำมาใช้กับการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบต่อสหภาพยุโรปอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ไม่ได้เป็นประเทศที่อยู่ในสหภาพยุโรป จึงไม่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทแม่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประชาคม

และคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation case (Cases 6+7/73) ผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปได้เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลี ซึ่งมีทั้งสิทธิออกเสียง และมีอำนาจในการควบคุมบริหารผ่านทางคณะกรรมการของบริษัท แต่เดิมผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปนี้ได้ขายสารเคมีในตลาดของสหภาพยุโรปผ่านทางผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลีรายนี้ ซึ่งต่อมากลับมีนโยบายที่จะเลิกเพื่อจำหน่ายในตลาดสหภาพยุโรป โดยจะจำหน่ายให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลีดังกล่าวเพื่อนำไปใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าของกลุ่มตัวเองเท่านั้น เพื่อให้การจำหน่ายสินค้าที่มาจากวัตถุดิบดังกล่าวในตลาดยุโรปดำเนินไปได้โดยง่ายขึ้น ทั้งที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสารดังกล่าวไม่มีผู้ประกอบการรายใดในสหภาพยุโรปสามารถผลิตเพื่อจำหน่ายมาใช้ในอุตสาหกรรมได้ โดยในคดีนี้ศาลสูงได้ตัดสินว่ากรณีนี้ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แม้จะเป็นการมีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบในทางที่มีขอบเขตส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่สินค้านั้นถูกจำหน่ายด้วย ดังนั้นจึงมีความผิดตามมาตรา 82 ส่วนในเรื่องขอบเขตในการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ศาลได้กล่าวว่าบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป อาจตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพยุโรปหากบริษัทดังกล่าวกระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อประเทศสมาชิก ดังนั้นจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มีขอบเขตนั้นส่งผลกระทบต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิกแล้วด้วย

ศาลสูงในคดีนี้ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเรื่องอำนาจในการบริหารจัดการที่บริษัทผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปมีในบริษัทผู้ประกอบธุรกิจในประเทศอิตาลี เห็นว่าบริษัททั้งสองเป็นผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วม และมีพฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเดียวกัน อันจะถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันอันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน โดยมองว่าทั้งสองบริษัทนี้เป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก ดังนั้นเมื่อบริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป กล่าวคือ การถือหุ้นอยู่ในสัดส่วนตั้งแต่ร้อยละ 51 ขึ้นไป และมีจำนวนกรรมการกึ่งหนึ่ง พร้อมทั้งประธานกรรมการซึ่งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่มาจากบริษัทแม่ และปรากฏตามความเป็นจริงด้วยว่า บริษัทแม่ได้เอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทลูก โดยการจำหน่ายวัตถุดิบที่จำเป็นให้แก่บริษัทลูกเพียงรายเดียว และบริษัทแม่นั้นก็เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบดังกล่าวด้วย จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นถือได้ว่า เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน อันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันสำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นความผิดตามกฎหมายของสหภาพยุโรป นอกจากนี้ บริษัทแม่ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศนอก

สหภาพยุโรป และตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรปนี้ จะต้องถือว่าประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรปซึ่งเป็นที่ที่บริษัทถูกจัดตั้งขึ้นและดำรงอยู่ด้วย

ทั้งยังมีคดี United Brands Company and Another case (Case 27/76R) ที่เป็นเรื่องของบริษัทแม่ที่อยู่นอกเขตสหภาพยุโรปกับบริษัทลูกที่อยู่ในสหภาพยุโรป ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ศาลสูงก็ได้ตัดสินตามแนวทางเดิมที่ได้กล่าวมาข้างต้น

จากที่ได้ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและแนวทางในการตัดสินของศาลสูงสหภาพยุโรปแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญกับนโยบายตลาดร่วมยุโรป ซึ่งคือการจัดตั้งตลาดร่วมระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นผลสำเร็จ ให้สามารถพึ่งตนเองได้โดยไม่ต้องพึ่งประเทศนอกกลุ่ม การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าภายในกลุ่มให้เป็นไปโดยเสรี ปราศจากอุปสรรคทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษีศุลกากร หรือการจำกัดโควต้าสินค้า การกำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขันร่วมกัน นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้แรงงาน บริการ และเงินทุนเคลื่อนย้ายได้โดยเสรีระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งยังปรับปรุงการใช้ความสามารถทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศในยุโรป อันเป็นการเพิ่มพูนประสิทธิภาพของยุโรป ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้เกิดประโยชน์ภายในอันได้แก่ การแข่งขันทางการค้าเป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม และประโยชน์ต่อภายนอก เช่น เพื่อให้ยุโรปมีความเป็นเอกภาพ มีตลาดภายในทวีปอย่างกว้างขวางทันกับศักยภาพ และเพื่อพัฒนาให้เศรษฐกิจของยุโรปสามารถแข่งขันกับประเทศต่าง ๆ นอกทวีปได้ด้วย

ดังนั้นเมื่อสหภาพยุโรปให้ความสำคัญต่อตลาดร่วมอย่างยิ่ง แนวทางในการตัดสินของศาลสูงในเรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการและศาลสูง จึงวางหลักไว้ว่าการกระทำใด ๆ ก็ตามที่ต้องมีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนี้ ไม่ว่าจะเป็นความผิดในเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ การปฏิบัติร่วมกันของผู้ประกอบการ หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบภายในตลาดร่วม รวมถึงการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบภายในสหภาพยุโรป แม้จะกระทำโดยผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ต้องถือว่ามีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปด้วย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำที่เป็นความผิดของผู้ประกอบการค้าดังกล่าว นั้น ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วมยุโรป โดยศาลสูงกล่าวว่าสหภาพยุโรปมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม หากประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวก

สะดวกให้แก่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กล่าวคือการตีความบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ไม่อาจตีความไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มีขอบนั้นส่งผลต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิก หรือตลาดร่วมแล้วด้วย อันเป็นการย้ำหลักการที่ว่าสหภาพยุโรปให้ความสำคัญแก่ตลาดร่วมอย่างยิ่ง

แต่อย่างไรก็ตามคดีส่วนใหญ่ในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนก็มักจะใช้ในกรณีที่บริษัทแม่ซึ่งได้สั่งการใด ๆ หรือเป็นกรณีที่บริษัทลูกได้กระทำการใด ๆ ไปตามนโยบายของบริษัทแม่ที่อยู่นอกสหภาพยุโรป ซึ่งในประเด็นระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกนี้ศาลสูงก็ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า แม้บริษัทแม่กับบริษัทลูกจะเป็นคนละนิติบุคคลกันก็ตาม แต่หากบริษัทลูกกระทำการใดโดยไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หรือไม่ได้ตัดสินใจด้วยตัวเอง เพราะต้องกระทำการตามคำสั่งหรือนโยบายของบริษัทแม่ที่กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกอย่างว่าบริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป กรณีเช่นนี้การกระทำของบริษัทลูกจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ และจะถือว่าสองบริษัทนี้เป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันซึ่งจะต้องรับผิดชอบร่วมกัน และแทนกัน สำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการผิดตามกฎหมายของสหภาพยุโรป นอกจากนี้บริษัทแม่จะถูกถือว่าประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรป ณ สถานที่ที่บริษัทลูกตั้งอยู่ด้วย ดังนั้นสำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ไม่ได้อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงไม่เพียงพอทำให้บริษัทแม่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของสหภาพยุโรป คณะกรรมการจึงมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทแม่ได้ด้วย

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับการกระทำต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และแนวทางในการตัดสินใจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนในประเด็นความผิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย และการกระทำผิดของผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 ที่ยังไม่ชัดเจนทั้งในประเด็นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนอกดินแดนว่าสามารถใช้ได้หรือไม่ และความผิดของ

ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกัน ซึ่งได้กระทำนอกราชอาณาจักร ว่ามีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยหรือไม่ โดยแม้ว่าแนวทางในการใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ ยังไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยทั้งทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและทางศาล แต่สภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชย์กรรมระหว่างประเทศมีความสำคัญมาก และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงสมควรวิจัยเพื่อวางแนวทางและขอบเขตในเรื่องดังกล่าวนี้ให้ชัดเจน

สำหรับในประเด็นเรื่องที่ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยครอบคลุมถึงการกระทำต่างประเทศ หรือสามารถใช้กฎหมายนอกดินแดนหรือไม่ โดยในประเด็นนี้ถือว่ามี ความสำคัญมาก เพราะการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่ต่างประเทศ และกระทำในต่างประเทศ ที่ส่งผลกระทบเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดของประเทศไทย นั้น มีผลกระทบที่ไม่ต่างจากการกระทำของผู้ประกอบการในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายของประเทศไทยไม่ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว อาจส่งผลให้สภาพตลาดของประเทศถูกบิดเบือน ซึ่งทำให้ไม่อาจเกิดสภาพตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ในประเทศไทยได้ หรือส่งผลให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถทำให้บรรทัดฐานตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามการที่จะให้กฎหมายของไทยสามารถใช้นอกดินแดนได้ก็ถือเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก เพราะการกระทำดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดอำนาจอธิปไตยของต่างประเทศนั้น ๆ ได้

ซึ่งการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้หรือไม่นั้น ควรที่จะพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่า ผู้ร่างกฎหมายต้องการให้กฎหมายดังกล่าวสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนหรือไม่ โดยในเรื่องนี้มีหลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศที่ออกกฎหมายเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้ว แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยจะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในประเด็นดังกล่าว และแม้ว่าในการใช้กฎหมายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ดังกล่าวให้พิจารณา แต่หากพิจารณาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายจากรายงานการประชุมร่างกฎหมายฉบับนี้ โดยอาจารย์สุธีร์ สุภณิศ ได้กล่าวไว้ว่ามาตรา 28 เป็นเพียงการยืนยันหลักการห้ามกระทำการร่วมกัน ซึ่งแม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม จึงเห็นได้ว่าผู้ร่างกฎหมายก็มีเจตนาที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรด้วย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าสามารถครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการที่อยู่ต่างประเทศ ซึ่งได้กระทำการใน

ต่างประเทศ หรือสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้ หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของประเทศไทย ถึงแม้ว่าในประเด็นดังกล่าวนี้จะยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนก็ตาม

และเมื่อได้พิจารณาว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้อำนาจนอกอาณาเขตได้ ก็อาจเกิดคำถามว่าการใช้อำนาจนอกอาณาเขตมีความสำคัญต่อประเทศเพียงใด ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการที่จะให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้อำนาจนอกอาณาเขตได้มีความสำคัญมาก เนื่องจากหากมองไปที่ผลกระทบของการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อจัดการแข่งขันทางการค้าให้เป็นระบบ ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งคือการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่ไม่สมควรใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายฉบับนี้สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไม่ให้กระทำการที่ไม่สมควรเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศ และที่กระทำความผิดนอกประเทศ อันส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศไทย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจส่งเสริมให้เกิดการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือก่อให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีได้ เนื่องจากไม่อาจป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศได้ ดังนั้นการให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจนอกอาณาเขตมีความสำคัญและจำเป็นต่อประเทศไทยอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายนอกอาณาเขตหรือนอกดินแดนนี้ ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย เพราะบางกรณีการใช้กฎหมายกับการกระทำใด ๆ นอกดินแดน อาจทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้อง ไม่พอใจการใช้อำนาจดังกล่าว เพราะแต่ละประเทศก็ย่อมมีกฎหมายบังคับอยู่เช่นเดียวกัน และประเทศนั้นอาจเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศ ดังนั้นการใช้กฎหมายนอกดินแดนจึงต้องใช้อย่างมีขอบเขตและอย่างสมเหตุสมผล

สำหรับในเรื่องขอบเขตของการใช้กฎหมายนอกดินแดนนี้ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้ไม่ได้มีกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเห็นว่าการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดนอกดินแดนต้องเป็นการใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าของประเทศ และบรรทัดฐานของศาลสหภาพยุโรปก็วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้จะกระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ต้องถือว่าตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพยุโรป กล่าวคือไม่อาจตีความไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมาย

ได้ ซึ่งหมายความว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปก็มีขอบเขตการใช้อำนาจนอกดินแดนเฉพาะกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อตลาดร่วมยุโรปเช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่านานาประเทศยอมรับแล้วว่าประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจเอาผิดกับบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของตน สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ แต่หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อภายในประเทศนั้นได้

และในเรื่องผลกระทบต่อการค้าของประเทศก็ควรมีการให้คำจำกัดความหมายไว้ด้วย โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลัก purpose and effect test และ direct and substantial effect หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดนั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศ และในความเป็นจริงก็ได้เกิดผลกระทบขึ้นจริง โดยต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็ได้มีการใช้มานานและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการกำหนดขอบเขตของการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกดินแดนก็ควรที่จะนำหลักดังกล่าวนี้มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงขอบเขตของการใช้กฎหมายด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปัญหาการที่ประเทศอื่นจะเข้าใจว่าประเทศไทยล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของชาตินั้น ซึ่งอย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายนอกดินแดนนี้ ยังต้องพิจารณาในเรื่องการใช้อย่างสมเหตุสมผลด้วย

สำหรับในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนอย่างสมเหตุสมผลนี้ มาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้จำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายเอาไว้ว่า การตรากฎหมายที่มีอำนาจนอกดินแดนจะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หากเป็นการใช้กฎหมายกับการกระทำนอกดินแดนที่ไม่มีเหตุอันสมควร ทั้งนี้การใช้อย่างสมเหตุสมผลหรือที่มีเหตุอันสมควรนี้ ก็คือ การพิจารณาหาส่วนได้เสียรวมถึงระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยและต่างประเทศ และส่วนได้เสียของต่างประเทศหากมีการใช้กฎหมายนอกดินแดน เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศใดประเทศหนึ่ง การกระทำนั้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นด้วย ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรม (fairness) ต่อประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมด โดยการพิจารณาหาส่วนได้เสียและระดับของผลกระทบ เพื่อนำมาชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศไทยกับของต่างประเทศนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไปมีเขตอำนาจที่จะตราและบังคับใช้กฎหมายสำหรับการกระทำนั้น และกฎหมายก็ได้กำหนดให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่แตกต่างกัน ประเทศที่เกี่ยวข้องจึงต้องลดระดับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในดินแดนของตน จึงตรงกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย และอาจนำปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาชั่งน้ำหนักด้วย

สำหรับปัจจัยต่าง ๆ ที่ควรจะนำมาพิจารณาในการใช้กฎหมายนอกดินแดนอย่างมีเหตุอันสมควรหรือสมเหตุสมผลนั้น เช่น

- ความสำคัญหรือความรุนแรงของผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อต่างประเทศนั้น ว่าประเทศใดได้รับผลกระทบที่มีความรุนแรงหรือมีนัยสำคัญมากกว่ากัน
- กฎหมายหรือนโยบายของประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมีความขัดกันมากน้อยเพียงใด และแนวโน้มที่อาจจะเกิดความขัดแย้งกันระหว่างประเทศมีมากน้อยเพียงใด
- พฤติกรรมของการกระทำที่มีความผิดมีลักษณะอย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมพฤติกรรมนั้นมีต่อประเทศไทยมากน้อยเพียงใด และเคยมีประเทศอื่นควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวแล้วหรือไม่
- การบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศไทยกับต่างประเทศที่มีปัญหานั้น จะเกิดผลสำเร็จหรือไม่ และจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของประเทศอื่นสำหรับการใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศไทยมีมากน้อยเพียงใด

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากปัจจัยตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย และปัจจัยอื่น ๆ แล้วเห็นว่าส่วนได้เสียหรือผลกระทบของประเทศไทยมีมากกว่า ทั้งการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนมีความเป็นไปได้ โดยน่าจะเกิดผลสำเร็จและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ก็ถือได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดนของประเทศไทยกับการกระทำของบุคคลต่างประเทศ และได้กระทำที่ต่างประเทศ เป็นการใช้กฎหมายอย่างมีเหตุอันสมควร หรือสมเหตุสมผล แต่ในทางกลับกันหากส่วนได้เสียหรือผลกระทบของประเทศไทยมีน้อยกว่าของต่างประเทศ หรือมีแนวโน้มที่อาจจะเกิดปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างประเทศ หรือการบังคับใช้กฎหมายไม่น่าจะมีผลสำเร็จ ก็ถือได้ว่าไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่มีความสมเหตุสมผลที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดน ทั้งนี้อาจนำหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาเป็นปัจจัยรองด้วยก็ได้

ดังนั้นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดนจึงเป็นกรณีที่สำคัญที่ต้องพิจารณาขอบเขตในการใช้กฎหมาย และต้องใช้อย่างมีเหตุอันสมควร ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นกรณีกรณีไป โดยต้องครบตามองค์ประกอบทั้งการใช้อยู่ในขอบเขต และใช้อย่างมีเหตุอันสมควรตามหลักการต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอไปข้างต้น อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีความจำเป็นที่อาจจะต้องใช้อำนาจนอกดินแดนโดยการใช้อย่างมีขอบเขต และอย่างมีเหตุอันสมควรแล้ว แต่ผู้วิจัยเห็นว่าตามพระราชบัญญัติการ

แข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในประเด็นความผิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อย่างน้อยมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และได้กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาด หรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย และการกระทำผิดของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 กล่าวคือ มาตรการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 มีบทกฎหมายว่าอย่างไร

โดยในประเด็นแรกเรื่องมาตรการตามกฎหมายมาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายไม่ได้ระบุเป็นการชัดเจนว่าผู้ประกอบการภายใต้มาตรา 27 นี้จะต้องเป็นผู้ประกอบการในราชอาณาจักรเท่านั้น หรือเป็นได้ทั้งผู้ประกอบการในราชอาณาจักรและผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักร และแม้ว่าตามหลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายได้วางหลักไว้ว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะครอบคลุมไปเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ออกกฎหมายเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าจะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่งในประเด็นนี้แม้ว่าตามมาตรา 27 มิได้ปรากฏเป็นการชัดแจ้ง ทั้งยังไม่มีกรณีวินิจฉัยทั้งจากทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือทางศาลให้ประจักษ์โดยชัดแจ้งว่ามาตรา 27 นี้สามารถนำไปใช้กับผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรได้ แต่หากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้กฎหมายฉบับนี้ควบคุมได้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการแข่งขันทางการค้าให้เป็นระบบ ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งคือการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่ไม่สมควรใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายฉบับนี้สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในประเทศ ไม่ให้กระทำการใดที่ไม่สมควรเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกประเทศและที่กระทำความผิดนอกประเทศ อันส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศไทย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวนี้ก็ไมอาจส่งเสริมให้เกิดการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือก่อให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีได้ เนื่องจากไม่อาจป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศได้ ดังนั้นจึงต้องตีความกฎหมายในเรื่องนี้ว่าสามารถใช้ได้กับผู้ประกอบ

ธุรกิจซึ่งอยู่ต่างประเทศ และได้กระทำการในต่างประเทศด้วย กล่าวคือ ไม่อาจตีความกฎหมายให้ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ เองได้

กรณีจึงถือได้ว่ามาตรา 27 แม้ไม่ชัดเจนถึงความคิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย แต่ก็เห็นได้ว่ามาตรการนี้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมดังกล่าวด้วย

สำหรับในประเด็นที่สองเรื่องมาตรการทางกฎหมายสำหรับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 นั้น ซึ่งในมาตรา 28 เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่นำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ที่จะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรงจากบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ซึ่งจะเห็นได้ว่าจากสภาพของบทบัญญัตินี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนี้ น่าจะเป็นได้ก็แต่ผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรเท่านั้น อีกทั้งมาตรการนี้ ก็เป็นการห้ามเฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกเท่านั้น มิได้เป็นการห้ามถึงผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งได้มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งแม้ว่าการที่กฎหมายได้กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกมิให้ดำเนินการใด ๆ จะถือว่าสามารถควบคุมพฤติกรรมการร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนี้ได้ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้เอาผิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายที่สองที่ร่วมในการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายแรกด้วย ซึ่งจะส่งผลถึงการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรจะไม่ถือว่ามี ความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ กล่าวอีกอย่างคือมาตรา 28 นี้ ไม่สามารถใช้กับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้โดยสภาพตามมาตรการของกฎหมายมาตรา 28 นั้นเอง ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากมาตรการนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมพฤติกรรมมิให้เกิดการกีดกัน หรือ จำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า และเน้นการป้องกันมิให้เกิดผลของการกระทำดังกล่าวมากกว่าการควบคุมการแข่งขัน หรือการคุ้มครองสภาพของตลาด

กรณีจึงถือได้ว่ามาตรา 28 นี้ แม้จะไม่สามารถใช้บังคับหรือลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้ แต่การกำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรมิให้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง ก็เป็นการมาตรการที่สามารถใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 28 นี้ได้อย่างคืออยู่แล้ว

4.2 ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และพฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ในประเด็นเรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้น กฎหมายได้กำหนด ห้ามกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้า หรือบริการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยได้กำหนดพฤติกรรมห้ามไว้ 10 พฤติกรรมด้วยกัน ซึ่งได้บรรยายลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดไว้โดยละเอียด ดังนั้นจึงเกิดคำถามว่าหากผู้ประกอบการใด ร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะที่ผิดแผกแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 จะมีความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ โดยในประเด็นนี้อาจารย์สุธีร์ ศุภนิคย์ เคยให้ความเห็นว่ามาตรา 27 นี้มีลักษณะเป็น criminal by nature หมายถึง มาตรานี้มีลักษณะเป็นข้อห้ามคล้าย ๆ กับกฎหมายอาญา กล่าวคือ เมื่อพิจารณากฎหมายอาญามาตราใดมาตราหนึ่งจะพบว่าลักษณะกฎหมายอาญาจะมีอยู่ 2 ส่วนคือ 1. ส่วนที่อธิบายการกระทำที่เป็นความผิด และ 2. ส่วนที่เป็นบทกำหนดโทษ และหลักสำคัญของกฎหมายอาญาได้กำหนดว่า บทกฎหมายในส่วนที่เป็น การอธิบายการกระทำที่เป็นความผิดนั้นต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิด เข้าใจได้ หรือไม่กว้างจนเกินไปนั่นเอง อีกทั้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายใดที่มีโทษทางอาญาให้นำประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ไปปรับใช้ด้วย^{๕๖}

ดังนั้นจึงเห็นว่าเมื่อมาตรา 27 มีลักษณะคล้ายเป็นกฎหมายอาญาด้วยแล้ว การอธิบายในส่วนของการกระทำที่เป็นความผิดจึงต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจได้ด้วย หรือต้องไม่เป็นเพียงการวางหลักกว้าง ๆ ฉะนั้นการกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่กระทำพฤติกรรมอื่นนอกเหนือจากที่ได้มีระบุไว้ในมาตรา 27 จึงต้องถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ กล่าวคือ พฤติกรรมที่มาตรา 27 ได้ระบุไว้มิใช่เป็นเพียงตัวอย่างของพฤติกรรมที่ห้ามกระทำ แต่มาตรา 27 จะห้ามเฉพาะพฤติกรรมที่ระบุไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ตามการห้ามกระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา 27 ยังสามารถแบ่งพฤติกรรมได้เป็น 2 จำพวก คือ 1. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด และ 2. พฤติกรรมที่กฎหมายห้าม

^{๕๖} สุธีร์ ศุภนิคย์ (ผู้บรรยาย). 2543.

กระทำ แต่หากผู้ประกอบการมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ โดยลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นการร่วมกันทั้ง 2 กรณีสามารถแบ่งได้ดังนี้

1. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (4) ดังนี้

1.1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายห้ามมิให้มีการตกลงด้านราคา โดยกำหนดราคาเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการขายของแต่ละราย เนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้ความต้องการ (Demand) สูงขึ้น อันเป็นการบิดเบือนตลาด โดยราคาที่ตกลงกันนั้นอาจเป็นราคาเดียวกัน หรือหลายราคาก็ได้

1.2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ หมายถึงการตกลงที่จะรับซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งการตกลงกันกำหนดปริมาณการรับซื้อของแต่ละราย ซึ่งการกระทำนี้มักจะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวนอน (horizontal agreement) แต่จะมีผลได้ถึงการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวตั้ง (vertical agreement) ด้วย

1.3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด โดยกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมการที่ผู้ประกอบการทำความตกลงกันที่จะเข้ากำกับดูแล หรือยึดอำนาจในการกำหนดราคาหรือปริมาณในตลาด

1.4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคา หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคา สินค้าหรือบริการ หรือ Bid Rigging

2. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำ แต่หากผู้ประกอบการมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (5) - (10) ดังนี้

2.1) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายแข่งขัน การกระทำนี้จะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวตั้ง โดยคำว่า “ลูกค้า” จะหมายถึงผู้จัดจำหน่าย (Distributor)

2.2) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ กล่าวคือกฎหมายจะห้ามการแบ่งเขตการซื้อหรือกำหนดตัวผู้ที่แต่ละฝ่ายจะซื้อ

2.3) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิตซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งการตกลงกันดังกล่าวนี้เป็นการทำให้ปริมาณสินค้าลดลงเพื่อให้เกิดความต้องการสูงขึ้น สังเกตได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า “เพื่อ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องมีเจตนาพิเศษด้วย

2.4) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

2.5) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Sole Distributor) การกระทำความดังกล่าวยังถึง การที่ผู้ผลิตตกลงร่วมกับผู้แทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว หากใช่เป็นการตกลงของผู้ผลิตมากกว่า 1 ราย ร่วมกันแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว คนเดียวกันให้จำหน่ายสินค้าไม่

2.6) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่าย เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกระทำความดังกล่าวยังถึงเป็นการควบคุมไปตลอดแนวของผู้ประกอบการธุรกิจ หรือ Full line closing

ดังนั้นการพิจารณาการกระทำใดว่าเป็นความผิดหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ต้องพิจารณา ดังนี้

1. ต้องเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
2. กระทำการใด ๆ ตามพฤติกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1)-(4) หรือ กระทำการใด ๆ ตามพฤติกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (5)-(10) โดยไม่ได้รับอนุญาต

3. อันส่งผลเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด

สำหรับเงื่อนไขในการขออนุญาตกระทำการตามมาตรา 27 (5)-(10) นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความจำเป็นทางธุรกิจสามารถขออนุญาตกระทำการดังกล่าวได้ โดยการยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยกฎหมายกำหนดให้คำขออนุญาตนั้นอย่างน้อยจะต้อง

- 1) มีเหตุผลและความจำเป็นในการขอกระทำพฤติกรรมตามข้อห้าม
- 2) ระบุวิธีดำเนินการ หรือรายละเอียดของการกระทำที่จะขออนุญาต
- 3) กำหนดระยะเวลาที่จะขอดำเนินการร่วมกันกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

คณะกรรมการจะพิจารณาอนุญาต โดยขึ้นอยู่กับหลัก “ความจำเป็นทางธุรกิจ” ที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่าง

ร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวม เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นให้กระทำการร่วมกันอันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันได้ เช่น การจำหน่าย (Distribution) ของผู้ประกอบการบางประเภท ซึ่งอาจจะจำเป็นในกรณีของการเริ่มประกอบธุรกิจ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้กฎหมายมีความเข้มงวดเกินไป และเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจ อีกทั้งเพื่อให้การกระทำดังกล่าวเกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและประโยชน์ของส่วนรวม ในขณะที่เดียวกันมิให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องร่วมกันหรือร่วมมือกัน ลดหรือจำกัดการแข่งขัน เพื่อพัฒนาประสิทธิภาพการผลิต การจำหน่าย หรือส่งเสริมการส่งออก เนื่องจากสภาพการดำเนินธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อันเป็นการส่งเสริมภาวะเศรษฐกิจภายในประเทศด้วย ซึ่งแม้จะมีการอนุญาตให้กระทำได้แต่ก็อยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลา คือให้กระทำได้ภายใต้ขอบเขต และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด หรือระยะเวลาที่กำหนดให้กระทำการชั่วคราวเท่านั้น โดยจะมีการตรวจสอบจากคณะกรรมการอยู่ตลอดเวลา และในกรณีที่พบการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง คณะกรรมการก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตได้ ดังนั้นการให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้กระทำจึงเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความจำเป็นอย่างแท้จริง หากไม่ดำเนินการอย่างเคร่งครัดและรอบคอบแล้วจะทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้นเสียไปได้ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะกรรมการไม่อนุญาตให้กระทำการดังกล่าว ผู้ประกอบการก็ยังคงสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 สำหรับประเด็นเรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้น กฎหมายได้กำหนดเพียง ห้ามมิให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรงเท่านั้น โดยไม่ได้มีการบรรยายลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นองค์ประกอบความผิดโดยละเอียดเหมือนดังเช่น มาตรา 27 กล่าวคือ ได้กำหนดเพียงแต่ผลของการกระทำว่าห้ามดำเนินการใด ๆ เพื่อจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคโดยตรงเท่านั้น อีกทั้งไม่ได้กำหนดพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้

เห็นว่าหากผู้ประกอบการซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรมีพฤติกรรมใดที่เข้าข่ายในการทำให้ผู้บริโภคซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง จะมีความผิดตามมาตรา 28 นี้ และผู้ประกอบการที่มีความจำเป็นทางธุรกิจบางประการที่อาจจะต้องกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรานี้ ก็ไม่สามารถขออนุญาตกระทำการดังกล่าวนี้ได้ในทุก ๆ กรณีและทุก ๆ เงื่อนไข

ดังนั้น จึงเกิดคำถามตามมาว่า มาตรการทางกฎหมายของมาตรา 27 และ 28 เป็นมาตรการสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมิให้สมคบกัน เพื่อมิให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดการแข่งขันกัน แต่เหตุใดการบัญญัติกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงมีความแตกต่างกัน ในเรื่องลักษณะหรือระดับของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และการขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามิใช่เหตุผลเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของมาตราทั้งสองแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 27 มีเจตนารมณ์ต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบธุรกิจมิให้มารวมกันหรือร่วมมือกัน เพื่อการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้านี้ หรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยจะมุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน ในขณะที่มาตรา 28 เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ที่จะกีดกันมิให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรงจากบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ เห็นได้ว่ามาตรการนี้ไม่ได้จะมุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกัน อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวนี้แม้มิได้เป็นการกระทำอันส่งผลต่อสภาพตลาดให้เป็นการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดโดยตรงก็ตาม แต่การที่ผู้บริโภคต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อ หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า ก็ถือได้ว่าส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดในทางอ้อมอยู่ดี และการที่มาตรา 28 ห้ามเฉพาะกรณีการซื้อมาใช้เองเท่านั้น ก็เนื่องมาจากไม่ต้องการให้มาตรการนี้ขัดต่อหลักปฏิบัติสากลทางการค้าตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

อีกทั้งจากรายงานการประชุมร่างกฎหมายฉบับนี้อาจารย์สุธีร์ ศุภนิธย์ ได้กล่าวไว้ว่า มาตรา 28 เป็นเพียงการยืนยันหลักการห้ามกระทำการร่วมกัน แม้จะมีผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม

ส่วนกรณีการขออนุญาตกระทำการจากคณะกรรมการกระทำการเป็นการชั่วคราวนั้น ก็มีหลักเกณฑ์ว่าการกระทำนั้นต้องมีความจำเป็นทางธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวม อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้พฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตกระทำได้มีเพียงในมาตรา 27 (5)-(10) เท่านั้น ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากหากพิจารณาตามมาตรา 27 (1)-(4) และมาตรา 28 แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นเรื่องการค้าตกลงเรื่องราคา (price-fixing agreement), การครอบครองตลาด, การซื้อประมูล (bid rigging) และการกีดกันหรือจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อโดยตรง ซึ่งการกระทำทั้งหลายเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีความจำเป็นทางธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจก็ตาม แต่การ

กระทำทั้งหลายนี้ก็ถือได้ว่าการก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และกระทบประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญของผู้บริโภคโดยรวม จึงถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถขออนุญาตกระทำการร่วมกันหรือร่วมมือกันได้ทุกกรณี

ดังนั้นการที่บัญญัติกฎหมายของมาตรา 27 และมาตรา 28 ให้มีความแตกต่างกันในเรื่องลักษณะหรือระดับของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความ จึงมีเหตุผลเนื่องมาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยมาตรา 27 มุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ซึ่งถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมมิให้เกิดการร่วมกันหรือร่วมมือกัน ส่วนมาตรา 28 เป็นเพียงการขึ้นชั้นหลักการห้ามกระทำการร่วมกันของมาตรา 27 ว่าแม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ไม่สามารถการกระทำการร่วมกันตามกฎหมายนี้ได้ จึงอาจทำให้มองได้ว่ามาตรา 28 มีระดับของการห้ามกระทำที่แตกต่างไปจากของมาตรา 27 ส่วนกรณีการขออนุญาตกระทำการร่วมกันนั้น การขออนุญาตก็จะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการร่วมกันกีดกันหรือจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อโดยตรงตามมาตรา 28 นี้ ถือเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และกระทบผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญของผู้บริโภคโดยรวม กฎหมายจึงมิได้กำหนดให้สิทธิของผู้ประกอบการให้สามารถขออนุญาตกระทำการร่วมกันในกรณีนี้ได้ ซึ่งจะคล้ายกับกรณีตามมาตรา 27 (1)-(4) ดังที่กล่าวมาทั้งหมด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษา ค้นคว้า และวิจัยในเรื่องการกระทำความผิด และมาตรการทางกฎหมาย ตามมาตรา 27 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 พบว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังมีความไม่ชัดเจนในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดน ในประเด็นความผิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อย่างน้อยมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และได้กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด การแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ และการกระทำผิดของผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 จะมีความผิดตามกฎหมายใดหรือไม่ โดยผู้วิจัยเห็นว่าแม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักร ซึ่งได้กระทำการนอกราชอาณาจักร อันมีผลกระทบถึงการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศ และถึงแม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้ ไม่ได้มีการเขียนระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้ใช้บังคับไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่มีผลกระทบถึงภายในประเทศด้วย แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้กฎหมายฉบับนี้เป็นหลักในการดำรงรักษาไว้ซึ่งเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและมีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการอย่างเสรีและเป็นธรรม รวมถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือส่งเสริมระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ และป้องกันสภาพตลาดของประเทศไม่ให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศได้ ดังนั้น การตีความกฎหมายในเรื่องนี้ จึงต้องตีความว่าสามารถใช้ได้กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่ต่างประเทศ และได้กระทำการในต่างประเทศได้ด้วย หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของประเทศไทย

ดังนั้น เมื่อปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย การส่งเสริมระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และการป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายของไทย โดยการตีความกฎหมาย

ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของสินค้าใดสินค้านึงหรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศไทย จะช่วยให้กฎหมายฉบับนี้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

และเมื่อพิจารณากฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหภาพยุโรปแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้มีการใช้อำนาจนอกดินแดนมานานแล้ว โดยในเบื้องต้นนี้จะมีขอบเขตอยู่กับการกระทำของบุคคลใดแม้ว่าจะอยู่นอกประเทศก็ตาม และไม่ว่าจะได้กระทำนอกประเทศก็ตาม ในอันที่ส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือต่อตลาดร่วมยุโรปแล้วแต่กรณี กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหภาพยุโรป จะสามารถบังคับใช้ได้กับการกระทำดังกล่าว เพื่อเป็นการป้องกันสภาพตลาดภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และตลาดร่วมยุโรป มิให้ถูกบิดเบือนจากบุคคลใดนอกประเทศหรือกลุ่มประเทศของตนเอง

อย่างไรก็ตามการใช้บังคับกฎหมายสำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดน หรือนอกอาณาเขตของรัฐเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน เพราะการใช้กฎหมายนอกดินแดนก็เป็นการที่จะให้กฎหมายของประเทศไปกระทบต่อการกระทำหรือผู้กระทำที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งหากใช้กฎหมายนอกดินแดนในกรณีที่ไม่มีความสมควร อาจถือเป็นการล่วงล้ำ หรือละเมิดอำนาจอธิปไตยของอีกประเทศหนึ่งได้ การใช้บังคับกฎหมายของรัฐนอกอาณาเขตของรัฐนั้นจึงต้องทำด้วยความระมัดระวัง โดยจะต้องคำนึงถึงส่วนได้เสียของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้อง ความร้ายแรงของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว และนำมาเป็นปัจจัยในการกำหนดแนวทางของการใช้บังคับกฎหมายให้เหมาะสม

โดยในประเด็นเรื่องการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 นั้น โดยที่มาตรการนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมพฤติกรรมมิให้เกิดการกีดกัน หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า และเน้นการป้องกันมิให้เกิดผลของการกระทำดังกล่าวมากกว่าการควบคุมการแข่งขัน หรือการคุ้มครองสภาพของตลาด ดังนั้นแม้ว่ามาตรการนี้จะไม่สามารถใช้บังคับหรือลงโทษผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้ แต่การกำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายแรกซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรมิให้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง ก็เป็นการมาตรการที่สามารถใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 28 นี้ได้อย่างอยู่แล้ว

สำหรับขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้นั้น มาตรา 27 ได้วางหลักเกณฑ์ในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกระทำการอันเป็นการผูกขาด ตัดการแข่งขัน หรือ จำกัดการแข่งขัน อันมีผลกระทบกระเทือนต่อสภาพตลาดภายในประเทศโดยตรง โดยได้กำหนดพฤติกรรมห้ามไว้ 10 พฤติกรรมที่จะมีความผิดตามมาตรา 27 และยังได้แบ่งเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด กับพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำ แต่หากผู้ประกอบธุรกิจมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ ขณะที่มาตรา 28 ได้วางหลักเพื่อกำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรมิให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรงเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของมาตรานี้เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ที่จะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรงจากบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ซึ่งเป็นเพียงการอ้างหลักการห้ามการร่วมกันสมคบแม้ว่าจะเป็นบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการที่อยู่ในประเทศกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการที่อยู่ในต่างประเทศก็ตาม ดังนั้นมาตรา 27 และมาตรา 28 จึงมีลักษณะและขอบเขตในการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน เนื่องจากมาตรา 27 มีเจตนารมณ์ต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบธุรกิจมิให้มาร่วมกันหรือร่วมมือกัน โดยจะมุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนมาตรา 28 เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศที่มีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ โดยพยายามกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรง ซึ่งมาตรการนี้จะไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกัน แต่ได้มุ่งที่จะคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อ หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า ซึ่งถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดในทางอ้อมด้วย และการที่มาตรา 28 ห้ามเฉพาะกรณีการซื้อมาใช้เองเท่านั้น ก็เนื่องมาจากการที่ไม่ต้องการให้มาตรการนี้ขัดต่อหลักปฏิบัติสากลทางการค้าที่บริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการย่อมจะไม่ขายสินค้าหรือบริการให้กับคู่แข่งของบริษัทผู้แทนจำหน่าย ทั้งนี้ก็เพื่อให้บริษัทผู้แทนจำหน่ายสามารถอยู่ได้โดยไม่ต้องแข่งขันกันเอง เท่านั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบ เรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งเห็นว่ากฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นยังไม่ชัดเจนว่าสามารถใช้กับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศหรือไม่ กล่าวคือสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้หรือไม่ และปัจจุบันเห็นว่ามีแนวโน้มอย่างหนึ่งที่จะให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศที่ทุกวันนี้ความสำคัญของการค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศมีมากขึ้น ซึ่งในเรื่องนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่ากฎหมายของประเทศไทยจะไม่มี明确规定ว่าใช้ได้กับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วเห็นว่าการตีความกฎหมายฉบับนี้ว่าสามารถใช้กับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และสำหรับการตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายในเชิงเศรษฐกิจ ดังนั้น แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะมีโทษทางอาญา การตีความกฎหมายก็ไม่อาจตีความอย่างเคร่งครัดตามหลักของกฎหมายอาญาได้ โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรที่จะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง หรือแนวทางปฏิบัติในเชิงธุรกิจแต่ละประเภทด้วย

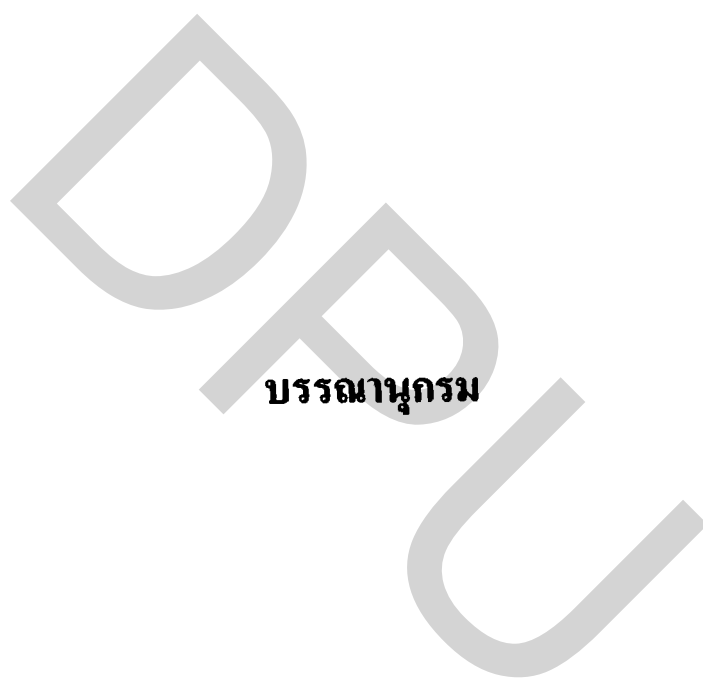
แม้ว่าหากสังเกตถ้อยคำของกฎหมายในมาตรา 28 ที่ได้กล่าวถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร อาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่ามาตรา 27 ไม่สามารถใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร แต่ในความเป็นจริงนั้นในการพิจารณาตรา 27 ต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมนั้น เป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศไทยหรือไม่ และมีผลกระทบต่อสภาพตลาดของประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งหากการกระทำนั้นเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศไทย และมีผลกระทบต่อประเทศไทย ก็น่าจะเอากฎหมายของประเทศไทยมาบังคับใช้ได้ อีกทั้งตามมาตรา 3 ในนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” ก็ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าให้ใช้ได้เฉพาะกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือนอกราชอาณาจักร เท่านั้น

อย่างไรก็ตามการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนย่อมต้องใช้อย่างมีขอบเขต และอย่างมีเหตุอันสมควร เพราะเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งขอบเขตในการใช้กฎหมายนอกดินแดนนี้ ในขั้นแรกต้องเป็นการใช้กับการกระทำที่ส่งผลกระทบทางการค้าต่อประเทศไทย ทั้งนี้ควรจะนำหลัก purpose and effect test และ direct and substantial effect ซึ่งหมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดนั้น ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้า

ของประเทศไทย และในความเป็นจริงก็ได้เกิดผลกระทบขึ้นจริง โดยต้องเป็นผลกระทบโดยตรง และที่มีนัยสำคัญด้วย โดยหลักนี้ได้มีการนำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างยาวนานแล้ว ส่วนในประเด็นของการพิจารณาว่า กรณีใดที่จะถือว่ามีเหตุอันสมควรนั้น ก็ควรนำปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาโดยปัจจัยที่สำคัญก็ควรนำมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เพราะเรื่องดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่มีการกระทำหนึ่งจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของสองประเทศขึ้นไป อันคล้ายกับหลักการของหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายที่เป็นหลักสากล ในการนำมาพิจารณาในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนให้ใช้อย่างสมเหตุสมผลหรืออย่างมีเหตุอันสมควร

และในประเด็นเรื่องมาตรการทางกฎหมายสำหรับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยกระทำความผิดตามมาตรา 28 นั้น ซึ่งจะเห็นว่ามาตรการนี้ก็เป็นการห้ามเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายแรกเท่านั้น มิได้ห้ามถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งได้มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้เอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองที่ร่วมในการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งด้วย อันจะส่งผลถึงการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรจะไม่ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ กล่าวอีกอย่างคือมาตรา 28 นี้ไม่สามารถใช้กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้โดยสภาพตามมาตรการของกฎหมายมาตรา 28 นี้เอง อันเกิดจากเจตนารมณ์ของมาตรการนี้ที่เน้นการป้องกันมิให้เกิดผลของการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าการควบคุมการแข่งขัน หรือการคุ้มครองสภาพของตลาดตามที่กล่าวมาแล้ว

จากการศึกษาและวิจัยทั้งหมดนี้ ทำให้ทราบถึงขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27 และมาตรา 28 อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้ใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้อย่างสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศมากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกัน



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เพ็ญพิศ หลงบางพลี. (2539). **แนวทางใหม่ในการติดตามสถานการณ์สินค้าอุปโภคบริโภค**.
กรุงเทพมหานคร: กรมการค้าภายใน.
- ภูษิต โมกขมรรคกุล. (2543). **กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์. (2544). **เอกสารประกอบการสอนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า
ชุดที่ 1-3. โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**.
กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. (2532). **โครงสร้างตลาด เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีดัชนีทุน**.
สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- ศุภชาติ สุขารมณ. (ม.ป.ป.). **พฤติกรรมตลาด. ในเอกสารการสอนชุด เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม
และทฤษฎีดัชนีทุน. สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช**.
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). **โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทาง
การค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย**.
กรุงเทพมหานคร: กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์.
- สมพงษ์ อรพินท์. (2539). **เศรษฐศาสตร์จุลภาค**. กรุงเทพมหานคร: แมคกรอ – ฮิล อินเตอร์
เนชั่นแนล เอ็นเตอร์ไพรส์.
- อภิญา เลื่อนฉวี. (2546). **กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. เอกสารประกอบการสอน คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

บทความ

- ผาสุก เจริญเกียรติ. (2541, เมษายน). “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกลไกการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด.” วารสารอัยการ, 21, 242. หน้า 61 - 67.
- รุ่งแสง กฤตยพงษ์. (2533, ธันวาคม). “กฎหมายป้องกันการผูกขาด.” วารสารอัยการ, 13, 154. หน้า 37 - 44.
- สรวิศ ลิ้มปรีงมี. (2542, กันยายน). “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับของเขตของ “ตลาดที่เกี่ยวข้อง”.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 3. หน้า 372 - 386.
- สุธีร์ สุภณิตย์. (2534, ธันวาคม). “การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด.” วารสารนิติศาสตร์, 21, 4. หน้า 506 - 515.
- _____. (2537, ธันวาคม). “การควบคุมการควบกิจการ.” วารสารนิติศาสตร์, 24, 4. หน้า 689 - 700.
- _____. (2542, พฤษภาคม). “กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ : มุมมองด้านผู้บริโภค.” วารสารกฎหมาย, 19, 2. หน้า 71 - 84.
- _____. (2545, ธันวาคม). “การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.” วารสารนิติศาสตร์, 32, 4. หน้า 725 - 737.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. (2542, กันยายน). “ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 3. หน้า 336 - 371.

วิทยานิพนธ์

- จันทร์ทอง เจริญศิริชัย. (2543). สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐญา สวัสดิ์พูน. (2544). มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการแข่งขันทางการค้า : ศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับใช้พฤติกรรมการผูกขาดและลดการแข่งขัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- รวีวัฒน์ กุสตากรวัฒน์. (2537). ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Kaysen Carl and Turner Donald F. (1959). **Antitrust Policy**. Cambridge: Harvard University Press.

Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes. (2000). **The Law Antitrust : and Integrated Handbook**. United State of America: West Group.

Samuelson, Paul A. (1970). **Economics**. New York: McGraw – Hill Book Company.

Shepherd, William G. (1997). **The Economics of Industrial Organization** (4 th ed.). New Jersey: Prentice – Hall.

ARTICLE

Timothy J. Grendell. (1980, January). “The Antitrust Legislation of The United States, The European Economic Community, Germany and Japan.” **The International and Comparative Law Quarterly**, 29, 1. pp. 64 – 86.

ELECTRONIC SOURCES

Clifford Chance. (2004). The Asia Pacific Antitrust Review 2004. Retrieved January 2005, from <http://www.globalcompetitionreview.com>

Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

<http://www2.jftc.go.jp/e-page>, Retrieved January 2005.

<http://www.globalcompetitionreview.com>, Retrieved January 2005.

<http://www.dit.go.th/english/index.htm>, Retrieved January 2005.

<http://www.usdoj.gov/atr/index.html>, Retrieved January 2005.

<http://europa.eu.int/comm/competition>, Retrieved January 2005.

<http://www.shojihomu.co.jp/newbooks/1079.html>, Retrieved January 2005.

http://homepage2.nifty.com/paper/law_english.htm, Retrieved January 2005.

ประวัติผู้เขียน**ชื่อ – นามสกุล**

นายภมร อนันตชัย

ประวัติการศึกษา

- นิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2544
- เนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสถาน ปีที่ 55 ปีการศึกษา 2545